



HAL
open science

L'autonomie privée en France

Jean-Louis Halpérin

► **To cite this version:**

Jean-Louis Halpérin. L'autonomie privée en France : un concept cantonné ou rejeté?. Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 2014, 43 (1), pp.461-480. halshs-03281346

HAL Id: halshs-03281346

<https://shs.hal.science/halshs-03281346>

Submitted on 8 Jul 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

43

(2014)

Autonomia
Unità e pluralità nel sapere giuridico
fra Otto e Novecento

TOMO I



GIUFFRÈ EDITORE

JEAN-LOUIS HALPÉRIN

L'AUTONOMIE PRIVÉE EN FRANCE:
UN CONCEPT CANTONNÉ OU REJETÉ?

L'étude historique de la place de la notion d'autonomie dans la science du droit privé français ⁽¹⁾ au XIX^e et au XX^e siècle place l'historien du droit dans une situation inconfortable. Alors que les civilistes français du XX^e siècle ont largement utilisé (et continuent à utiliser ⁽²⁾) la théorie dite de l'« autonomie de la volonté » pour prétendre expliquer l'article 1134 du Code Napoléon (« les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »), les travaux de caractère historique ont montré depuis plusieurs années que cette thèse de l'autonomie privée, clairement d'origine allemande, était à la fois inconnue des codificateurs et étrangère à leurs conceptions de la « loi des parties » dans les contrats. Portalis avait parlé du « délire » des jurisconsultes croyant que « les particuliers pouvaient traiter entre eux comme s'ils étaient dans ce qu'ils appelaient l'état de nature et consentir tel contrat qui

⁽¹⁾ Dans le cas de la France, il n'est pas question de l'autonomie comme un « concept du droit » qui supposerait l'emploi de ce mot dans les textes normatifs. C'est uniquement un « concept de la science du droit », qui peut concerner la science du droit public (une question que nous n'aborderons pas ici de manière directe) et la science du droit privé (sous la forme de l'autonomie privée). Sur cette appréhension des concepts juridiques, M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, pp. 21-22.

⁽²⁾ B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations, tome 2, Le contrat*, Paris, LexisNexis, 1998⁶, pp. 3-7. Pour un point de départ plus ancien de ce « contresens historique », consistant à identifier « autonomie de la volonté », consensualisme et liberté contractuelle qui seraient tous présents dans le Code Napoléon, les pages 27-28 d'E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1937 où l'auteur voit dans la phrase de Loysel au début du XVII^e siècle (« autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain ») le « principe de l'autonomie de la volonté ».

peut convenir à leurs intérêts, comme s'ils n'étaient gênés par aucune loi » (3). Non seulement les historiens du droit se trouvent confrontés en France, sur cette question, à une forme de surdité d'une partie de la doctrine civiliste (réticente à reconnaître un contresens historique, voire conceptuel, dans cette interprétation classique de l'article 1134 du Code civil), mais ils ont à affronter les difficultés liées à l'analyse d'un « grand silence » de la doctrine juridique française du XIX  e siècle à propos de l'autonomie.

Dans une histoire des idées juridiques, d  j  a rendue périlleuse par les obstacles qui peuvent s'opposer à l'idée d'une «   volution » des concepts (dans la mesure où un concept qui évolue se transformerait logiquement, par l'ajout ou le retrait d'un des éléments de sa définition, en un autre concept (4)) ou à leur « transplantation » (avec tous les problèmes liées au passage d'une langue à un autre, même quand les termes choisis sont aussi proches qu'*Autonomie* en allemand et *autonomie* en français (5)), le phénomène négatif que constitue le silence (ou le quasi-silence) ajoute un défi supplémentaire.

En partant des textes de la doctrine française, pour l'essentiel à partir de la fin du XIX  e siècle, qui utilisent le terme d'autonomie (en précisant la plupart du temps « autonomie de la volonté » ou « autonomie privée »), nous verrons que cette notion a été cantonnée, pour ses effets utiles, au domaine du droit international privé, comme si les étrangers ou ceux contractant avec des étrangers étaient les seuls à jouir d'une telle autonomie (I). Partant de ces faits positifs, nous pourrions nous interroger sur les raisons du rejet, dans le déploiement historique de la doctrine juridique française, de cette

(3) P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Au dépôt, 1827, vol. VII, p. 362; V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980; A. BÜRGE, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1995², pp. 64-88; X. MARTIN, *Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne*, Bou  re, Dominique Martin Morin, 2003, pp. 448-450 avec l'exemple, très parlant, de Léon Duguit cherchant (sans trouver vraiment d'argument dans ce sens) la théorie de l'autonomie de la volonté dans l'article 1134 du Code Napoléon.

(4) M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 262.

(5) P. LEGRAND, *The Impossibility of 'Legal Transplants'*, in « Maastricht Journal of European and Comparative Law », 4 (1997), pp. 111-124.

problématique associée ailleurs en Europe à la notion d'autonomie (II).

I. Sur l'apparition tardive et limitée de la notion d'autonomie privée dans la doctrine française, l'étude de Véronique Ranouil a apporté, en 1980, une lumière nouvelle. Elle a montré l'importance prise par cette expression dans le *Traité de droit international privé* de Foelix ⁽⁶⁾, le premier ouvrage (à partir de sa première édition en 1843) consacré en France à la construction de cette branche de la science du droit ⁽⁷⁾. S'appuyant sur les textes de Mittermaier, de Danz et surtout de Wächter (le professeur de Tübingen venait de publier, en 1841-1842, une série d'articles sur les conflits de lois), cet avocat d'origine allemande faisait connaître à ses lecteurs français les apports de la notion nouvelle d'autonomie à la théorie classique des statuts. Parce que l'individu était « libre de contracter, de s'obliger et de disposer de ses biens » — cette liberté qu'on « appelle en Allemagne l'autonomie des citoyens » — il pouvait dans un acte juridique échapper au statut personnel ou réel pour se soumettre à une loi expressément ou tacitement choisie ⁽⁸⁾. C'était essentiellement ce second cas qui retenait l'attention de Foelix pour expliquer l'interprétation des contrats à partir de présomptions, revenant ainsi aux théories traditionnelles (en France depuis Dumoulin au XVI^e siècle) sur l'intention présumée des parties dans un contrat de mariage. Après ce texte de Foelix, Véronique Ranouil considérait qu'il fallait attendre le *Traité élémentaire de droit international privé* de Weiss en 1885-1886 (à un moment où le droit international privé devient une matière enseignée dans les facultés de droit françaises) pour que cette notion d'autonomie de la volonté devienne un sujet de discussions, réservé pendant une dizaine d'années aux internationalistes (Lainé en 1889-1890, Surville en 1890, Pillet et Audinet en 1894, Aubry dans un article dédié à cette question dans le *Clunet* de 1896, Olive avec une thèse sur ce sujet en 1899), qu'ils soient Français ou de langue française (Laurent et Borcher sont également

⁽⁶⁾ RANOUIL, *L'autonomie*, cit., p. 21.

⁽⁷⁾ J.-L. HALPÉRIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, PUF, 1997, pp. 38-40.

⁽⁸⁾ J.-J. G. FOELIX, *Traité de droit international privé*, Paris, Joubert, 1847², pp. 134-135.

cités pour des travaux des années 1880 qui indiquent la pénétration de cette expression dans les travaux des juristes en langue française). C'est seulement dans un second temps, jalonné notamment par *Le droit individuel et l'État* (1891) de Beudant ⁽⁹⁾, la *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* de Gény ⁽¹⁰⁾ en 1899 et la thèse d'Emmanuel Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé* (1912) que l'expression serait devenue familière chez les civilistes français, alors même que Gény et Gounot rejetaient son application au droit français. Véronique Ranouil relevait l'absence totale de référence à l'autonomie chez les civilistes classiques du XIX^e siècle ayant traité du droit des obligations (Troplong, Marcadé, Demolombe, Larombière), y compris chez ceux influencés par la doctrine allemande (Aubry et Rau). La seule exception, confirmant la règle en raison de la position marginale de cet auteur qui ne fut jamais professeur dans une faculté de droit française, aurait été Émile Acollas qui (dans son ouvrage de 1866 intitulé *Nécessité de refondre l'ensemble de nos codes et notamment le Code Napoléon au point de vue démocratique*, puis dans son *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants* en 1869 ⁽¹¹⁾) exaltait l'autonomie de l'individu comme le principe devant dominer dans l'avenir les législations, notamment en matière contractuelle ⁽¹²⁾. L'originalité de ce juriste, un républicain engagé sous le Second Empire qui voulait combiner la liberté (y compris du point de vue testamentaire, ce qui était peu courant chez les démocrates français) et l'égalité dans les relations de travail (il fallait éviter que la volonté de l'employeur s'impose à l'ouvrier qui avait besoin de son pain quotidien) en s'opposant à l'idée de « droit social », n'est pas exclusive d'emprunts cachés à la doctrine allemande, que pourrait révéler la présence (à l'époque

(9) CH. BEUDANT, *Le droit individuel et l'État*, Paris, Arthur Rousseau, 1891, pp. 145-146: partant de l'affirmation que « la liberté envisagée comme principe du droit n'en reste pas moins la tradition nationale et purement française, la pure tradition de 1789 », Beudant identifie le droit à « l'autonomie de l'être humain », synonyme d'indépendance et d'inviolabilité de la personne, comme de garantie de la propriété.

(10) RANOUIL, *L'autonomie*, cit., p. 94.

(11) É. ACCOLLAS, *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants*, Paris, Ernest Thorin, 1885, vol. II, p. V, p. 199 (où l'autonomie de l'individu est appelée à renouveler « l'ordre juridique »), p. 562 et p. 719.

(12) RANOUIL, *L'autonomie*, cit., pp. 80-81.

aussi incongrue en France que l'autonomie) de la notion d'« ordre juridique » dans son *Manuel*. Quel que soit l'intérêt des écrits de cet esprit indépendant ⁽¹³⁾, l'on peut néanmoins considérer que son influence a été des plus limitées sur la doctrine dominante.

À l'appui de sa thèse sur un « changement de paradigme » dans la doctrine civiliste française entre les années 1820 et 1850 (qui aurait consisté à s'éloigner de l'étatisme de l'époque napoléonienne pour aller vers l'autonomie des propriétaires et des contractants), Alfons Bürge a ajouté d'autres pièces au dossier des textes français sur la notion d'autonomie. Il s'agit, d'abord, d'écrits qui prouvent la connaissance précoce dans des cercles étroits de philosophes et de juristes de l'œuvre de Kant, une connaissance accompagnée de la formulation en français de « l'autonomie de la volonté » sur le terrain de la morale : la *Philosophie de Kant* (parue à Metz en 1801) de Villers, l'*Histoire comparée des systèmes de philosophie* écrite par le secrétaire général du Ministère de l'Intérieur (plus tard Conseiller d'État) de Gérando en 1804, l'*Essai sur la nature et l'origine des droits* publié en français à Leipzig en 1818 par le publiciste allemand Brückner, enfin les éditions (1830 et 1837) de la traduction de la *Métaphysique des mœurs* par Tissot (professeur de philosophie à Dijon) ⁽¹⁴⁾. Alfons Bürge doit concéder que tous les lecteurs de Kant (eux-mêmes peu nombreux parmi les juristes français) n'ont pas utilisé cette notion d'autonomie de la volonté (c'est le cas de Renouard qui s'est appuyé sur les travaux de Kant en matière de droits des auteurs d'ouvrages) et que la transposition de cette expression en droit reste limitée à des auteurs proches de l'Allemagne comme Foelix et Schützenberger. Ce dernier, professeur à Strasbourg, est le premier à écrire en français que « les contrats sont des actes d'autonomie privée, ils complètent par la loi privée que s'imposent les parties contractantes la législation qui règle les rapports de l'ordre social privé » ⁽¹⁵⁾.

Sans entrer dans une discussion de l'interprétation proposée

⁽¹³⁾ FR. AUDREN, *Émile Aollas libertarien de la République*, in A. STORALAMARRE, J.-L. HALPÉRIN, FR. AUDREN (dir.), *La République et son droit (1870-1930)*, Besançon, Presses Universitaires de Franche-Comté, 2011, pp. 239-261.

⁽¹⁴⁾ BÜRGE, *Das französische Privatrecht*, cit., pp. 77-78.

⁽¹⁵⁾ F. SCHÜTZENBERGER, *Les lois de l'ordre social*, Paris, Hingray, 1849, p. 396.

par Alfons Bürge de l'impact ces textes — qui prouvent bien une connaissance précoce des théories allemandes, mais de la part d'un nombre très restreint de juristes français, faisant ainsi douter qu'il s'agisse d'un facteur décisif dans la lecture plus « libérale » qui est faite de la codification napoléonienne à partir des années 1830 — nous voudrions ajouter quelques pièces supplémentaires à cette généalogie de l'autonomie privée dans la doctrine française. Il s'agit, d'abord, du *Traité des statuts* de l'avocat Mailher de Chassat publié en 1845, soit deux ans après l'ouvrage de Foelix. Mailher de Chassat apporte une interprétation très personnelle à la traditionnelle théorie des statuts en voyant dans le « droit statutaire » un droit coutumier (préexistant à la législation) qui exprimerait les mœurs d'un peuple. Dans cette lancée, qui pourrait évoquer Savigny (qui n'est jamais cité), il affirme prendre le « mot autonomie dans un sens différent des auteurs allemands » comme « manifestation de la puissance individuelle s'élevant parallèlement à la puissance de la loi ». Après être allé jusqu'à écrire que « la volonté de l'homme l'emporte sur la volonté de la loi », Mailher de Chassat tempère son propos, en faisant (le premier, nous semble-t-il ⁽¹⁶⁾) une analyse qui distingue les lois ayant pour seul objet l'intérêt privé — de simples prévisions que les contractants peuvent écarter — et les lois s'associant à la « pensée du droit public » ⁽¹⁷⁾. En citant expressément les articles 1134, 1135 et 6 (« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »), Mailher de Chassat avait clairement relié l'autonomie privée à la matière des contrats. Il n'est pas sûr que cet auteur, lui aussi marginal par rapport aux enseignants des facultés de droit, ait eu une connaissance très grande de la doctrine allemande (il fait une seule allusion à Savigny, comme dans son *Traité de l'interprétation*

⁽¹⁶⁾ En commentant l'article 6 du Code Napoléon, les juristes français de la première moitié du XIX^e siècle faisaient certes la distinction entre les « lois susceptibles de dérogation et celles qui ne le sont pas » (D. DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1853, vol. XXX, V^o Lois, pp. 203-204) mais, avant ce texte de Mailher de Chassat, ils n'établissaient pas de lien avec le rôle de la volonté dans les contrats et l'article 1134 du Code Napoléon.

⁽¹⁷⁾ A. MAILHER DE CHASSAT, *Traité des statuts*, Paris, A. Durand, 1845, pp. 177-178.

des lois paru la même année), il paraît plutôt s'être inspiré de Foelix. Il n'en reste pas moins qu'il fait un lien entre autonomie et liberté contractuelle dans les limites de l'article 6 du Code Napoléon.

Quelques années plus tard, en 1851, paraît l'*Examen des fondements de la métaphysique des mœurs et de la critique de la raison pratique* de Jules Barni, un professeur de philosophie aux sentiments républicains qui va s'opposer au Second Empire. Barni est un des propagateurs de la pensée de Kant à travers ses traductions du philosophe allemand (son maître Victor Cousin ne pouvait lire Kant dans le texte). Dans cet *Examen* de la philosophie morale de Kant, Barni identifie liberté et « autonomie de la volonté »⁽¹⁸⁾. Il est remarquable que Barni ne parle jamais d'une extension de ce principe au droit (domaine de l'hétéronomie) et, tout en admirant Kant, se montre quelque peu critique à l'égard d'une doctrine qui place la volonté au-dessus des sentiments de l'homme. De quoi modérer l'idée que les républicains français (qu'ils soient philosophes ou juristes) se seraient ralliés massivement à la philosophie kantienne.

Enfin, la réédition du *Traité de droit international privé* de Foelix par Charles Demangeat en 1866 nous paraît constituer un jalon supplémentaire dans les quarante années séparant l'introduction par Foelix de la notion d'autonomie et son utilisation à partir de Weiss par les spécialistes du droit international privé. Au développement de Foelix sur l'autonomie est ajoutée, à l'initiative de Demangeat (qui enseignait le droit romain et connaissait à ce titre la traduction française de Guénoux sous le titre *Traité de droit romain*, dont le tome VIII était paru en 1860), une note indiquant le célèbre passage du *Système* de Savigny où celui-ci prenait ses distances avec l'emploi, dans le domaine des conflits de lois, du terme d'« autonomie »⁽¹⁹⁾. Demangeat fait la remarque que le sens allemand du mot, s'appliquant aux privilèges de la noblesse et des corporations consistant à développer une « sorte de législation domestique », ne peut

(18) J. BARNI, *Examen des fondements de la métaphysique des mœurs et de la critique de la raison pratique*, Paris, de Ladrangé, 1851, p. 51, p. 276 et p. 330.

(19) CH. DEMANGEAT, *Traité du droit international privé par M. Foelix*, Paris, 1866, Marescq, p. 221 citant la traduction par Guénoux de Savigny, *Traité de droit romain*, Paris, Firmin Didot, 1860, vol. VIII, pp. 112-113.

pas concerner le droit français. C'est une manière de cantonner l'usage de cette notion d'autonomie tout en l'admettant pleinement (au sens de l'autonomie des contractants pour choisir la loi à laquelle ils soumettent leur acte) dans le cadre du droit international privé.

L'ensemble de ces textes, combiné avec le silence des civilistes mais aussi des romanistes français (Ortolan, Pellat, Massol, Machelard) sur cette notion d'autonomie, confirme l'entrée tardive de ce vocabulaire d'origine allemande dans la doctrine française et son cantonnement au domaine du droit international privé où il prend son premier essor dans les années 1880-1890. Bénéficiant de la création du *Journal de droit international privé* ou revue *Clunet* par Demangeat en 1874 et de l'établissement de cours spécialisés dans les facultés de droit, les professeurs français se trouvaient armés (paradoxalement mieux que leurs collègues allemands à la même époque) pour débattre de cette matière et de la place que devait y tenir l'autonomie des contractants. Il reste néanmoins mystérieux de comprendre pourquoi Aubry parlait en 1896 d'un principe « à peu près incontesté aujourd'hui ». Bien que se situant dans la lignée de Foelix et de Savigny, Demangeat n'employait pas cette expression dans l'article introductif de la revue qui commentait pourtant une jurisprudence de la Cour de cassation sur la loi applicable au contrat (en l'occurrence celle du lieu de sa formation). Et le premier numéro du *Clunet* employait le terme « autonomie » à propos des États dans une traduction de l'ouvrage italien de Giuseppe Carle sur la faillite en droit international ⁽²⁰⁾. La même année 1874, le *Clunet* publiait un texte de Mancini approuvant Savigny pour avoir réfuté « victorieusement » la thèse du professeur de Göttingen Hans élevant « l'autonomie de la volonté individuelle au niveau de la puissance de la loi » ⁽²¹⁾. Il faut attendre 1882 pour qu'un article d'Esperson (professeur à Pavie, l'article a été traduit en français) dans la même revue, sur le droit international privé dans la législation italienne, parle de l'autonomie comme la « liberté de l'étranger pour tout ce qui dépend de sa volonté » (en référence aux « auteurs alle-

⁽²⁰⁾ *La faillite en droit international privé*, in *Journal de droit international privé*, 1, (1874), pp. 17-18.

⁽²¹⁾ MANCINI, *De l'utilité de rendre obligatoire les règles générales du droit international privé*, in *Journal de droit international privé*, 4, (1874), p. 287.

mands ») (22). Pendant longtemps, l'autonomie des États, au sens du droit international public, a pris plus de place dans les articles du *Clunet* que l'autonomie en droit privé.

Certes, les éditions successives du *Manuel de droit international privé* de Weiss à partir de 1886 (23) reprennent les théories de l'École personaliste de Mancini pour envisager l'autonomie de la volonté comme une exception à l'application de la loi nationale : en présence de « lois supplétives de volonté » (l'on voit ici l'influence du vocabulaire venu de Savigny), les contractants peuvent se soumettre à d'autres règles (y compris une loi étrangère). Weiss se contente cependant de remarquer que l'étranger « emporte avec lui » cette liberté (conçédée et encadrée par sa législation nationale) quand il contracte en dehors de son pays, sans donner de justification théorique à cette « autonomie privée » (24).

Il faut ainsi considérer l'article d'Aubry (professeur à Rennes) comme fondateur d'un débat sur l'autonomie privée en France. Tout en laissant croire à ses lecteurs que la notion d'autonomie faisait l'objet d'une doctrine « à peu près universelle » et incontestée, Aubry imposait, dans les premiers mots de son article, une définition stipulative destinée à cantonner cette idée au droit international privé : « une terminologie déjà ancienne, et qui nous vient d'Allemagne, désigne sous le nom d'*autonomie* le rôle qui appartient à la volonté expresse, tacite ou présumée des parties dans la solution des conflits de lois » (25). Après avoir rattaché ce rôle de la volonté des contractants aux analyses de Dumoulin sur les contrats de mariage entre personnes soumises à différentes coutumes, par un raccourci historique qui ménage l'honneur national des Français, Aubry n'hésite pas à ériger le « principe de l'autonomie » en « véritable axiome du droit ». Le juriste français est pourtant moins clair

(22) P. ESPERSON, *Le droit international privé dans la législation italienne*, in *Journal de droit international privé*, 9, 1882, p. 273.

(23) D'abord intitulé *Traité élémentaire de droit international de droit privé* (1886 et 1890), l'ouvrage porte ensuite le titre de *Manuel de droit international privé* (nous citons l'édition de 1905).

(24) A. WEISS, *Manuel de droit international privé*, Paris, Larose & Tenin, 1905, pp. 381-382.

(25) J. AUBRY, *Le domaine de la loi d'autonomie, en droit international privé*, in *Journal de droit international privé*, 23, 1896, p. 465.

quand il parle de la « loi d'autonomie »: ce qu'il vise n'est plus le « principe », mais la loi choisie expressément ou tacitement par les parties pour régler leur contrat. Il revient ensuite au fondement du « principe » et renvoie, comme l'avait fait Maillher de Chassat cinquante ans auparavant, à l'article 1134 du Code Napoléon. Aubry confirme aussi le lien fait par son prédécesseur avec l'article 6 du Code et avec son interprétation, désormais classique ⁽²⁶⁾, distinguant les lois « impératives » ou d'ordre public (auxquelles les contractants ne peuvent pas déroger) et les lois « supplétives » (qui ne s'appliquent qu'à défaut de volonté contraire exprimée par les parties).

L'analyse d'Aubry progresse ensuite avec une apparente logique. Puisque le principe d'autonomie a pour fondement la volonté des parties (ou plutôt une convention tacite entre les parties), il a le même domaine que la liberté des conventions, il est « limité par le domaine voisin de l'ordre public qui l'entoure ». Ainsi « l'individu se meut dans un certain cercle qui lui est tracé par le législateur ». Il faut ensuite tenter d'expliquer pourquoi la question se pose d'une manière particulière en droit international privé. Aubry insiste sur le fait que des contractants français (il faut comprendre « qui seraient tous Français ») ne peuvent se référer à une loi étrangère. La preuve « par l'absurde » réside dans un exemple: la femme mariée française (devenue incapable de s'obliger civilement par son mariage) ne pourrait contracter en vertu de la loi russe ou anglaise pour être relevée de son incapacité (on relèvera qu'Aubry considère l'hypothèse d'une capacité de la femme mariée française comme absurde !). En revanche, les étrangers ne « sont pas soumis à toutes nos règles d'ordre public », mais seulement à celles d'une « portée absolue » qui formeraient « ce que beaucoup d'auteurs appellent aujourd'hui l'ordre public international ». Aubry note néanmoins que les étrangers, échappant pour partie à des règles impératives de l'ordre public français, sont soumis à leur ordre public national qui peut être plus exigeant.

⁽²⁶⁾ Le lien établi entre « lois supplétives de volonté » (selon l'expression de Savigny) et autonomie de la volonté se retrouve chez A. COLIN, H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, Dalloz, 1914, vol. I, p. 8.

Sans le dire de manière très nette, la suite de l'article porte sur les contrats conclus entre des Français et des étrangers, ceux qui peuvent donner lieu à des conflits de lois et le but d'Aubry est d'éviter une extension trop grande du principe d'autonomie qui permettrait à des contractants Français d'échapper à l'ordre public français en plaçant leur contrat sous l'autorité de la loi de formation de l'acte. Pour Aubry, qui craint une « erreur » sous le couvert de l'autorité de Savigny, il s'agirait d'une véritable fraude présentant la « loi de l'acte » comme « sorte de pavillon neutre sous lequel on pourrait faire passer certaines marchandises de contrebande » (27).

Cette problématique est poursuivie, avec les mêmes ambiguïtés, dans la thèse de Louis Olive parue trois ans plus tard en 1899. Dès les premières pages, l'auteur s'inquiète de ce qui pourrait être un « pouvoir exorbitant » pour les parties de choisir, parmi les lois des États, celle à laquelle ils voudraient soumettre un rapport juridique donné (28). Pour tempérer cet excès il faut s'appuyer sur l'article 6 du Code civil, comme sur les conceptions de Savigny relativement à la différence entre lois impératives et règles de droit supplétif (cette distinction faite par Savigny, dès le premier volume de son *System* (29), a probablement aidé les auteurs français de la seconde moitié du XIX^e siècle à mieux théoriser l'article 6 du Code Napoléon). Cela signifie, tout d'abord, que la partie qui se réfère dans un contrat à une loi étrangère ne fait « qu'user du droit que lui reconnaît sa loi nationale ». Pour un Français, la base légale de l'autonomie est donc l'article 1134 du Code Napoléon (30). Le droit international privé ajoute, ensuite, plusieurs éléments à cette situation : la différence de nationalité entre les contractants ou le fait que le contrat ait été conclu à l'étranger peuvent faire présumer que les parties ont voulu se soumettre à une législation étrangère (c'est alors une question de preuve qui ne concerne pas l'étendue du domaine d'autonomie) ; le choix de la loi étrangère peut être paralysé par les

(27) AUBRY, *Le domaine de la loi d'autonomie*, cit., p. 472.

(28) L. OLIVE, *Étude sur la théorie de l'autonomie en droit international privé*, thèse droit, Paris, 1899, p. 10.

(29) FR. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. fr. Ch. Guenoux, Paris, Firmin Didot, 1851, vol. I, § 15, p. 54.

(30) OLIVE, *Étude sur la théorie*, cit., p. 30.

dispositions impératives de « l'ordre public international » auxquelles les parties ne peuvent pas déroger (ce qui pourrait ouvrir aux contractants français un domaine plus large que celui de l'ordre public interne, le contractant français devant seulement respecter les lois gouvernant son état et sa capacité) ⁽³¹⁾.

Louis Olive est amené à aller un peu plus loin sur ces thèmes en discutant les thèses du comte de Vareilles-Sommières exposées dans sa *Synthèse du droit international privé* (1897). De Vareilles-Sommières, partisan du territorialisme et violemment opposé à l'idée que le contractant étranger puisse transporter avec lui une liberté résultant d'une loi étrangère, contestait l'idée que l'article 6 du Code civil ait rendu certaines lois françaises facultatives ⁽³²⁾. Les lois supplétives de volonté sont pour lui d'authentiques lois, les contractants peuvent seulement renoncer aux bénéfiques que la loi confère, ce qui laisse entendre qu'ils restent dans le droit français en choisissant seulement de ne pas être « protégés » par quelques-uns des droits subjectifs reconnus aux Français. Louis Olive se contente de contester cette distinction qui serait placée, par l'article 6 du Code Napoléon, entre des droits (certains susceptibles de renonciation, d'autres dont les contractants en peuvent disposer) et non entre des lois ⁽³³⁾. Ce faisant, il revient à l'idée que l'article 6 du Code Napoléon « tolère » que les lois supplétives de volonté « soient remplacées par des dispositions choisies par les intéressés eux-mêmes » ⁽³⁴⁾. Il nous semble que la démonstration menée par Louis Olive ne va pas au bout de la question de la création de nouvelles normes par les contractants. Presque trente ans plus tard, en 1927, une autre thèse de doctorat, celle de Marcel Caleb, prolonge quelque peu la discussion dans la perspective française du droit international privé. S'appuyant sur les travaux de Bülow (son article sur le *Dispositives Civilprozessrecht* de 1881 est directement relié à un combat contre la « surestimation de la volonté individuelle »), Marcel Caleb considère que la prétendue autonomie de la volonté

⁽³¹⁾ OLIVE, *Étude sur la théorie*, cit., p. 32.

⁽³²⁾ G. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse du droit international privé*, Paris, F. Pichon, 1897, vol. I, pp. 245-247 et vol. II, pp. 102-103.

⁽³³⁾ OLIVE, *Étude sur la théorie*, cit., p. 35.

⁽³⁴⁾ OLIVE, *Étude sur la théorie*, cit., p. 49.

résulte en droit français d'une « habilitation » donnée à la volonté des parties par l'article 1134 du Code Napoléon. Il en conclut que tous les effets de cette volonté autonome « sortent de la loi » et que « la volonté individuelle est impuissante à créer du droit »⁽³⁵⁾. Cette dernière phrase va peut-être au-delà de la pensée de l'auteur : en termes kelséniens, les internationalistes français admettaient bien que les contractants puissent créer des « normes individuelles », c'est-à-dire des règles applicables aux seuls contractants. Mais ils ont été unanimes à considérer, dès la fin du XIX^e siècle, que ces contractants (en contact avec le droit français par leur nationalité ou le lieu de formation du contrat) ne pouvaient pas créer une norme générale ou une norme à l'extérieur du droit français. L'autonomie de la volonté se réduisait, pour les juristes français, à utiliser l'espace de liberté contractuelle, dessiné en creux par les règles impératives du droit français, et de manière implicite à se soumettre à une norme qui existait déjà (au moins de manière potentielle) dans le droit français.

II. Ainsi cantonnée dans le domaine du droit international privé (lui-même conçu comme une branche du droit national), la notion d'« autonomie de la volonté » avait une faible portée pour les juristes français, en dépit des affirmations (dépourvues de toute justification théorique) de l'existence d'un tel « principe » de la part des civilistes, des affirmations qui débute au XX^e siècle avec Henri Capitant⁽³⁶⁾. Le seul juriste qui ait présenté en France de véritables arguments contre les théories allemandes sur ce thème est Gény. En 1899, la même année que la thèse de Louis Olive, Gény consacre un développement de quatre pages à cette question dans sa célèbre *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. La discussion part d'une interrogation : « dans quelle sphère s'exerce la force impérative de la loi ? ». Tout de suite, Gény place le débat « suivant nos idées françaises » sur le terrain de la souveraineté nationale, dont le domaine (sans limites dans l'ordre interne) paraît exclure que des

(35) M. CALEB, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, Paris, Sirey, 1927, pp. 26-27 et p. 37.

(36) Il est notable qu'Henri Capitant n'ait pas parlé de ce principe dans la première édition de son *Introduction à l'étude du droit civil* en 1898, mais à partir de la deuxième édition en 1904: RANOUIL, *L'autonomie*, cit., p. 94.

communautés (autres que l'État) ou des particuliers jouissent d'une certaine « autonomie ». Cette introduction permet, dans un second temps, de se référer (avec une note renvoyant aux travaux de Bekker, Puchta, Wilda, Gerber, Maurer, Stobbe, Gierke que Gény, en bon connaisseur de la langue allemande, avait très probablement lus) au « problème de l'autonomie législative », tel qu'il s'est développé historiquement « dans certains pays voisins », « en Allemagne notamment ». Ce que Gény appelle « autonomie législative » est donc la thèse « allemande », selon laquelle certains groupes avaient le droit de constituer des lois particulières, susceptibles d'avoir des effets y compris sur des tiers (cette mention précise montre que Gény ne réduit pas la discussion à la création de « normes individuelles » par les contractants et qu'il ne confond pas « autonomie législative » et « autonomie de la volonté »). Suit un court exposé historique, visant à montrer que cette « autonomie législative » très étendue au Moyen Âge en Allemagne, s'est de plus en plus restreinte outre-Rhin (de l'aveu même d'auteurs comme Stobbe et Gierke) pour ne concerner que quelques villes privilégiées, des familles princières ou nobles et peut-être des corporations. Gény en vient alors à se demander si ces reliques d'autonomie législative ne se réduisent pas à la mise en œuvre du « principe général de l'autonomie de la volonté » (*Privatautonomie*) « qui établit des rapports juridiques et engendre des droits subjectifs, mais ne peut créer des règles de droit objectif ». Le silence du récent Code civil allemand (BGB) serait la preuve de ce déclin de l'autonomie législative, avec seulement la confirmation par la loi d'introduction du BGB des privilèges des familles princières et de l'ancienne noblesse d'Empire (une exception qui fait ressortir la « condamnation définitive » du principe de l'autonomie).

On voit que cette discussion est très finement menée par Gény qu'il s'agisse d'expliquer ses origines historiques en Allemagne ou de distinguer « autonomie législative » et « autonomie de la volonté » (elle-même analysée dans des termes qui peuvent paraître annoncer la distinction kelsénienne entre normes générales et normes individuelles). Il reste juste à Gény de conclure sur la situation française : « je doute fort qu'il soit possible de découvrir, dans notre régime moderne, le germe d'une véritable autonomie législative attribuée à des citoyens indépendamment du pouvoir central ». Le développe-

ment s'achève par un examen rapide des situations qui pourraient donner lieu à une éventuelle autonomie législative (telles qu'elles avaient été envisagées en 1895 par Gierke dans son *Deutsches Privatrecht* ⁽³⁷⁾): les communes et départements (qui ne peuvent rien décider en France sans délégation du législateur), les associations (dont les statuts constituent des « rapports juridiques » entre les contractants, mais non des règles de droit applicables aux tiers) et (dans une note où Gény met en arrière-plan sa défense de l'Église contre la République qu'il jugeait « anticléricale ») l'Église catholique qui a bien son propre droit, mais n'est pas en mesure de l'imposer à l'État ⁽³⁸⁾.

Gény est ainsi le seul à expliquer (ou à expliciter) en quoi la théorie de l'autonomie (du moins sous sa forme de l'autonomie législative) serait incompatible avec le droit français « moderne », c'est-à-dire tel qu'il s'est développé depuis 1789. En établissant la souveraineté nationale, de qui dépend toute autorité (c'est l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen), la Révolution française aurait exclu toute autonomie pour l'Église (ou plus généralement pour les églises, quelle que soit la confession), les corporations ou associations, la noblesse ou les collectivités territoriales. Gény reprend et amplifie sa démonstration dans le volume I de *Science et technique en droit privé positif* dont le texte paraît en 1914, juste avant la Première Guerre mondiale (la note introductive de l'auteur est datée de Nancy le 15 octobre 1913). La question est désormais présentée au niveau théorique : « Est-ce à dire qu'il n'y ait de droit que dans et par l'État? ». Gény précise immédiatement qu'il ne s'agit pas ici de traiter du droit international (un sujet qui était totalement absent chez lui en 1899), mais d'envisager des groupes plus restreints « dans le sein même de l'État », des « organismes assez puissants pour porter et sanctionner des règles de conduite extérieure obligatoires » (on notera ici une précision du vocabulaire qui est très rare chez les auteurs français de cette époque et rapproche Gény de ses contemporains allemands).

⁽³⁷⁾ O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, 1895, pp. 142-156.

⁽³⁸⁾ Fr. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Chevalier-Marescq, 1899, pp. 211-215.

C'est alors que le débat est rattaché, comme dans la *Méthode*, à l'Autonomie (avec une majuscule) des « juristes allemands » en tant qu'« institution parallèle à la législation d'État ». L'analyse de Gény reste identique : cette institution contrarie la souveraineté « exclusive et jalouse de l'État moderne », elle perd de plus en plus de son importance (il faut comprendre, sans doute, pour ce qui concerne l'Allemagne), elle n'a « aucun domaine d'application incontestable en France où tout régime de castes est aboli ». Suivent les arguments relatifs à la situation française : la noblesse ne représente plus qu'une distinction historique, l'État « s'est assimilé des divisions territoriales pour en faire comme des fractions ou dérivations de lui-même », les groupements « doués d'une véritable homogénéité corporative » ne lient leurs membres par des statuts « que suivant la loi générale et dans les limites fixées par celle-ci » (en note la référence à Maxime Leroy et à l'idée d'un « droit ouvrier » de création autonome est signalée, les lecteurs devant comprendre que les conceptions de ce théoricien du syndicalisme ne peuvent être acceptées par le conservateur Gény) ⁽³⁹⁾.

Pour aller au-delà d'une autonomie privée en vertu de la liberté des conventions (l'autonomie de la volonté « à la française », pourrait-on dire, trouvant un prétendu appui dans l'article 1134 du Code Napoléon), « il faudrait donc dépasser la sphère même de l'État et faire en quelque sorte abstraction de sa nature ». Sans s'expliquer outre-mesure, Gény laisse entendre que ce dépassement de l'État n'est concevable qu'en faveur de l'Église catholique. Gény, qui était un catholique convaincu très critique à l'égard de la politique républicaine en ce domaine (la Séparation des Églises et de l'État date de 1905, moins de dix ans avant ce texte), esquive sa réponse en constatant d'une part que l'Église possède une autonomie reconnue à travers sa personnalité internationale et d'autre part que le droit positif de l'Église n'atteint (notamment par ses sanctions) que les fidèles sans relation avec le droit étatique (qui peut ainsi ignorer le droit canon). En note, Gény cite Wundt pour réfuter l'idée qu'un droit positif en dehors de l'État serait illogique, Jhering pour évoquer une thèse opposée au droit de l'Église (mais sans

⁽³⁹⁾ FR. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1914, vol. I, pp. 58-59.

rendre compte de ses positions sur le thème général de l'autonomie de la volonté ?) et surtout Esmein (le professeur parisien, mort en 1913, était un partisan avoué de la Séparation en 1905) pour dire qu'en droit français, le droit de l'Église n'a pas « plus de conséquences », c'est-à-dire plus de portée en droit positif.

Toutes ces notations, vraisemblablement bien pesées (il s'agit, à notre avis, d'un des textes les plus denses de Génny dont le style est assez souvent filandreux dans le reste de ses ouvrages), conduisent Génny à exprimer son opinion : en réduisant l'Église à un seul prestige spirituel, l'État français « semble bien avoir excédé la mesure légitime de sa souveraineté ». Bien plus, le « libre développement de la personne humaine » (une expression qui n'avait rien de courant chez les juristes français en 1914), qui suppose la liberté de conscience et des cultes, ne saurait être pleinement satisfait « que par l'autonomie reconnue à toute société religieuse douée de l'organisation nécessaire pour accomplir » sa mission. Ici, Génny n'hésite pas être prescriptif et à souhaiter la reconnaissance d'une véritable autonomie pour l'Église (catholique et, très éventuellement, pour d'autres églises).

Le passage, beaucoup plus incisif on le voit que dans la *Méthode* de 1899, s'achève par l'affirmation de l'Église comme « centre de formation du droit positif » (Génny n'est pas alors très loin de ce que Santi Romano écrit quelques années plus tard dans l'*Ordinamento giuridico*) et par une pirouette pour revenir, dans la suite de l'ouvrage, au seul droit positif « dans et par l'État ». Il est révélateur que ce texte écrit juste avant le début de la Première Guerre mondiale et citant encore de nouvelles lectures des auteurs allemands faites par Génny (Stammler, Bierling et Brütt) comporte également un appel à tous ceux qui « placent le fondement du droit ailleurs que dans la force matérielle », en s'appuyant sur la « conception demeurée traditionnelle en France » d'après Fouillée (*L'Idée moderne du droit*, 1878) ⁽⁴⁰⁾. Ce thème allait être développé à l'envi par les juristes français dans la guerre contre l'Allemagne et contre la théorie de la *Herrschaft*.

Les deux textes de Génny nous fournissent, au-delà des opi-

(40) GÉNNY, *Science et technique*, cit., pp. 62-63.

nions propres à ce juriste alliant modernisme (dans sa *Méthode* et dans sa connaissance des controverses théoriques en Allemagne qu'il était un des seuls à maîtriser en France) et opinions politiquement conservatrices (qui l'amenaient à défendre à contrecœur le positivisme étatique), plusieurs pistes de réflexion sur le « grand silence » du reste de la doctrine française à propos de l'autonomie privée. Gény propose, pour l'essentiel, des explications historiques sur les différences entre la France et l'Allemagne à l'ère contemporaine: d'un côté un État anciennement centralisé qui, depuis la Révolution, a banni les corps intermédiaires et sécularisé son droit, de l'autre une Fédération à l'unité récente qui a maintenu au début du XX^e siècle les droits de la noblesse et reconnaît la force des corporations comme des Églises.

Cette analyse sur les différences politiques entre la France et l'Allemagne ne suffisent pas, selon nous, à expliquer (en dernier ressort par un facteur culturel faisant appel à une sorte d'esprit juridique français) le rejet de la notion d' « autonomie privée » par les juristes français. Gény ne tient pas compte des développements les plus anciens de la théorie de l'autonomie en Allemagne, par exemple chez Pfizer et Puchta ⁽⁴¹⁾, ni des critiques adressées à la notion d'autonomie présentées par Gerber dès 1854-1859 ⁽⁴²⁾. Le sort de cette théorie ne peut être ramené à un conflit de valeurs entre l'Allemagne et la France, selon une stylisation qui donne trop d'importance à un prétendu « esprit national ».

Nous pensons plutôt que la place centrale de la loi dans le droit français, particulièrement depuis la Révolution française et le Code civil, a participé à la diffusion, à l'insu même des juristes français, d'une conception positiviste selon laquelle il n'y a pas de droit en dehors de l'État. Alors que les civilistes français de la fin du XIX^e siècle et du XX^e siècle invoquent (comme un mot dénué de sens précis en dehors de la liberté contractuelle) l'autonomie de la volonté, Gény est paradoxalement (dans la mesure où il est lui-

⁽⁴¹⁾ S. HOFER, *Freiheit ohne Grenzen*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2001, pp. 23-25.

⁽⁴²⁾ S. SCHMIDT-RADEFELDT, *Carl Friedrich von Gerber (1823-1891) und die Wissenschaft des deutschen Privatrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, pp. 235-237.

même le partisan d'un droit naturel et désapprouve partiellement le droit positif dans le contexte de la III^e République) le seul juriste français qui ait commencé à théoriser cette identification de l'ordre juridique et de l'État, une vingtaine d'années avant les travaux de Kelsen sur ce sujet. En même temps, Gény n'est pas un positiviste: il croit dans un droit naturel (en principe laïque) et entend défendre l'Église face à l'État. Il s'empare du thème de l'autonomie pour avancer quelques-unes de ses idées, sans pour autant rompre avec ce positivisme étatique ambiant qui s'est développé en France. Il nous paraît révélateur que Gény, en citant *Der Zweck im Recht*, omette de signaler les phrases très claires de Jhering : « En d'autres termes, l'État est l'unique source du droit. L'autonomie exercée de fait par beaucoup d'associations, à côté de l'État, ne contredit pas à cette assertion. Cette autonomie trouve sa base juridique dans une concession expresse, ou dans la tolérance tacite de l'État. Elle n'existe pas par elle-même, elle dérive de l'État ⁽⁴³⁾ ». Parce qu'il n'admet pas la conséquence qu'en tire Jhering sur le droit de l'Église ⁽⁴⁴⁾, Gény préfère utiliser des arguments historiques opposant la France à l'Allemagne plutôt que d'adhérer à une analyse théorique mettant en valeur les faiblesses de la thèse de l'autonomie privée.

De notre point de vue positiviste, les arguments de Gény (comme ceux de Gerber et de Jhering) pour rejeter la notion d'autonomie étaient tout à fait recevables, mais ils étaient présentés de manière allusive et presque à contrecœur par le juriste français. À l'inverse, l'idée d'autonomie était tellement séduisante que même des positivistes (comme Kelsen) ont pensé à justifier l'existence d'un droit coutumier par l'idée que les sujets de droit étaient capables de créer du droit objectif ⁽⁴⁵⁾. Sans le savoir ou sans le dire, les juristes français avaient compris que le droit était caractérisé par l'hétéronomie, c'est-à-dire l'imposition de normes par le pouvoir, un pou-

⁽⁴³⁾ R. VON JHERING, *L'évolution du droit*, trad. fr. O. de Meulenaere, Paris, Chevalier-Marescq, 1901, p. 213.

⁽⁴⁴⁾ Sur cette opposition relativement à la place de la religion dans le droit entre Gény et Jhering, J.Q. WHITMAN, « Jhering parmi les Français, 1870-1918 », in O. BEAUD, P. WACHSMANN, *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, pp. 160-162.

⁽⁴⁵⁾ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. fr. B. Laroche et V. Faure, Paris, LGDJ-Bruylant, 1997, p. 182.

voir monopolisé aux Temps modernes par l'État. Si l'on est convaincu par ces postulats positivistes, la théorie de l'autonomie privée est infondée et les juristes français pouvaient, en bonne méthodologie, renoncer à utiliser ce concept inadapté, en dehors du domaine limité de l'autonomie contractuelle concédée par les États en droit international privé.