
«*Qui dit contractuel, dit juste.*» (Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons

Louise Rolland*

Dans cet article, l'auteure démystifie le fameux adage : «*Qui dit contractuel, dit juste.*». Elle expose les tensions légal-philosophiques qui surgissent de cette citation, établissant ultimement que, en contraste évident avec son traitement contemporain, l'extrait original prône une réconciliation de l'autonomie de la volonté et des impératifs sociaux, les éléments binaires du droit civil privé.

Elle examine l'utilisation contemporaine de la citation, mettant en évidence que même si l'extrait génère habituellement des discussions sur l'importance centrale de l'autonomie de la volonté, il se révèle aussi un tremplin pour une critique du droit privé. Prêchée comme un fondement idéaliste d'égalité et de liberté parfaite, la théorie originale doit céder à l'influence d'un modèle externe qui correspond mieux aux circonstances actuelles. L'auteure trouve la source de la dynamique contemporaine dans le travail d'Emmanuel Gounot, qui, en 1912, critiqua sommairement la centralité de l'autonomie de la volonté et suggéra alternativement l'idée que le droit doit répondre au contexte extérieur et aux normes de la vie en communauté.

L'article revient ensuite sur les origines de l'extrait. Alfred Fouillée défend l'importance de l'autonomie de la volonté comme premier principe légal tout en prenant connaissance des impératifs sociaux. Au lieu d'opposer une doctrine à l'autre, Fouillée entreprend de réconcilier les deux points de vue, prônant que la vie en communauté est l'expression d'un choix libre et qu'une société est teintée par la conscience individuelle de chacun de ses membres.

In this article the author “unpacks” the famous adage: “*Qui dit contractuel, dit juste.*” She exposes the legal-philosophical tensions that arise from the quotation, ultimately establishing that, in stark contrast to contemporary treatment, the full quotation in its original context argues for a reconciliation of autonomy of the will and social imperatives as dual foundations of the civilian private law.

She reviews contemporary use of the quotation, pointing out that while the quotation generally prompts discussion of the centrality of autonomy of the will to private law, it is then most often deployed as a springboard for a critique. Predicated as it is on an idealistic foundation of perfect equality and true freedom, the theory must cede to the influence of an external legal framework that better responds to concrete circumstances. The author finds the source of the contemporary dynamic in the work of Emmanuel Gounot, who, in 1912, roundly criticized the centrality of the autonomy of the will, advancing instead a conviction that the law must respond to external context, to the norms of community life.

The article returns then to the origins of the quotation. Alfred Fouillée argues for the importance of autonomy of the will as legal first principal, while also acknowledging social imperatives. Rather than oppose one doctrine to the other, Fouillée proceeds rather to reconcile opposing views, arguing that community life is an expression of free choice and that a society is characterized by the individual consciousness of its members.

* Professeure, Université de Montréal, Faculté de droit. Ce texte s'inspire d'une communication faite au IX^e Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, *Les principes généraux de droit*, Tunis, Novembre 2005.

© Louise Rolland 2006

Mode de référence : (2006) 51 R.D. McGill 765

To be cited as: (2006) 51 McGill L.J. 765

Introduction	767
I. Les auteurs contemporains : guillemets et parenthèses	767
II. La thèse d'Emmanuel Gounot : les guillemets	770
III. La pensée de Fouillée : les parenthèses	773
Conclusion	777

Introduction

Le fil de la pensée suit les méandres d'un ordre qui parfois lui échappe. Le raisonnement qui, dans quelques moments privilégiés, paraît clair, direct et parfaitement agencé masque l'itinéraire tourmenté, les détours et circonvolutions qui l'ont engendré. Il arrive donc que le point d'arrivée ne reflète nullement le point de départ.

Je me propose aujourd'hui de dévoiler le parcours tortueux d'une démarche intellectuelle qui a participé de près à l'émergence d'un principe général du droit. Il s'agit en quelque sorte de mettre à nu la construction de la science juridique et les trajets imprévus qu'emprunte son édification.

Tout commence par une anecdote. En 1999, alors que je travaillais à la rédaction d'un article sur les figures contemporaines du contrat¹, je me pris à reproduire l'expression «Qui dit contractuel, dit juste.», entre guillemets, suivi de «Fouillée» entre parenthèses. Nous retrouvons cette citation telle quelle dans la plupart, sinon tous les ouvrages contemporains en droit des obligations. Je l'avais jusque-là lue et relue sans jamais sourciller. Mais cette technique de rédaction soulève plusieurs questions. Comment et surtout pourquoi les auteurs s'autorisent-ils à citer cet extrait sans autre référence que le nom de Fouillée? La littérature juridique, si friande de notes en bas de page, si scrupuleuse de ses sources, si avide d'arguments d'autorité, se permet dans ce cas un écart et semble briser ses conventions tacites. Cette rupture par rapport à la tradition intellectuelle des juristes m'a poussé à faire enquête, à remonter le courant depuis les auteurs contemporains jusqu'à la source primaire.

Les caractéristiques formelles de cette citation s'arriment à l'ordre séquentiel de la construction juridique pris à rebours. Les trois signes rédactionnels correspondent aux trois temps du parcours : j'en ferai les trois rubriques de ce texte. D'abord, les guillemets et les parenthèses réunis : (1) quelle est la fonction de cette citation dans le raisonnement des auteurs contemporains ? (2) Puis, les seuls guillemets : comment ce court extrait a-t-il pénétré le langage du droit ? (3) Enfin, les seules parenthèses : quelle est cette œuvre de Fouillée à laquelle l'on fait laconiquement référence ?

I. Les auteurs contemporains : guillemets et parenthèses

Sans exception, tous les auteurs québécois d'ouvrages en droit des obligations² et tous les auteurs français que j'ai consultés³ citent cet extrait. La plupart utilisent la

¹ Louise Rolland, «Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec» (1999) 44 R. D. McGill 903.

² Jean Pineau et Serge Gaudet, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2001; Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina, *Baudouin et Jobin : Les obligations*, 6^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005; Maurice Tancelin, *Des obligations : Actes et responsabilités*, 6^e

formule des guillemets et parenthèses, sans référence exacte à la source primaire⁴. Certains cependant citent l'extrait entre guillemets sans aucune référence à l'auteur⁵; d'autres, enfin, en réfèrent à un autre auteur, donc à une source secondaire⁶.

À quelques exceptions près⁷, tous utilisent cette citation dans la section qu'ils consacrent au principe de l'autonomie de la volonté et à la liberté contractuelle. Le mode de raisonnement est relativement uniforme. Le contrat étant une source volontaire d'obligations, l'on s'interroge sur le rôle dévolu à la volonté dans sa formation et ses effets. L'approche est parfois historique : du formalisme romain, le contrat est devenu de plus en plus consensuel sous l'influence de la pensée chrétienne, qui le fonde alors sur le serment ou la foi jurée, donc dans une relation sacrée avec Dieu; ce n'est qu'à l'ère moderne qu'il trouve ses assises dans l'individualisme philosophique et le libéralisme économique. Le principe de l'autonomie de la volonté aurait eu ses précurseurs au XVII^e et XVIII^e siècles : Kant, Rousseau, Diderot, Grotius, Hobbes, Suarez, Pufendorf, Locke; mais, ce serait dans l'esprit révolutionnaire français et l'adoption du *Code civil* de 1804 qu'il aurait obtenu sa pleine consécration.

Les auteurs rapportent que ce principe repose sur quelques postulats simples : des individus libres et égaux sont pleinement en mesure de veiller à leurs propres

éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997; Didier Lluellas avec la collaboration de Benoît Moore, *Droit québécois des obligations*, vol.1, Montréal, Thémis, 1998.

³ Boris Starck, Henri Roland et Laurent Boyer, *Droit civil : Les obligations*, t. 2, Contrat, 6^e éd., Paris, Litec, 1998 à la p. 5 : ces auteurs qualifient cet extrait de formule ramassée d'un philosophe du XIX^e siècle; François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit civil : Les obligations*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2002 à la p. 31; Jean Carbonnier, *Droit civil : Les obligations*, t. 4, 18^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1994 à la p. 51 : l'auteur reprend cet extrait de Fouillée dans l'état des questions consacré à l'autonomie de la volonté (dans les éditions refondues subséquentes, l'expression n'est pas reprise textuellement : on préfère affirmer que le contrat est le pivot de toute justice (Fouillée)).

⁴ Pineau et Gaudet, *supra* note 2 à la p. 303; Jobin et Vézina, *supra* note 2 à la p. 118 : ces auteurs font appel à Fouillé sans le «e» muet de la fin du nom, comme c'était du reste le cas dans toutes les éditions précédentes de cet ouvrage.

⁵ Tancelin, *supra* note 2 à la p. 32.

⁶ Lluellas et Moore, *supra* note 2 à la p. 424 : ces auteurs renvoient à Jean Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 12^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1985 à la p. 148.

⁷ Lluellas et Moore, *ibid.*, l'évoquent dans le chapitre qu'ils consacrent à la lésion, donc à la justice contractuelle, et Tancelin, *supra* note 2 à la p. 4, y recourt dans la section intitulée «Les diverses conceptions de la notion de contrat».

⁸ Le traité *La théorie des obligations* de Jean Pineau (dont l'édition la plus récente est Pineau et Gaudet, *supra* note 2, attribue complètement cette théorie à Kant (de la 1^{ère} à la 4^{ème} édition), alors que le traité en droit des obligations de Jean-Louis Baudouin (dont l'édition la plus récente est Jobin et Vézina, *supra* note 2), voit chez les Encyclopédistes, Diderot et Rousseau, les fondateurs de cette théorie (1^{ère} édition) auxquels il ajoutera plus tard Hobbes et Voltaire (2^e édition) et Grotius (de la 3^e à la 5^e édition); Tancelin, *supra* note 2 aux pp. 34-35, s'en remettant à Véronique Ranouil (*L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Paris, Presses Universitaires de France, 1980 à la p. 13), fait remonter l'apparition de ce concept au XVI^e siècle avec Suarez et son développement au XVII^e siècle avec Grotius, Hobbes, Pufendorf, Locke et Thomassius.

intérêts ; par conséquent, les règles auxquelles ils consentent sont les mieux à même d'assurer le bien-être de tous, l'intérêt général n'étant que la sommation des intérêts particuliers. L'application du principe de l'autonomie de la volonté aux rapports de droit privés entraîne des conséquences immédiates. Les conditions de formation des contrats, conditions de fond et de forme, reposent sur l'expression des consentements ; la force obligatoire des conventions privées s'explique par le respect des volontés individuelles. Les contrats tenant lieu de loi à ceux qui les ont faits, le droit n'a plus qu'un rôle instrumental : en assurer l'exécution par la contrainte publique. Toute intervention externe à la volonté des parties, politiques législatives ou révision judiciaire risque de fausser l'équilibre inhérent des intérêts en présence. Tout contrat librement consenti est par définition conforme à la justice et à l'intérêt général⁹, car «Qui dit contractuel dit juste.» (Fouillée).

L'exposé de cette théorie, nous le savons, sert essentiellement de tremplin argumentatif à sa critique et la citation «Qui dit contractuel, dit juste.» est le pivot du revirement doctrinal. La pleine liberté et la parfaite égalité des parties n'existant pas dans les faits, la thèse individualiste, parce qu'elle repose sur des postulats erronés, se trouve infirmée. L'intervention de l'État et des tribunaux est donc nécessaire à l'équilibre contractuel. La loi et l'ordre public sont meilleurs garants des valeurs supérieures de justice et d'égalité sociale que ne le sont les volontés individuelles¹⁰. D'après Didier Lluelles, «Qui dit contractuel dit juste» est un axiome qui relève davantage du sophisme que de la raison et qui est de moins en moins justifié sur le plan socio-économique¹¹. Selon Starck, Roland et Boyer, la sentence «Qui dit contractuel dit juste» est un peu simpliste et est désormais démentie par les faits¹² ; en réalité, expliquent-ils l'«autonomie de la volonté est un mythe périmé»¹³.

L'autonomie de la volonté, posée comme principe général, demeure mais circonscrite, limitée, encadrée par un autre principe général, la justice contractuelle.

Ce jugement semble unanime. L'impression qui ressort est que ce débat est clos, que le pas est franchi, que «[l'évolution est] d'ores et déjà achevé[e]», selon l'expression de Jacques Mestre¹⁴. Ce débat a donc eu lieu, mais quand? Quels en étaient les acteurs? Quels en étaient les arguments? Quel rôle Fouillée y a-t-il joué? Il faut donc poursuivre l'enquête en amont dans le temps.

⁹ Si ces conséquences sont clairement exprimées par Jobin et Vézina, *supra* note 2 à la p. 118, et Tancelin, *supra* note 2 à la p. 32, elles se lisent en filigranes dans l'ouvrage de Pineau et Gaudet, *supra* note 2 à la p. 303.

¹⁰ Pineau et Gaudet, *ibid.* aux pp. 303 à 308.

¹¹ Lluelles et Moore, *supra* note 2 à la p. 424.

¹² Starck, Roland et Boyer, *supra* note 3 à la p. 8.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Jacques Mestre, «L'évolution du contrat en droit privé français» dans *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986 à la p. 42.

II. La thèse d'Emmanuel Gounot : les guillemets

Ce débat a animé la communauté juridique française au début du XX^e siècle, essentiellement autour de deux grandes questions : d'une part sur la méthode juridique, entre l'école exégétique et l'école de la libre recherche scientifique; d'autre part sur les fondements substantiels de l'ordre juridique, entre la conception individualiste et la conception socialisante du droit. Parmi les acteurs, Capitant, Meynial, Ripert auraient défendu l'approche individualiste et l'hégémonie des droits subjectifs, alors que Duguit, Gény, Salleilles, Demogue auraient favorisé l'approche socialiste¹⁵ et l'hégémonie du droit objectif.

C'est à Emmanuel Gounot que l'on doit d'avoir soulevé systématiquement ces oppositions, dans sa célèbre thèse sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé¹⁶. Du même souffle, c'est à Emmanuel Gounot que Fouillée doit d'être si populaire chez les juristes. Parue en 1912, année du décès d'Alfred Fouillée, sa thèse fait référence à deux de ses ouvrages : *L'idée moderne du droit*¹⁷ mais surtout *La science sociale contemporaine*¹⁸.

Gounot explique d'entrée de jeu son projet : faire la critique du dogme de l'autonomie de la volonté comme facteur surdéterminant des rapports de droit ; il déclare immédiatement ne pas vouloir lui opposer de substitut, ni proposer ouvertement une nouvelle construction¹⁹. Sa démonstration se structure en trois temps mais ce sont les deux premiers qui nous occupent²⁰ : d'abord, l'exposé de la doctrine individualiste classique de l'autonomie de la volonté; ensuite, l'évaluation de sa force explicative dans les divers domaines du droit privé.

Dans le chapitre qu'il consacre à la doctrine individualiste classique de l'autonomie de la volonté, Gounot fait abondamment référence à Fouillée. Il affirme qu'il existait en France, depuis au moins deux siècles, une doctrine qui a eu tellement d'influence sur les jurisconsultes que cela suffit à la qualifier de classique. Elle se résume en quelques axiomes : l'individu est à la base de l'édifice social et juridique; l'individu étant une volonté libre, la dignité humaine est tributaire de cette liberté. Selon cette doctrine, l'autonomie de la volonté est l'explication causale universelle des institutions sociales, des droits et obligations, de l'idée de justice, «la pierre angulaire de tout l'édifice juridique»²¹. Plus encore, elle constitue la finalité du droit positif qui n'en est que l'instrument de jouissance et de protection : «Sous la seule

¹⁵ Le socialisme est entendu ici comme doctrine d'organisation sociale.

¹⁶ Emmanuel Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Arthur Rousseau, 1912 [Gounot, *Principe de l'autonomie*].

¹⁷ Édition à laquelle Gounot fait référence : 2^e éd., Paris, Hachette, 1883.

¹⁸ Édition à laquelle Gounot fait référence : 2^e éd., Paris, Hachette, 1885.

¹⁹ Gounot, *Principe de l'autonomie*, supra note 16 à la p. 26.

²⁰ Dans le troisième temps, il confronte les arguments qui soutiennent sa réfutation aux courants de pensée philosophique, sociologique et historique qui lui sont contemporains.

²¹ Gounot, *Principe de l'autonomie*, supra note 16 à la p. 28.

condition, en effet, que les deux volontés en présence respectent mutuellement leur liberté, tout contrat est juste : le droit n'a à se soucier ni de la valeur morale de la fin poursuivie par les parties, ni de la répercussion sociale de leur acte»²². Et en se référant à Charles Beudant, il affirme : «En un mot, "[l]e droit, c'est l'autonomie de l'être humain"»²³.

Cette pensée fondatrice, issue d'autres disciplines comme la philosophie, la sociologie, la politique et l'économie, les juristes y auraient souscrit par pure paresse intellectuelle²⁴. Ce sont donc les Fouillée, Taine, Rousseau et Kant qui ont ainsi façonné la théorie juridique, selon deux postulats essentiels : d'abord, que nul ne peut être obligé sans l'avoir voulu²⁵; ensuite, que tout engagement libre est juste²⁶. Ces postulats s'expriment à travers deux formules juridiques que Gounot emprunte à Fouillée : «Toute justice [...] doit être contractuelle»²⁷ et «Qui dit contractuel, dit juste»²⁸.

Ainsi posée, cette doctrine devient un principe structurant pour le droit. Mais plus encore, en se référant à Demogue, «le principe de l'autonomie de la volonté [constitue] "un des [principes les] plus importants du droit civil"»²⁹. Dans ce premier temps de son raisonnement, Gounot a élevé l'autonomie de la volonté au rang des principes généraux du droit. Or, les principes généraux — est-il besoin de les définir? — sont des préceptes juridiques fondamentaux qui traduisent les valeurs essentielles d'un système de droit : ils ont la double vocation de constituer le fondement des règles juridiques et de permettre aux tribunaux de combler les lacunes de la loi ou d'interpréter une règle ambiguë³⁰. Un principe général peut émaner de deux sources : s'il émerge du droit lui-même, il s'induit des règles posées; s'il émerge d'un ordre supérieur, il pénètre le droit par procédés logico-déductifs. C'est à ce coût qu'il acquiert sa force explicative. Gounot puise aux deux sources, utilise l'une et l'autre méthode, sans autre distinction ou justification.

Dans le deuxième temps de sa thèse, il s'emploie à dénier au principe de l'autonomie de la volonté toute aptitude à fonder la théorie générale des lois³¹, la

²² *Ibid.* aux pp. 28-29.

²³ *Ibid.* à la p. 29; Charles Beudant, *Le droit individuel et l'état*, 2^e éd., Paris, Arthur Rousseau, 1891 à la p. 146.

²⁴ Gounot, *Principe de l'autonomie*, *supra* note 16 à la p. 31.

²⁵ *Ibid.* aux pp. 61-73.

²⁶ *Ibid.* aux pp. 73-84.

²⁷ Alfred Fouillée, *La science sociale contemporaine*, *supra* note 18 à la p. 47, tel que cité dans Gounot, *Principe de l'autonomie*, *ibid.* aux pp. 61-62.

²⁸ Fouillée, *ibid.* à la p. 410, tel que cité dans Gounot, *Principe de l'autonomie*, *ibid.* à la p. 73.

²⁹ Gounot, *Principe de l'autonomie*, *ibid.* à la p. 7 citant René Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Arthur Rousseau, 1911 à la p. 147.

³⁰ Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1991, s.v. «principes généraux du droit» aux pp. 449-50.

³¹ Gounot, *Principe de l'autonomie*, *supra* note 16 aux pp. 85-118.

théorie de l'acte juridique³² et, plus globalement, le droit objectif³³. Pour cela, il entend démontrer que d'autres valeurs, d'autres principes structurants sont mieux en mesure de soutenir l'édifice juridique.

Ainsi au dogme qui voudrait que toutes les lois se rattachent aux volontés individuelles —les règles supplétives ou interprétatives comme expression d'une volonté tacite, les règles impératives comme préservation des libertés des uns contre les empiètements des autres— il oppose d'abord que cette *summa divisio* est totalement stérile et que chaque loi doit être interprétée selon ses propres objectifs, selon les exigences psychologiques et sociologiques de son environnement. Dans la mesure où toute loi est analysée en fonction de sa participation au bien commun, le droit devient une science sociale fondée sur les expériences de la vie communautaire et non sur la seule idéologie. C'est par la dérision, en poussant jusqu'à l'absurde, qu'il poursuit son argumentation pour dénigrer la doctrine volontariste et rattacher les lois au but social ou familial qu'elles poursuivent, bref aux exigences de la vie en commun. Il oppose ainsi les idées aux faits, la construction intellectuelle aux données objectives, une conception de l'individu idéal à ses appartenances sociales réelles.

De la même manière, dit-il, fonder les effets des actes juridiques sur le principe de l'autonomie revient à favoriser la satisfaction des seuls intérêts particuliers comme vecteurs de la force obligatoire des conventions, la liberté individuelle comme seule définitoire des éléments constitutifs des contrats (volonté interne et consensualisme), l'intention explicite, induite ou présumée des parties comme seuls horizons d'interprétation. À ce jeu, ni le législateur ni le juge ne sont convoqués ; l'abstention, le silence, la révérence doivent guider les interventions des acteurs institutionnels au profit des acteurs privés. C'est, selon lui, l'enfermement de l'individu dans un cercle relationnel étroit et son éviction de la sphère sociale. Si, au contraire, l'on voit les actes juridiques comme des faits sociaux relevant de la nature des choses, ils s'insèrent dans un environnement social, économique et juridique plus large. Les institutions législatives et judiciaires sont alors garantes de l'intérêt général. La définition des éléments constitutifs du contrat répond de la confiance légitime d'une partie à l'égard de l'autre et la force obligatoire des actes privés se justifie par leur utilité sociale et par la recherche du bien commun. L'interprétation des contrats serait alors guidée par le principe d'équité, équivalent de la justice commutative, par l'équilibre des intérêts en présence, par l'adaptation des volontés individuelles à la vie en société.

Considérer enfin les volontés individuelles comme source primordiale du droit objectif, c'est, selon lui, méconnaître la nature organique et institutionnelle de plusieurs situations juridiques, y compris les situations contractuelles. Les groupements humains ne sont pas formés par la somme des atomes individuels qui les composent ; le droit social ne peut être absorbé par le droit individuel, ni le droit objectif par le droit subjectif. C'est ce à quoi nous convie pourtant l'idéologie fondée

³² *Ibid.* aux pp. 119-231.

³³ *Ibid.* aux pp. 232-317.

sur le pacte social. Le droit de la famille, du travail, des sociétés, des associations, des syndicats ne sauraient se suffire d'un réseau de contrats pour circonscrire sa réalité complexe : dans tous ces cas, il s'agit d'organisations humaines qui, assumant des fonctions sociales essentielles, sont fondées sur l'interdépendance et la solidarité.

En bout de ligne, il antagonise la vision volontariste et la vision organiciste de la société, la liberté individuelle et la solidarité sociale comme moteur organisationnel, le droit horizontal et le droit vertical comme facteur de structuration du système :

Une fois posé, en effet, le dogme de l'absolue indépendance et de la souveraineté illimitée du vouloir humain, on ne peut plus retrouver la société et le droit objectif qu'en faisant intervenir un contrat, exprès ou tacite. Négation de la nature organique et institutionnelle des groupements humains fondamentaux et du droit qui les régit, méconnaissance de toute justice supérieure préexistant au contrat, absorption du droit social dans le droit individuel, du droit objectif dans le droit subjectif : tels sont, au point de vue qui nous intéresse, les traits les plus saillants du système du pacte social³⁴.

Gounot oppose ainsi non seulement deux doctrines qui soutiennent deux conceptions de l'organisation sociale mais aussi deux conceptions du droit. En les élevant au rang de principes généraux et en les présentant comme incompatibles, il impose à la communauté juridique de faire des choix sur la prépondérance que l'on doit accorder à l'un ou à l'autre. La démonisation de la première, à laquelle concourent toutes les références faites à Fouillée, et la déification de la seconde, à laquelle participent les références faites aux Saleilles, Demogue, Génie, Duguit et autres, laisse peu de doute sur ses propres choix.

III. La pensée de Fouillée : les parenthèses

Revenons maintenant aux parenthèses et à cette œuvre de Fouillée que Gounot a mise à profit dans sa thèse. «Qui dit *contractuel*, dit *juste*» est un extrait que l'on trouve à la page 410 d'un ouvrage, édité chez Hachette en 1880, sous le titre *La science sociale contemporaine*. La copie à laquelle j'ai pu avoir accès était la cinquième édition de 1910, conservée à la réserve de la Bibliothèque des lettres et sciences humaines de l'Université de Montréal³⁵. Ce livre s'effritait littéralement au toucher; les pages jaunies, maintenues ensemble par un élastique, s'émiettaient à la moindre manipulation³⁶. Aucune trace de cet ouvrage dans les autres bibliothèques universitaires de Montréal; aucune en fait dans les bibliothèques de droit du Québec, comme s'il n'avait pas de vocation juridique.

³⁴ *Ibid.* à la p. 253 [notes omises].

³⁵ Alfred Fouillée, *La science sociale contemporaine*, Paris, Hachette, 1880.

³⁶ J'ai travaillé sur l'édition numérisée par la Bibliothèque nationale de France, en ligne : Gallica <<http://gallica.bnf.fr>> (donc la même édition que celle que Gounot avait utilisée dans sa thèse, *supra* note 18).

Alfred Fouillée (1838 à 1912) est un philosophe autodidacte qu'on classe dans le courant du positivisme spiritualiste. L'œuvre d'Alfred Fouillée est aussi colossale³⁷ que diversifiée³⁸. Son ouvrage *La science sociale contemporaine* est une étude qui s'inscrit dans ses préoccupations sociologiques et politiques. Mais, quelle en est la teneur?

Partant de l'idée que les nations démocratiques ont besoin de comprendre les lois qui régissent la vie en société, il pense que la science sociale devrait se donner des bases positives d'analyse. Or, il n'existait, à cette époque, aucun consensus sur les principes et les méthodes qu'elle devait adopter pour atteindre ces objectifs scientifiques. Au contraire, plusieurs courants de pensée s'affrontaient, au rang desquels on peut classer l'école idéaliste et l'école naturaliste. La première, comme son nom l'indique, propose un modèle idéalisé de la société dont le principe organisationnel repose sur le libre contrat; il s'agit d'une théorie abstraite qui impose aux chercheurs d'adopter une méthode d'analyse déductive pour vérifier ses prémisses. La seconde est fondée, au contraire, sur un modèle empirique : il suffit d'observer la réalité sociale pour expliquer, par une méthode inductive, les lois qui la gouvernent. Ses penseurs prétendent que la société «n'est pas une œuvre de la volonté, mais un produit de la nature ; elle n'est pas un contrat, mais un organisme»³⁹ qui évolue selon des règles déterminées comme c'est le cas de tout organisme vivant.

Au premier regard, les deux thèses semblent totalement incompatibles : comment penser réconcilier le volontarisme et le déterminisme, le contrat social et l'organisme social comme fondement d'une structure organisationnelle moderne? C'est pourtant à

³⁷ Sans faire de recherche exhaustive, j'ai relevé au moins 21 titres de monographies : *La liberté et le déterminisme*, Paris, Librairie philosophique de Ladrage, 1872; *La philosophie de Socrate*, Paris, Librairie philosophique de Ladrage, 1874; *Histoire de la philosophie*, Paris, Charles Delagrave, 1875; *L'idée moderne du droit en Allemagne, en Angleterre et en France*, Paris, Hachette, 1878; *Critique des systèmes de morale contemporains*, Paris, Germer Baillière, 1883; *La propriété sociale et la démocratie*, Paris, Hachette, 1884; *La philosophie de Platon*, 4 vol., Paris, Hachette, 1888-1904; *L'avenir de la métaphysique fondée sur l'expérience*, 2^e éd., Paris, Germer Baillière, 1890; *Descartes*, Paris, Hachette, 1893; *La psychologie des idées-forces*, t. 1 et t. 2, Paris, Germer Baillière, 1893; *Le mouvement idéaliste et la réaction contre la science positive*, 2^e éd., Paris, Germer Baillière, 1896; *Le mouvement positiviste et la conception sociologique du monde*, Paris, Germer Baillière, 1896; *Les études classiques et la démocratie*, Paris, Armand Colin, 1898; *La réforme de l'enseignement par la philosophie*, Paris, Armand Colin, 1901; *Tempérament et caractère selon les individus, les sexes et les races*, Paris, Germer Baillière, 1901; *Les éléments sociologiques de la morale*, Paris, Germer Baillière, 1905; *Le socialisme et la sociologie réformiste*, 2^e éd., Paris, Félix Alcan et Guillaumin, 1909; *La démocratie politique et sociale en France*, 2^e éd., Paris, Félix Alcan, 1910; *La pensée et les nouvelles écoles anti-intellectualistes*, 4^e éd., Paris, Félix Alcan et Guillaumin, 1919; *Psychologie du peuple français*, 8^e éd., Paris, Félix Alcan, 1927; *Esquisse psychologique des peuples européens*, 8^e éd., Paris, Félix Alcan, 1927.

³⁸ Outre la philosophie, Fouillée s'intéresse à la politique, à la sociologie, à la psychologie, à l'épistémologie, à la morale et au droit.

³⁹ Fouillée, *supra* note 35 à la p. xi.

cet exercice qu'il entend se livrer ; il établit d'emblée cette hypothèse, dans son introduction:

[I] ne nous semble pas impossible d'opérer un rapprochement entre les doctrines adverses, l'idéalisme et le naturalisme, ni même de les réconcilier entièrement dans le domaine de la pratique, en montrant par quelle force l'*idéal*, présent à notre pensée, se réalise dans la *nature* même. Loin de nous paraître opposées, les théories du contrat volontaire et de l'évolution organique nous paraissent inséparables : la vraie société humaine doit en montrer l'unité⁴⁰.

Il construit sa démonstration selon un modèle dialectique et propose une méthode d'analyse qu'il qualifie lui-même de rigoureuse et scientifique :

1° construction, l'un après l'autre, des divers systèmes répondant aux diverses faces d'un même objet (qui est ici la société humaine); 2° rectification de chacun de ces systèmes par l'élimination des conséquences fausses, incomplètes et exclusives, qu'on en a voulu tirer; 3° recherche des convergences entre les systèmes; 4° intercalation de *moyens termes*, toutes les fois qu'il est possible, pour faire coïncider ou tout au moins rapprocher les systèmes divergents⁴¹.

Ses sources sont nombreuses : outre les philosophes classiques comme Rousseau, Kant et Fichte, Fouillée a fréquenté l'œuvre de philosophes contemporains comme Spencer⁴², Espinas⁴³ et Taine⁴⁴, de juristes comme Bluntschli⁴⁵ et Sumner Maine⁴⁶, de philologues comme Renan⁴⁷ et Littré⁴⁸, de scientifiques comme Bernard⁴⁹ et Huxley⁵⁰, dont il cite et commente les écrits.

Dans le premier temps de son raisonnement, il expose le débat auquel se livrent les tenants de l'une et l'autre conception en ne manquant pas de soulever les objections des uns contre les autres. Dans cette partie, son analyse se veut purement descriptive ; il la structure autour de quatre variables : la place de l'individu dans l'organisation sociale, les valeurs dominantes qui en découlent, le rôle de l'État et les fondements de la justice.

⁴⁰ *Ibid.* aux pp. xi-xii.

⁴¹ *Ibid.* à la p. xiii, n. 1.

⁴² Herbert Spencer (1820-1903) : philosophe anglais qui a proposé des théories organiciste et évolutionniste de la société.

⁴³ Alfred Victor Espinas ((1844-1922) : philosophe français connu comme organiciste en sociologie.

⁴⁴ Hippolyte Taine (1828-1893) : philosophe français tenant du déterminisme.

⁴⁵ Johan-Kaspar Bluntschli (1808-1881) : juriste et historien suisse qui s'établit et enseigna en Allemagne.

⁴⁶ Henry James Sumner Maine (1822-1888) : juriste britannique.

⁴⁷ Ernest Renan (1823-1892) : philologue français.

⁴⁸ Maximilien Paul Émile Littré (1801-1881) : philosophe et philologue français.

⁴⁹ Claude Bernard (1813-1878) : physiologiste français.

⁵⁰ Thomas Henry Huxley (1825-1895) : naturaliste anglais.

Selon l'école idéaliste, l'organisation sociale repose sur le contrat. La société est composée d'individus qui, choisissant de vivre ensemble, s'entendent sur les règles qui régiront leurs comportements. Les valeurs de liberté et d'égalité sont essentielles à l'expression des volontés individuelles; les valeurs de réciprocité et de mutualité sont fondamentales pour assurer l'équilibre contractuel tout autant que sa force contraignante. Dans cet esprit, l'idée directrice qui guide la structuration de l'État repose sur une prémisse simple : personne ne peut décider pour l'ensemble sans le consentement de chacun. Cela étant, le rôle de l'État est d'assurer à chacun l'exercice de sa pleine liberté et de donner à tous l'éducation nécessaire à la défense de ses intérêts individuels et collectifs. La recherche de justice sociale doit refléter le rapport d'égalité mathématique de l'échange, la justice distributive doit s'apparenter à la justice commutative : cela n'enlève pas à l'État la responsabilité d'établir les justes proportions partout où les individus ou les associations particulières ne pourraient y parvenir adéquatement.

Pour les naturalistes, tout individu naît dans une société déterminée, qui lui confère son identité et qui s'impose à lui. Le corps social fonctionne par lui-même, selon sa propre nature, ses propres finalités et ses propres intérêts. Les sociétés humaines répondent des mêmes caractéristiques physiologiques que tout autre entité vivante. En effet, toutes les parties, quoique dissemblables, concourent à la conservation du tout; des liens d'interdépendance se créent par la division du travail, par la spécialisation des fonctions assumées par chacun; chaque partie, travaillant à sa propre survie, participe spontanément à l'évolution du tout qui poursuit mécaniquement sa finalité interne. S'y ajoutent les caractéristiques psychologiques communes à toute organisation vivante : d'abord l'amour de soi, puis la sensation agréable de se reconnaître dans les autres, ensuite l'instinct de sociabilité qui pousse à la division et délégation des fonctions, enfin la sympathie qui chez les humains se transforme en fraternité.

Les éléments constitutifs, à cause de leur étroite interdépendance, n'ont d'autre finalité que d'assumer leurs tâches particulières pour la survie et le bien-être du tout. La valeur dominante est forcément la solidarité. La société se structure, comme tout corps vivant, autour des fonctions propres aux organes vitaux : ainsi aux organes de nutrition correspond l'industrie, aux organes de relation le gouvernement, aux organes de circulation le commerce. En ce sens, l'État ne peut pas être qu'un agrégat d'individus ; il jouit d'une personnalité singulière et, véritable cerveau social, de toute l'autorité nécessaire à la bonne direction de l'entité. Là où règne le déterminisme, la justice sociale se calque sur un rapport nécessaire aux choses, que ce soit pour assurer la juste répartition des ressources ou pour évaluer la justesse des échanges individuels.

Après cette double analyse, Fouillée conclut que les doctrines du contrat social et de l'organisme social peuvent, l'une et l'autre, fournir une explication plausible des organisations humaines ; mais, si au lieu de mettre leurs divergences de l'avant, nous tentons de les unir en une idée plus compréhensive, nous pouvons donner naissance à une troisième voie, celle de l'organisme contractuel.

Le corps social est certes un organisme avec tout ce qui caractérise un organisme vivant, mais qui s'en distingue par une caractéristique supplémentaire, soit la conscience de ses membres; il s'agit donc d'un «organisme qui se réalise en se concevant et en se voulant lui-même»⁵¹. Aux conceptions purement mécanistes des sciences naturelles, il faut opposer l'idée de finalité, l'idée directrice et organisatrice qui préside à l'érection d'une société humaine et qui se caractérise par sa projection dans l'idéalité.

La dépendance mutuelle de l'organisme social ne s'explique pas, dans les sociétés humaines, par la seule contiguïté immédiate; elle s'exprime davantage par la solidarité volontaire. La fraternité est un idéal humain qui tend à s'absorber dans l'idée de justice et la justice trouve sa meilleure expression dans la liberté et l'égalité qui président à l'organisation contractuelle.

Cette idée conciliatrice, qui constitue le second temps de son raisonnement, lui permet ensuite d'en tirer les conséquences cosmologiques et politiques, de résoudre les conflits entre conscience individuelle et collective, entre droits subjectifs et droit objectif, entre justice distributive et réparatrice.

En conclusion, il dit et j'ouvre volontairement les guillemets : «En définitive, l'idée d'un organisme contractuel est identique à celle d'une fraternité réglée par la justice, car qui dit *organisme* dit *fraternité*, et qui dit *contractuel* dit *juste*»⁵².

Conclusion

Cette enquête a suivi le trajet d'une citation, du texte original jusqu'à l'utilisation qu'en font encore les juristes contemporains.

L'emprunt initial peut s'expliquer par l'identité des matériaux théoriques qui soutenaient les thèses de Fouillée et de Gounot. Au tournant du XX^e siècle, le marché des idées offrait deux courants de pensée, deux cadres d'analyse susceptibles de soutenir le travail intellectuel sur les rapports sociaux. Entre l'école idéaliste de Fouillée et la doctrine individualiste classique de Gounot, entre l'école naturaliste (ou organiciste) de Fouillée et la doctrine institutionnaliste naissante à laquelle Gounot fait appel sans la nommer, il y a une différence plus lexicale que fondamentale. Les deux auteurs puisent aux mêmes sources. L'organisation des rapports humains, quand on la projette dans l'idéalité, se structure conventionnellement autour des valeurs individuelles de liberté et d'égalité auxquelles Fouillée ajoute la réciprocité et la mutualité. Quand on la tire de l'observation de la nature, elle se constitue organiquement (ou institutionnellement) autour des valeurs collectives d'interdépendance et de solidarité. Quelle que soit l'école ou la doctrine, les finalités sont partagées : l'utilité sociale, l'intérêt général, le bien commun. Tous ces matériaux sont utilisés par l'un et l'autre des auteurs.

⁵¹ Fouillée, *supra* note 35 à la p. 115.

⁵² *Ibid.* à la p. 410.

Malgré ce bagage commun, les deux thèses divergent sur des points fondamentaux : Fouillée et Gounot ne poursuivent pas les mêmes objectifs ni ne partagent le même objet de recherche. Alors que le premier s'interroge sur le fondement des organisations humaines et de la gouvernance à travers le prisme de la science sociale, le second s'intéresse uniquement aux fondements des rapports privés à travers le prisme de la science juridique. Le contraste se fait plus net encore, si l'on tient compte de la méthode analytique adoptée par chacun. Fouillée, nous l'avons vu, cherche un moyen terme capable de concilier des thèses vues comme incompatibles ; Gounot, au contraire, entend les opposer jusqu'à la rupture. Les deux auteurs enfin ne partagent pas le même noyau conceptuel. La pensée de Gounot gravite autour de l'autonomie de la volonté, concept nominalement absent de l'oeuvre de Fouillée⁵³. Ce dernier fonde plutôt sa thèse sur le concept d'organisme contractuel auquel Gounot n'accorde qu'une mention, et cela dans une note au bas de la page 47 de son ouvrage, sans autrement l'analyser et surtout sans le retenir⁵⁴.

En fait, Gounot fait fi de la thèse de Fouillée. Il choisit d'utiliser sa description de la théorie idéaliste, de la doctrine du contrat social, et de l'identifier à cette école, ce qui n'est vrai qu'en partie. Jamais il ne fait état du second élément fondateur de sa pensée, soit l'organisme social, ou plutôt jamais il ne lui attribue cette analyse. Les nombreux extraits qu'il emprunte à son ouvrage, *La science sociale contemporaine*, sont cités hors de leur contexte, soit la fondation de la société humaine et la fondation politique de l'État. Il tronque les formules de Fouillée : la proposition «Qui dit organisme, dit fraternité» a été évincée pour donner plus d'éclat au «Qui dit contractuel, dit juste» désormais pourvu d'un «Q» majuscule. Les procédés rhétoriques sont évidents : techniques d'amplification, tronçonnement des raisonnements et utilisation de formules lapidaires percutantes. Plus encore, la dissociation des notions est appelé dans le discours comme instrument tactique pour provoquer une révolution de la pensée, pour renverser la posture hiérarchique d'un couple philosophique⁵⁵, ici celui de la domination de la liberté individuelle par rapport au dirigisme des institutions publiques.

Le droit se construit le plus souvent par la seule voie discursive. La science juridique, comme toute science normative, s'alimente aux discours et s'exprime dans le discours : il n'est donc pas étonnant qu'elle se déploie à travers des techniques argumentatives. L'énonciation des principes généraux répond de ces deux caractéristiques. Le plus souvent interpellés pour systématiser les règles juridiques, ces principes servent de scellant à la cohérence du droit positif. Les juristes prétendent procéder par induction pour les découvrir, invoquant tantôt l'intention tacite du législateur, tantôt les valeurs dominantes véhiculées par les sous-systèmes

⁵³ Véronique Ranouil, *supra* note 8, a admirablement démontré que ce concept fut engendré par ses pourfendeurs, au rang desquels Gounot a joué un rôle crucial en lui donnant le statut d'un principe général de droit, et cela avec effet rétroactif.

⁵⁴ Gounot, *Principe de l'autonomie*, *supra* note 16 à la p. 47.

⁵⁵ Chaïm Perelman et Lucie Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1988 à la p. 561 et s.

sociaux, tantôt la tradition juridique, tantôt encore la rupture et la discontinuité... L'analyse que j'ai faite de l'émergence du principe d'autonomie de la volonté à travers Fouillée, Gounot et les auteurs contemporains tend à contredire cet argumentaire. Les principes généraux peuvent également servir stratégiquement au déploiement des idéologies. Gounot a admirablement démontré, peut-être à son corps défendant, que les règles de droit privé pouvaient recevoir une lecture autonomiste, volontariste et individualiste tout autant qu'une lecture moraliste, utilitariste et solidariste. Le choix de l'une ou de l'autre dépend des croyances, des préférences, des convictions du lecteur et des finalités qu'il poursuit.

Ce que Gounot ne dit pas et qui pourtant parcourt toute sa thèse en filigrane, c'est qu'il défend en fait une troisième voie. Le début du XX^e siècle est habité par deux horizons idéologiques forts : le libéralisme et le socialisme. L'Église catholique rejette l'un et l'autre : le premier trop laxiste pour ne pas dire immoraliste, le second trop matérialiste pour ne pas dire athéiste. La hiérarchie religieuse propose, dans l'encyclique *Rerum novarum* de Léon XIII en 1891⁵⁶, la doctrine sociale de l'Église : le Pape y préconise le maintien de la propriété privée, droit naturel établi par Dieu et garant de l'indépendance individuelle, mais en appelle à l'intervention de l'État pour lutter contre la misère sociale. Gounot est un Catholique convaincu : il a milité toute sa vie au sein du mouvement démocrate-chrétien⁵⁷ et il a participé activement aux Semaines sociales de France. Sa thèse est largement tributaire de ce courant de pensée : le droit a vocation à servir le bien commun à travers ses institutions, à savoir la famille, les ordres professionnels et l'État⁵⁸. En 1937, Gounot a nuancé sa pensée et a reconnu à la liberté contractuelle sa valeur individuelle et sociale⁵⁹. Sous l'influence du philosophe Emmanuel Mounier⁶⁰, il fera finalement état de ses allégeances personalistes, théorie fortement associée à la pensée catholique et qui propose une révolution plus spirituelle que sociale⁶¹.

«Qui dit contractuel dit juste.» (Fouillée) est ainsi entré dans la littérature juridique et y poursuit son existence depuis près d'un siècle. Là-dessus je ne peux que citer Gounot une dernière fois :

Or rien n'est plus dangereux qu'une doctrine qui s'ignore elle-même. Elle tend fatalement à se déposer dans les esprits à l'état d'habitude de plus en plus tyrannique, à devenir un pli du cerveau, une sorte de tempérament intellectuel. Elle se cristallise en ces formules toutes faites, ces brocards admis sans examen,

⁵⁶ (15 Mai 1891), en ligne : Vatican <http://vatican.va/holy_father/leo-xiii/encyclicals/index.htm>; Gounot, *Principe de l'autonomie*, supra note 16, la cite en exergue dans sa thèse.

⁵⁷ Jean-Baptiste Soufron, «Emmanuel Gounot : Du catholicisme social au personalisme juridique» (2004), Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Université de Lille 2, en ligne : Le blog de Jean-Baptiste Soufron <<http://soufron.typhon.net>>.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Emmanuel Gounot, *La liberté des contrats et ses justes limites*, Semaine Sociale de France, 1937 [Gounot, *Liberté des contrats*].

⁶⁰ (1905-1950) : philosophe français.

⁶¹ Gounot, *Liberté des contrats*, supra note 59.

qui ne sont le plus souvent que des résidus simplistes de spéculations et de controverses antérieures, mais qui apparaissent bientôt, parce qu'on en ignore ou qu'on en oublie l'origine et qu'on les redit machinalement, comme aussi inébranlables et aussi évidents que les axiomes des sciences mathématiques⁶².

D'autres formules parcourent le discours juridique, par exemple : «Entre le fort et le faible c'est la liberté qui asservit, la loi qui libère». (Lacordaire) dont Terré, Simler et Lequette disent qu'elle répond à la formule de Fouillée⁶³. Mais cela devra faire l'objet d'une autre enquête.

⁶² Gounot, *Principe de l'autonomie*, *supra* note 16 à la p. 11 [notes omises].

⁶³ Terré, Simler et Lequette, *supra* note 3 à la p. 8.