

Volonté et obligation

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur à l'Université Paris-Dauphine

Directeur de l'Institut de droit économique, fiscal et social

RÉSUMÉ. — Parce qu'il pose l'homme libre, le droit a placé la volonté de celui-ci comme source de l'obligation auquel il est soumis. Le droit français est particulièrement marqué par ce lien de l'obligation à la volonté, oubliant souvent l'obligation comme objet. Mais le droit a aussi limité le pouvoir de la volonté, qui ne peut s'exprimer purement sans risquer la démesure, et ne lui permet en principe de créer l'obligation que par la rencontre avec une autre volonté, d'où naît le contrat. Ce lien entre volonté et obligation n'est pas remis en cause par l'évolution qui consiste à médiatiser leur rapport, par l'intermédiaire de la situation que la volonté a constituée ou dans laquelle elle se meut, comme sur un marché par exemple. La contestation de leur lien est plus radicale lorsqu'on estime que la volonté est à la seule mesure de l'intérêt de celui qui s'engage. C'est alors l'obligation qui est niée car la norme à laquelle on a intérêt, on l'exécute sans qu'il soit besoin qu'on y soit obligé. L'obligation serait inutile à l'agent tel que la théorie économique ou la théorie des jeux le décrit. Mais il peut être de l'intérêt de l'agent de s'extraire de la variation de son intérêt : c'est alors l'obligation juridique qui, par le jeu de sa volonté, sera seule à même de servir cet intérêt. Nouveau signe que l'économie ne peut rien sans le droit.

1. *L'obligation* en droit paraît l'objet de tous les consensus, en ce qu'elle relèverait de l'incontestable, ce sans quoi le droit perdrait son sens, ce à quoi tout juriste consacre tant d'attentions et dont il s'estime aisément comme le premier et le plus expérimenté des défenseurs. Mais que de débats, d'incertitudes et de querelles à son propos : référons-nous par exemple à deux types d'oppositions qui couvent autour de l'obligation.

2. D'une part, l'obligation participe-t-elle d'un certain nominalisme de sorte que, faute d'être nommée par le droit, d'être saisie par son pouvoir d'abstraction, elle n'existerait pas – ce qui justifie la poursuite des mots tout au long de l'histoire – ou bien la pratique suffirait-elle à la constituer ? D'autre part, l'obligation peut-elle tenir toute seule, par une force qui lui serait inhérente, ou bien s'adosse-t-elle jusqu'à l'intimité avec une contrainte venue de l'extérieur, – ce qui justifie le regard circulaire, presque inquiet, pour remettre dans le champ de vision l'État qui, de là où il est, peut rendre obligatoire ?

3. Ces deux débats, ces deux sourdes divergences, sont d'ailleurs liés l'un à l'autre : le nominalisme juridique aura tendance à rechercher la contrainte et l'obligation à l'exté-

rieur des phénomènes ; une analyse plus substantielle trouvera dans la pratique ou dans le sens moral de l'homme suffisamment pour fonder l'obligation.

4. Partons du plus perceptible, du plus palpable, du képi du gendarme ¹. Si l'on s'en tient à la lettre du Code civil, il y a obligation parce qu'il y a ordre posé par le droit en ce sens, parce qu'il y a contrainte associée par le système juridique à un comportement. L'obligation est définie tautologiquement, dans sa positivité. En cela, la loi, le contrat et le délit sont absolument identiques dans leur rapport à l'obligation. Le système juridique a dit qu'une loi était obligatoire, qu'un contrat était obligatoire, qu'un délit engageait. Cela suffit. Vive l'article 1, l'article 1134 et l'article 1382 du Code civil !

5. Ce sont des dispositions extérieures aux personnes qui couvrent d'une même efficacité des phénomènes variés. Ainsi, l'article 1134, al.1 ne signe pas une analogie d'effet entre la loi et le contrat (le contrat, ce serait « comme » la loi) mais bien une identité de nature : le droit confère le même pouvoir d'obliger à la loi et au contrat. Ainsi, c'est la nature du droit qui fait que, tel Crésus, tout ce qu'il touche devient obligatoire. On enseigne à longueur de premières années que le droit se caractérise par sa puissance à contraindre, se distingue de la politesse, n'a d'ailleurs pas à prendre des formes policées pour formuler ses ordres : nous serions tous les domestiques du droit. Il ne pourrait pas faire autrement, pas s'en empêcher.

6. Mais la volonté va se glisser entre la personne et la contrainte extérieure. La volonté va prétendre engendrer l'obligatoire, lequel pourra bénéficier à son tour de la contrainte. La volonté sera ainsi un lieu de création de l'obligatoire mais aussi, de ce seul fait, une arme dont va disposer la personne contre la contrainte. En effet, pour que la contrainte juridique s'exerce, alors faut-il qu'une volonté se soit exprimée pour engendrer de l'obligatoire, faute de quoi la contrainte juridique restera inerte. La personne déclenche ainsi la contrainte « à volonté ».

7. En cela, la volonté la libère de la contrainte. Cela est plus net encore lorsqu'il s'agit de protéger le tiers : parce qu'il n'a pas exprimé sa volonté, il ne peut être obligé. Certes, cette distinction entre la partie et le tiers dans la distribution des obligations suppose en premier lieu que la volonté des tiers reste toujours extérieure à la constitution des obligations et implique qu'on soit indifférent aux conséquences que des obligations peuvent avoir pour les tiers. La puissance de la volonté occulte ainsi la considération des intérêts ².

8. Le droit va donc glisser la volonté de la personne, du sujet de droit, à la « bonne place » : celle de la source de l'obligation. En permettant de concevoir l'obligation sans avoir à remonter à la source suprême que serait Dieu, par rapport auquel le respect de l'obligation serait la concrétisation du statut de créature, l'obligation devient au contraire un acte de liberté et une preuve de laïcisation du droit. En cela, la volonté délivre l'indi-

¹ J.-P. Gridel, *Le signe et le droit. Les bornes, les uniformes, la signalisation et autres*, préf. J. Carbonnier, L.G.D.J. « Bibliothèque de droit privé », 1979.

² V. dans la perspective inverse *infra* n° 60 et s.

vidu. Elle lui évite d'être abandonné à la contrainte pure, non plus celle engendrée par la puissance de Dieu mais celle de l'État. Non seulement, l'individu a ainsi son mot à dire dans la contrainte qu'il va subir, mais ce sera le premier mot : celui de la source de l'obligation, indirectement lorsque celle-ci est législative, grâce à la représentation et à la volonté générale, directement lorsqu'elle est contractuelle ou délictuelle. C'est pourquoi il est important dans un premier temps de situer la place de la volonté dans son rapport avec l'obligation, question d'autant plus cruciale qu'on peut observer aujourd'hui un déplacement de la volonté dans ce rapport (I). Cette problématique des sources croise nécessairement la distinction du droit public et du droit privé.

9. Mais les libertés sont toujours en danger, le pire venant souvent de l'instrument même qu'on a conçu à leurs services. Ainsi, si on laisse la volonté engendrer sans contrainte l'obligation, si on passe de l'hypothèse de la contrainte pure, pour l'exercice de laquelle la volonté de la personne qui la subit ne serait jamais requise, à celle de la volonté pure, par laquelle une personne pourrait se lier absolument, toujours et sans contrepartie, le droit, en ce qu'il peut se définir comme ce par quoi les libertés coexistent³ grâce à la neutralisation du jeu pur des forces, doit de nouveau s'interposer. Contrainte et volonté sont deux manifestations de force : le droit est ce qui doit limiter l'usage de la force et la disponibilité de celle-ci, limitant la contrainte par la volonté mais n'admettant pas plus d'attacher une contrainte efficace à une volonté s'exprimant sans limite.

10. Le droit s'oppose à la volonté pure, par la loi, la sanction des délits mais aussi par le contrat qui équilibre les volontés hostiles. Dans cette perspective, le marché est le grand concurrent du droit car lui aussi prétend être un système qui parvient à neutraliser les rapports de force, aussi bien le marché des biens et services que le marché financier. Mais le marché ne fonctionne pas sur des volontés en ce sens qu'il se construit sur les intérêts poursuivis par les divers agents. La jonction peut néanmoins se faire si l'on estime qu'il existe un intérêt à s'obliger, intérêt que la volonté peut alors servir (II). Cette perspective oblige à accorder la problématique des intérêts et des rationalités, croisant nécessairement la question du rapprochement du droit et de l'économie.

I. — LA PLACE DE LA VOLONTÉ DANS SON RAPPORT AVEC L'OBLIGATION

11. Le droit, surtout dans sa version kantienne, qui met au cœur du monde l'homme et au cœur de l'homme la volonté, la raison et le sens moral, a établi un lien si fort entre la volonté et l'obligation⁴ que cette intimité les met dans une dépendance absolue l'un par rapport à l'autre (A). L'évolution du droit, qu'on présente parfois comme le passage à un système juridique où la volonté n'aurait plus de force, d'une volonté épuisée, d'une volonté chassée du droit, a plutôt consisté à déplacer la volonté dans son rapport avec l'obligation, en médiatisant celui-ci (B).

³ F. Terré, *Introduction générale au droit*, 4e éd., Précis Dalloz, 1998.

⁴ Tandis que le sens moral régit sa conscience. V. *infra* n° 62 et s.

A. — *Le lien entre volonté et obligation*

12. La notion de « lien » est ici prise au sens traditionnel du mot : celui de la contrainte et de la limitation entre les deux termes de la relation. Pourtant dans un premier temps, la volonté va s'affirmer comme puissance puisqu'elle engendre l'obligation. Quel meilleur rapport de domination sur un phénomène que de se constituer comme sa cause (1) ? Mais l'obligation, expression de la volonté, va aussi limiter celle-ci, car le droit est le moyen d'expression des volontés mais aussi la limite au pouvoir des volontés (2).

1. La volonté, comme cause de l'obligation.

13. Pour sortir de la définition précitée de l'obligation, qui rattache l'obligation à la contrainte, et la contrainte au système juridique et à la nature du droit⁵, il convient de fonder l'obligation en dehors d'elle-même en la constituant comme effet : l'obligation sera l'effet de la volonté, sa production propre.

14. Certes, à première vue, la volonté doit s'exprimer dans l'action pour qu'un délit engendre l'obligation, alors que dans le contrat, la volonté vaudra action par sa seule expression, par la parole qui fait accéder la volonté à l'ordre juridique en constituant le contrat. Ce n'est qu'une première vue, celle du droit classique, car le droit actuel semble récuser cette distinction d'une volonté qui s'exprime dans le contrat et qui cause l'action dans le délit, puisqu'aujourd'hui on explique couramment le contrat à travers la théorie des actes de langages et l'on conçoit des sanctions délictuelles qui ne s'accrochent à aucune action⁶.

15. Toujours est-il qu'opérant ce rattachement de l'obligation à la volonté, volonté directement exprimée ou transitant par l'action, et en estimant ce rattachement nécessaire et suffisant, comme le fit notamment la doctrine française dans l'interprétation qui fût donnée du Code civil, on met en lumière le lien de l'obligation avec sa source contraignante et on laisse dans l'ombre l'obligation en tant qu'objet, notamment en tant qu'objet économique. Ce jeu d'ombre et de lumière ne se retrouve pas en droit allemand qui a trouvé deux mots pour faire exister l'obligation dans ses deux sens : d'une part, l'obligation comme contrainte volontaire et le lien tenace entre deux volontés, d'autre part, l'obligation comme ce qui est objet de la contrainte volontaire⁷.

16. Sans doute peut-on expliquer cela par une tradition française d'obsession de la légitimité des pouvoirs analysée à partir de la source de ceux-ci, sans grande considération ni pour leur contenu ni pour leur usage. En cela, la France a développé une conception politique du droit et non pas une conception pragmatique de celui-ci. La pre-

⁵ V. *supra* n° 4 et s.

⁶ Sur l'interférence avec la notion de « situation », v. *infra* n° 44 et s.

⁷ Sur cette divergence, v. Ch. Krampe, « L'obligation comme bien – droit français et allemand », ce volume.

mière prend le droit dans sa relation verticale, de la source du droit à sa manifestation, ce qui laisse relativement de côté ses effets et renvoie plutôt au droit public.

17. Dans une telle conception, si la source du pouvoir juridique est légitime, la juridicité est pleine : ainsi, si la volonté générale est la source de la loi, si la volonté contractuelle est pure et parfaite et le consentement non vicié, si la faute est démontrée, si le libre arbitre est vérifié, l'intendance des objets d'obligation et des effets juridiques n'a qu'à suivre.

18. La légitimité de la source de l'obligation recouvre alors par une opacité aveuglante l'objet même sur lequel celle-ci porte. On notera au passage que, dans ces conditions et corrélativement, le pragmatisme qui déplace l'effort du droit vers le contenu des obligations, vers le contrôle de l'usage des pouvoirs, vers le souci de l'effectivité des soumissions et des exécutions d'obligations, bouleverse la place du droit dans la société française.

19. Toujours est-il qu'on a eu tendance à moins considérer l'obligation comme appartenant à la catégorie possible de l'objet puisqu'on la rend intime du sujet par la référence ainsi faite à la volonté. Sujet ou objet : il faudrait choisir. On choisit de rattacher l'obligation au sujet. L'obligation devient ainsi la preuve de la liberté d'un sujet autonome qui exprime une volonté. Les lignes de force du droit français des obligations, à travers les lectures sédimentées du Code civil, reprennent ainsi des conceptions rousseauiste et kantienne de l'action humaine.

20. Dans cette perspective, loi et contrat et délits obligeant à réparer, qui étaient de même nature lorsqu'on rattachait l'obligation à l'effet ainsi attaché par le système juridique à de telles situations, cessent d'être pareils : ils deviennent essentiellement distincts parce qu'ils émanent de volontés différentes selon leur titulaire (volonté générale, volonté particulière) et selon leur intensité (acte juridique, fait juridique). L'article 1134 ne signe plus qu'une analogie d'effet : il cesse d'exclure l'hypothèse d'une différence de nature. On expose d'ailleurs le plus souvent celle-ci comme une évidence, en tout cas une *summa divisio* du système juridique, la loi d'un côté, les « obligations » de l'autre.

21. On ne peut plus alors qu'invoquer au mieux une analogie de nature, voire un simple emprunt imagé : le contrat, ce serait comme une petite loi ; la loi, ce serait comme un gros contrat. Dès lors, s'établit un rapport de force entre les deux. Pour les séparer, pour savoir qui doit dominer l'autre, du petit ou du gros, pour poser si la loi peut gouverner les contractants, pour déterminer si les contractants peuvent faire fi de la loi, on soupèse là encore les volontés.

22. À ce jeu, la loi est le plus souvent gagnante, puisque ses cartes sont des as, dans l'association de la volonté générale et de l'intérêt public, tandis que les contractants ne peuvent poser sur la table que la paire de la volonté et de l'intérêt particuliers. On trouve même dans l'intérêt public un joker puisqu'il permettra à l'administration de modifier

unilatéralement les termes du contrat, en niant par là même la notion de contrat ⁸, ou d'attribuer des monopoles économiques à des établissements publics parce que des entreprises privées ne pourraient prétendre remplir le service de cet intérêt supérieur.

23. Mais ce jeu est épuisant : comment lutter contre le soupçon que le Législateur ne mérite pas sa majuscule et exprime lui aussi des intérêts particuliers ? La sociologie juridique accumule les preuves en ce sens... ⁹. Et pourquoi ne pas admettre que l'agrégat des volontés particulières produit l'intérêt général ? Les théories économiques de marché le postule ¹⁰.

24. Pour sortir du jeu, on peut retourner le rapport entre l'obligation et la volonté : la volonté n'est pas seulement la source d'une obligation qu'elle a la puissance d'instituer. Elle est aussi l'objet de l'obligation juridique, en ce que celle-ci a pour effet, pour fonction, de limiter l'usage des volontés.

2. L'obligation, comme protection contre la volonté pure.

25. Il faut là aussi revenir à la nature du droit, qui est l'ennemi de la volonté pure, en ce qu'il soustrait chacun à la domination absolue que voudrait exercer autrui. Chacun reconnaît cette fonction minimale du droit, y compris ceux qui professent l'ordre spontané. Ainsi Hayek met-il au cœur de sa théorie le droit ¹¹ et ne s'inquiète que de la perspective d'un débordement, d'un détournement, du fait d'un État, concrètement d'une administration, qui, initialement chargé de protéger l'individu contre le désir de mainmise d'autrui, en profiterait pour diriger l'économie et s'infiltrer dans les vies particulières ¹².

26. Or, si l'on en reste à la première perspective d'une volonté qui peut produire l'obligation, elle constitue l'expression d'une puissance pure. En effet, il faudrait que l'on admette par ailleurs – et l'on quitte alors la question des sources – qu'elle soit bridée de l'intérieur. Cette limite intrinsèque à la volonté pourrait être l'intérêt que poursuit la personne (conception économique de la volonté, « sous-humaine ») ou le sens moral qui habite la conscience de celle-ci (conception éthique de la volonté, « sur-humaine »).

27. Si l'on se prive pour l'instant de ces deux limitations substantielles de la volonté dans son rapport à l'obligation ¹³, ce sera donc d'une autre façon que la limite sera posée : elle le sera par la rencontre avec d'autres volontés, par une opposition organisée

⁸ Cf les conceptions de Romieu et de Léon Blum, exposées notamment par R. Drago, « La notion d'obligation : droit public et droit privé », ce volume.

⁹ V., par ex., M. Cozian, « Sociologie de la fiscalité. Les nouveaux privilèges fiscaux des héritiers de la noblesse et du clergé », in *Sociologie du droit économique*, Année sociologique 1999/2, pp. 497-510.

¹⁰ Sur la réduction de la volonté à l'intérêt, dans son rapport à l'obligation, v. *infra* n° 60 et s.

¹¹ *Droit, législation et liberté*, 3 t., PUF, 1980/1982/1983, rééd. « Quadrige », 1995.

¹² *La constitution de la liberté*, Litec, 1994.

¹³ V. *infra* n° 62 et s. et n° 80 et s.

entre les volontés. Cela correspond à l'hypothèse du contrat, à cette horizontalité qui évoque plutôt le droit privé.

28. On observera que le rapprochement plus généralement observé entre le droit public et le droit privé consiste à mettre en abscisse la verticalité du droit public et en ordonnée l'horizontalité du droit privé, pour obtenir un rééquilibrage des relations entre sujets de droit, par un équilibre horizontal nouveau entre l'administration et l'administré¹⁴, dans le même temps qu'on conçoit plus aisément une verticalité en droit privé, par une admission sans cesse plus aisée de l'acte unilatéral¹⁵.

29. Pour en revenir au modèle du contrat, classiquement, c'est de l'expression de volontés que s'instaure un rapport d'égalité, parce que ces volontés n'ont vocation qu'à se contredire. La pluralité des parties au contrat et l'opposition de leur volonté est le gage de la protection de la personne par la limite que la puissance de sa volonté subit du fait qu'elle doit s'ajuster à une autre volonté.

30. Mais cette opposition des volontés ne pourra pas jouer pour la loi ou l'État si ceux-ci s'expriment sur le mode de l'unilatéralité, l'assujetti n'ayant pas de volonté à opposer à l'ordre de la loi, par nature source légitime. Il faut alors doter l'État d'une limite substantielle : ce sera le crédit éthique fait à l'État de sa bienveillance. Il est remarquable que ce crédit reste accordé à l'acteur public, au gouvernement ou à l'administration, l'évolution ne se faisant qu'à partir d'un postulat de bienveillance accordé par nature à ce que l'on présente désormais comme la « déontologie administrative »¹⁶, mais qui situe toujours la limite de la volonté à l'intérieur même de celui qui l'exprime.

31. Cette relation est proprement juridique parce que si l'on se situe dans un pur rapport de force, le faible adopte un comportement conforme à l'exigence du puissant parce qu'il a intérêt à le faire, notamment pour survivre ou obtenir des faveurs. L'assujetti à la loi est soumis à la force juridique de la loi, mais essentiellement on ne doit parler d'obligation que lorsque celle-ci parvient à contraindre une personne que la force n'astreint pas, c'est-à-dire une puissance : l'obligation va alors naître lorsque le dominant va être obligé envers le dominé. C'est pourquoi la notion d'obligation est relativement étrangère au droit public¹⁷.

32. Plus exactement, si ce dernier ne connaît pas substantiellement l'obligation comme instrument d'égalité tel que le contrat l'illustre, ni l'obligation comme instrument d'une équivalence tel la responsabilité la restaure, il organise l'obligation, mais c'est celle du Roi envers le Peuple, laquelle fait le contrepoint avec l'assujettissement qui caractérise la relation du peuple envers le Roi : l'obligation, c'est alors l'envers de

¹⁴ J. Chevallier, « L'obligation en droit public », ce volume.

¹⁵ D. Mazeaud et Ch. Jamin (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999.

¹⁶ J.-P. Didier, *La déontologie de l'administration*, PUF « Que sais-je ? », 1999.

¹⁷ J. Chevallier, préc.

l'assujettissement et ce qui rend supportable celui-ci. Le droit public doit alors être tourné contre l'État, contre le Souverain, pour tenir le Peuple à distance de son pouvoir. En cela, il est régulation de ce pouvoir¹⁸. Mais la puissance de l'État est requise pour assurer l'effectivité du droit public tourné alors contre lui-même, ce qui met l'État en conflit d'intérêts, juge et partie, et pose au passage la question du statut du juge administratif et de l'extériorité qu'il doit atteindre au sein même de l'État.

33. Si l'on admet que nul ne peut donc contraindre l'État que lui-même, il faut un autre ressort pour que l'État se nuise à lui-même, limite sa puissance et s'oblige à l'égard de l'assujetti. Pourquoi le ferait-il ? La source de son obligation est alors constituée par ce que l'on désigne comme la bénévolence consubstantielle de l'État, l'amour porté aux citoyens, dont la « bonté du législateur »¹⁹ est le prolongement. Cette bienveillance est alors le socle de toute la théorie, notamment de celle qui se forgea autour du service public. C'est ce qu'Emmanuel Lévinas désigne comme « l'extravagante hypothèse », c'est-à-dire l'altruisme fondateur de l'État, que la philosophie politique formule par le concept d'État de droit.

34. Si l'on en doute, et qu'on craint alors la volonté absolue, pure, sans limite, de l'État, des modes de régulation se mettront en place et ce sera précisément la contractualisation de l'action administrative, ou sa procéduralisation, formes pragmatiques et défaits de l'État²⁰.

35. La volonté est donc bridée par le lien posé entre obligation et pluralité de volontés dont l'ajustement est requis, faute de quoi l'obligatoire ne naît pas. Le contrat apparaît alors comme le cadre naturel de l'obligation, en ce qu'il postule pour se constituer l'émission d'une autre volonté. La rencontre requise des deux volontés dont les fins sont contradictoires en limite l'expression et la puissance. C'est par l'hostilité naturelle entre des contractants dont les intérêts sont opposés, c'est grâce à la méfiance consubstantielle exprimée par le contrat que la volonté ne peut dégénérer. Ainsi, la violence est à la fois exprimée par le contrat, affrontement d'une volonté avec une autre, violence à l'encontre de cet être également hostile qu'est le cocontractant et tout à la fois le moyen de neutraliser cette violence. C'est le dynamisme de cette dialectique entre le droit et la violence qui produit le bon droit, l'équilibre et la protection des volontés²¹.

36. Mais que se passe-t-il si on se prive d'une opposition, mieux d'une hostilité, des volontés pour fonder la justice du contrat ? On semble en tout cas imaginer un progrès dans cette privation, ce qu'on a pu désigner ironiquement par l'expression d'un « monde

¹⁸ V. sur l'incidence quant à la constitution des branches du droit, R. Drago, ce volume et F.-X. Testu, *La distinction du droit privé et du droit public est-elle idéologique ?* D.1998, chron. p. 345 et s.

¹⁹ G. Cornu, « La bonté du législateur », *Annales de droit de Louvain*, t. XLIX, 3-4, 1989, p. 229 et s.

²⁰ J. Chevallier, « Vers un droit postmoderne ? », in *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J. « Droit et société. Recherches et Travaux », 1998, p. 21-46.

²¹ F. Terré, « Sur le phénomène de la violence », *Archives de philosophie du droit*, t. 43, 1999, p. 243-252.

contractuel meilleur »²². Se forme ainsi une nouvelle conception du contrat, instrument de coopération, havre de fraternité, rencontre de deux intérêts communs qui coopèrent ensemble, sans plus s'épuiser l'une contre l'autre. Finie la déperdition d'énergie des volontés opposées ; oubliée la solitude des volontés méfiantes et calculatrices !

37. Les conséquences attachées à cette conception du contrat sont à la fois conceptuelles et techniques. En premier lieu, et tout naturellement, la force obligatoire doit être assouplie car entre amis, point besoin de contrainte²³. Le lien de fraternité et l'intérêt commun remplacent la violence aveugle de l'obligation. Le législateur et la jurisprudence donnent large prise à cela. En second lieu, et tout aussi naturellement, on pose que si l'on exécute le contrat, ce n'est pas par contrainte mais par considération pour l'autre : c'est par loyauté. Le contrat comme acte chevaleresque... L'obligation de loyauté devient première²⁴, fleur poussée sur l'humus de la conception classique du contrat.

38. On peut pourtant exprimer quelque réserve. En premier lieu, cette théorie n'est-elle pas naïve et porteuse d'un interventionnisme étatique en matière contractuelle ? En effet, soit le stoïcisme est vrai et il n'est même plus besoin de faire appel au droit ; soit cette rigueur morale n'est pas également partagée, auquel cas cette vertu exigée reposera sur la vigilance de la légalité et le respect forcé de la réglementation. L'État se saisira des contrats privés pour y faire régner l'amitié requise.

39. En second lieu, peut-on même parler encore de contrat lorsque les volontés ne se croisent plus comme deux lames mais s'écoulent ainsi angéliquement vers le même horizon d'un intérêt commun ? L'harmonie fonde le lien et celui-ci demeure tant que l'harmonie perdure, mais pas plus que cela. Le droit positif rétrograde alors de la notion de contrat à celle, archaïque, d'accord ou de concert, lesquels supposent une concorde perpétuelle, c'est-à-dire finalement l'absence d'obligation²⁵.

40. Tournons-nous de nouveau vers la théorie classique du droit des obligations. Elle a la sagesse de ne pas compter sur celle des hommes, leur bienveillance et leur altruisme. C'est sa façon efficace de protéger leur liberté. Dès lors, le droit pose – posait – qu'une volonté pure ne peut obliger, ou à tout le moins ne doit pas compter sur le droit pour lui permettre cela. Le droit, règle sage, pare la volonté pure, la volonté folle : il la rend impuissante, en lui refusant sa propre puissance. C'est pourquoi la théorie de l'acte unilatéral était fondamentalement récusée, parce qu'elle exprime une conception promé-

²² F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit des obligations*, 7e éd., Précis Dalloz, 1999, n° 40, p. 40 et s.

²³ Ch. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Droit et patrimoine*, 1998, n° 58, p. 46-57.

²⁴ V. L. Aynès, « L'obligation de loyauté », ce volume.

²⁵ Sur ce mouvement nettement perceptible en droit économique, qui finit par réduire le contrat en un fait en lui niant sa dimension d'acte juridique obligatoire v. « Esquisse d'une sociologie du droit boursier », in *Sociologie du droit économique*, l'Année sociologique, préc., p. 457-494.

théenne de l'usage du droit ²⁶. Seule la loi, parce qu'elle emprunte à la mystique de la souveraineté, peut endosser une telle unilatéralité, d'une volonté qui n'a plus même besoin d'en affronter une autre et de composer avec elle.

41. En tout cas, il ne s'agit toujours pas de penser l'obligation en dehors des volontés. Pourtant, on affirme qu'aujourd'hui, dans une sorte de décrépitude du droit, les contraintes, les obligations, les punitions, tombent sur la tête de personnes qui n'avaient préalablement exprimé aucune volonté. Le lien entre la volonté et l'obligation serait ainsi brisé ; on le constate pour mieux s'en lamenter.

42. En quittant la problématique de la causalité pour celle de l'imputation, tant dans le processus législatif ²⁷ que dans la répartition des responsabilités ²⁸, on briserait la maîtrise que la personne a par rapport aux obligations, de ne subir une contrainte que par sa volonté, ne disposant certes pas de la règle mais tenant le pouvoir d'en déclencher les effets à son endroit ²⁹. En quelque sorte, désormais, il faudrait payer, il faudrait s'exécuter, il faudrait réparer alors que l'on n'a rien fait, alors qu'on n'a rien voulu. On mesure alors ce qui serait un passage du principe de responsabilité – dans son lien avec sa source que serait l'exercice de la liberté par l'expression de la volonté – au principe de garantie, un passage du fondamental au pragmatisme, un passage à un droit fondé à un système de pures prescriptions, voire de distribution des coûts sociaux par le droit.

43. Sans doute, à y regarder de plus près, la description qui convient est moins vertigineuse. La volonté comme source de l'obligation n'a pas disparu, elle s'est simplement déplacée. Ce déplacement sera plus particulièrement étudié ici en ce qui concerne le contrat et la responsabilité.

B. — *Le déplacement de la volonté comme source de l'obligation*

44. En effet, la volonté et l'action sont des notions distinctes. Il faut placer entre les deux la notion juridiquement si importante – sur laquelle Paul Roubier construisit sa théorie générale du droit – de situation ³⁰. Même dans le cas où c'est la situation qui engendre l'obligation, c'est la volonté qui a constitué la situation. Dès lors, la volonté

²⁶ A. Sériaux, « L'engagement unilatéral en droit positif français actuel », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, préc. p. 7 et s.

²⁷ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, éd. de Neuchâtel, trad. H. Thévenez, 1953, p. 27 et s.

²⁸ Loi du 5 juillet 1985 sur l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation ; loi du 19 mai 1998 sur la responsabilité du fait des produits défectueux.

²⁹ V. *supra* n° 6 et s.

³⁰ On sait l'usage qu'il en fait pour reconstruire la théorie des conflits de lois dans le temps et le profit qu'il en tira dans ses études de propriété industrielle, avec la notion de situation concurrentielle. Mais l'on la trouve aussi dans les premières pages de sa *Théorie générale du droit* en ces termes : « la notion qui tend à dominer notre technique juridique, d'ailleurs, est celle de la situation juridique, qui exprime un complexe de droits et d'obligations, et il est plus exact de partir de cette base que de celle du droit subjectif. » (*Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2e éd., Sirey, 1951, p. 7).

n'est pas évacuée de l'obligation : son moment d'intervention est simplement déplacé, le temps pertinent pour le constat d'une expression de volonté est désormais en amont.

45. Certes, par sa médiatisation, la volonté perd le contrôle de ce qu'engendrera à son tour l'objet médiat qu'est la situation. On peut y voir un déclin parce que la volonté est d'autant plus puissante qu'elle était dans cette intimité précitée avec l'obligation. On ne peut aller jusqu'à faire son deuil de la volonté comme source de l'obligation.

1. La volonté de se placer dans une situation qui engendrera des obligations.

46. La situation juridique est un cadre de relations, lesquelles se développent dans le temps. Le mariage ou le contrat sont des situations et l'on connaît le bon usage qui a été fait de la distinction des situations de droit et des situations de fait³¹, toutes deux saisies par le droit mais les unes préconstituées par lui, dans une jonction entre le droit et l'institution, et les autres considérées par lui, dans un traitement direct du fait par le droit.

47. La situation peut produire des effets inattendus et en cela non directement voulus. Pourtant, la personne sera obligée, sanctionnée. Ainsi, la personne qui bénéficie du système économique et financier par la position qu'elle y occupe doit répondre de ce qu'il advient. Cela est vrai même lorsqu'il s'agit du droit pénal, dès l'instant qu'il prend davantage prise sur une organisation systémique dont il est un des instruments de régulation³² plus qu'il n'exprime une norme de comportement proprement dite, encore moins sanctionne une culpabilité. La personne doit répondre de ce qu'elle n'a pas fait mais enfin c'est par sa volonté qu'elle est entrée dans la situation, laquelle a pu ensuite produire d'une façon autonome des obligations en son égard. Les exemples abondent qui illustrent ce déplacement de la volonté comme source d'obligations – et non pas une éradication de la volonté – dans la mise en œuvre d'obligations.

48. Prenons la responsabilité désormais objective des parents du fait des enfants. Ceux-ci sont engagés sans l'avoir directement voulu et sans qu'il soit utile désormais de mesurer la maîtrise qu'ils avaient ou non de la situation, suivant la bonne éducation dispensée et le souci de surveillance qui pouvaient les animer. Mais nul n'est obligé d'être parent. Si des personnes deviennent parents, ils se sont par avance, volontairement, même au sens mécanique du terme, livrés à cette situation.

49. Cette observation relativise l'opposition entre la responsabilité personnelle et celles qui ne seraient pas de cet ordre. En effet, dans la responsabilité du fait d'autrui, il y

³¹ L. Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, préf. M. Gobert, L.G.D.J. « Bibliothèque de droit privé », 1990.

³² « La constitution d'un droit répressif *ad hoc* entre système juridique et système économique et financier », in *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, Dalloz « Thèmes et commentaires », à paraître.

a toujours de la responsabilité personnelle. Elle tient au fait que la volonté a pour objet non pas un acte dans une situation (faute, bon comportement, etc.) mais la constitution même de la situation. La situation s'est interposée : elle est donc un objet médiat entre l'expression d'une volonté et une obligation.

50. Cette médiatisation du rapport entre la volonté et l'obligation enrichit même cette relation lorsque c'est de situation de pouvoir qu'il s'agit. En effet, si une personne volontairement constitue ou pénètre une situation qui lui confère, de par sa position, un pouvoir, les obligations, les sanctions, etc., attachées à cette position, viendront le contraindre. Mais nul n'est contraint d'accepter un pouvoir. Toute la légitimité de la responsabilité du chef d'entreprise tient dans cette liberté, dans l'acceptation de la situation de pouvoir, dans la satisfaction de cette volonté d'accession, qui justifie que des obligations naissent directement de la situation, alors même que le dirigeant sera resté inerte.

51. Ainsi, le lien très fondamental entre le pouvoir et l'obligation n'est pas une négation du lien entre la volonté et l'obligation mais sa simple médiatisation. Cet objet médiat qui rend distantes la volonté et l'obligation sans briser pour autant ce lien peut être une situation. Mais il peut être aussi autre chose. Cet objet médiat est alors produit par la volonté elle-même : il s'agit du consentement.

2. La volonté d'émettre un consentement qui engendrera des obligations.

52. D'une façon plus générale, l'articulation des obligations et d'un système va poser des problèmes conceptuels lorsque l'obligation contractuelle, conséquence d'une volonté, se superpose sur des espaces où la volonté est réfutée. Or, le marché des biens et des services exclut la volonté, en ce qu'elle prétend causer purement l'action et l'accord. Par exemple, le refus de contracter peut être sanctionné : c'est l'interdiction du refus de vente injustifié, alors même que la première liberté est celle de ne pas contracter.

53. Plus encore, si la volonté reprend force dans le marché, si elle peut imposer son choix, elle tordra à son bénéfice le fonctionnement du marché : l'abus de position dominante et l'entente sont des manifestations de volontés suffisamment puissantes pour s'échapper de la loi du marché. À ce titre, ils sont lourdement sanctionnés. La volonté est en ce sens l'ennemie directe du marché. C'est ainsi que la théorie économique classique décrit l'offrant sur un marché comme un simple *price-taker* et non pas comme le titulaire d'une volonté fixant à sa guise le prix.

54. Il ne pourrait donc y avoir sur un marché que des volontés mécaniques, ce qui est contradictoire dans les termes³³. Pour reconstruire une séquence entre volonté et obligation en présence d'un système de marché, il faut alors y insérer en plein milieu un

³³ Sur ce thème de l'existence ou non des volontés à travers l'analyse comparée du droit civil et du droit de la concurrence, v. M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, thèse Paris Dauphine, 2000.

troisième terme : ce sera le consentement. La volonté et le consentement ne sont pas synonymes. Ils ne sont pas même intimes.

55. Le consentement est un objet engendré par la volonté, émis par elle. Le Doyen Jean Carbonnier souligne, certes à propos de la loi, qu'étymologiquement, « émettre », c'est jeter au-dehors, c'est perdre la maîtrise³⁴. La volonté perd donc dès ce stade la maîtrise de l'objet, de ce consentement à s'obliger qu'elle a jeté en dehors d'elle. Le consentement adhère alors à l'objet économique et permet sa circulation, sans plus que la volonté n'intervienne. C'est pourquoi l'acheteur peut toujours s'en saisir et se prévaloir d'un contrat parce qu'en prenant l'objet, il s'attribue le consentement du vendeur.

56. La volonté ne porte donc pas directement sur l'objet économique circulant sur le marché, elle porte sur le fait de faire pénétrer les consentements sur les marchés. La volonté reste hors marché, doit y rester extérieure afin de ne pouvoir interférer avec la loi du marché, mais elle y introduit un consentement objectif qui suit les objets dans leurs échanges, et sans lequel le marché ne pourrait pas exister.

57. Le consentement médiatise donc le rapport entre l'obligation et la volonté. La volonté a alors son objet immédiat : le consentement et non plus l'obligation, qui devient quant à elle son objet médiat et produit. L'obligation est ainsi libérée du sujet, puisque seule la volonté et non le consentement est intime de celui-ci. Par son rattachement au consentement, l'obligation peut devenir objet. Sujet ou objet : grâce à l'interstice du consentement, il n'est plus besoin de choisir³⁵. C'est pourquoi les obligations ne deviennent des objets, des objets échangeables, monnayables, bref des biens, que sur des systèmes économiques et financiers, car ceux-ci sont créés par les volontés, sont des espaces alimentés par des volontés mais fonctionnent sur le consentement. C'est le marché qui réifie l'obligation et la constitue en bien accessoire ou principal.

58. Ainsi, la volonté prend ses distances lorsqu'elle porte – par la médiation du consentement – sur un objet économique qui circule sur un marché. Mais la remise en cause paraît plus radicale lorsque le modèle du marché se saisit non plus seulement des objets mais encore des personnes. Le marché réduit la volonté des personnes à ce qui est sa propre loi et sa rationalité : la poursuite des intérêts particuliers. Comment la volonté peut-elle conserver un quelconque rapport avec l'obligation, ou plus généralement le comportement conforme, lorsque les théories économiques établissent un lien avec l'intérêt, l'intérêt de la personne concernée par la loi à se conformer à elle ?

³⁴ « Le Code civil », in *Les lieux de mémoire*, II. *La Nation*. 2. *Le territoire, l'État, le patrimoine*, Gallimard, 1986, p. 293-315.

³⁵ Sur l'alternative classique, v. *supra* n° 19.

II. — LA VOLONTÉ DANS SON RAPPORT AVEC L'INTÉRÊT À S'OBLIGER

59. La volonté qui se contraint peut-elle le faire au-delà, à côté, de l'intérêt particulier de celui qui l'oblige ? C'est alors l'hypothèse d'une volonté héroïque qui s'oblige sans considération pour l'intérêt de la personne qui l'exprime, au besoin contre son intérêt. Ce serait même le seul sens possible pour l'obligation juridique (A). Mais, si l'on prend une autre perspective, la rationalité économique peut enjoindre à une personne d'agir contre son intérêt, du moins son intérêt immédiat, du moins son intérêt non médiatisé par l'intérêt de la collectivité ou du système. Cela tient au fait que l'intérêt s'exprime et varie à chaque instant alors que la volonté, par l'obligation juridique, peut inscrire l'intérêt dans le temps et en cela servir paradoxalement un intérêt incapable de se stabiliser et ainsi de se satisfaire lui-même (B).

A. — *L'hypothèse de la volonté héroïque de l'obligation contre son intérêt : la volonté plus vaste que l'intérêt*

60. Le droit exprimerait la seconde nature de l'homme qui pourrait s'obliger contre son intérêt. Sinon, à quoi sert le droit qui prêterait sa force par redondance puisque l'inclinaison de chacun à suivre son intérêt suffirait, sans contrainte, à régler les conduites ? En effet, dans une conception non utilitariste du droit, l'obligation n'existe en tant que telle que si elle dépasse l'intérêt.

61. Le raisonnement est simple : si la personne a intérêt à s'exécuter, à respecter les lois, l'intérêt produit l'acte conforme. L'obligation n'est pas requise. Cela suppose de l'obligation une conception nécessairement contrariante : il n'y a obligation que lorsqu'il y a contrariété entre l'acte exigé et la tendance à le faire. Ainsi, deux couples s'opposeraient : tendance naturelle propre à la personne et intérêt/contrainte extérieure contrariante et obligation. L'obligation désignerait ainsi une sur-nature, ce qui expliquerait son lien avec l'idée de civilisation, et la coïncidence entre Rome comme creuset de civilisation et comme berceau du droit.

1. Les tentations éthique et civique de l'obligation.

62. La morale suppose que la volonté n'est pas la simple traduction en action de la façon naturelle dont la personne vise à satisfaire ces intérêts. C'est pourquoi le droit classique pose que les obligations sont suffisamment causées par la volonté qui les exprime, sans qu'on ait à rechercher l'effectivité d'un intérêt subjectivement recherché par l'obligé ni objectivement servi par l'obligation, la cause étant alors dans un rapport tautologique avec la volonté : cela est notamment illustré par la notion de cause dans les donations, laquelle se réduit à « l'intention libérale ».

63. Mais le pragmatisme qui s'accroît dans la construction du système juridique semble reconstruire la théorie de la cause en la logeant non plus tant dans la volonté

mais dans l'intérêt. Ainsi, lorsqu'il n'y a plus d'intérêt, alors même qu'il y eut volonté, il n'y aurait plus de cause. On observe ainsi une scission entre la source de l'obligation, qui reste la volonté et la cause de l'obligation, qui se concentre désormais dans l'intérêt, lequel a plus à faire avec l'exécution de l'obligation qu'avec sa source. Ainsi, une obligation ne se maintient que si le débiteur a encore un intérêt objectif à le faire. Plus encore, les mécanismes juridiques qui vont directement traduire l'intérêt en obligation, le seul fait de servir l'intérêt d'autrui rendant celui-ci obligé comme dans le cas de la gestion d'affaire, vont devenir plus usuels et plus compréhensibles. C'est ainsi que l'on peut expliquer l'accueil toujours plus favorable que la jurisprudence fait aux quasi-contrats, faisant naître des obligations sans qu'une volonté du débiteur se soit exprimée. On est loin de la conception kantienne du droit dans laquelle la volonté, parce qu'elle a lien avec la liberté, est la cause radicale des obligations, radicalité qu'elle communiquait aux effets de celles-ci et dont l'exclusion de toute considération pour des circonstances atténuantes de la responsabilité pénale est un exemple.

64. Pourtant, selon cette conception kantienne de l'obligation juridique, la volonté peut surpasser l'intérêt lorsqu'elle peut se fixer en substance un autre objectif que la poursuite de celui-ci. Elle sera alors l'expression de la vertu. Mais comme l'esprit humain aspire à la vertu mais ne s'y tient guère, l'obligation juridique permettrait à celui-ci de tenir ses ambitions, de donner des gages d'un maintien dans le temps, d'une permanence des promesses qu'un esprit humain changeant et étourdi n'aimerait faire qu'à la légère ³⁶.

65. Plus l'instant est fragile et plus le goût d'éternité qu'il voudrait contenir est délicieux. Mais à un instant de vertu, – car le perpétuellement vertueux n'a pas besoin du droit pas plus que n'en ont besoin les bénéficiaires de ses bienfaits – le droit attache le boulet d'une obligation perdurante. Se rencontrent d'une manière ambiguë le sens de la morale et le pragmatisme qui conduit à offrir la sécurité juridique d'un engagement aux tiers par rapport à celui qui émet une promesse.

66. Mais revenons encore vers Kant et vers cet objet de la volonté qui peut être contraire à l'intérêt, être l'expression de la vertu. C'est le droit qui permet alors au mouvement éthique de prendre corps. Cet objet peut encore être un intérêt, mais cette fois-ci un intérêt supérieur : l'intérêt général. Par une sorte d'arrachement, la personne servirait alors un intérêt supérieur au sien, voire contraire au sien. Prenons pour la première perspective l'obligation déontologique. Pour la seconde, l'exemple des services publics peut être probant, dans la mesure où l'on donne d'autant plus de pouvoir de contrainte juridique à l'organisme ou à la personne que ceux-ci poursuivent l'intérêt général et non pas leur intérêt particulier.

³⁶ Sur le lien entre la juridicité de l'obligation et la considération du temps, voir à propos de l'intérêt, *infra* n° 80 et s.

67. Sur le premier exemple de la déontologie et sans vouloir en revenir pleinement³⁷, on peut simplement évoquer deux hypothèses : la déontologie peut s'analyser comme une rhétorique cynique, une sophistique donc, affirmant la suffisance, voire la supériorité, d'une norme collective de comportements a-juridiques, ce qui permet aux professionnels d'échapper à l'emprise du droit commun, celui de la loi et des juges, pour se forger des normes d'exception, véritablement appropriées. La déontologie est alors un discours de domination, d'isolement et de résistance à la loi commune, par une clôture juridique habilement organisée.

68. La seconde hypothèse admet l'adhésion sincère des opérateurs à la nécessité morale du comportement, notamment comme source de crédit, dans le sens multiple du terme. La déontologie a alors à voir avec les effets de club, dont on connaît l'importance dans les sociétés anglo-saxonnes, dans l'éducation donnée – l'éthique constituant une matière pédagogique à part entière dans les *business schools* –, dans les mœurs des élites³⁸.

69. Le second exemple d'admission d'un accroissement de la puissance de contrainte parce que la volonté du titulaire de ce pouvoir dépasserait le service de l'intérêt particulier, peut être trouvé dans l'usage que des entreprises publiques peuvent faire de la puissance publique sur autrui par le seul constat qu'elles poursuivent l'intérêt général. La doctrine est aujourd'hui plus dubitative à l'égard de cette affirmation comme quoi le responsable public peut disposer d'un pouvoir d'obliger autrui parce qu'il est guidé dans l'usage de ce pouvoir par sa vertu, exprimée par l'expression « sens du service public », soupçon qu'elle développe moins concernant l'hypothèse déontologique des acteurs privés. Cela est assez étonnant puisque si antérieurement l'on ne voyait pas pourquoi le décideur public serait particulièrement vertueux quand le marchand serait présumé capturé par son intérêt particulier, on ne comprend pas davantage à quel titre la présomption de vertu ayant quitté les cimes de la décision publique bénéficierait désormais à l'acteur privé, notamment par un sens moral exprimé par des codes privés de bonne conduite.

2. Les ruses de la volonté et de l'intérêt.

70. Si on récuse la tentation éthique qui fonderait le pouvoir d'obliger soi et autrui par une volonté orientée vers le bien, on doit se tourner vers une conception utilitariste du droit, telle qu'elle prospère désormais non seulement en droit économique mais dans tout le système juridique. Mais entre cette hypothèse d'une volonté qui recherche au-delà de l'intérêt de celui qui s'oblige et oblige, et l'hypothèse où l'on prend comme acquis que les personnes ne sont finalement capables que de poursuivre leur intérêt particulier, qu'il soit personnel ou collectif, il faut tout d'abord examiner la situation la plus défa-

³⁷ D. Gutmann, « L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », ce volume.

³⁸ Pour une analyse sociologique de ces effets, « Esquisse d'une sociologie du droit boursier », in *Sociologie du droit économique*, préc., p. 457-494.

vable, c'est-à-dire celle dans laquelle la poursuite de l'intérêt particulier prend le masque de la recherche de l'intérêt d'autrui ou de l'intérêt général.

On reste alors entre les deux systèmes, entre les deux représentations de l'âme humaine, hésitation qui est source de fragilité et de dangers pour les libertés. En effet, l'intérêt peut être un élément qui anime à la fois celui qui se soumet à la loi et celui qui émet la loi. Dès lors, on en arrive à l'idée d'un intérêt commun, d'intérêt partagé, d'intérêts « bien compris », notions qui relèvent davantage d'une conception communautariste que républicaine de l'ordre juridique, n'ayant plus guère de rapport avec celle d'intérêt général. La personne devient alors ce qui a été justement désigné comme la « complice des lois »³⁹, situation singulièrement dégradée par rapport à la conception rousseauiste de « L'amour des lois »⁴⁰.

71. En effet, selon ce modèle d'amour rationnel des lois, demeuré très prégnant en France⁴¹, si la personne aime la Loi, ce serait par la rencontre entre la Raison et l'Intérêt général, la Volonté générale exprimée par la loi ne pouvant tendre que vers celui-ci tandis que la rationalité de l'assujéti ne peut qu'adhérer volontiers, donc volontairement, à la loi. Cela suppose que le comportement se rapporte à la Raison et non à l'intérêt, particulier ou collectif ; cela suppose plus encore, en amont, que la loi exprime l'intérêt général.

72. Mais en premier lieu, les politistes et les économistes, les premiers souvent inspirés par les seconds, ont démontré que les responsables qui tiennent le pouvoir normatif ont des intérêts particuliers et qu'il ne suffit pas d'en rester à l'hypothèse marginale de la corruption d'un ou deux, soudain submergés par leur intérêt propre mais ne remettant pas en cause le système lui-même : il convient désormais de penser l'exercice du pouvoir normatif à partir du postulat selon lequel ceux qui font les lois considèrent aussi leur intérêt. On passe alors de l'hypothèse dramatique mais cantonnée de la corruption à l'hypothèse ordinaire de la capture des décideurs par leurs intérêts particuliers⁴². C'est à partir de là que doivent se distribuer les pouvoirs.

73. Dès lors, l'intérêt général devient le masque cynique de l'intérêt particulier. Celui qui se soumet volontairement à l'obligation, à l'ordre de la loi, parce que sa Raison veut aller à la rencontre de l'Intérêt général, est proprement dupé. L'exercice de l'art de la loi devient une technique de séduction, de *marketing*. L'usage de ce que l'on désigne désormais comme « l'effet d'annonce » suffit à le montrer. L'amour de la loi devient la

³⁹ J. Aglo, *Norme et symbole. Les fondements philosophiques de l'obligation*, L'Harmattan, 1998.

⁴⁰ *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Université Laval, 1996, p. 469-472.

⁴¹ R. Sève, « La loi au défi de l'individualisation », in *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, préc., p. 469.

⁴² Pour une synthèse de ces théories économiques de la capture et de la régulation, appliquées à l'organisation des sources du droit et des pouvoirs de l'État, v. J.-J. Laffont, « Intérêt général et intérêts particuliers », in *L'intérêt général*, Rapport public du Conseil d'État, 1999, p. 421-428 ; *Incentives and Political Economy*, Oxford University Press, 2000..

séduction par la loi. Ainsi, l'esthétique de la loi se superpose à, voire remplace, sa volonté pédagogique ; le maniement des symboles se superpose à, voire remplace, la normativité ; la loi redevient magique.

74. Le jeu est de dupe parce que l'assujetti renonce à son intérêt particulier en croyant qu'il va ainsi servir l'intérêt général par la soumission à une loi qui a l'apparence de conformité à celui-ci, alors qu'il sert un intérêt, autre que le sien, mais tout aussi particulier, celui des personnes ou des groupes qui directement ou indirectement font la loi.

75. Dès lors, le rétablissement de la relation implique que les masques tombent et qu'une juste balance des intérêts soit rétablie. Dans ce cas, l'intérêt devient plus vaste que la volonté puisque l'obligation devient l'affaire d'intérêts particuliers convergents, la volonté n'étant plus la source mais l'instrument de son établissement.

B. — *La volonté comme engendrement d'une obligation au service de l'intérêt :
l'intérêt plus vaste que la volonté*

76. Si l'on est réduit à l'hypothèse d'une rationalité ordinaire, telle que l'économie de marché l'a prise comme postulat théorique, guidée par la recherche de la satisfaction de ses intérêts, c'est-à-dire de ses préférences, la contrainte notamment juridique sera utilisée à cette fin. La volonté devient alors un instrument de satisfaction de l'intérêt, ce qui rendrait l'obligation proprement dite inutile : le lien établi entre la volonté et l'intérêt efface le lien précédent entre la volonté et l'obligation, liens alternatifs l'un de l'autre : puisqu'il est de l'intérêt de la personne de se conformer à la prescription, il n'est pas besoin d'assortir celle-ci d'une obligation.

77. Certes, la question de la vertu se pose encore mais elle a son siège dans le produit des volontés au service des intérêts et non plus dans la conscience des agents : c'est le système lui-même qui produit la vertu à partir des actions. On reconnaît ici un point déterminant dans la théorie d'Adam Smith : le problème moral ne se pose plus dans un marché parce qu'il prétend produire lui-même la vertu générale. Ainsi, les volontés ne sont pas guidées par une conscience ou un mouvement vertueux mais c'est la neutralisation des volontés par l'effet du système de marché qui produit la vertu. Il s'agit alors de construire un système sur l'intérêt pour réconcilier l'ensemble des notions qui ne cessaient de se quereller précédemment : obligation, volonté, liberté, contrainte, limitation de l'action. Ces couplages de contraires sont le moteur immobile de l'économie. Ils lui fournissent sa cohérence. La théorie des jeux a un peu compliqué la figure puisqu'il peut être intéressant d'être altruiste ⁴³. C'est le lien aujourd'hui fait entre la théorie des jeux appliquée à l'économie et la théorie anthropologique du don et de l'échange ⁴⁴.

⁴³ A. Caillé (dir.), *À qui se fier ?*, Publications du Mauss, La Découverte, 1996.

⁴⁴ Sur ces questions, v. les interférences entre les théories sociologiques, voire anthropologiques, exposées par Alban Bouvier, « Obligation, rationalité et sacré. Repérages [p. 129-151]

78. Dans cette cohérence que fournit la volonté à la recherche d'une production d'obligation pour satisfaire l'intérêt de la personne, on peut observer dans un premier temps que l'intérêt est alors plus étroit que la volonté. En effet, si la volonté, dans son lien avec le droit, est réduite à la portion de l'intérêt, dans son lien avec l'économie, alors le droit est mécaniquement rétréci, réduit par l'économie (1).

79. Mais la géométrie de ces rapports entre le droit et l'économie est variable. En effet, même si l'on limite l'expression de la volonté à la considération des intérêts particuliers, il peut arriver que l'intérêt d'une personne soit plus vaste que sa volonté, en raison du temps qui fait varier ses intérêts. La volonté peut alors engendrer des obligations qui fixent le temps et permet à l'intérêt d'être dialectiquement satisfait (2).

1. L'intérêt comme limite suffisante à la volonté pure.

80. On a vu que l'obligation pouvait se définir comme ce qui permet d'éviter la volonté pure de la personne, ce qui permet d'éviter que celle-ci pousse sa puissance jusqu'à se sacrifier elle-même⁴⁵. Le danger existe tant qu'on pose qu'une volonté peut être la source d'une obligation contraire à ses intérêts. Mais si la volonté n'est plus que l'instrument de l'intérêt, alors l'hypothèse devient vide de sens car la volonté de la personne n'irait pas contre l'intérêt de celle-ci.

81. Cela renouvelle la question de l'engagement unilatéral en droit. En effet, l'intérêt a fait perdre à la volonté sa pureté, sa puissance, mais aussi corrélativement son danger. Dès lors, la personne peut s'engager unilatéralement, la limite ne venant plus de la volonté contraire d'un tiers, du contractant, mais d'un obstacle qui est interne à celui qui émet l'engagement, son intérêt. Ainsi, la théorie économique n'est pas heurtée et ne fait pas obstacle à l'obligation engendrée unilatéralement. C'est par le droit des affaires que les engagements unilatéraux se sont développés, qu'il s'agisse de la lettre de confort émise par la société mère au bénéfice d'un créancier de sa filiale ou du principe même de l'offre publique d'achat sur le marché financier, offre non seulement liante mais encore irrévocable et inconditionnelle.

82. Dès lors, si le droit accueille désormais l'engagement unilatéral, ce n'est pas par expansion du pouvoir de la volonté, au contraire. L'idée est que l'intérêt est une forme de sagesse, qui, d'une façon alternative au droit, préserve de la folie de la volonté pure. Dès lors, la limite, de type procédural, que le droit imposait d'une rencontre avec une autre volonté, ne se justifie plus. L'évolution de tous les droits vers l'admission nouvelle des obligations unilatéralement formulées coïncide justement avec la montée en puissance des théories économiques et de l'implantation de son concept de rationalité en droit.

paradigmatiques en sciences sociales », ce volume, et la théorie des jeux, exposée par Pierre Livet, « L'obligation et la théorie des jeux », ce volume.

⁴⁵ V. *supra* n° 40 et s.

2. La volonté comme extraction de l'intérêt dans son rapport immédiat au temps.

83. Si l'on en reste là, l'intérêt particulier comme moteur de l'agent économique englutit les notions de volonté et d'obligation, ces notions dont on peut dire qu'elles constituaient l'agent juridique. La volonté n'est qu'une forme instrumentale et abâtardie, presque inexistante de l'intérêt ; l'obligation devient inutile puisque l'intérêt à se conformer à la prescription entraînera de ce fait la soumission. Mais, dans cette guerre entre dogmatique juridique et dogmatique économique, le droit n'est pas défait à ce point. En effet, l'intérêt est une notion qui doit s'articuler sur le temps. Par définition, l'intérêt particulier est instable car ce que la personne a intérêt à faire aujourd'hui, elle peut n'avoir plus intérêt à le faire demain. Dès lors, le problème majeur devient le maintien des engagements car si on peut se contenter de la référence à l'intérêt pour être sûr de l'exécution, lorsque l'exécution et l'engagement coïncident dans le temps, dès l'instant que l'exécution s'opère dans un autre moment et donc dans un autre contexte que l'engagement, la variation possible de l'intérêt brise la perspective d'une exécution garantie sans obligation juridique.

84. Le droit réapparaît dans sa puissance propre à obliger, non pas dans l'instant où l'on s'engage mais dans le temps où l'on exécute. Malgré l'inexactitude que contient tout propos trop général, on peut dire que le droit classique a employé sa puissance normative, notamment en raison de son lien avec l'idée de souveraineté, à s'extraire du temps : ainsi, la loi a vocation à être perpétuelle et le contrat doit être exécuté exactement comme il avait été projeté, comme si le temps ne s'était pas écoulé depuis, comme si rien de nouveau n'était advenu. Aujourd'hui, la volonté d'utiliser le droit comme moyen d'adaptation constante de la norme à la réalité, a fait douter du principe même selon lequel le droit a vocation à durer ⁴⁶.

85. Pourtant cet engagement dans le temps, qui a pour source la négation même de l'écoulement du temps et de l'hypothèse de survenance d'imprévu, est l'expression de l'obligatoire : l'obligation n'a de sens que dans son rapport au temps, par la puissance de domination du temps par l'obligation. L'obligation est par nature immuable. La différence ne tient que dans le fait que le droit classique était immuable par la distance qu'il établissait par rapport à son objet alors que le droit économique ne se force à être constant que pour servir les exigences de celui-ci ⁴⁷. En cela, la volonté trouve un nouveau rapport à l'intérêt. En effet, paradoxalement, l'intérêt ne permet pas à la personne de maîtriser son intérêt, puisque l'intérêt est changeant dans le temps et qu'il peut être de l'intérêt de la personne de ne pas varier d'intérêt. Ainsi, la volonté limitée au statut d'instrument immédiat et changeant de l'intérêt nuit à l'intérêt.

86. L'anticipation de l'intérêt futur peut ne pas suffire à l'élaboration de l'obligation ; il peut être d'intérêt immédiat de ne pas varier dans son obligation même si ulté-

⁴⁶ J. Commaille, « La régulation des temporalités juridiques par le social et le juridique », in *Temps et droit. Le droit a-t-il vocation à durer ?* Bruylant, 1998, p. 317-337.

⁴⁷ *Sociologie du droit économique*, préc.

rieurement l'intérêt n'est plus servi par cette obligation. La notion d'engagement, l'intérêt de l'engagement en lui-même, indépendamment de la substance de l'engagement, ne peut reprendre forme que par la volonté qui, par un détachement premier avec l'intérêt, par une négation renouvelée des variations apportées par le temps qui passe, par l'inscription de l'obligation dans la durée, sert l'intérêt de la personne mais aussi du système.

87. Ainsi, la loi prend prise sur l'avenir, non plus comme mode d'assujettissement de l'avenir mais au contraire comme façon de s'engager au bénéfice de l'avenir, notamment à l'égard des générations futures⁴⁸. La loi exprime alors la volonté de s'engager, et non pas d'engager ; elle exprime l'obligation du législateur lui-même et non plus une obligation des destinataires de la loi.

Plus fondamentalement, quel est l'instrument juridique adéquat pour que le législateur, ou plus généralement l'État, soit engagé à son tour ? C'est le contrat, qui devient paradoxalement son mode privilégié d'intervention. Ainsi, dans l'action publique, l'engagement de l'État devient la source première de la sécurité juridique. On connaît désormais des lois qui indiquent la date future de leur propre révision ; peut-être verra-t-on des lois par lesquelles le législateur s'engage non plus à changer la loi mais au contraire à ne pas la changer avant un certain terme, désarmant par avance sa propre volonté pour permettre aux assujettis des anticipations sûres, comme celles que pourraient les faire des contractants.

88. Il convient de reprendre donc cette nouvelle relation de la volonté et de l'intérêt autour de l'obligation dans une approche systémique et dans une approche contractuelle. Dans la première, le système économique et financier paraissait avoir englouti la juridicité en réclamant toujours plus d'adaptation, de flexibilité, de modification incessante de la norme, d'une législation qui devient essentiellement transitoire⁴⁹. Mais la théorie économique a mis en valeur la nécessité de la permanence de la norme, afin que puissent fonctionner les anticipations des agents.

89. Or, cette permanence de la norme ne peut être produite que par une force proprement juridique, que par la volonté, maintenant la prescription alors même que l'intérêt n'est plus directement servi, l'intérêt du système étant de bénéficier d'une sécurité issue de cette immutabilité. On retrouve alors la définition classique du droit comme règle du jeu : peu importe le jeu joué, et ce d'autant plus que dans la théorie libérale la mobilité du marché permet de toujours neutraliser la substance de la règle juridique⁵⁰ ; l'essentiel

⁴⁸ Sur cette question essentielle, v. not. P.-Y. Goffi, « Le destinataire de l'obligation : le cas des générations futures » ; P. Godé, « Le droit de l'avenir (un droit en devenir) », in *L'avenir du droit*, Mél. F. Terré, Dalloz-PUF-Éditions du juris-classeur, 1999, p. 61-78 et les traités internationaux et textes cités. Sur la transformation du rapport au droit au temps que cela implique, v. F. Ost, *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999.

⁴⁹ Ch. E. Morand, *Évaluation législative et lois expérimentales*, PUA, 1993 (dir.), *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, L.G.D.J. « Droit et société », 1999.

⁵⁰ Dans la démonstration très classique de J. Coase, *Les coûts sociaux du droit*, 1960 (trad. et introd. Y. – M. Morissette, PUF « Droit, éthique, société », sous presse), même si la thèse fût par la suite amendée, voire contredite dans le propre courant construit sur cette étude fondatrice (sur l'évolution, v. plus particulièrement, Th. Kirat, *Économie du droit*, La Découverte [p. 129-151]

est de ne pas changer les règles en cours de partie, étant observé que le marché peut s'interpréter comme le lieu d'un jeu permanent. Ainsi, la volonté du droit à durer ne lui vient plus de sa distance par rapport à l'objet, par son indifférence pour une évolution du système économique et financier qui ne serait pas pertinente pour lui, mais par un service que seule la normativité du droit peut rendre à celui-ci.

90. La confrontation de la théorie économique des contrats avec le plus classique droit des contrats en apporte une autre démonstration. En effet, les contrats sont exécutés parce qu'une des parties au moins y a intérêt, au besoin en recourant à l'intervention du juge⁵¹. Mais on est aujourd'hui confronté à une hypothèse plus problématique⁵² d'une incomplétude d'un contrat qui engendre un effet économique pervers mais qui rencontre l'assentiment des deux parties.

91. Cela correspond à l'hypothèse très concrète d'un contrat par lequel les parties s'engagent à ne pas renégocier. Cela confère donc une permanence aux termes de l'engagement, de sorte que les parties et les tiers peuvent anticiper et notamment se communiquer des informations que seule la permanence des obligations les incite à faire. Si les termes du contrat devaient changer, les parties ne procéderaient pas à ces révélations, constituant alors une rente privée informationnelle qui produirait un bénéfice économique moindre. Or, l'on imagine que les parties aient intérêt à renégocier à un moment donné. La théorie économique montre que, par anticipation d'une telle situation, les parties doivent pourtant dès la formation du contrat se refuser le droit de renégocier, quand bien même elles seraient d'accord pour cela, faute de quoi le préjudice économique né de l'asymétrie d'information sera produit⁵³. Le droit peut-il conférer une telle force à un tel engagement ?

92. À première vue, le raisonnement juridique pose que, si l'on en reste à la volonté comme source d'obligation, dès l'instant que la volonté concordante des parties se cristallise pendant le temps de l'exécution du contrat, alors, ce que la volonté conjointe des parties a formé, une nouvelle volonté conjointe peut, dans le parallélisme des formes, le défaire. C'est le sens de l'article 1134, al.2 du Code civil qui pose que l'obligation cesse si les deux parties s'accordent en ce sens, règle qui a toujours été présentée comme une évidence, sans doute parce qu'on postule que la volonté commune sert par définition l'intérêt commun, dans une coïncidence dans le temps entre l'expression de la volonté et la réalité de l'intérêt, et qu'une coïncidence des volontés suffit à produire la satisfaction des intérêts contradictoires.

93. Pourtant, la théorie économique nous montre qu'il peut être de l'intérêt des parties au départ d'empêcher que par la suite leur volonté puisse satisfaire la variation

verte « Repères », 1999, et *Contrats, co-operation, and competition. Studies in Economics, Management, and Law* (S. Deakin et J. Michie, ed.), Oxford University Press, 1997).

⁵¹ L'économie des contrats, et notamment des contrats incomplets, constitue désormais un pan complet de la théorie. V., par ex., en guise d'introduction, A. Orléan (dir.), *Analyse économique des conventions*, PUF « Économie », 1994.

⁵² J.-J. Laffont, préc.

⁵³ *Id.*

opérée dans leurs intérêts respectifs, afin que leurs anticipations ne puissent intégrer une telle perspective, ce qui conduirait à des comportements économiquement pervers. Or, rien ne permet d'affirmer que l'article 1134, al. 2 exprime une règle d'ordre public. Dès lors, les parties doivent pouvoir y renoncer par une clause.

94. Ainsi, grâce à la puissance juridique de la volonté, la partie sert son intérêt en empêchant non seulement la volonté des parties de se reprendre unilatéralement mais encore en aliénant la puissance des volontés conjointes. Ainsi, le lien que la théorie économique établit entre l'obligation et l'intérêt produit un effet plus puissant que celui que le droit avait établi entre l'obligation et la volonté : la considération de l'intérêt, en ce que celui-ci varie dans le temps et qu'il peut être de l'intérêt des parties de refuser de subir les effets d'une telle variation, permet que la volonté des parties s'aliène plus fortement, renonçant non seulement à son exercice unilatéral mais encore à son exercice conjoint.

95. De la sorte, l'obligation devient plus puissante, plus normative, plus juridique, parce que l'intérêt excède la volonté. D'une façon plus générale, seule la volonté créatrice d'obligation juridique peut servir le nœud d'intérêts qui fait marcher le système économique.

Université Paris-Dauphine
Institut de droit économique, fiscal et social
Place du maréchal de Lattre de Tassigny
75775 Paris CEDEX 16
frison.roche.ed@wanadoo.fr