

## LIBERTÉ CONTRACTUELLE, VOLONTÉ CONTRACTUELLE\*\*

Rodolfo SACCO\*

L'idée de liberté ou autonomie contractuelle semble évoquer le pouvoir de la volonté, et en même temps le contrat peut obliger, parfois, même si la volonté fait défaut. C'est que le droit, s'il veut satisfaire le besoin d'autonomie, doit prévoir un mécanisme, un procédé, et ce procédé est la manifestation de la volonté : l'utilisation de ce mécanisme, même si le sujet n'a pas prévu toutes les conséquences, produit les résultats typiques de l'acte. D'ailleurs le déclarant a besoin que ses déclarations soient efficaces si elles ont suscité une confiance, car, si la validité de la déclaration dépendait de facteurs que le cocontractant ne connaît pas, la crédibilité de la déclaration serait nulle.

Les règles sur l'apparence et sur le devoir de cohérence imposent au sujet des responsabilités parallèles.

Autonomie et responsabilité ne font qu'un et leurs outils sont la manifestation de volonté, l'apparence et le devoir de cohérence.

*The idea of contractual freedom or autonomy suggests free will. Yet, contracts may bind even when the free will of the parties is absent. Thus, if law seeks to remain faithful to principles of autonomy, a process is needed. The process should be the demonstration of free will: The use of this mechanism, even if the subject has not foreseen the consequences, produces typical results of the deed. Furthermore, the demonstration needs to be effective if they are to inspire confidence because if the validity of the declaration depends on the factors unknown to the other party, the credibility of the declaration is compromised. The rules on appearance and on the responsibility of coherence require parallel responsibilities. Autonomy and responsibility are one and the same, and their tools are the demonstration of free will, appearance, and the obligation of coherence.*

---

\*\* Cet article a été rédigé pour paraître dans les Mélanges en l'honneur de Philippe Malinvaud.

\* Professeur à l'Université de Turin.

### 1. De l'autonomie à la volonté

Dans la philosophie spontanée et implicite de toute époque, la règle de droit qui naît comme conséquence de tel ou tel acte juridique est une petite loi capable de régir, dans une occasion ou un petit nombre d'occasions, le comportement d'un sujet ou d'un petit nombre de sujets. En fait foi la définition de la loi comme d'une *communis rei publicae sponsio* (D. I, III, 1), et, réciproquement, la vision de la convention comme d'un acte qui tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite (Code Nap., art. 1134). La conception de Hans Kelsen, qui voit l'ordre juridique comme un système à marches successives, nous offre une vision raffinée de cette symétrie entre la règle étatique et la règle individuelle.

Le pouvoir de créer la norme privée a un nom : autonomie. Cette expression se rapporte, littéralement, à la situation de celui à qui il appartient d'établir les règles qui le concernent.

On ne connaît pas de systèmes de droit où il n'existerait aucune autonomie des sujets.

L'instrument de l'autonomie est l'acte<sup>1</sup>.

Qui veut le respect de la personne humaine veut l'autonomie. Il la veut à la condition que l'exercice de l'autonomie ne nuise pas aux tiers. L'autonomie nous permet de constituer, par la célébration du mariage, une famille. L'autonomie multiplie l'importance de la propriété, en vertu du pouvoir de tester.

L'autonomie permet de satisfaire ses propres besoins et nécessités, en les graduant conformément à des priorités subjectives et des préférences personnelles. On pourvoit à ces besoins par des échanges, qui, pris dans leur ensemble, constituent le « trafic » juridique à l'œuvre dans la société.

Le droit encourage et protège ce trafic, car l'acte du particulier, qui poursuit l'avantage individuel, ne peut pas produire en même temps un avantage pour la société (l'acheteur achète à celui qui vend au meilleur prix, et c'est celui qui adopte, dans la production, le procédé le plus économique, qui vend au meilleur prix ; le vendeur aliène à celui qui lui offre le prix le plus élevé, et c'est celui qui va tirer du bien l'utilité la plus grande qui offre la mise la plus élevée). La première raison de la protection de l'autonomie se trouve dans la fonction sociale que remplit la volonté individuelle.

Le respect de l'autonomie a un sens, car il n'est autre chose que le respect de la volonté individuelle.

---

<sup>1</sup> Des juristes ont pu faire une confusion, et croire que le développement de l'autonomie est véhiculé par le développement de la théorie de l'acte. Heureusement, cette fâcheuse illusion d'optique n'a jamais eu droit de cité en France.

Si le « trafic » consistait en déclarations toutes affectées d'erreurs, toutes détachées de volontés correspondantes, toutes créées par des comportements involontaires, alors il vaudrait mieux leur refuser toute reconnaissance.

Le droit français (ainsi que le droit de tous les pays libéraux) place sur le devant de la scène l'autonomie, notamment le contrat<sup>2</sup>.

Puisque le contrat est vu, à juste titre, comme l'expression de l'autonomie, et que l'autonomie est le pouvoir de la volonté, il s'en suit que la volonté (ou mieux la rencontre de deux volontés) est le contrat<sup>3</sup>.

## 2. Limite de l'autonomie, limite du pouvoir de la volonté

Les atteintes au principe de la volonté peuvent avoir deux origines.

D'un côté, l'autonomie peut être mise en cause. Faut-il assurer la protection du droit à un contrat qui va à l'encontre de la règle morale, des intérêts de la collectivité, de l'idéologie qu'exprime le pouvoir politique, de la justice ?

D'un autre côté, même là où l'autonomie règne sans problèmes, il faut examiner l'hypothèse de la déclaration contractuelle (pleinement permise à ceux qui l'ont voulue librement, consciemment et sans erreur) émise sans volonté. Ici, le problème consiste à décider si, pour le droit, la déclaration qui est en conflit avec la volonté réelle est efficace ou non.

---

<sup>2</sup> Pour tous : CARBONNIER, *Droit civil*, 4, *Les obligations*, 22<sup>e</sup> éd., PUF, 2000, n. 16, p. 53 ; MALINVAUD, *Droit des obligations*, 8<sup>e</sup> éd., Litec, 2003, n. 70, p. 52.

<sup>3</sup> CARBONNIER, *op. & loc.cit.* (... le contrat est le principe de la vie juridique, la volonté individuelle, le principe du contrat) ; MALINVAUD, *op. cit.* p. 52, § 3 ; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1996, n. 87, p. 80 (contracter, c'est vouloir) ; MALAURIE, AYNES et STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Ed. jur. Associés, 2003, n. 507, p. 230 et s. ; FLOUR, AUBERT et SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, 1, *L'acte juridique*, 10<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2002, p. 85 (... Contracter c'est d'abord vouloir) ; CHABAS, *La déclaration de volonté en droit civil français*, thèse, Paris, 1931 ; H., L., J. MAZEAUD et CHABAS, *Leçon de droit civil. Obligations*, 9<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1998, n. 161, p. 159 ; BENABENT, *Droit civil, les Obligations*, 9<sup>e</sup>éd., Montchrestien, 2003, n. 76 p. 58 et s. ; FABRE MAGNAN, *Les obligations*, PUF, 2004, n. 107, p. 271.

Font foi de cette orientation française en faveur du principe de la volonté le mot « erreur » rédigé par B. PETIT, in *Jurisqueur. Civil Code. Contrats et obligations*, Art. 110, n. 70 (où sont classés comme partisans du principe de la volonté, entre autres, GHESTIN ; STARCK, ROLAND et BOYER ; LARROUMET). Est également en faveur du principe le mot « acte », rédigé par BRENNER pour l'*Encycl. Jur. Dalloz, Droit civil*, I., n. 12.

Contestent le principe PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, *Traité pratique du droit civil français*, VI, *Obligations*, 2<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., 1952 ; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, II, *Les obligations*, I, *Les sources*, 2<sup>e</sup> éd., 1998, n<sup>o</sup> 42, p. 35 ; GHESTIN, *La formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1993, p. 461, p. 484 ; STARCK, ROLAND ET BOYER, *Droit civil. Les obligations*, 2, *Contrat*, 6<sup>e</sup>éd., Litec 1998, n. 492, p. 180 et s.

Le problème de la limite de l'autonomie n'a rien à voir avec le problème du conflit entre volonté déclarée et volonté interne. La littérature oublie souvent cette distinction.

Si le problème est celui de la limite de l'autonomie, le cœur est prêt à nous donner toutes les explications nécessaires. Des limites sont imposées à l'omnipotence de la volonté, car à partir du XIX<sup>e</sup> siècle le droit renonce à l'inspiration individualiste et libérale, le droit entre dans une phase de socialisation, le juriste se soucie du bien commun et du principe de justice<sup>4</sup>.

D'ailleurs, le thème de notre essai n'est pas l'étendue de l'autonomie. Notre thème est le mécanisme prévu pour exercer le pouvoir autonome. Si nous voulons l'autonomie, nous voulons le pouvoir de la volonté. Cela suffit-il pour dire que la volonté est toujours et sans réserve l'unique moyen pour l'exercice de notre pouvoir ? Cela suffit-il pour conclure en faveur de l'équation biunivoque « volonté = exercice de l'autonomie contractuelle » ?

### 3. *Volonté et contrat dans l'ontologie du juriste*

Le contrat est la volonté.

Depuis le XVIII<sup>ème</sup> siècle, la logique du droit rationnel a pu véhiculer cette information, que le théoricien a acceptée avec une pleine conscience de son importance. Ensuite, plusieurs générations de juristes ont pu se dire satisfaits et convaincus de ces prémisses et de ces conclusions. Quelqu'un avait même tracé une jolie caricature du dogme de la volonté : il identifiait le contrat et la volonté, et, en conséquence, niait tout sens à la phrase « vouloir le contrat », puisqu'on ne peut pas vouloir la volonté<sup>5</sup>.

En laissant de côté toute caricature, l'on a bien raison de souligner que le contrat a un sens s'il est mis au service de la personnalité du sujet (qui veut se procurer les biens qu'il aime) ou s'il prend sa place dans cette immense construction, base de la prospérité sociale, qu'est le marché. L'échange contractuel est l'acte qui, en connexité avec un grand nombre d'échanges voulus par tous les membres de la communauté, édifie le marché, à savoir, la machine qui pousse au niveau maximum la production, rationalise la mesure du profit, élimine les producteurs non efficaces.

---

<sup>4</sup> L'opposition entre la volonté interne et la volonté déclarée et l'opposition entre l'autonomie individuelle et l'ordre public ou l'intérêt social sont identifiées l'une à l'autre dans les ouvrages de CARBONNIER, *op. cit.*, p. 53 ; TERRÉ, SIMLER, et LEQUETTE, *op. cit.*, p. 182 n. 218 (... en cas d'erreur d'obstacle, ce n'est pas l'intérêt général... qui risque d'être lésé) ; BRENNER, « acte », *cit.*, n. 61, etc.

<sup>5</sup> Le problème a paru important à POTHIER, *Œuvres*, I, *Traité du contrat de vente*, 1829, p. 293, n. 33. Pothier nous dit que les docteurs ont agité la question de savoir si toutes les fois que le vendeur dit : « je veux vous vendre telle chose à tel prix », et l'acheteur répond : « je veux bien correspondre ce prix », la vente est conclue ; ou si vouloir vendre n'est pas encore vendre, ainsi que vouloir monter sur un arbre n'est pas encore monter.

Et cette aptitude à servir la personnalité du sujet, cette aptitude à donner un apport à l'édification d'un marché qui correspond aux besoins de la société, appartiennent à la volonté. Si l'erreur linguistique ou la distraction poussent l'opérateur à émettre une déclaration qui ne correspond pas à sa volonté, s'il achète un objet qui ne lui sert à rien, ou promet un prix supérieur à l'utilité qu'a, pour lui, la chose, sa personnalité en est fort mal servie, et l'épisode va à l'encontre de la règle idéale du marché.

On peut bien comprendre que le rapport existant entre personnalité humaine, volonté et contrat et le rapport existant entre marché, contrat et volonté aient déteint sur l'ontologie du juriste.

Bien des pages ont été consacrées à l'exaltation (et à la critique) de la vision ontologique, ici examinée, du contrat. Il n'est pas interdit d'ajouter quelques pages à celles qui sont parues jusqu'ici.

Nous avons constaté que dans la prose (ou : la poésie ?) du juriste français, le noyau du contrat est toujours la volonté.

La prose française est en bonne compagnie : les juristes qui ont incarné, au commencement et à la fin du XIXe siècle, la science allemande – von Savigny et Windscheid<sup>6</sup> - étaient tous deux des partisans convaincus du « Willensdogma », du principe de la volonté, qui considérait la volonté (de produire un effet de droit) comme l'élément central de l'acte juridique en général.

Depuis un siècle et demi, la doctrine de l'acte a été revisitée, en Allemagne<sup>7</sup>, et plus encore en Italie<sup>8</sup>, et le devant de la scène a été réservé plutôt à la déclaration et à la confiance légitime qu'elle suscite. Mais à présent, si le juriste romaniste non français s'est aligné, normalement sur l'enseignement allemand, la définition française est toujours en faveur de la volonté<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, Bei Deit u. comp., III., § 114, p. 98 et s.; WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt/s/M., Ruttén, u. Loening, multiples éd. depuis 1862, ici 8<sup>e</sup> éd., 1900, § 69, n.1, p. 267.

<sup>7</sup> Il faut remarquer, d'abord, que Savigny et Windscheid, qui se disent partisans du principe de la volition, adoptent celui-ci de façon non rigide (p. ex. à l'égard de la réserve mentale).

Les étapes de la conquête du nouveau principe sont visibles dans les œuvres de BAHR, « Über Irrungen im Contrahieren », *Ann. Fur die dogmatik*, 1875, XIV, p. 393 et s.; SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, Leipzig, Breitkopf u. Hartel, 1876 (anticonformiste sous tout rapport) ; KOHLER, *Ann. fur die Dogmatik*, 1875, XVI, pp. 91 et s., 325 et s., et XVIII, p. 136 et s.; SACKER, in REPMANN et SACKER (dir), *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, t.1, *Allgemeiner Teil*, 2<sup>e</sup> éd., vor § 116,6. La littérature, immense, est consacrée au *Rechtsgeschäft* (acte), plutôt qu'au contrat.

<sup>8</sup> Pour une vue panoramique, SACCO et DE NOVA, *Il contratto*, 3<sup>e</sup> éd., I, Turin, UTET, 2004, p. 452 et s., 462 et s., 624 et s. L'auteur le plus acharné contre la règle de la volonté a été BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2<sup>e</sup> éd., Turin, UTET, 1950.

<sup>9</sup> Le principe de la volonté n'est pas clairement adopté dans le Code Napoléon, ni expliqué dans les Travaux préparatoires (où l'on confond le vice de la volonté avec l'absence de la volition). Le premier juriste qui l'a formulé est un commentateur français du Code, à savoir MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 3<sup>e</sup> éd., Thounot, 1847 – 1859, art. 1109, n. 403

Qui dit définition dit concept. Et parfois l'on a pu faire découler du concept la solution de problèmes pratiques. Mais les moules conceptuels du juriste ne reflètent pas toujours avec précision la solution que l'on donne aux problèmes pratiques<sup>10</sup>.

La restriction mentale non reconnue ne vicie point la convention<sup>11</sup>.

La déclaration non sérieuse, ou émise par une personne provisoirement incapable, est, sous certaines conditions, valable<sup>12</sup>.

L'erreur obstacle donne lieu à une nullité seulement relative<sup>13</sup>; qui plus est, la victime de l'erreur ne peut s'en prévaloir si l'erreur est inexcusable<sup>14</sup>.

Le dogme ne résiste pas aux exigences de la pratique. Le savant s'en rend compte<sup>15</sup>. On ne saurait mieux décrire l'état de la question, qu'en évoquant la formulation que nous a offert Philippe Malinvaud<sup>16</sup>. Pour nous dire si la sanction de l'erreur obstacle est la nullité relative ou la nullité absolue, il présente le problème en ces termes : « (...) on serait tenté de considérer qu'il n'y a pas seulement vice du consentement, mais absence

(au n. 404 l'on peut lire les critiques qu'il adresse aux autres commentateurs du code, dont Toullier, Duranton, Delvincourt, qui n'ont pas su trouver ce principe ni dans le code ni dans le droit français).

Après Marcadé, la soumission de la lettre du code à la définition savante est bien établie dans les œuvres de LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, I, nouvelle éd., Pedone, 1885, sub art. 1109, art 1; AUBRY ET RAU, *Cours de droit civil*, § 343, n. 2, 4<sup>e</sup> éd., 5 éd., 1902; mais dans la 6<sup>e</sup> éd. BARTIN atténue l'expression dans la note 5 bis au § 343, n. 2; DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, Bruxelles, Meline, 1847-1876, XII, n<sup>o</sup>. 77 et s.; 124 et s.; LAURENT, *Principes de droit civil français*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant et Paris, Chevalier, 1887, XV, n<sup>o</sup> 453, 484; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, XIII, Libr. Soc. Recueil, 3<sup>e</sup> éd., 1909, surtout le n<sup>o</sup> 27 bis inséré dans la 3<sup>e</sup> éd. française et également n<sup>o</sup> 51; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 7<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., 1915-17, n. 1049 et s. (la solution est retouchée dans les éditions plus récentes, dues à RIPERT et BOULANGER); JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, Libr. Rec. Sirey, 1930, I, p. 125; BEUDANT, *Cours de droit civil français*, *Contrats*, Rousseau, 2<sup>e</sup> éd., 1934, n<sup>o</sup> 99, 100, 104; DEMOGUE, *Traité des obligations*, *Sources*, Rousseau, 1923, I, n<sup>o</sup> 26 bis et 249 (le discours est plus atténué au n<sup>o</sup> 30). Pour les auteurs plus récents, l'on peut voir *supra*, la note 3.

<sup>10</sup> Sur la dissociation de ces deux formants SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991, pp. 41-50, pp. 61-104.

<sup>11</sup> HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, VII, Pichon, 1894, n. 421 (et pourtant HUC adhère au principe de la volonté, n. 3); DEMOGUE, *op. cit.*, I, n. 158; JOSSERAND sous-entend que la restriction mentale n'empêche pas les effets de la déclaration, *op. cit.*, II, n. 72.

<sup>12</sup> LAROMBIÈRE, *op. cit.*, I, sub art. 1124, n. 16, soumet les effets de l'incapacité naturelle à la condition qu'elle soit évidente et que partant la contrepartie en soit consciente.

<sup>13</sup> GHESTIN, *op. cit.*, p. 459; STARCK, ROLAND et BOYER, *op. cit.*, n. 492; LARROUMET, *op. cit.*, n<sup>o</sup>284; FLOUR, AUBERT et SAVAUX; dans le sens opposé CARBONNIER, *op.cit.*, n. 41, p. 98; FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 271.

<sup>14</sup> DEMOGUE, *op. cit.*, I, n. 249; GHESTIN, *op. cit.*, n. 523, p. 484; MALINVAUD, *op. loc. cit.*

<sup>15</sup> CARBONNIER, *op. cit.*, p. 91 (... il ne faut pas exagérer l'importance pratique (de la controverse)...); COLIN, CAPITANT et JULLIOT de la MORANDIÈRE, *Traité de droit civil*, Dalloz, 1957-59, II, n. 42; RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit français et allemand*, L.G.D.J., 1961; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.*, p. 81 (« ... aucune de ces conceptions n'est en droit français appliquée dans toute sa rigueur »).

<sup>16</sup> MALINVAUD, *Œuvre précit.*, n. 157, p. 108.

totale du consentement. Et on devrait en déduire que ce défaut de consentement devrait être sanctionné par une nullité absolue, si non même par l'inexistence du contrat.

C'est en ce sens que se prononçait la doctrine classique, et que se prononce également aujourd'hui la jurisprudence elle en déduit que la nullité est encourue même si l'erreur apparaît inexcusable.

En revanche, la doctrine moderne a évolué et se prononce en faveur d'une nullité relative au motif que l'intérêt général n'est pas en cause ».

Si l'autonomie signifie « pouvoir de la volonté », on ne peut concevoir un acte d'autonomie sans volonté.

Et pourtant nous avons rencontré, dans notre analyse, des conventions qui paraissent valables, quoique la volonté interne du sujet fasse défaut.

Sommes-nous en présence d'une inconséquence ?

Avant de répondre, il convient que nous cherchions à établir la signification du mot volonté, volonté interne, que nous lisons si fréquemment dans les ouvrages des juristes.

Sommes-nous en état de reconstruire, dans les détails, cette signification ?

L'on peut parler de la volonté du contractant pour se rapporter à la volonté qu'un certain effet de droit se produise. *Primus* veut transférer la propriété de l'immeuble ; *Secundus* veut acquérir la succession. La volonté attire l'attention du juriste. Le juriste allemand, qui possède une théorie de l'acte juridique bien développée, appelle cette volonté *Geschäftswille* (volonté dans l'acte ; en italien, *volontà negoziale*).

Mais la volonté qui nous intéresse est-elle toujours la volonté de l'effet de droit ?

Depuis presque un siècle, le juriste français ne se penche plus sur la restriction mentale ; lorsqu'il en parlait, c'était pour établir que le contractant n'est pas admis à se prévaloir des agissements qu'il a déployé pour tromper le cocontractant ; si à présent le juriste français ne parle pas du problème, il est sûr que son opinion est toujours celle qu'il manifestait dans l'autre siècle<sup>17</sup>.

Mais si le sujet qui a recours à la restriction mentale est lié par sa déclaration, il faut alors constater que sa volonté n'est pas, ici, la volonté des effets déclarés. Qui veut la déclaration en accepte donc, implicitement, les

---

<sup>17</sup> V. la note 11. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *op. cit.*, n. 27 bis, ne mentionnent la restriction mentale que pour considérer cette hypothèse comme dépourvue de toute importance pratique, et pour présenter l'analyse du problème comme un abus des subtilités de la pure théorie. Le silence du juriste français à l'égard du thème donne l'impression que Baudry-Lacantinerie et Barde ont exprimé un état d'esprit généralisé (en France).

implications. Il utilise consciemment un mécanisme qui le lie, on dira donc qu'il a accepté d'être lié<sup>18</sup>.

Un juriste appartenant à l'école des pandectistes allemands<sup>19</sup>, Zitelmann a proposé, dans la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, de distinguer entre la volonté de déclarer et la volonté des effets. La première, et non la deuxième, existe dans l'hypothèse d'une restriction mentale. Au cours du XX<sup>e</sup> siècle l'opposition a été largement utilisée partout où la doctrine allemande s'est diffusée<sup>20</sup>. Mais cette opposition met dans une seule catégorie le sujet qui pratique la restriction, et la victime d'une erreur. Les deux ne veulent pas les effets déclarés, et les deux veulent la déclaration. Vers la moitié du XX<sup>e</sup> siècle, un néosystématique italien, Allara<sup>21</sup>, a donc proposé de distinguer trois volontés : la volonté du comportement déclaratif (elle fait défaut dans l'hypothèse du lapsus), la volonté que la déclaration ait une signification donnée (elle fait défaut dans l'hypothèse d'une erreur linguistique, ou, plus largement, d'une erreur obstacle), la volonté des effets conformes à la déclaration<sup>22</sup>.

À la même époque, un néosystématique autrichien, K. Wolff, reconstruisait la volition du déclarant ayant recours à une analyse encore plus fine. Le sujet de l'acte veut déployer un comportement génériquement expressif ; Il veut notamment tel comportement expressif ; il veut que son comportement soit interprétable ; Il veut la signification de ce comportement ; il veut la validité juridique du comportement. Quant à la valeur de la déclaration, des conflits pourront exister entre les quatre significations subjectives (voulue par le déclarant), objective, relative à un tiers, entendue par le destinataire. L'attitude psychologique considérée par le droit pourra être une volition directe, une volition éventuelle, une conscience<sup>23</sup>.

Il serait difficile d'identifier dans ce jardin de possibles reconstructions de la notion de volonté celle qui correspond à la volonté instrument de l'autonomie, notamment à la volonté que le juriste français considère comme instrument de l'autonomie.

---

<sup>18</sup> Dans la 3<sup>e</sup> éd. de BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *op. cit.*, n 27 bis, nous lisons que celui qui veut le contrat veut implicitement tous les effets du même contrat, et, partant, ne peut se soustraire à ces effets. Cass. civ, 20 mai 1942, *Gaz. Trib.* 1942, 2<sup>e</sup> sem., I, 64 avait décidé que si le contrat est complexe, le contractant qui le conclut sans en voir toutes les finesses accepte par renvoi ce que le notaire ou le cocontractant a écrit.

<sup>19</sup> ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1879.

<sup>20</sup> Par ex. en Italie, cf. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, I, *Le obbligazioni e i contratti*, Padoue, Cedam, 1999, p. 303.

<sup>21</sup> Sur les méthodes des juristes allemands et italiens du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècle, SACCO, *La comparation, précit.*, n. 76, p. 166.

<sup>22</sup> ALLARA, *Teoria generale del contratto*, 2<sup>e</sup> éd., Turin, Giappichelli, 1943.

<sup>23</sup> K. WOLFF, « Mentalreservation », *Jher. Jahrb.* 1931.



Cela dit à l'égard de la volition, le problème demeure ouvert : comment pouvons nous concilier la notion de contrat, axée sur la volonté, et le droit appliqué, où l'on trouve que, ici et là, des déclarations non soutenues par une volition interne produisent des effets ?

L'équation de contrat et volonté est en effet menacée par un principe opposé, le principe de la confiance. La volonté contractuelle n'est, alors, pas conçue comme un fait psychologique et interne. Le sujet est obligé car d'autres ont cru à sa parole.

Une alternative se pose donc entre une vision du contrat, conçu comme axé sur une volonté interne, et une vision du contrat, conçu comme axé sur une volonté apparente, qui a créé une confiance légitime. Des juristes, appartenants à six générations différentes, ont donné – notamment en Allemagne, et plus encore en Italie – leur adhésion à la règle de la confiance.

#### 4. *Les intérêts en jeu*

Mais comment peut-on renier l'importance de la volonté ?

Avant de répondre, il faut dire un mot à l'égard de la logique du juriste. Le juriste français de ces trente dernières années, s'il veut nous convaincre que l'erreur obstacle du contractant donne lieu à une nullité relative (qui est donc compatible avec la pleine efficacité du contrat si le sujet de l'erreur ne demande pas l'annulation de l'acte), nous fait observer que l'action en nullité n'est prévue par le droit que pour la protection de l'intérêt individuel de celui qui a commis l'erreur<sup>24</sup>.

La jurisprudence des intérêts<sup>25</sup> semble se trouver ici en conflit avec l'ontologie. La réflexion sur les intérêts en jeu est sûrement importante.

Quels sont donc les intérêts que protège la règle de la confiance ?

Quoi qu'on en ait dit (le problème est examiné par nombre d'ouvrages, en Italie), si Primus signe par erreur tel contrat, et Secundus fait confiance à sa déclaration, la scène n'est pas dominée par un intérêt collectif, social, à la validité et à l'exécution du contrat. Nous sommes plutôt en présence de cinq intérêts divers :

- intérêt (immédiat) de Secundus à l'exécution du contrat, signé par lui et par Primus, dans la validité duquel il a fait confiance ;
- intérêt (immédiat) de Primus à être délivré d'un contrat qu'il n'a pas voulu (si ce contrat n'est pas avantageux) ;

<sup>24</sup> GHESTIN, *op. cit.*, p. 461 ; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.*, p. 182 n. 218 ; STARCK, ROLAND et BOYER, *op. cit.*, p. 492 ; BRENNER, « Acte », *cit.*, n. 61.

<sup>25</sup> L'analyse des intérêts est mise au service de l'analyse du droit en France comme partout. Les bases théoriques de cette méthode ont été élaborées dans la littérature de langue allemande par Philippe Heck et ses disciples dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle ; Rudolf von Jhering est présenté comme un précurseur de la méthode.

- intérêt (indirect) de Primus à la validité du contrat, car l'annulation de la déclaration rendrait moins crédibles toutes les déclarations qu'il émettrait dans le futur ;

- intérêt (indirect) de la collectivité à la protection de celui qui fait une erreur ;

- intérêt (indirect) de la collectivité à la protection de celui qui a cru de bonne foi et sans faute à une apparence, notamment à une déclaration contractuelle.

L'analyse des intérêts peut avoir suggéré au savant que la règle de la volonté se rattache à la protection de celui qui déclare, et que la règle de la confiance est conçue pour la protection du destinataire de la déclaration, car au moment du jugement c'est le déclarant qui demande à être délivré de la promesse qu'il a signée par erreur ou dans un moment de folie. Mais la vérité profonde est tout autre. Il est vrai que celui qui se trompe, qui est menacé, qui simule, qui est fou, trouve un abri dans la règle qui exclut l'engagement si la volonté fait défaut. Mais il est vrai également que celui qui entre dans le marché, celui dont l'activité consiste à conclure des contrats, a un besoin primaire de trouver des interlocuteurs disposés à traiter avec lui et à contracter avec lui. *S'il n'existe pas de règle en vertu de laquelle le contrat apparemment conclu est doué de force et de validité, chacun de nous est un peu moins crédible. S'il était permis à chaque sujet de se donner une loi privée, seul trouverait des interlocuteurs celui qui se lie à ses propres déclarations : et, en revanche, le marché éliminerait celui qui se lie uniquement sur la base de volonté interne.*

Et l'intérêt social ? et l'intérêt collectif ?

Le principe de responsabilité et de confiance a pour fonction de rendre le « trafic juridique » plus sûr. Mais ce principe est valable seulement si l'on trouve ailleurs une justification du « trafic », vu dans son ensemble. Alors, si la valeur de la liberté du « trafic » se lie à la volonté, pourquoi faire des concessions au principe de la confiance ?

Il faut que le juriste trouve la réponse, et il faut qu'il sache tirer de la réponse les déductions appropriées.

Trouver la réponse n'est pas impossible.

*Le principe de la responsabilité et de la confiance rend un service non par le fait qu'il s'oppose au principe de la volonté, mais par le fait que, en sacrifiant le principe de la volonté dans un nombre de cas que l'on peut prévoir modeste et négligeable, rend aisé, sûr et sans obstacles le fonctionnement du principe dans toute l'étendue des hypothèses normales, dans lesquelles la volonté déclarée et la volonté interne coïncident : et par conséquent il soustrait le contrat au risque d'être contesté en présence d'un conflit entre une donnée psychologique et une apparence.*

### 5. *L'instrument de l'autonomie*

L'intérêt (conçu sans myopie) du déclarant peut véhiculer la validité de la déclaration contractuelle ne s'appuyant pas sur une volonté interne, si le destinataire de la déclaration ne s'est pas rendu compte de cette asymétrie. Mais faut-il dire, alors, que le contrat n'a pas toujours la tâche d'assurer le pouvoir d'autonomie du contractant ?

Un conflit est-il ouvert entre le principe d'autonomie et les règles du contrat ?

L'analyse des intérêts justifie la solution pratique. Cela est normal. Mais le juriste doit veiller aux notions aussi. Peut-on sauvegarder la notion d'autonomie, de contrat, de volonté contractuelle, dès que l'on admet l'existence et l'efficacité d'un contrat conclu contre la volonté interne du contractant ?

Il nous faut examiner encore une fois la notion d'autonomie.

Tout a été dit sur la valeur philosophique, axiologique, économique, de l'autonomie. Mais le juriste n'a pas encore établi quels sont les instruments que doit ou peut utiliser l'autonomie. Le problème central de l'autonomie concerne précisément la question de savoir quel instrument nous sommes obligés d'utiliser pour l'exercer.

Tel sujet veut créer la règle de droit qui lui convient ; Il faut qu'il déploie une certaine activité minimum. En quoi cette activité consiste-t-elle ? Suffit-il qu'il veuille ? Faut-il que la volonté se manifeste à l'extérieur ? Faut-il qu'elle soit fixée sur un support matériel qui en assure la conservation ? Faut-il qu'elle soit exécutée ?

Le droit impose au législateur lui-même, s'il veut créer une norme, d'accomplir certaines formalités et notamment la publication du texte légal. Il y a de quoi s'attendre à ce qu'une charge semblable incombe au particulier qui veut créer une règle.

Les raisons de cela sont de deux ordres. D'un côté, il faut garantir le sujet qui s'oblige qu'il ne sera pas responsable au-delà de ce qu'il a visiblement promis. D'un autre côté, il faut préserver la certitude du droit. De cela découle que le fait créateur de la règle doit correspondre à certaines conditions prévisibles.

Le droit peut rattacher des effets à des faits humains intérieurs, tels que l'intention, l'erreur, l'ignorance ou la connaissance : l'intention, notamment, a une importance primordiale dans le domaine du droit pénal. Mais ces faits intérieurs produisent leurs conséquences seulement en présence d'une situation plus complexe, dans laquelle s'inscrivent des éléments extérieurs. Une volonté cachée serait hors d'état de créer un effet juridique, que ce soit dans la sphère du sujet de la volition ou dans la sphère d'une contrepartie. L'on pourra discuter si, dans telle ou telle situation, une volition est un

élément nécessaire pour déterminer tel ou tel effet ; mais l'on sait qu'elle n'est pas l'élément suffisant.

Le droit peut laisser les sujets plus ou moins libres dans le choix des procédés qu'ils suivront pour créer la règle, mais il ne peut pas permettre que la charge descende sous un certain niveau minimal. L'autonomie de la volonté peut s'étendre jusqu'à la liberté de choisir le procédé qui sera utilisé pour créer la règle ; La chose est possible, dans certaines limites, et elle est juste. Mais imaginer une liberté de créer des règles par la pensée, ou par la volonté, cela serait une sottise pure et simple.

Si le droit veut assurer à l'opérateur l'autonomie totale, et en même temps lui accorder la garantie la plus étendue, le droit permettra au sujet d'avoir recours à n'importe quelle façon d'extérioriser sa volonté (par une déclaration, par un acte matériel, par une manifestation tacite), et de plus il considérera comme inexistant pour le droit la déclaration, l'acte matériel ou la manifestation tacite, si la volition interne fait défaut. Si le choix du droit correspond à cette construction, la volition est l'élément central et irremplaçable de l'acte d'autonomie. Cette situation peut suggérer au juriste parlant un langage imagé de dire que l'acte autonome se réduit à la seule volonté. Mais une définition formulée de cette façon laisse sous-entendue la présence de l'élément extériorisé. En effet, cette définition est pratiquée, mais elle est entachée d'une visible synecdoque<sup>26</sup>.

*L'autonomie ne commence pas là où le sujet peut créer librement, si librement signifie « sans charges ». L'autonomie commence là où le droit met à la disposition du sujet un ou plusieurs procédés plus ou moins simples, plus ou moins faciles à pratiquer, permettant au sujet de créer la règle envisagée.*

Un discours sur l'autonomie, si bref et simple soit-il doit dire quels sont les instruments d'autonomie admis dans le système considéré. Les systèmes qui nous sont familiers connaissent plus d'un acte d'autonomie. D'abord, ils connaissent la déclaration de volonté : le mariage, la procuration, le contrat, le testament.

Ensuite, ils connaissent des actes dont l'élément caractéristique consiste soit à exercer un pouvoir juridique, soit à rendre possible à d'autres sujets l'exercice d'un pouvoir, soit à exécuter une prestation<sup>27</sup>.

Un premier exemple de ces actes est la remise, qui transfère la propriété mobilière dans l'hypothèse du don manuel, du paiement d'une somme

---

<sup>26</sup> MONATERI, « Règles et technique de la définition dans le droit des obligations et des contrats en France et en Allemagne : la synecdoque française », *R.I.D.C.* 1984, I, p. 7 et s. ; *Id.*, *La sinecdoche*, Milan, Giuffrè, 1984, p. II et p.V.

<sup>27</sup> Cette classe d'actes juridiques a attiré l'attention du juriste allemand MANIGK, *Das rechtswirksame Verhalten*, Berlin, De Gruiter, 1939 (ses idées figurent dans les ouvrages du même auteur depuis 1907). Une littérature allemande et une littérature italienne ont approfondi le thème.

d'argent, de l'exécution d'une obligation naturelle, du paiement de l'enjeu établi dans un contrat de jeu ou pari<sup>28</sup>, etc.

D'autres exemples sont :

- l'occupation et l'abandon d'une chose ;
- l'acceptation d'une succession, faite en exerçant les droits successoraux ;
- la validation d'un contrat annulable, opérée par le contractant qui exécute sa prestation, ou qui exerce le droit que le contrat lui a fait acquérir.
- l'acceptation d'une offre contractuelle, opérée par le destinataire de l'offre, qui exécute la prestation (l'art. 1985, al. 2, al. du Code civil parle de l'acceptation du mandat, et le même phénomène peut se retrouver parfois en matière de vente ou de n'importe quel contrat non formel)<sup>29</sup> ;
- le contrat conclu au moyen d'un appareil automatique ;
- les rapports contractuels de fait, et les rapports de famille de fait<sup>30</sup> ;
- la possession qui est le rapport de fait par excellence.

*Exercer son autonomie ne signifie point « vouloir ». Exercer son autonomie signifie avoir recours à l'instrument que la règle de droit prévoit pour ce but, cela signifie, logiquement, utiliser l'instrument selon les règles qui sont établies pour cette utilisation.*

Le droit met certains instruments à la disposition du sujet ; celui-ci peut y avoir recours. Mais si le sujet à recours à l'instrument de façon impropre, c'est-à-dire sans vouloir produire les effets correspondants, le droit peut adopter deux différentes réactions. Le droit peut considérer l'utilisation de l'instrument (la déclaration, l'exécution) comme non avenue, ou, en tout cas, sans effet. Ou bien, le droit peut confirmer que l'utilisation de l'instrument,

<sup>28</sup> La plupart des exemples mentionnés ci-dessus ne sont pas codifiés. Ils sont passés silencieusement du droit romain (où la remise était un mode de transfert de la propriété des *res nec mancipi* et, ensuite, des choses mobilières) au droit français actuel.

<sup>29</sup> Le § 151 du BGB et l'art. 1327 du Codice civile ont soin de préciser que l'acceptation contractuelle peut avoir lieu sans déclaration (c'est-à-dire par l'effet du commencement de l'exécution) si le pollicitant a voulu cette solution, ou si l'exécution sans préalable déclaration est conforme aux usages ou à la nature de l'affaire. La même solution est adoptée par l'art. 18, 3° co., de la Convention de Vienne sur la vente internationale, par l'art. 2.1.6. des Principes d'UNIDROIT et par l'art. 2.204 des PECL.

<sup>30</sup> En France, sur les situations de fait, on rappellera les Journées de l'Association H. Capitant de 1957 ; ensuite HOUIN, « Les situations de fait », *R.I.D.C.* 1958, p. 81 ; NOIREL, « Le droit civil contemporain et les situations de fait », in *R.T.D. civ.*, 1959, 456 ; LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, thèse, Paris II, 1990.

En Allemagne, après les ouvrages de NIKISCH et SIEBERT sur le rapport de fait de travail ou de société, qui remontent aux années 20, HAUPT, « Über faktische Verhältnisse », in *Festschrift für H. Siber*, 1943 ; LEHMANN, « Das faktische Vertragsverhältnis », *Jher. Jahrb.* XC, 1943, p. 131 ; SIMITIS, *Die faktischen Vertragsverhältnisse*, Francfort, Klostermann, 1957 ; SIEBERT, *Faktische Vertragsverhältnisse*, Karlsruhe, Müller, 1958.

En Italie, RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milan, Giuffrè, 1965. V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto*, Milan, Giuffrè, 1984 ; STANGHELLINI, *Contributi allo studio del rapporto di fatto*, Milan, Giuffrè, 1997.

quoique impropre, produit l'effet de droit conséquent. Par exemple, il peut arriver que, si la déclaration (l'instrument) trahit la volonté interne du sujet, les effets de l'acte correspondent au contenu de la déclaration.

Si la deuxième solution est choisie, un acte typique (déclaration ou exécution), prévu par le droit afin qu'il serve pour les besoins de l'autonomie, fonctionne de façon dissociée par rapport à l'autonomie. Cela ne doit pas laisser rêveur l'observateur. Le décalage entre la raison par laquelle une règle est mise en fonction par le législateur et la fonction que remplit la règle dans le cas concret est un phénomène qui n'est pas rare. Le problème – qui est un problème de pur droit positif – est ouvert.

### 6. *La volonté et le système du droit civil français*

Le respect de la volonté correspond sûrement à des valeurs bien enracinées dans notre culture. Il s'apparente au principe d'autonomie. Mais dans le système du droit civil, les rapports interindividuels, présents dans le trafic juridique, sont-ils dominés uniquement par le principe de volonté ?

Il n'y a pas que le code dans le domaine du droit civil. Il existe un droit qui n'est pas codifié. Le droit non codifié connaît le principe d'apparence. Les manifestations de ce principe, qui étaient modestes en droit romain<sup>31</sup> (où figurait une protection du possesseur de bonne foi des biens successoraux), ont disparu en France avec la codification et sont réapparues – toujours dans le domaine de l'héritier apparent – au cours du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>32</sup> – en vertu d'une interprétation fidèle au passé. Le XX<sup>e</sup> siècle a vu l'édification de la règle générale d'apparence, visant la protection de la confiance légitime de celui qui a cru de bonne foi, sans faute, à l'apparence<sup>33</sup>. D'abord, la protection n'était accordée que si l'apparence avait été créée par la faute de celui qui se réclamait du véritable état des choses<sup>34</sup>. Depuis 1961, la formulation adoptée par la jurisprudence semble protéger le sujet qui a cru à l'apparence, indépendamment de la faute de son cocontractant<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> D. 5,3,25 § 17. Si le possesseur de bonne foi aliène des biens successoraux, son acte de disposition est efficace ; cela, pour éviter une lourde responsabilité à la charge de ce même possesseur.

<sup>32</sup> Civ. 16 janv. 1843, S. 76,1,8 ; DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, 1847-1876, II, p. 239 et s. ; AUBRY et RAU, *op. cit.*, 3<sup>e</sup> ed., VI, 1873, p. 439 ; CREMIEU, « De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent », in *R.T.D. civ.* 1910, p. 39 ; etc...

<sup>33</sup> H. MAZEAUD, « La maxime *Error communis facit ius* », *R.T.D.civ.* 1924. Dernièrement, Cass. civ. 12 janv., 1988, *Bull. civ.*, I, n. 7 ; Cass. civ. 9 janv. 1996, *J.C.P.G* 1997, I, 4010.

<sup>34</sup> Ainsi, jusqu'à Cass. com. 25 mai 1959, *Bull. civ.*, III, n. 215 ; Cass. civ. 8 déc. 1959, *Bull. civ.*, I, 526.

<sup>35</sup> Cass. Ass. Plén., 13 déc. 1962, *JPC G* 1963, 199, *Gaz. Pal.* 1963, 394, avec obs. STARCK, *RTDciv.* 1963, 572 avec obs. CORNU ; *R.T.D.com.* 1963, 333 avec obs. HOUIN. Cette décision a été suivie par nombre d'autres arrêts, tous dans la même direction.

Où va donc le système français ? Je n'ai pas le droit de croire à la déclaration de mon cocontractant. Mais qu'arrive-t-il, si je me place sur le plan de l'apparence ? Ai-je le droit de croire à l'apparence de la volonté contractuelle du déclarant ? Ou à l'inverse a-t-il le droit de se prévaloir du véritable état des choses (absence de sa volonté interne, erreur dans la transmission de la déclaration, etc)<sup>36</sup> ?

Il y a quelques années, une juriste, professeur français (son origine écossaise ne change pas la signification des faits) nous a donné un article intitulé « Pour l'accueil de l'estoppel en droit français »<sup>37</sup>. Les cours – y compris la Cour de cassation – ont à maintes reprises eu recours au mot « estoppel » en parlant du droit français<sup>38</sup>, jusqu'au moment où un juriste linguiste a forgé l'expression, précise et élégante, « interdiction de se contredire au détriment d'autrui »<sup>39</sup>. Par transparence, l'on y lit la formule, bien connue, « *venire contra factum proprium nulli conceditur* »<sup>40</sup>.

Encore une fois, l'observateur se pose le problème que nous avons rencontré en parlant de l'apparence. Le contractant n'a pas le droit de croire à la déclaration de son cocontractant. Mais qu'arrive-t-il, s'il se place sur le plan du devoir de cohérence ? A-t-il le droit de croire au fait de quelqu'un qui a émis une déclaration et prétendre que celui-ci soit cohérent avec sa propre conduite ?

---

<sup>36</sup> V. LARROUMET, *op. cit.*, p. 285, n. 323, texte et note. Le texte parle du consentement, du consentement vicié, de l'erreur, de la volonté non libre. Et la note 1 répond au texte, en se réclamant des possibilités ouvertes par le principe d'apparence : « Toutefois, il en va différemment lorsque le consentement n'existe qu'en apparence et que, sur le fondement de la théorie de l'apparence, il est pris en considération dans l'intérêt de celui qui s'est fié à cette apparence ».

<sup>37</sup> MUIR WATT, « Pour l'accueil de l'estoppel en droit français », dans *Mélanges Loussouarn*, Dalloz, 1991, P. 303 et s. Trois ans plus tôt avait paru la thèse d'Olivier MORÉTEAU, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, Lyon, 1990.

<sup>38</sup> V. FAUVARQUE-COSSON, « L'estoppel du droit anglais », dans BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui* (actes d'un colloque tenu en 2000), *Economica*, 2001, 5.

<sup>39</sup> Nous sommes redevables de cette opération linguistique à Emmanuel GAILLARD : cf. MUIR WATT, « Rapport de synthèse », dans BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *L'interdiction, cit.*, 177.

<sup>40</sup> Le juriste français sait que l'interdiction, le non conceditur et l'estoppel appartiennent à une seule famille. FAUVARQUE-COSSON, *L'estoppel, cit.*, pp. 3 à 15 ; BEHAR-TOUCHAIS, « Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats », dans EAD (dir.), *L'interdiction, cit.*

En tout cas, rappelle cette donnée aux juristes français, un juriste italien qui œuvre en Allemagne, écouté par les Français lorsqu'il parle leur langue pour s'expliquer sur ces thèmes : RANIERI, « Verwirkung et renonciation tacite », dans *Mélanges pour Bastian*, I., 1974, 427 ; ID., « Le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ou de *venire contra factum proprium* », dans BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *L'interdiction, cit.*, 25.

La correspondance des solutions nationales est contestée dans la littérature en langue anglaise : SPENCE, *Protecting Reliance : the Emergent Doctrine of Equitable Estoppel*, Oxford, Portland Oregon Hart, 1999.

### 7. De l'autonomie à la responsabilité

Nous avons vu que le système français est largement inspiré par l'idée de la protection de la confiance.

Faut-il dire que cette idée domine la matière des contrats ? Faut-il affirmer que cette idée est incompatible avec l'idée d'autonomie ?

Jusqu'ici, nous avons déjà fait un pas vers la solution du problème. Le respect de la volonté est sûrement garanti au sujet qui a respecté la règle concernant l'utilisation de l'instrument de l'autonomie. Si le contractant, par sa faute, a suscité la confiance légitime de son cocontractant, le droit choisit à qui il doit accorder sa protection. Il n'est pas lié par une solution prédéterminée.

La conclusion se fait plus claire si nous considérons les rapports existant entre autonomie et responsabilité.

Le droit ne connaît pas un rapport fixe, immuable entre illicéité, responsabilité et sanction. Mais, en tout cas, le sujet d'une conduite antijuridique est responsable pour la conduite et pour les conséquences, et nul moyen ne lui est offert pour se soustraire à cette règle.

Le mécanisme de la responsabilité domine donc d'abord le domaine des comportements antijuridiques. Mais il ne concerne pas seulement le domaine des faits propres au sujet responsable ; il envahit des domaines où l'illicéité est absente.

Les exemples sont faciles à trouver. Le parent est responsable pour les dommages qu'a causés son fils mineur. La ménagère est responsable pour le paiement du saumon qu'elle a acheté hier. Dans le premier cas, le comportement du responsable n'apparaît pas. Dans le deuxième, l'illicéité fait défaut.

Responsabilité n'évoque pas l'idée de délit, n'évoque pas l'idée de malfaiteur.

Responsabilité est le nom d'un critère qui rattache à des situations de faits des effets de droit. L'effet en question est tantôt la naissance d'une obligation (imposée à un malfaiteur, à un promettant, à un garant), tantôt un autre effet non favorable, par exemple la sujétion d'un bien à l'exécution forcée. La source de la responsabilité est tantôt une conduite et tantôt une autre situation juridique du responsable.

Cette responsabilité, qui découle de situations variées, protège un sujet exposé à un risque. Tout sujet – et notamment le sujet fragile – est exposé à mille dangers, qui dépendent de l'activité dangereuse entreprise par un tiers, de l'inexécution de la part d'un contractant, etc. Puisque les sujets courent des dangers, le droit intervient pour définir qui en est responsable. Sera responsable celui qui s'est librement obligé ; ou l'on trouvera un responsable sur la base de la règle « *cuius commoda et eius incommoda* » ;



ou l'on cherchera qui était mieux en état d'éviter l'événement dangereux, ou qui aurait dû prendre les précautions nécessaires, ou qui a créé le danger en question. Bien sûr, la responsabilité la plus évidente incombe à celui qui porte atteinte, avec intention ou par faute, à un droit de la victime. La responsabilité frappe également celui qui a le pouvoir de contrôler la personne ou la chose. Bien souvent, la responsabilité n'implique même pas le fait du responsable (ainsi l'assureur, qui est responsable par contrat ; ainsi le propriétaire de l'animal).

L'on peut parler de responsabilité même avant que le dommage ait été causé. Nous disons que le maître et le commettant sont responsables dès le moment où ils engagent le travailleur sans attendre que celui-ci ait causé un dommage à quelqu'un. C'est bien cette responsabilité potentielle qui est nécessaire pour la prévention du dommage.

Quel est, quel peut être le rôle de la responsabilité dans le domaine des déclarations, des manifestations dites tacites, des actes d'exécution doués d'une attitude à créer un rapport de droit ?

L'opérateur choisit d'utiliser le télégraphe, l'opérateur a le contrôle d'un instrument télématique capable d'envoyer des messages. Est-il responsable pour les erreurs de transmission du bureau des télégraphes<sup>41</sup> ?

L'idée d'une responsabilité découlant de l'atteinte portée à la chose matérielle, objet d'un droit réel préexistant de la victime, ou découlant d'une garantie ou d'une promesse était familière aux Romains. L'idée de responsabilité vivait dans le domaine de l'illicéité et de la sujétion à une obligation.

La responsabilité sans atteinte à la chose et sans sujétion s'est diffusée, est devenue envahissante à mesure que s'étendait la protection de la confiance.

La création d'une confiance pose un problème de responsabilité. L'idée d'une faute grave, source d'obligation contractuelle, reçoit une définition irréprochable par Windscheid<sup>42</sup>. Elle est d'ailleurs une idée surtout française<sup>43</sup> ; de la France, elle s'est diffusée en Italie<sup>44</sup>. La formule naît lorsqu'on pense à nier l'action en nullité ou en annulation du contrat à la

---

<sup>41</sup> En faveur de la responsabilité, le BGB (§ 120) le Codice civile (art. 1433), les Principes d'Unidroit (art. 3.6), les PECL (art. 4 : 104). La transmission infidèle est assimilée à l'erreur du sujet qui déclare.

<sup>42</sup> WINDSCHEID, *op. cit.*, I, 1, § 75.

<sup>43</sup> V. DEMOGUE, *op. cit.*, I, n. 158, 244, 249.

<sup>44</sup> GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, 7<sup>o</sup> éd., Florence, Cammelli, III, 1907, 269 ; V. SCIALOJA, *Responsabilità e volontà nei negozi giuridici*, Rome, Stab. Tip. Ital., 1885 ; FADDA et BENZA, note au § 69, n. 1 de WINDSCHEID, *op. cit.*, tr. It. par Fadda et Bensa, Turin, Utet, 1930 ; DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, 7<sup>o</sup> éd., n. Milan, Messina, éd. Principato, I, § 26 ; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milan, Soc. Ed lib., 2<sup>o</sup> éd., 1915, § 116 et s.

victime de l'erreur, si l'erreur est inexcusable. La volonté de l'acte fait défaut. Mais la faute du sujet est la base de la responsabilité.

Aucun dogme ne rattache nécessairement la responsabilité à la faute mais la faute est un aimant formidable, fait pour attirer la responsabilité de l'opérateur.

Au fil de ces derniers millénaires, notamment au fil de ces deux derniers siècles, les idées du juriste ont pu évoluer. Non seulement la faute, mais l'imputabilité aussi peut suffire pour nous rendre responsables. Non seulement les faits illicites, mais aussi notre déclaration, qui suscite une confiance, peut faire naître un problème de responsabilité.

Encore un mot.

Primus veut garantir son ami Secundus qui promet cent mille euros. Il peut faire cela en cautionnant l'obligation de l'ami. S'il fait cela, il utilise de façon appropriée l'instrument de l'autonomie. Il pourra également diffuser les signes et les indices d'une société de fait entre lui-même et Secundus, c'est-à-dire qu'il pourra créer une apparence. La diffusion de ces indices le soumettra à l'obligation qui incombe à celui qui crée une apparence et une confiance. La responsabilité peut remplir ici une fonction inattendue d'autonomie.

Nous l'avons vu : si je diffuse des indices, sans aucune volonté de me soumettre aux conséquences fâcheuses de l'apparence juridique, le droit (non écrit) ne pardonne pas, et l'apparence m'oblige. Une apparence plus une confiance font une obligation. Et qu'arrive-t-il si existent une déclaration imputable plus une confiance ?

L'acte juridique dû à une utilisation impropre de l'instrument d'autonomie et la création de l'apparence habitent un carrefour où se croisent l'idée d'autonomie et l'idée de responsabilité.