

# Akrasia juridique, néolibéralisme et formation du contrat

André Bélanger<sup>1</sup>

## RÉSUMÉ

La reconnaissance de l'*akrasia*, tant des parties contractuelles que des juristes, nous permet de souligner l'absence de contrôle généralisé quant au processus de formation du contrat. S'il est évident que la grande majorité des parties adhérentes peine à exprimer un consentement *libre et éclairé*, qu'en est-il des juristes par rapport à la justification juridique de la formation du contrat contemporain? Ce dernier, ancré dans le néolibéralisme, a-t-il pour effet de laisser le droit, à titre de *société vivante*, dans l'antichambre de la justice au bénéfice de la *fabrique des contractant·es endetté·es*? Une partie de la solution à apporter se trouve dans la reconnaissance d'une forme de déni juridique, reconnaissance qui permettrait de mieux prendre la mesure du rapport social que demeure, ontologiquement et à l'encontre de l'économie financiarisée, le contrat.

**MOTS-CLÉS :** Contractants, Consentement, Déni juridique, Acrasie, Néolibéralisme

## ABSTRACT

Acknowledging the *akrasia* of both contracting parties and jurists allows us to highlight the absence of widespread control over the contract formation process. If it's clear that the vast majority of contracting parties have difficulty expressing free and informed consent, what about jurists in relation to the legal justification for the formation of the contemporary contract? Does the latter, rooted in neoliberalism, have the effect of leaving the law, as a living society, in the antechamber of justice for the benefit of the factory of indebted contracting parties? Part of the solution lies in recognizing a form of legal denial, a recognition that would enable us to take better measure of the social relationship that remains, ontologically and in the face of the financialized economy, the contract

**KEYWORDS:** Contractors, Consent, Legal denial, Acrasia, Neoliberalism

<sup>1</sup> Université d'Ottawa

*Akra (pouvoir/volonté) - sia (faiblesse) – Terme snob d'un juriste – en l'occurrence l'auteur – utilisé pour désigner une forme de paresse intellectuelle institutionnalisée du droit des contrats.*

Un évaluateur anonyme envisageable

*Liberté ! car ni l'acheteur ni le vendeur d'une marchandise n'agissent par contrainte; au contraire, ils ne sont déterminés que par leur libre arbitre. Ils passent contrat ensemble en qualité de personnes libres et possédant les mêmes droits. Le contrat est le libre produit dans lequel leurs volontés se donnent une expression juridique commune.*

Karl Marx, *Le Capital*, Livre 1, p. 274

*Can one lead a good [contractual] life in a bad [contractual] life?*

*D'après Judith Butler, Adorno Prize Lecture 2012*

## Introduction

L'objectif de ce court texte est à la fois simple et ambitieux. La simplicité vient de sa proposition : une bonne part de la solution à l'aporie contractuelle contemporaine réside dans la réappropriation du rôle de la volonté par les parties, volition qui fait du contrat un rapport social. L'ambition, quant à elle, découle de la difficulté d'assurer la volonté même de la doctrine de se redonner ce pouvoir théorique. Pourtant, les outils sont connus et à notre portée.

Ainsi, s'il ne semble pas utile de rappeler les liens forts existant entre l'économie néolibérale et le contrat<sup>1</sup>, il paraît pertinent de s'attarder à la justification juridique civiliste de l'engagement contractuel contemporain. Sans surprise, en vertu de la loi, la naissance du contrat trouve toujours appui sur une forme de volontarisme. Fortement renouvelé dans sa teneur et sa forme, ce volontarisme n'en constitue pas moins le b.a.-ba du droit civil des obligations. Il s'agit d'un « vieux problème<sup>2</sup> » s'il en est, remis au

---

<sup>1</sup> À titre d'exemple: H. Brabazon (Ed.), *Neoliberal Legality, Understanding the role of the law in the neoliberal project*, New York, Routledge, 2017.

<sup>2</sup> « La règle juridique est-elle une libre création des hommes ? Nos obligations et nos droits sont-ils issus de la décision du législateur, et s'ils sont de type contractuel, de la volonté des auteurs de la convention ? Ou bien le droit est-il donné par la raison, par la nature, de telle sorte qu'il soit antérieur et s'impose à la volonté ? Je crains qu'il ne s'agisse ici d'un bien vieux problème, fouillé, retourné en tous sens, rebattu depuis qu'il existe une philosophie du droit. », M. Villey, « Essor et décadence du volontarisme juridique », (1957) 3 *Arch. Philo. Droit*, 87-98, p. 87.

goût du jour, suivant les phénomènes de multiplication des contrats, d'accélération de la vie contractuelle et de la contractualisation de la vie sociale, toutes choses qui mènent à un constat sévère :

À bien y regarder, c'est là une forme supérieure de l'impérialisme : quand celui qui sera sanctionné est posé comme le seul auteur responsable de sa propre sanction. Le tout enveloppé dans un discours « moderne » et si politiquement correct. Ainsi, les usages et mésusages du mot « contrat » ont-ils largement contribué à brouiller les cartes y compris chez les juristes<sup>3</sup>.

Une partie de la solution à apporter à ce cul-de-sac juridique peut trouver une ouverture (3) dans la reconnaissance d'une forme de déni juridique (1), ce qui permettrait de mieux prendre la mesure du rapport social qu'est, ontologiquement et à l'encontre de l'économie néolibérale financiarisée, le contrat (2).

## 1. Se donner la possibilité d'un problème

*Ainsi la bourgeoisie a-t-elle créé le monde de la confusion. [...] Un chaos commença, où, dans les sens les plus opposés, tout devint possible également. [...] Mais cette liberté dans tous les sens voulait dire que l'homme envisagé dans son unité (dans la masse indifférenciée) acceptait de n'être qu'une chose.*  
G. Bataille, *La Part maudite*, p. 118

Quelques brefs détours étymologiques s'imposent. D'abord, il faut s'attarder au terme *problème*. Du grec *jeter en avant*, au sens de « question où l'on indique le résultat qu'on veut obtenir, et où l'on demande les moyens d'y parvenir<sup>4</sup> ». Ce qui correspond, en matière de contrat, à la *ratio legis* réitérée dans certaines des législations civilistes les plus récentes, soit au Québec, en France, en Belgique, ou encore en Chine. Mais aussi, et de manière tout aussi importante, au sens de la « proposition douteuse qui peut recevoir plusieurs solutions<sup>5</sup> », voire « [en] général, tout ce qui est difficile à expliquer, à concevoir<sup>6</sup> ». À ce titre, le discours doctrinal devrait reconnaître le problème contractuel afin de nous permettre de redéfinir le résultat visé par l'utilisation du contrat – est-il désormais davantage outil de liberté ou d'aliénation? – et nous

---

<sup>3</sup> P.-Y. Verkindt, « Préface », dans S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, 2007, 7-8, p. 7.

<sup>4</sup> « Problème », Dictionnaire Littré, en ligne.

<sup>5</sup> *Idem*.

<sup>6</sup> *Idem*.

contraindre à un *retour au droit*. La rhétorique juridique sur le contrat doit oser un *logos hors la loi*<sup>7</sup>. Les juristes ne peuvent aujourd'hui ignorer, qu'en matière de contrat, nous sommes face au volontarisme à titre de problème à surmonter. Faire fi de la complexité sociétale (considérations financières, psychologiques, politiques, d'équité sociale, etc.), ne nous permet que d'éviter le problème au sens d'un élément qui constitue ici une proposition douteuse qui peut recevoir plusieurs solutions, selon l'étymologie du terme. C'est à la signification contemporaine et juridiquement problématique du contrat qu'il nous faut réfléchir<sup>8</sup>. Le néolibéralisme nous oblige à (re)questionner la nature et la raison d'être du contrat. Il nous contraint à nous redonner la *possibilité d'un problème*.

À cette fin, mais à très grands traits, nous prendrons comme point de départ l'ouvrage de Grotius – *De jure belli ac pactis* – qui « jette les bases du principe en faisant de la nécessité de tenir ses engagements la clef de voûte du système » par lequel la personne contractante « va lentement se concevoir comme un être autonome [puisqu'aucune] autre volonté que la sienne ne saurait l'obliger<sup>9</sup> ». À partir de cet « individu séparé, dépourvu de tout lien juridique, absolument libre [le contrat devient] l'œuvre des volontés ». La dérive n'a pas tardé et, comme le rappelle à juste titre Tancelin,

Le tour de prestidigitation de la doctrine juridique classique de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et du XX<sup>e</sup> siècle a consisté à mettre cette philosophie libératrice de l'homme au service des intérêts égoïstes des personnes les plus entreprenantes, les plus fortes et les plus influentes dans la société industrielle pour asseoir leur empire sur les autres. Ce scénario vieux comme l'humanité se déroulait dans un cadre idéologique individualiste dont l'autonomie de la volonté était la base philosophique et la démocratie libérale, le cadre politique. La montée en puissance de la personne morale était la seule nouveauté, qui enlevait définitivement toute vraisemblance à la théorie. Mais cet élément d'explication et de compréhension est toujours passé sous silence par la doctrine majoritaire<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> « Pour le dire dans d'autres mots, nous avons besoin de réintroduire de la pensée dans le droit, là où l'organisation cosmologique de l'ordre tente de la forclure, au profit de la menace toujours répétée de la chute dans le chaos. Une telle pensée n'a rien à gagner à poursuivre encore le travail de la légitimation comme celui de la critique; elle n'a rien à gagner à réfléchir en termes de justice ou de sécurité - sauf, sans doute, de laisser le champ libre aux forts. Imaginer, fictionnaliser, désordonner, articuler, expérimenter : voilà ce que la pensée du droit réclame aujourd'hui comme ce qui est dû au droit, et qui a été oublié depuis trop longtemps. Nous devons continuer. Nous devons opérer notre retour au droit. », L. De Sutter, *Hors la loi, Théorie de l'anarchie juridique*, Paris, Les liens qui libèrent, 2021, p. 108.

<sup>8</sup> « La théorie de l'acte juridique est donc apparue comme une réponse à l'un des problèmes fondamentaux que pose une doctrine du droit : celui du rapport dialectique entre le sujet et l'ordre juridique, de la coexistence entre les exigences de celui-ci et l'autonomie de celui-là. En réalité, elle ne faisait que poser ce problème en pleine lumière. », G. Rouhette, « Acte juridique », dans *Encyclopædia Universalis*, vol. 1, E.U.F., Paris, 1970, p. 190.

<sup>9</sup> S. Darmaisin, *Le contrat moral*, Paris, LGDJ, 2000, p. 88.

<sup>10</sup> M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 61.

Il s'agirait donc de briser ce silence, alors qu'il est plus que jamais possible d'établir que

[l']acte de volonté intéresse [...] le droit par la "direction" logique qu'il représente et non par lui-même [et qu'une telle] direction n'est pas un "datum" passif, psychologiquement actualisé en son entier [mais] est au contraire un élément conceptuel dynamique, une perspective ouverte sur des relations ou des actions découlant rationnellement d'une indication initiale<sup>11</sup>.

Or, c'est cette *indication initiale* de la part des parties au contrat, tout comme du discours juridique propre à ce domaine du droit, qui souffre d'une forme de coexistence antagonique entre des justifications rationnelles et irrationnelles tapie au sein de l'intenable *silence de la doctrine*. C'est en ce sens que s'invite ici la notion d'*akrasia*.

L'*akrasia* signifie une faiblesse de la volonté ou manque de maîtrise de soi. Elle se réfère à la situation dans laquelle une personne agit contre son propre jugement ou sa propre intention. En d'autres termes, une personne qui fait preuve d'*akrasia* sait ce qu'elle devrait faire ou ne pas faire, mais elle ne parvient pas à agir en accord avec cette connaissance en raison d'un conflit interne entre ses désirs, ses impulsions et ses convictions rationnelles. Ce concept remonte à la philosophie antique, notamment chez les philosophes grecs. Aristote, en particulier, a examiné l'*akrasia* dans son œuvre éthique, où il a exploré les raisons pour lesquelles les individus agissent souvent contre leur propre jugement malgré leur connaissance préalable des conséquences néfastes de leurs actions. Ce phénomène peut prendre différentes formes en matière de contrats. Par exemple, une partie peut s'engager tout en sachant qu'elle ne fait ainsi qu'empirer son état de surendettement, voire contracter en pleine connaissance – paradoxale? – de son imparfaite maîtrise du contenu obligationnel de l'entente. Cette situation peut résulter d'une impulsivité ou d'une faible maîtrise de soi, en vertu de laquelle la partie est incapable de résister à la tentation immédiate de conclure le contrat malgré les implications à long terme. De même, l'*akrasia* peut se produire lorsqu'une partie agit contre ses intérêts contractuels en raison de pressions externes ou de manipulations stratégiques et commerciales de la part de l'autre partie – hors les contextes dolosifs entendus au sens strict.

Dans un tel environnement, le volontarisme contractuel semble illusoire, comme les décisions des parties sont généralement façonnées par des facteurs externes plutôt que par une véritable volonté exprimée par un

---

<sup>11</sup> M. Djuvara, « L'idée de convention et ses conséquences juridiques », (1940) 10 *Arch. Philo du Droit*, 110-158, p. 121.

consentement libre et éclairé. Les incitations économiques du néolibéralisme créent un environnement où l'akrasia est favorisée, car les parties sont encouragées à poursuivre des intérêts immédiats au détriment de considérations plus profondes ou éthiques. Ainsi, et en s'inspirant des termes de Luhmann, l'acrasie contractuelle se présente comme un « codage juridique du pouvoir<sup>12</sup> ». Et poursuivant dans cette veine, sans doute faut-il mettre en lien cette acrasie contractuelle avec la passivité que met en évidence Anthony Galluzzo<sup>13</sup> lorsqu'il énonce que nous sommes passés de l'obligation qu'avait la personne qui se devait de négocier face aux marchands pour acheter des biens, et qui de ce fait était *par défaut* très active dans le processus de formation du contrat, à la partie qui déambule (physiquement ou virtuellement) et se laisse passivement séduire par la marchandise elle-même avec le développement des *Department stores*. Il s'agit désormais d'être simplement *réceptif*, sans avoir à négocier quoi que ce soit, puisque tout est déjà déterminé d'avance. C'est sans doute le noyau dur du problème et l'expression la plus patente de l'acrasie contractuelle et juridique contemporaine. Aboulie des parties, apathie et acrasie peuvent se percevoir comme un désintérêt ou un manque d'engagement dans le processus contractuel, qui lui-même peut être analysé à la lumière du contexte néolibéral qui favorise l'individualisme et la compétition généralisée – et notre abandon face à la défaite.

Cette dynamique entraîne une déconnexion communautaire, au sein de laquelle les individus, engagés dans une course constante à maximiser leurs intérêts personnels<sup>14</sup>, accordent moins d'importance aux apriori sociaux de leurs contrats. La compétition permanente induite par le néolibéralisme conduit les parties contractantes à se concentrer de manière disproportionnée sur la réalisation de gains personnels immédiats – aussi minimes soient-ils, si ce n'est tout simplement spécieux. La chrématistique devient « le modèle du politique via une certaine notion de

---

<sup>12</sup> « La vérité et l'argent neutralisent la périlleuse et conflictuelle communication de pouvoir en n'exigeant d'Ego qu'une expérience; et les utopies sociales aiment à imaginer que la société puisse être pilotée uniquement par des vérités ou par le marché. Cela impliquerait toutefois de renoncer à d'importantes possibilités d'ordre, c'est-à-dire à tout ce qui peut être organisé dans de longues chaînes d'action au moyen d'un arbitre conditionné. En effet, ni la vérité ni l'argent ne peuvent établir ce que le récepteur fait de ce qu'il reçoit; et telle est précisément la fonction du pouvoir. Comme dans le cas de la distinction propriété/argent, s'est imposé ici un codage secondaire, à savoir le codage juridique du pouvoir. Les personnes privées peuvent recourir à la force coercitive politiquement organisée d'institutions centrales lorsqu'ils sont dans leur droit; et cela même si (on prêterait attention à l'improbabilité de cette construction!) le contenu juridique n'est pas du tout contrôlé politiquement mais se présente sous la forme d'un contrat. », N. Luhmann, *La société de la société*, Paris, Exils Éditeur, 2021, p. 252.

<sup>13</sup> A. Galluzzo, *La fabrique du consommateur : Une histoire de la société marchande*, Paris, La Découverte, 2023.

<sup>14</sup> Sur les liens historiques entre la notion de profit et celle de contrat et leurs développements en droit contemporain, voir A. Bélanger, « La passion du profit comme astreinte ou poïèsis contractuelle? », (2023) 4-1 *Communitas (en ligne)*; A. Bélanger et M.-A. Picotte, « Le *risicum* ou la poétique de l'instant contractuel », dans M. Cumyn et A. Popovici (dir), *Mélanges Sylvio Normand*, Québec, PUL, 2024 (sous presse).

la gouvernance justifiée par l'idéologie néolibérale<sup>15</sup> ». Dans cette perspective de désengagement contractuel – au sens volontariste du terme –, les « actes que les consommateurs de biens et de services [...] doivent passer dans la vie quotidienne sont plutôt passés bon gré mal gré que de gré à gré [et la] notion de convergence objective d'intérêts les caractériserait beaucoup mieux que celle d'échange de consentement, envisagé subjectivement<sup>16</sup> ». Le constat généralisable d'un contrat qui représente une adhésion à l'idée de ne pas pouvoir réellement consentir<sup>17</sup>, somme toute<sup>18</sup>. Avec un pas de recul, nous retrouvons l'expression de ce malaise, *in fine* juridique, nous ne pouvons le nier, chez Bataille :

Pour cette raison je puis dire du calvinisme ayant le capitalisme pour conséquence qu'il annonce un problème fondamental : comment l'homme pourrait-il se trouver – ou se retrouver – puisque l'action, à laquelle l'engage de quelque façon la recherche est justement ce qui l'éloigne de lui-même<sup>19</sup> ?

En allant à l'essentiel, l'akrasia se définit donc comme l'incapacité de la partie au contrat de faire ce qu'elle sait être souhaitable, ou bon. Classiquement, cela peut s'exprimer par les mots d'Ovide dans *Les Métamorphoses* : « Je vois le bien, je l'approuve, et je fais le mal ». Paroles à mettre à la fois dans la bouche des parties au contrat contemporain,

---

<sup>15</sup> « Certes l'économique ne se réduit plus à la sphère privée et c'est là tout l'enjeu de la dynamique capitaliste via la chrématistique : devenir le modèle du politique via une certaine notion de la gouvernance justifiée par l'idéologie néolibérale. En effet ce qui gouverne aujourd'hui l'action publique est la chrématistique, c'est-à-dire la recherche de la rentabilité, l'ouverture au marché, la mise en concurrence des agents, la délégation du pouvoir monétaire et de la détermination de la valeur comptable à des entités privées, etc. Le dernier mot de la chrématistique n'est donc pas la démocratie mais le néo-libéralisme, lui-même aboutissement du capitalisme. Est-ce pour autant que la notion d'*oikonomia* devait aboutir inéluctablement au néolibéralisme? Il s'agit sans doute là encore d'une de ces idées devenues folles dont parle Chesterton, car le christianisme constitue la religion la plus paradoxale, celle qui à la fois conjure et libère la chrématistique, comme nous avons pu le voir en passant en revue les différentes catégories de l'économie politique. », É. Jourdain, *Théologie du capital*, Paris, P.U.F., 2021, p. 169.

<sup>16</sup> M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 408.

<sup>17</sup> « Il faut déterminer en quoi consiste le consentement juridique. En philosophie, le consentement est le refuge ultime de la liberté. En droit, cela se traduit par la liberté du oui ou du non. Le consentement des parties suppose l'existence de leur volonté de contracter et la convergence de ces volontés. Le concours et parfois même l'existence des volontés peuvent être affectés d'un facteur occasionnel de complexité. La désagrégation du consentement dans la doctrine moderne - La consultation d'un ouvrage majeur de doctrine du début du XX<sup>e</sup> siècle réserve une surprise sur la place du consentement dans l'étude du contrat. « [L]e consentement des parties qui fait la substance de l'acte [...] » n'est étudié qu'à travers sa négation, à savoir l'atteinte qui lui est portée par les vices pouvant l'affecter. L'étude vient après un court exposé des modes de formation des contrats consensuels, où offre et acceptation font chacune l'objet d'un seul court numéro. Oui, mais l'essentiel est dit, à savoir que « le moment de la formation du contrat est celui où l'acceptation s'est produite, et non celui où l'offre a été faite ». C'est l'essentiel à retenir. » M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 109.

<sup>18</sup> « La définition du contrat comme un accord de volonté au singulier, est une image en grande partie vidée de contenu à l'ère de la publicité commerciale, de la part du sujet récepteur des messages. Le rapprochement des définitions du contrat, 1378 C.c.Q., et du contrat d'adhésion, 1379 C.c.Q., met côte à côte des termes aussi peu compatibles que l'accord, d'une part et l'imposition de stipulations et l'absence de libre discussion, d'autre part. Le droit positif se contente du fait que la volonté soit nominale dans l'échange de consentement, 1385 C.c.Q., qui intervient dans ces conditions. Il s'agit pourtant de l'immense majorité des contrats usuels. », M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 112-113.

<sup>19</sup> G. Bataille, *La Part maudite*, Paris, Les Éditions de Minuit, 2014, p. 112.

comme des juristes qui le justifient. En effet, toute personne enseignant le droit des obligations, tout comme les juges et les juristes face à l'application des articles 1378 et 1385 C.c.Q., peuvent aujourd'hui se reconnaître dans le *Faust* de Goethe qui énonce : « Deux âmes habitent dans ma poitrine »... Le constat n'est certes pas réjouissant et commande une forte dose d'humilité. Faiblesse de la volonté, « pauvreté de l'idée<sup>20</sup> », « irrésolution<sup>21</sup> », l'akrasia explique à la fois le paradoxe du « faire comme si<sup>22</sup> » en matière de contrat et l'immobilisme dogmatique dans lequel nous nous sommes empêtrés depuis des décennies<sup>23</sup>. Ainsi, les parties peuvent être conscientes des conséquences négatives de leurs actions, mais choisissent néanmoins de les entreprendre. Et nous, juristes civilistes, sauvons nos âmes en discourant de stabilité et de justice contractuelles.

L'acrasie donc, à titre de « manque de pouvoir (*kratos*) sur soi<sup>24</sup> » des parties contractantes et des juristes, d'impuissance de la volonté doctrinale/contractuelle ou de faiblesse de la volonté au sens socio-juridique et épistémologique, est-elle en matière juridique, une excuse ou une faute? Être incapables de faire le *bien* – la liberté *par* le contrat via 1378 C.c.Q. – et d'éviter le *mal* – l'endettement et la pauvreté qui prennent naissance dans le contrat<sup>25</sup> – alors que nous pouvons voir clairement, tant à titre de parties au contrat que de juristes, ce qu'ils sont, ce serait, en matière de droit des contrats, faire vivre le néolibéralisme<sup>26</sup>. Or, la gent civiliste « peut y voir une excuse ou une faute, selon le point de vue considéré, mais point une absolution<sup>27</sup> ». Par conséquent, le problème reste entier et tout reste à faire, à revoir et à (re)créer sur le plan doctrinal. À ce titre, le développement néolibéral du contrat donne lieu à une forme de fuite justificative qui contribue à éviter ou à contourner la prise en compte d'un problème qui, ne serait-ce qu'au plan strictement juridique et du droit posé, constitue un véritable défi théorique. L'heure n'est certainement plus à la stabilité et à la sécurité juridique, au risque de poursuivre dans la voie de la concentration des richesses et de la perte d'emprise sur les conséquences de l'ère anthropocène – constats trouvant leur véhicule juridique dans le contrat, faut-il le rappeler. De même, et selon des

---

<sup>20</sup> Emmanuel Mounier, *Traité du caractère, Anthologie*, Paris, Seuil, 2018.

<sup>21</sup> Th. Ribot, *Les Maladies de la volonté*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Hachette, 2012.

<sup>22</sup> A. Bélanger et M.-A. Picotte, « Du contrat de (sur)consommation : les illusions emballées d'une chimère ? », dans G.-A. Berthold et B. Lefebvre, *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre-Claude Lafond*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2023, 15-40.

<sup>23</sup> J.-G. Belley, « La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme », (1985) 26 C. de D. 1045.

<sup>24</sup> A. Comte-Sponville, *Dictionnaire philosophique*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 2021, p. 21.

<sup>25</sup> A. Bahary-Dionne et M.-A. Picotte, « Les pauvres et le droit civil : essai sur la production du savoir juridique », (2023) 4-1, *Communitas*, en ligne.

<sup>26</sup> En termes plus philosophiques, ce serait « donner tort à Socrate et Platon (« Nul ne fait le mal volontairement »), et raison à Aristote (« La théorie socratique est visiblement en désaccord avec les faits »), Saint Paul (« Je ne fais pas le bien que je veux et fais le mal que je ne veux pas ») et Spinoza (qui cite Ovide : « Je vois le meilleur et je l'approuve, je fais le pire »), A. Comte-Sponville, *Dictionnaire philosophique*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 2021, p. 21.

<sup>27</sup> *Idem*.

considérations davantage (uniquement?) épistémiques, nous évitons tout autant la prise en compte du caractère éminemment et fondamentalement social du contrat, ce dernier étant par définition une relation entre deux parties et, donc, un rapport social.

## 2. (re)Formuler une doctrine du contrat comme rapport social

« On ressasse des discours sur la liberté, l'autonomie, mais partout, on ne voit que servitudes. L'homme véritablement libre ne nie pas l'interdépendance, il ne prétend pas éliminer le discours de l'autre, ce qui est de toute façon impossible. Car, l'autonomie n'est concevable que comme un problème et un rapport social. »

P. Larrieu, *Mythes grecs et droit, Retour sur la fonction anthropologique du droit*, p. 146

Une évidence se doit d'être soulignée, évidence généralement écartée du discours civiliste : « C'est seulement parce qu'il existe une norme selon laquelle les contrats doivent être respectés qu'il y a des exigences aussi élevées en matière d'apprentissage relativement aux contenus de ceux-ci, à la volonté réelle des parties contractantes, à la reconnaissance des erreurs, etc.<sup>28</sup> ». Ce caractère *normatif* ne peut prendre son sens que dans une théorie générale, qui elle-même dépend du discours juridique élaboré par le droit. Or, « [...] la doctrine moderne est guidée par une conviction et par un espoir : que le progrès ne peut venir d'un éclatement du droit des contrats et qu'il n'y a pas, dans la prolifération des solutions spéciales, que du désordre<sup>29</sup> ». L'espoir de la doctrine serait-elle la source de nos faiblesses et la cause de toutes nos lâchetés socio-économiques? Cette attente messianique d'un progrès du droit commun, bien qu'émanant de considérations sociologiques, d'études de données, de prise en compte du pluralisme juridique, de référence au droit social, de recours à l'interdisciplinarité, est par avance condamnée à l'échec si elle doit trouver son appui normatif sur un droit posé sclérosé. À la conviction dogmatique, sans doute faut-il préférer la fragilité du doute quant à ce qui existe :

---

<sup>28</sup> N. Luhmann, *Le droit et la société*, Coll. Dikè, Québec, P.U.L., 2019, p. 69.

<sup>29</sup> É. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?* Paris, LGDJ, 1997, p. 97.

Au-delà de l'extraordinaire diversité du phénomène contractuel et de la multitude des intérêts – parfois opposés – qu'il met aux prises, le droit commun des contrats est symbole et facteur d'unité. À l'émiettement et à la division presque consubstantiels aux droits spéciaux, il oppose un désir de cohésion et offre, par-delà les différences, le socle de tout échange de promesse. Porteur de valeurs essentielles du contrat, et de l'idée qu'on peut s'en faire, il est le reflet d'une civilisation et peut aussi en être le héraut. Pourtant, si le droit commun des contrats n'est pas moribond, il reste fragile<sup>30</sup>.

Dans une perspective juridique, et en raison de son caractère structurant intrinsèque, le phénomène contractuel constitue l'un des portraits d'une civilisation. Or, le droit des contrats contribue à « la grosse erreur de notre société moderne qui confond liberté et responsabilité avec absence d'entrave et réalisation de soi<sup>31</sup> ». Sous l'empire du *Code civil du Québec*, le néolibéralisme nous éloigne d'un capitalisme « censé offrir la possibilité d'un déracinement volontaire et protégé par l'importance qu'il accorde au dispositif juridique du contrat<sup>32</sup> ». En ce sens, il importe de ne pas oublier qu'« à la différence du statut, le contrat, d'une part, peut être établi pour une durée limitée et, d'autre part, n'engage pas la personne tout entière, mais stipule le rapport particulier sous lequel elle se lie à autrui<sup>33</sup> ». À l'heure actuelle, il est permis de s'interroger à savoir si les juristes ne détournent pas le regard, alors que si l'acte juridique qu'est le contrat « n'est qu'une notion théorique, pièce d'une construction (scientifique), et, selon son tempérament, on y verra une conquête ou une aberration de l'esprit humain<sup>34</sup> », il n'en demeure pas moins qu'en « tout état de cause, la notion présenterait cet avantage de faire sentir à chacun non seulement qu'il vit constamment dans le droit, mais que, dans une certaine mesure, il fait le droit<sup>35</sup> ». Paradoxalement à première vue, mais de manière conséquente lorsque nous nous attardons à la superficialité du fondement, tandis que la théorie générale se délite, la contractualisation de la vie sociale se généralise. Elle devient le « cœur de l'individualisme moderne » néolibéral, avec en son centre le contrat « devenu plus que jamais l'étalon de toutes les relations humaines<sup>36</sup> ». Si cette contractualisation ne peut qu'être l'expression d'une forme de rapport social, le délitement de la théorie contractuelle est quant à lui la conséquence de l'abandon du droit

---

<sup>30</sup> Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Paris, LGDJ, 2009, p. 608.

<sup>31</sup> P. Larrieu, *Mythes grecs et droit. Retour sur la fonction anthropologique du droit*, Coll. Dikè, Québec, P.U.L., 2017, p. 146.

<sup>32</sup> L. Boltanski et È. Chiapello, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 1999, p. 511.

<sup>33</sup> *Idem*.

<sup>34</sup> G. Rouhette, « Acte juridique », dans *Encyclopædia Universalis*, vol. 1, E.U.F., Paris, 1970, p. 191.

<sup>35</sup> *Idem*.

<sup>36</sup> P. Dardot et Ch. Laval, *La nouvelle raison du monde, Essai sur la société néolibérale*, Paris, La Découverte, 2010, p. 405.

– ou la faiblesse de la volonté des juristes – quant à la pertinence de la renouveler. Dans cette perspective :

La renaissance célébrée du droit commun des contrats n'est qu'un trompe-l'œil qui masque mal les faiblesses de l'édifice. Les dispositions communes sont certes vivaces et la jurisprudence s'emploie à les faire rayonner dans toutes les branches spéciales, y compris les plus attachées à leur indépendance. Mais c'est d'un droit fragilisé qu'on vante le renouveau. L'autorité du droit commun se lézarde et le droit spécial se détache progressivement de son emprise<sup>37</sup>.

Malgré tout, force obligatoire, relation obligationnelle et autres considérations relatives à l'exécution forcée des engagements contractuels, trouvent inévitablement un terrain d'entente sur le sens contemporain donné à la *promesse*, à l'*accord*, à l'*échange*. L'engagement contractuel ne peut se faire unilatéralement et il crée à minima une dette – considérant les très rares contrats unilatéraux. Or, cette dette contractuelle, « [c]ondition de la liberté, ou contrainte négatrice de celle-ci, [...] est peut-être la plus ambivalente des relations sociales<sup>38</sup> ». S'inspirant des travaux de Mead, Carbonnier soulignait que « échanger, vendre, acheter, contracter, cela n'est possible que lorsque l'individu peut assumer les rôles des autres, lorsque l'attitude de vendre évoque en lui celle d'acheter et que les deux se contrôlent réciproquement<sup>39</sup> ». Dans cette perspective, une (re)lecture d'un long passage de Tancelin s'impose :

Il semble que la doctrine moderne n'ait pas compris ce que voulait dire Planiol [...]: « Le consentement des parties, c'est-à-dire l'accord des volontés, est l'élément essentiel de tout contrat. [...]. Le consentement, en matière de contrats, se compose d'une double opération. 1° Les parties doivent commencer par se mettre d'accord sur le « contenu » de la convention [...] 2° Cette première opération terminée, les parties sont d'accord sur le contrat projeté : il y a entre elles ce que Littré appelle l'uniformité d'opinions, qui est l'un des sens du mot consentement, mais le contrat n'est pas conclu, il n'existe encore qu'à l'état de projet. Il reste à lui donner sa force obligatoire par un acte de volonté, exprimant l'adhésion individuelle de chacune des parties à l'acte ainsi préparé. [...] C'est donc la réunion de ces adhésions qui constitue le contrat et qui fait naître les obligations qui en dérivent. C'est une volition, alors que l'opération préalable de la discussion du projet est une œuvre d'intelligence et de raisonnement ». La double présence du mot adhésion, dans cette citation de Planiol, mérite qu'on s'y arrête, car elle révèle le détournement dont ce

---

<sup>37</sup> Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Paris, LGDJ, 2009, p. 605.

<sup>38</sup> J.-F. Bissonnette, « Liberté ou servitude? L'ambivalence de la dette », dans J.-F. Bissonnette et al. (dir.), *La dette comme rapport social, Liberté ou servitude?* Paris, Éditions Bord de l'eau, 2017, 7-20, p. 20.

<sup>39</sup> J. Carbonnier, *Théorie des obligations*, coll. Themis, Paris, P.U.F., 1963, p. 82 (par 94).

terme a été l'objet dans la falsification que constitue l'expression contrat d'adhésion, dans le droit contemporain. Du projet commun décrit par Planiol, auquel adhèrent les deux parties, dans son esprit, notre contrat d'adhésion du droit positif ne retient qu'un décret dicté par une seule partie; c'est une décision unilatérale, imposée au consommateur. Le nœud auquel Planiol réfère est devenu celui du filet avec lequel on attrape les clients aujourd'hui : ce n'est pas un lien de droit; c'est une commodité juridique, avalisée peut-être trop superficiellement par les juristes. Le travail d'adaptation aux conditions modernes n'a pas été fait<sup>40</sup>.

Par conséquent, « la notion de "force obligatoire" met en place une logique d'évaluation symbolique à faire qui insiste avant tout sur l'aspect positif du principe, à savoir que les liens contractuels se constituent d'une façon synallagmatique – s'obliger soi-même n'étant pas un contrat – et que les parties qui s'engagent de la sorte le font, en règle générale, en toute conscience et par le biais d'un accord commun<sup>41</sup> ». C'est cette *évaluation symbolique à faire*, cette valorisation d'un problème, que se donneraient à nouveau les juristes qui, par une doctrine volontaire, pourraient contribuer à freiner le mouvement de l'acrasie contractuelle propre à la contractualisation néolibérale. Ainsi, et « alors que la contractualisation est globalement comprise comme un vecteur ou une manifestation d'un néo-libéralisme, l'évolution du droit des contrats consisterait au contraire dans une emprise croissante du social (extension du domaine de l'ordre public, résurgence du formalisme...), le désaccord des auteurs sur l'appréciation de cette évolution n'ayant d'égal que leur accord sur ce constat lui-même<sup>42</sup> ».

Il faut toutefois reconnaître que nous sommes aujourd'hui bien loin des oppositions politiques en la matière, voire des simples considérations dogmatiques, tant l'uniformisation doctrinale et néolibérale s'impose avec, comme toile de fond, une « économie où les valeurs humanistes, sociales et écologiques sont soumises au seul rendement économique<sup>43</sup> ». Cette économie contractuelle, est-ce bien celle du législateur? La question n'est ni rhétorique ni sarcastique, puisque

---

<sup>40</sup> M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 110-111.

<sup>41</sup> B. Melkevik, « Une note sur la notion de "force obligatoire" et le droit », (2013), *Rev. Fac. Direito UFMG, Número Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá*, 99-116, p. 105.

<sup>42</sup> S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, « Introduction », dans S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, 2007, 201-202, p. 202.

<sup>43</sup> « Le néolibéralisme est une notion essentielle pour comprendre la phase actuelle du capitalisme. Il peut être vu comme un dévoiement du libéralisme tel qu'il s'est développé à partir du XVIII<sup>e</sup> siècle, au sens où le néolibéralisme cherche à imposer le libéralisme économique (liberté d'entreprendre, laisser-faire, libre-échange) sans promouvoir le (ou au détriment du) libéralisme politique. C'est peut-être là que se situe la différence majeure entre libéralisme et néolibéralisme. Les libertés politiques et sociales ainsi que les droits fondamentaux de l'homme sont subordonnés à la règle du marché supposée autoréguler l'économie et la société. D'où une économie où les valeurs humanistes, sociales et écologiques sont soumises au seul rendement économique. », D. Plihon, « Sur la crise du capitalisme néolibéral », (2012) *Actuel Marx 51 – Néolibéralisme, Rebond/rechute*, 12-26, p. 14.

[l]a volonté individuelle s'élève kantienement à sa liberté et à sa vérité en adhérant à une volonté collective qui exprime les intentions d'une *ratio naturae congruens*; de sorte qu'en chaque volonté des parties à la convention, délivrée de ses particularités empiriques, c'est la volonté rationnelle de l'"ensemble", du législateur qui fait entendre sa voix<sup>44</sup> ».

En cette matière contractuelle comme en bien d'autres, il s'agit d'une question qui, si elle relève plutôt des affinités supra-dogmatiques, a le mérite de nous obliger à nous concentrer sur l'essentiel. Pour autant, il ne faudrait pas croire – voire souhaiter? – « que nous entrerions dans l'époque bénie de la réconciliation; il est bien plus probable que les oppositions demeurent, il resterait alors à cerner leur nouvelles structures et manifestations<sup>45</sup> ». Or, ces oppositions ne trouvent elles-mêmes leur sens que par la prise d'un recul qui permet de focaliser leur entre-deux... Nous retournons alors à l'artéfact social qu'est le contrat ayant pour partie prenante le *pacta sunt servanda*, le *synallagma*<sup>46</sup>, le consentement<sup>47</sup>. La quadrature du cercle contractuel? Sans doute, mais il faut le rappeler (non pas seulement en salle de classe lors du cours d'introduction au droit des obligations!) et prendre le temps d'y réfléchir, sans doute encore davantage en cette ère d'efficience qui nous force à cheminer sans césure :

---

<sup>44</sup> J.-M. Trigeaud, « Convention », (1990) 35 *Archives de philosophie du droit* 13, p. 17.

<sup>45</sup> S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, « Introduction », dans S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, 2007, 201-202, p. 202.

<sup>46</sup> « Il est cependant insuffisant de regarder l'aptitude de la convention à transférer un droit, le passage de ce droit du *tradens* à l'*accipiens*. Si les philosophes ont toujours jugé cet aspect fondamental, ils n'ont pas moins estimé décisif un autre aspect complémentaire : la convention correspond à une opération d'échange. Elle appartient au domaine des échanges volontaires, des "commutations" qui sont des "*synallagmata*" (trad. ro. : *negotia*) montre Aristote. C'est en tant qu'échange qu'elle conditionne la reconnaissance du droit d'autrui à laquelle est subordonné le transfert lui-même, explique Hegel [réf. omise] », Jean-Marc Trigeaud, « Convention », (1990) 35 *Archives de philosophie du droit* 13, p. 14-15.

<sup>47</sup> Morceau choisi : « Au contact de la vision chrétienne du monde, la doctrine civiliste s'est [...] délestée du formalisme contractuel romain pour considérer que l'existence juridique du contrat ne devrait plus être conditionnelle à l'énoncé de formules rituelles ou à la disponibilité de recours judiciaires spécifiques. La validité juridique des contrats purement consensuels, au même titre que celle des contrats réels formalistes, reste elle aussi un acquis de civilisation, même si les juristes n'ont pas toujours évité l'excès qui fait ramener toutes les exigences de la justice contractuelle au seul critère de l'échange des consentements. Grâce au consensualisme bien compris, la pensée juridique se donne les moyens de rester en contact avec l'évolution de la réflexivité contractuelle, c'est-à-dire avec l'évolution même de la culture. En concevant l'échange des consentements comme une source de droit, autonome mais non indépendante, l'esprit juridique prend acte de la capacité des acteurs sociaux de réfléchir aux exigences de leur coopération, de profiter de l'expérience des échanges déjà réalisés pour projeter dans le futur des échanges plus efficaces, de concevoir des modèles de coordination intégrant les connaissances scientifiques et les techniques nouvelles, de traduire leurs attentes et leurs obligations dans un langage qui leur semble approprié à la situation, d'exprimer, enfin, leur compréhension plus ou moins autonomiste des normes et des règles sociales. L'échange des consentements n'est, en somme, qu'un moment parmi d'autres, ni premier ni dernier, dans un processus de réflexivité qui peut faire pénétrer dans la coordination contractuelle de l'action toutes les ressources et toutes les contraintes de la culture dont les parties sont tributaires, mais non esclaves. L'ouverture consensualiste rend possible, sous bénéfice d'inventaire, l'introduction dans l'univers du droit de modèles contractuels différents des modes d'échanges devenus routiniers, de langages contractuels inédits, d'aspirations que les institutions étatiques et les conventions sociales n'ont pas encore agréées. », J.-G. Belley, *Le contrat entre droit, économie et société*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 311.

« *Pacta sunt servanda* » : sans ce principe du respect de la parole donnée, jamais le contrat n'aurait pu devenir cet universel abstrait qui fait la fierté des juristes de l'époque moderne. [...] Mais cette règle, d'où sort-elle? Depuis quand et pourquoi sommes-nous liés par nos paroles? Retracer sa genèse permet de comprendre la place centrale occupée aujourd'hui par l'État dans la structure du lien contractuel. Pour affirmer que l'échange des consentements suffit à former le contrat, il fallait d'abord que la notion de contrat ait elle-même vu le jour. Or accéder au concept de contrat suppose de séparer radicalement le monde des choses et celui des personnes; cela suppose aussi d'admettre que l'avenir puisse être gouverné par des paroles. La *préhistoire du contrat* connaît déjà l'alliance et l'échange, mais une alliance et un échange qui, justement, ne distinguent pas encore clairement les choses et les personnes, et usent de détours pour s'assurer de la maîtrise du temps<sup>48</sup>.

Ici encore se pose la question de savoir si, ces dernières décennies et dans le contexte néolibéral, cette *maîtrise du temps contractuel* n'a pas échappé aux juristes<sup>49</sup>. Tout n'est-il donc que question de (faiblesse de) *volonté* en la matière? Certes, et bien que ce qu'il convient d'appeler les cultes de la liberté contractuelle et « celui de l'individu libre et autonome, n'ont jamais été aussi prégnants<sup>50</sup> », il faut accepter que la « figure anthropologique de l'individu doué de libre-arbitre, sur laquelle repose tout notre droit, se trouve aujourd'hui concurrencée par d'autres modèles de comportement, issus des sciences de la pensée qui font place aux lois de nécessité naturelle et de causalité déterminante<sup>51</sup> ». Résultat : le droit ne peut se contenter d'un savoir naïf qui ferait abstraction du fait qu'à « la fiction juridique d'un individu capable de faire des choix en toute connaissance de cause et de s'engager librement, s'oppose sur bien des points le sujet des lois scientifiques, qui est plus ou moins déterminé par sa biologie<sup>52</sup> ». Mais ici, il faut distinguer le *volontaire* de l'idée de volontarisme/volonté qui irrigue (encore?) le contrat. Ainsi, l'acte volontaire n'est certes pas nécessairement libre, alors que l'acte involontaire ne l'est évidemment jamais. Ce qui fait dire au philosophe que « la volonté est cause nécessaire mais non suffisante de la liberté (qu'on ne confondra pas avec le libre arbitre)<sup>53</sup> ». La volonté, quant à elle, est « puissance de choix : c'est le pouvoir déterminé de se déterminer soi-même<sup>54</sup> » – et c'est particulièrement vrai en matière de contrat civiliste, du moins si nous nous en tenons à ses fondements juridiques actuels. Ce sont

---

<sup>48</sup> A. Supiot, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005, p. 146-147.

<sup>49</sup> A. Bélanger, « Le temps contractuel: Réflexions rapides et métaphores précipitées autour de l'accélération de la vie sociale », dans V. Caron et al. (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2015, 117-141.

<sup>50</sup> P. Larrieu, *Mythes grecs et droit. Retour sur la fonction anthropologique du droit*, Coll. Dikè, Québec, P.U.L., 2017, p. 142.

<sup>51</sup> *Idem.*

<sup>52</sup> *Idem.*

<sup>53</sup> A. Comte-Sponville, *Dictionnaire philosophique*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 2021, p. 1395.

<sup>54</sup> A. Comte-Sponville, *Dictionnaire philosophique*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 2021, p. 1396.

là des nuances plus que jamais utiles aux juristes. Cette volonté se distingue « du libre arbitre (qui serait le pouvoir indéterminé de se déterminer soi), de l'espérance, qui désire plus qu'elle ne peut, enfin de la veulerie, qui renonce à choisir [par] quoi la volonté n'est pas seulement une faculté; c'est aussi une vertu<sup>55</sup> ». Je ne bouderai pas mon plaisir et oserai la question : En cette époque néolibérale de *moralité contractuelle*, devrions-nous craindre ce recours à la *vertu*? Cela aurait au moins le mérite de nous recentrer sur la perspective *sociale* de cette volonté contractuelle.

Car, outre l'acte unilatéral qu'est le testament<sup>56</sup>, le mécanisme de la volonté en droit des obligations ne devrait pas être abordé que sous l'angle du débiteur – qui *s'engage* et *subit* le lien créé – puisque « ce qui fait la force obligatoire du contrat, c'est la confiance du créancier, non la promesse du débiteur<sup>57</sup> ». Ainsi, la volonté demeure créatrice d'obligation, mais *par* la confiance et donc le *lien social*. Il va sans dire que l'encadrement néolibéral des liens de dettes et la gestion des risques qui en découle – par l'analyse des métadonnées, les algorithmes, les assurances et autres outils financiers – incitent à questionner l'existence même d'une telle confiance des créanciers envers les débiteurs. Est-il seulement possible de forcer la confiance lorsque la méfiance règne en la matière? Méfiance des débiteurs à l'égard des créanciers, méfiance des créanciers à l'égard des débiteurs et méfiance des juristes à l'égard du fonctionnement global du processus contractuel lui-même. Difficile de ne pas déceler dans cette méfiance systémique une forme de délitiation d'un *lien social*. À tout le moins, une transformation majeure que le droit privé doit considérer. Tout cela considérant en toile de fond « l'idée d'assujettissement, qui évoque trop la soumission, voire la servitude, dans la définition d'un contrat, fût-il d'adhésion<sup>58</sup> ». Car si l'on souhaite « que la limitation soit volontaire de part et d'autre, il ne suffit pas de laisser à une partie le choix de déclencher l'application d'un régime à l'élaboration duquel elle n'a pas participé et dont elle ne comprend pas, le plus souvent, toutes les conditions<sup>59</sup> ». Ainsi, et dans la foulée d'un passage du libéralisme ou nouveau libéralisme (Keynes), puis au néolibéralisme<sup>60</sup>, il faudrait sans doute distinguer le contrat classique, du nouveau contrat qui a découlé de la généralisation du contrat par adhésion<sup>61</sup> et du développement de la

---

<sup>55</sup> *Idem*.

<sup>56</sup> Sur la question de la réception de l'acte unilatéral en droit civil québécois, voir C. Gagnon, *La force obligatoire d'un engagement unilatéral*, Thèse, Université Laval, Québec, 2024.

<sup>57</sup> J. Carbonnier, *Théorie des obligations*, coll. Themis, Paris, P.U.F., 1963, p. 84 (par 94).

<sup>58</sup> M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 361.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> « La distinction des noms, « nouveau libéralisme » et « néolibéralisme », aussi discrète soit-elle en apparence, traduit une opposition qui ne s'est pas aperçue d'un coup, parfois même pour ceux qui ont été les acteurs de ces formes de rénovation de l'art du gouvernement. », P. Dardot et Ch. Laval, *La nouvelle raison du monde, Essai sur la société néolibérale*, Paris, La Découverte, 2010, p. 153.

<sup>61</sup> Pour une discussion relative à la dénomination pertinente, voir : M.-A. Picotte, « Adhérer ou adhérer : proposition sur la notion de contrat (par adhésion) », (2021) 51-2 RGD, 519-574; É. Fokou, « L'analyse jurilinguistique

société de consommation, à quelque chose comme le néocontrat contemporain empreint d'acrasie, en phase avec les valeurs néolibérales, voire ultralibérales<sup>62</sup>. Dans un cas comme dans l'autre, deux bases respectives demeureraient, bien que très instables : liberté et volonté. Et à ce titre, il importe de ne pas cesser de considérer le contrat – acte juridique – comme phénomène historique. Ainsi :

Dans l'acte juridique, non seulement la conduite (supposée également volontaire) est dirigée vers un certain résultat, mais encore elle paraît, par elle-même, atteindre ce résultat, opérer un certain aménagement de rapports juridiques particuliers, créer une situation qui s'insère dans l'ordre juridique et réagit sur lui - selon quel mécanisme? Il y a ainsi, semble-t-il, au cœur de la problématique de l'acte juridique, un contraste net : l'acte juridique ne peut ni faire abstraction de l'ordre juridique pour trouver en lui-même son propre fondement, ni, à l'inverse, se réduire au simple fait de sa prévision par une règle générale reconnaissant sa valeur; il s'affirme dans une relative indépendance par rapport à l'ordre juridique, mais l'ordre juridique doit en tenir compte. Les explications doctrinales oscillent entre deux extrêmes. Il y a, schématiquement, une conception objective et une conception subjective de l'acte juridique. Des tentatives pour le caractériser du point de vue de l'ordre juridique, comme une espèce de fait auquel on ne peut attribuer de signification qu'à travers l'ordre juridique; ou, au contraire, du point de vue du sujet, comme activité autonome, créatrice de valeurs, qui se pose au-delà de l'ordre juridique. En d'autres termes, opposition entre une conception statique, identifiant l'acte, au sein des phénomènes juridiques, par une structure – volontaire – particulière; et une conception dynamique, qui l'individualise par sa fonction – normative – propre. Il est clair que ces spéculations sur l'essence de l'acte juridique traduisent en définitive la philosophie de chaque auteur et sa conception des rapports entre l'individu et l'Etat<sup>63</sup>.

Philosophie des auteurs qui par ailleurs peut parfois laisser songeur<sup>64</sup> lorsqu'une forme primaire de *pragmatisme* tend vers la servilité des juristes,

---

des qualifications juridiques en tant que métaphores de la réalité sociale : l'exemple du contrat d'adhésion », (2023) 64-4 *Les Cahiers de droit*, 649-681.

<sup>62</sup> « À la fin de la deuxième décennie d'application de la Refonte de 1991, celle-ci se révèle comme un instrument sur mesure pour assurer la transition entre la phase néolibérale finissante dans les années 1980 et la phase ultralibérale d'effacement du rôle de l'État comme arbitre entre les agents sociaux », M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 25.

<sup>63</sup> G. Rouhette, « Acte juridique », dans *Encyclopædia Universalis*, vol. 1, E.U.F., Paris, 1970, p. 190.

<sup>64</sup> « Aujourd'hui comme hier, nombreux sont les contrats qui ne laissent place à aucune discussion et qui pourraient donc techniquement se qualifier de contrats d'adhésion [...]. Comme l'a observé le doyen Carbonnier, de tels contrats formatés ne sont pas sans présenter certains avantages, puisqu'ils "représentent un progrès par rapport aux marchandages et palabres - qui étaient plaisirs sans doute, mais pour civilisations à rythme lent". Cela est plus vrai encore dans le contexte économique contemporain, où efficacité et rapidité incitent les entreprises à la standardisation. Les contrats d'adhésion ne sont donc pas néfastes en tant que tels; il importe seulement de bien les encadrer, de sorte à contenir les abus pouvant résulter de ce que leurs conditions sont réellement imposées par une des parties contractantes. », J. Pineau, D. Burman, S. Gaudet et C. Valcke, *Théorie des obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Livre I : Les sources des obligations, par C. Valcke, Montréal, Les Éditions Thémis, 2023, p. 64.

voire laisse transparaître une forme de condescendance – si ce n'est du racisme qui s'ignore? – à l'égard de modèles contractuels autres<sup>65</sup>. Car rappelons que cette *évolution* implique que :

Le contrat, institution de l'économie-politique, devenu institution de « l'économique » et du « politique ». [...] Du face-à-face de deux personnes physiques dans le contrat du droit classique, on tend de plus en plus à passer à la relation kafkaïenne d'une personne physique avec une organisation, d'un « être humain » avec une « personne morale » ou autre personne inanimée, comme une fiducie ou une compagnie à numéro (comme dans les camps). Le droit actuel est, en conséquence, taillé sur mesure pour les personnes juridiques autres que physiques, repoussant l'être humain aux marges. L'acte juridique d'adhésion ou de consommation se caractérise par la rédaction unilatérale de clauses imposées à l'adhérent ou au consommateur. Il s'agit de la personne physique soit dans son rôle économique de consommation, soit, ce qui est beaucoup plus grave, dans son rôle de producteur autonome<sup>66</sup>.

C'est par ailleurs cette gravité qui interdit toute conclusion. Si le contrat néolibéral est taillé sur mesure pour les personnes juridiques autres que physiques, s'il est affecté d'akrasie des parties quant à sa formation, comme des juristes quant à sa théorisation et ultimement sa justification, alors force est de constater que cette branche centrale du droit privé est, plus que jamais, futile. À moins que ce ne soit justement l'inverse.

### 3. Assumer la volonté de ne pas conclure

*Malheur à qui jusqu'au bout voudrait ordonner  
le mouvement qui l'excède avec l'esprit borné  
du mécanicien qui change une roue.*  
G. Bataille, *La Part maudite*, p. 30.

La reconnaissance de l'*akrasia* nous permet de souligner l'« absence de contrôle<sup>67</sup> », l'impuissance quant à la détermination du contenu et du processus de formation du contrat. Il est évident que la grande majorité des parties adhérentes sont aujourd'hui impuissantes face au processus contractuel. Mais qu'en est-il des juristes? Le contrat contemporain ancré dans le néolibéralisme a-t-il pour effet de laisser le droit – société vivante<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> E. Fokou et A. Bélanger, « Dialogue entre le droit civil des contrats et un droit traditionnel africain : essai sur le Nsountee dans la communauté ngombale de l'Ouest-Cameroun », (2022) 52-1 *Revue Générale de Droit*, 103-150.

<sup>66</sup> M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 410.

<sup>67</sup> P. Engel, « Akrasia pratique et akrasia épistémique », (2007) 2-29, *Le Philosophoire*, 63-79, p. 63.

<sup>68</sup> M.-C. Belleau, « Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XX<sup>e</sup> siècle en France », (1999) 40 *Cahiers de droit* 507-544.

– dans l'antichambre de la justice au bénéfice de la *fabrique des contractant-es endetté-es*<sup>69</sup>? À cet effet, l'invitation de Belley, formulée dans une perspective plus limitée des *obligations ajuridiques* (mais partie prenante du contexte néolibéral), se doit d'être entendue :

La pire déception ne serait pas de constater que le droit civil n'est plus au centre de la vie juridique, au principe et à la fin de tout contrat. Ce serait plutôt de voir les agents du système public de justice fermer les yeux sur la démesure de l'indépendance contractuelle en la cautionnant sans d'abord vérifier sa qualité. Si le pire devait arriver, qu'au moins la loi, la jurisprudence et la doctrine ne soient pas complices, activement ou passivement, de l'avènement d'une ère post-juridique au cours de laquelle le contrat de droit privé ferait place au contrat privé de droit<sup>70</sup>.

Ces dernières décennies, une importante transgression *technique* et néolibérale a secoué l'ordre contractuel civiliste. Cette transgression est finalement acceptée, intégrée, et ne pose plus *problème*. Pour se redonner la possibilité à la fois d'un droit vivifiant et d'un rapport social justifiant les obligations, la subversion<sup>71</sup> s'impose. Un changement d'angle d'analyse, une alternative à notre façon de voir le monde juridique, une interrogation globale sur le rôle sociétal du contrat qui nous invite et nous encourage à inverser un peu les choses et à les aborder différemment (hors la finance et la gestion point de salut, vraiment?). Nous ne réinventerons pas la roue en matière contractuelle; ce n'est d'ailleurs pas la prétention de ce texte. Mais le volontarisme dans le contrat est assez subversif en lui-même pour réussir encore aujourd'hui à justement subvertir cette transgression des valeurs libérales en cours depuis un siècle. Le préfixe latin *sub*, signale que ce qui est subversif émerge secrètement, qu'il surgit sous une chose pour se déployer autre part. Nous l'avons souligné à maintes reprises, la théorie du contrat est fragile, mais non moribonde; le volontarisme est désormais anecdotique, mais néanmoins *radical* – au sens premier du terme. L'akrasia des parties, comme celle des juristes, est réversible. Cette (re)prise de contrôle contractuel par le pouvoir de la volonté est bel et bien potentiellement subversive face aux méfaits du néolibéralisme. C'est implicite, subtil, contenu dans l'outil juridique même

---

<sup>69</sup> A. Bahary-Dionne et M.-A. Picotte, « Les pauvres et le droit civil : essai sur la production du savoir juridique », (2023) 4-1, *Communitas*, en ligne; M. Lazzarato, *La fabrique de l'homme endetté : Essai sur la condition néolibérale*, Paris, Éditions Amsterdam, 2011.

<sup>70</sup> J.-G. Belley, « Les « obligations ajuridiques » : des oubliées du Code civil ? », dans V. Caron et al. (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2015, 143-163, p. 162.

<sup>71</sup> Sur une perspective à la fois plus générale et approfondie, voir S. Saint-Onge, « Comment rire des lois, du magistrat et des dieux en droit des contrats? ou Petit manuel juridique pour Anarchist/Prostitute... », (2023) 4-1, *Communitas*, en ligne.

qu'est le contrat. Ce n'est qu'implicite, subtil et contenu, mais, une fois visible à nouveau...