

# LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE CHEZ JOSSERAND, OU LA TENTATIVE DE MAINTENIR LE COMPROMIS REPUBLICAIN

Jean-Pascal CHAZAL

Professeur des Universités  
Ecole de droit de Sciences Po

La pensée de Louis Josserand, en matière contractuelle, est difficile à suivre. Elle peut paraître contradictoire (probablement l'est-elle), et le risque de contresens est important. Par exemple, l'expression « *forçage du contrat* » est devenue en doctrine une citation commune et commode pour signifier, sans avoir à le justifier, que le juge n'a pas d'autre fonction que d'appliquer le contrat tel qu'il a été voulu par les parties, sans pouvoir s'immiscer dans leurs stipulations pour les modifier, ce qui n'était nullement l'opinion de Josserand, malgré quelques passages de ses écrits qui pourraient le laisser penser aux lecteurs trop rapides. Sur la question de la protection de la partie faible, le même genre de difficultés se retrouve et on constate que les postulats de sa théorie du contrat ne sont guère cohérents avec les solutions pratiques qu'il préconise. Il s'agit d'essayer de comprendre pourquoi, et cette tentative de compréhension ne peut se penser indépendamment du contexte économique, social et politique dans lequel la pensée de Josserand s'est formée puis développée.

Le dernier tiers du XIX<sup>ème</sup> siècle constitue un tournant. La société s'est profondément transformée tant du point de vue politique (après l'échec de 1848, l'avènement de la III<sup>ème</sup> République qui pérennise le suffrage universel non censitaire, certes encore réservé aux seuls hommes) qu'économique (développement du capitalisme, progrès technique, industrialisation et urbanisation). Ces bouleversements sont la source de nouveaux problèmes, ou plutôt confèrent à des problèmes anciens une dimension inédite. Comment répondre aux nouveaux besoins sociaux, aux aspirations de la majeure partie de la population pour qui les conditions de la vie bourgeoise sont hors de portée, sans déstabiliser la société entière ? Comment garder les fondements et l'organisation de cette société (laquelle est dominée par la bourgeoisie), tout en les adaptant suffisamment pour conjurer les risques d'une révolution. C'est le moment de « *l'invention du social* », selon l'expression de J. Donzelot : « *le social apparaît comme une invention nécessaire pour rendre gouvernable une société ayant opté pour un régime démocratique. Toute son histoire se présente comme la recherche d'une voie qui évite tant les fourches caudines de la Révolution que celles de la tradition, afin d'apporter une solution spécifiquement républicaine à la question de l'organisation de la vie des hommes en société, par-delà les sommatons doctrinaires du libéralisme et du socialisme* »<sup>1</sup>. Evidemment les juristes sont au cœur de ce questionnement, même si tous n'en ont pas conscience ou si tous ne l'expriment pas franchement. Certains sont les gardiens de l'ordre libéral et de la tradition (alliance de libéraux et de conservateurs) ; ils tentent de s'opposer aux évolutions qui dissolvent le droit civil issu du Code de 1804 et risquent de renverser la hiérarchie sociale (Ch. Beudant, M. Planiol, E. Acolas), tandis que d'autres adoptent des positions plus ou moins radicales, proches des idées socialistes, même si tous n'y adhèrent pas (E. Lévy, E. Lambert, L. Duguit). Toutefois, la majorité des professeurs de droit, quelles que soient leurs opinions politiques (droite ou gauche) ou leurs convictions religieuses (catholique ou non), adoptent une position conciliatrice, médiane. Ils souhaitent ardemment préserver l'ordre social, mais ils consentent, ou bien avec conviction ou bien par fatalisme ou encore par intelligence tactique, à des transformations du droit. C'est en ce sens que le droit se socialise<sup>2</sup> : il

<sup>1</sup> J. Donzelot, *L'invention du social, Essai sur le déclin des passions politiques*, Seuil 1994, p.13 et 14.

<sup>2</sup> J. Charmont, *La socialisation du droit, (leçon d'introduction d'un cours de droit civil)*, Revue de métaphysique et de morale, 1903, p.380 et s. ; sur cette question, il faut lire les travaux de Ch. Jamin : *Demogue et son temps, Réflexions introductives sur son nihilisme juridique*, RIEJ 2006.56, p.5 et s. ; *Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique*, Droits 2010-51, p.137 et s.

s'ouvre sur la question sociale ; laquelle implique que les solutions juridiques ne soient plus seulement déduites des règles abstraites et ancestrales compilées dans le Code civil, mais aussi, et peut-être surtout, construites par un raisonnement inductif qui prend ses racines dans les faits, dans la société. Aux côtés de Saleilles, Gény, Demogue, Josserand se situe, à sa manière, dans ce mouvement doctrinal qui pense inévitable, voire souhaitable, d'ouvrir le droit sur le social, de faire pénétrer le social dans le droit. Or le défi est de taille, car la rencontre inédite de l'idéal républicain et la forme démocratique a produit « *l'éclatement de la capacité consensuelle que l'on prêtait jusqu'alors au droit, et qui en faisait l'instrument par excellence de l'organisation républicaine de la société* »<sup>3</sup>.

La protection de la partie faible dans le contrat en particulier, est évidemment l'un des aspects importants de ce mouvement de socialisation du droit. Pourtant Josserand ne s'y intéresse guère dans un premier temps, préférant s'attacher à l'indemnisation des victimes du fait des choses inanimées et, dans une perspective beaucoup plus large, forger une théorie relative des droits subjectifs. Ici, Josserand prend clairement ses distances par rapport au libéralisme et à l'individualisme – doctrines dans lesquelles les droits sont nécessairement absolus –, afin de conférer à ces derniers « *une fonction sociale* ». Le lecteur de Josserand sera donc étonné de constater qu'en revanche, dans ses écrits consacrés au droit des contrats, il s'appuie toujours sur une théorie volontariste et libérale du contrat. Cependant, celle-ci ne l'empêche pas de trouver les instruments techniques pour protéger les parties contractantes en situation de faiblesse (I). La protection nécessaire de ces derniers ne sera donc pas politiquement ni théoriquement assumée, mais seulement techniquement obtenue (II). Cette position caractérise le « *rénovateur inquiet* » qu'était Josserand, selon l'expression de J-L. Halpérin<sup>4</sup> ; elle tranche toutefois avec l'audace rénovatrice qui caractérise la première partie de sa carrière, durant laquelle il n'hésite pas à proposer des théories nouvelles et à rompre avec l'enseignement doctrinal classique, comme pour la responsabilité pour risque, la propriété collective, la relativité des droits. A l'image de beaucoup de juristes des années 1930, angoissées par les troubles sociaux et la montée des extrêmes de tous bords, Josserand tente de maintenir le compromis républicain consistant à préserver les principes individualistes de la Révolution, sans rien renier de sa sensibilité sociale ni de ses idéaux humanistes (III).

## I – UNE PROTECTION NECESSAIRE DE LA PARTIE FAIBLE

En octobre 1934, Josserand donne une conférence à l'Ecole française de droit de Beyrouth, intitulée *La protection des faibles par le droit*<sup>5</sup>. Il explique que la tendance contemporaine du droit est de protéger de plus en plus les faibles contre l'exploitation des forts. Il y voit une rénovation et une humanisation du droit. Après avoir taxé la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen « *d'individualisme outrancier* » discrédité, il dépeint la politique nouvelle comme la victoire des valeurs sociales, d'harmonie des droits subjectifs et de protection des faibles contre la force brutale et la puissance. Il tient, dans une note, à se démarquer de G. Ripert, qui consacre lui aussi un chapitre à la protection des faibles dans son livre *Le régime démocratique et le droit civil moderne* : « *l'auteur voit dans cette protection, non sans quelque scepticisme, et avec beaucoup de pessimisme, un produit peu désirable de l'esprit démocratique et un corollaire de la loi du nombre : visiblement, le fort l'intéresse plus que le faible* ». Sans être complètement fausse, cette remarque acide n'est pas juste. Ripert était favorable à l'extension des cas de lésion dans le but de sanctionner l'exploitation injuste des faibles<sup>6</sup>. Sur ce point, les deux auteurs semblent d'accord. Cependant deux éléments déterminants les séparent. D'une part, si les deux auteurs parlent de morale pour justifier la défense des faibles contre l'exploitation injuste dont ils peuvent être victimes, il ne s'agit pas de la même morale : morale chrétienne chez Ripert, morale républicaine chez Josserand. Il se trouve que s'agissant de la protection des faibles contre l'exploitation injuste des forts, ces deux morales se rejoignent, de sorte qu'il n'est

<sup>3</sup> J. Donzelot, op. cit., p.36.

<sup>4</sup> *Histoire du droit français depuis 1804*, PUF. Coll. Droit fondamental, 1996, n°126 et 137.

<sup>5</sup> Publiée dans *Evolutions et Actualités, conférences de droit civil*, Sirey 1936, p.159.

<sup>6</sup> Voir *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ. 1949 4<sup>ème</sup> éd., n°70 et 86.

pas aussi étonnant que cela que les deux auteurs aient adopté les mêmes positions. D'autre part, il suffit de lire *Le régime démocratique et le droit civil moderne*<sup>7</sup> pour comprendre que, contrairement à Josserand, Ripert n'a aucune affection pour la démocratie parlementaire et la question sociale. S'il consent à protéger la partie faible, c'est uniquement pour éviter les injustices les plus criantes et ne pas courir le risque que la loi du plus grand nombre ne détruise le droit civil classique et son principe fondateur : la liberté individuelle, en instaurant des mesures de protections trop générales. Éprouvant une grande défiance à l'égard du législateur, il préfère s'en remettre aux pouvoirs du juge, en qui il voit une figure conservatrice rassurante pour la sauvegarde de la morale chrétienne<sup>8</sup> : « *les plus faibles dans le jeu contractuel sont les plus forts dans le jeu politique. Contre la souveraineté du contrat ils n'ont qu'à dresser la souveraineté de la loi* »<sup>9</sup>. Josserand, quant à lui, ne défend pas les faibles par dépit ou par nécessité tactique, mais par conviction humaniste ; il tient à mettre le social au cœur du droit civil, alors que Ripert tente de juguler le social en se servant du droit civil comme rempart, même s'il consent à l'adapter à la marge.

Si l'on se concentre sur le droit des contrats, Josserand montre que « *les faibles d'aujourd'hui ne sont plus toujours les faibles d'autrefois* ». Si les femmes, jadis considérées comme faibles, sont parvenues de nos jours presque partout à la plénitude du statut juridique (affirmation très contestable en 1934 !), à l'inverse, de nouvelles catégories de personnes doivent être protégées par le droit : les ouvriers, les petites entreprises commerciales et industrielles face aux cartels, syndicats et autres trusts, les clients des grandes compagnies. Contrairement aux cas, réels ou supposés, de faiblesse classiques (femmes, mineurs, prodigues), la faiblesse d'un nouveau genre n'est point inhérente à la personne, elle n'est pas permanente et continue, mais intermittente et discontinue ; elle est « *professionnelle ou contractuelle ou fonctionnelle* », elle est d'ordre social ou économique<sup>10</sup>.

Devant ces nouveaux cas de faiblesse, il ne fait pas de doute pour Josserand que le droit doit intervenir, et il le fait d'une façon originale. Alors que pour les cas de faiblesse classique, les mesures de protection visent la personne en situation de faiblesse elle-même, pour les nouveaux cas de faiblesse, « *ce n'est pas la personne du protégé qui devient le siège de mesures protectrices (...) c'est la partie adverse que l'on atteint et dont on paralyse, dont on conditionne l'activité ; c'est le plus fort que l'on maîtrise afin qu'il n'exploite pas injustement le faible ; le handicap est pour lui, non pour sa victime désignée* »<sup>11</sup>. Cette protection des nouveaux faibles intervient de deux manières. D'une part, de manière préventive, le législateur prohibe « *certaines clauses de nature à mettre le faible à la*

---

<sup>7</sup> LGDJ. 1<sup>ère</sup> éd. 1936 ; 2<sup>nde</sup> éd. 1948, ouvrage curieusement jamais réédité depuis contrairement aux autres monographies de Ripert.

<sup>8</sup> Sur cette question, Cf. J-P. Chazal, *G. Ripert et le déclin du contrat*, Revue des contrats, 2004, p.244.

<sup>9</sup> *Le régime démocratique ...*, n°96. C'est la même opinion qui est exprimée par Achille Mestre, dans une lettre adressée à Josserand le 14 juillet 1936 et qui commence ainsi : « *N'ayant pas participé cet après-midi aux manifestations du Front Populaire, j'ai pensé que je n'aurai pas de meilleur et de plus agréable emploi de ma journée que de suivre, dans votre beau livre Evolutions et Actualités, le déclin des grands principes de 1789 dans la jurisprudence civile contemporaine* » ; puis vient l'opinion de l'auteur sur la conférence sur la protection des faibles : « *Vous avouerez-je que j'aurais souhaité y trouver- ne fût-ce qu'en passant- une explication un peu moins idyllique de la profusion des « faibles ? » Notre législation en cette matière ne viendrait-elle pas quelque peu du suffrage universel et du rôle que jouent les masses, où dominant les « faibles », dans la désignation des législateurs ? Il y a d'ailleurs deux catégories de faibles sur lesquels, il me semble, vous avez glissé et qui jouent pourtant dans le devenir juridique des rôles de protagonistes : débiteurs et locataires. Ce sont surtout, en tant (sic) de crise, de forts électeurs. Vous dites que Ripert est 'intéressé' par le fort plus que par le faible. J'incline à penser que la loi n'est pas assez intéressée par le fort, c'est-à-dire par celui qui a réussi économiquement et je trouve qu'il y a quelqu'injustice (sic) à le laisser discréditer et à faire peser sur lui je ne sais quelle fâcheuse présomption de voracité et d'immoralisme. Je ne dis certes pas que tel est votre cas, mais la malveillance réelle des pouvoirs publics à l'égard des entreprises qui réussissent (décrets-lois sur l'électricité, la sucrerie, etc.) et leur condescendance envers les 'ratés', finit par être irritante. Tout cela est question de mesure et le problème consiste à être humain envers les malheureux sans décourager les autres* ». Archives Départementales du Rhône (ADR), 224 J 31 Fonds Louis Josserand.

<sup>10</sup> *La protection des faibles par le droit*, art. préc., p.167

<sup>11</sup> art. préc., p.171.

*discrétion du fort* » (clause d'exonération de responsabilité dans le contrat de transport, certaines clauses des contrats d'assurance, etc.) ou prescrit que les clauses contractuelles rédigées par les grandes compagnies soient présentées aux clients de manière très apparente. D'autre part, lorsque l'abus de faiblesse n'a pu être prévenu, des sanctions *a posteriori* sont possibles. « *Si les mesures préventives sont demeurées infructueuses, si le faible a été exploité, s'il a été blessé, si l'équilibre a été effectivement rompu entre les intérêts en présence, alors interviennent des mesures de réparation : lorsqu'on n'a pu prévenir le mal, on doit s'efforcer de le guérir ou de l'apaiser* »<sup>12</sup>. A côté de la théorie de l'abus de droit et de l'objectivation de la responsabilité, deux positions qu'il a défendues dans les écrits précédents, Josserand plaide pour une généralisation de la lésion : « *lorsque, dans la formation d'un contrat, l'une des parties a été dominée par l'autre qui a exploité sa faiblesse ou sa détresse, il est juste et il est désirable que l'acte tombe, vicié qu'il est dans son origine : la lésion, du moins si elle a été volontairement, consciemment causée à la victime, doit être pour celle-ci une cause de nullité ou de rescision du contrat* ». Josserand déplore ensuite que cette idée n'ait encore que peu pénétré le droit français alors qu'elle a été consacrée en Allemagne, en Suisse, en Union soviétique, en Chine, au Liban et dans le projet franco-italien d'un Code des obligations.

Josserand conclut sa conférence en rappelant : « *Ainsi, en tout pays, des mesures sont prises pour venir au secours des nouveaux faibles, de ceux qui subissent l'oppression des forces économiques et sociales du monde contemporain* »<sup>13</sup> ; et en appelant à une intervention énergique du législateur : « *aux grands maux les grands remèdes* » (il estime qu'en raison de son droit jurisprudentiel et du poids de ses traditions, l'Angleterre ne suit le mouvement qu'avec lenteur). Il réitère son opinion, dans la dernière édition de son *Cours de droit civil*<sup>14</sup> : « *que les pouvoirs publics se préoccupent d'organiser le contrat, phénomène social et non pas seulement individuel, rien de mieux ; notamment, il est désirable que le juge et le législateur s'efforcent de protéger le plus faible contre le plus fort et d'assurer, par des mesures préventives ou répressives, l'équilibre de l'opération (interdiction des clauses léonines, prévention ou répression de la lésion)* ».

Pourtant, Josserand ne va pas jusqu'à faire de la lésion une arme de combat social. Au contraire, Demogue, pour qui l'inégalité des prestations contractuelles « *est contraire à l'harmonique développement des forces sociales* », écrivait : « *la théorie de la rescision pourrait peut-être un jour revêtir un aspect social pour protéger le pauvre contre les possédants ; aujourd'hui l'ouvrier contre le patron, peut-être demain le modeste locataire contre son bailleur* »<sup>15</sup>. Evidemment, Ripert dénonçait cette dérive électoraliste qui faisait de la lésion une « *arme contre le contrat* »<sup>16</sup>. Ripert, quant à lui, rejette ce qu'il qualifie comme « *la plus vague des idées sociologiques* »<sup>17</sup> et recentre la lésion sur la morale individuelle et chrétienne. Finalement, sur la question de la lésion, Josserand se situe entre le militantisme social de Demogue et la concession tactique de Ripert. La protection de la partie faible lui semble être une vraie nécessité, mais celle-ci doit être obtenue par un effet de la technique juridique, sans opérer une rupture théorique affectant le concept de contrat.

## II – UNE PROTECTION SANS RUPTURE THEORIQUE

La théorie du contrat de Josserand s'inscrit sans contestation dans le courant volontariste. A l'instar de M. Planiol, il voit dans le consentement l'élément essentiel du contrat : « *sa définition se confond donc avec celle du contrat lui-même, dont il constitue la trame, le substratum* »<sup>18</sup>. C'est parce qu'il fixe le

---

<sup>12</sup> art. préc., p.172.

<sup>13</sup> art. préc., p.177.

<sup>14</sup> 3<sup>ème</sup> éd. 1939, T.II, n°405 bis ; cf. aussi le n°106.

<sup>15</sup> *Traité des obligations en général*, T.I, 1923 n°395.

<sup>16</sup> *Le régime démocratique (...)*, op. cit., n°94.

<sup>17</sup> *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ 4<sup>ème</sup> éd. 1949, n°70.

<sup>18</sup> *Cours de droit civil positif français*, Sirey 1<sup>ère</sup> éd. 1930, T.I, n°41.

centre de gravité du contrat dans la volonté des parties, que Josserand défend, dans le débat relatif à la nature du contrat d'adhésion, le parti civiliste de la nature conventionnelle et, donc, le conduit à s'opposer aux théories soutenues par L. Duguit, M. Hauriou et R. Saleilles<sup>19</sup>. La volonté participant de l'essence du contrat, le seul échange des consentements suffit à le former, les parties fussent-elles économiquement inégales ou l'une d'entre elles eût-elle pré-rédigé unilatéralement les stipulations contractuelles. Le contrat d'adhésion est une véritable convention, et non un acte unilatéral ou réglementaire, car l'adhésion équivaut à l'acceptation d'une offre et la loi n'exige que l'égalité juridique, non pas une égalité économique ni une négociation préalable à armes égales. « *Il est bien vrai que le pollicitant joue, dans la tractation, un rôle prépondérant et qu'il occupe une situation dominante ; mais le législateur n'exige nulle part une égalité dans la collaboration des parties à un contrat ; la liberté économique n'est pas une condition de validité des conventions* »<sup>20</sup>.

Dans ses célèbres chroniques publiées dans les années 1930 aux Dalloz, Josserand utilise des expressions fortes qui pourraient laisser penser que son volontarisme se double d'un libéralisme incompatible avec l'idée de protéger la partie en situation de faiblesse. Ainsi, il dénonce le passage d'un contrat simplement contrôlé par le législateur – afin d'assurer la liberté contractuelle, l'observation de la parole donnée et le respect de l'ordre public – à un « *contrat dirigé* »<sup>21</sup>, annonçant ainsi la fin de « *cet âge d'or contractuel* », dans lequel la conception traditionnelle faisait du contrat une œuvre privée qui « *constituait le domaine d'élection de l'autonomie de la volonté* ». Josserand ne mâche pas ses mots pour accuser le dirigisme exercé par les pouvoirs publics sur la formation et les effets du contrat : « *il est singulièrement plus oppressif, plus destructif de l'autonomie de la volonté, plus anticontractuel ; avec lui, c'est une socialisation, une étatisation du contrat qui se poursuit sans relâche* ». Contrairement à ce que l'on croit souvent, sa critique vise au premier chef le législateur dont l'intervention se fait de plus en plus oppressante. Et Josserand de s'agacer contre les lois régissant les contrats de transport, de travail, d'assurance, de bail commercial ; contre ce dirigisme « *compressif* » qui impose aux contractants des clauses et en prohibe d'autres. « *Un droit de classe se constitue ainsi progressivement ; l'équilibre juridique que le code civil s'était efforcé de réaliser entre les contractants se trouve rompu de nos jours par les pouvoirs publics ; les hommes ne sont plus égaux devant le contrat, donc devant la loi* ». Evidemment, la critique la plus dure est adressée à la création, par la jurisprudence d'une obligation de sécurité de résultat dans le contrat de transport, et c'est à cette occasion que Josserand parle d'un « *procédé de forçage qui est la dénégation de la règle de l'autonomie de la volonté contractuelle : les contractants ne sont plus maîtres chez eux* ». Le contrat est donc « *dirigé vers sa ruine* », l'ingérence des pouvoirs publics visant à affaiblir la force obligatoire des contrats « *est constamment émolliente, dissolvante, néfaste* ».

En 1937, paraissent deux chroniques dont le ton est tout aussi pessimiste, voire catastrophiste. Dans la première, intitulée *Sur la reconstitution d'un droit de classe*<sup>22</sup>, Josserand se plaint d'un « *mouvement contre-révolutionnaire* » se caractérisant par la « *fragmentation du droit* » et « *le droit commun découpé en tranche* ». Il prend ici pour cible les nouvelles lois qui réinstaurent de véritables classes selon les activités professionnelles et les positions occupées par les sujets de droit dans la société. Dans la seconde chronique intitulée *Un ordre juridique nouveau*<sup>23</sup>, Josserand écrit que le droit « *s'amoralise* » et se matérialise (au sens où il devient de moins en moins spiritualiste) et si l'ordre juridique nouveau il y a, il est essentiellement un ordre économique, financier et fiscal ; il est l'ordre de « *la tyrannie que les faits économiques exercent impitoyablement sur le droit* ». Il prend même des accents ripériens en louant les aspects positifs de la conception morale du droit : « *que de bienfaits sont à inscrire à l'actif d'un droit qui puisait ses inspirations dans la « règle morale » à laquelle il empruntait son esprit et sa finalité ! (...) Respect de la parole donnée, stabilité des contrats, force effective, et non pas seulement nominale, du lien obligatoire, considéré vraiment comme un « vinculum » ; tous avantages et toutes caractéristiques qui se peuvent résumer sous ces trois mots :*

<sup>19</sup> op.cit., n°32.

<sup>20</sup> Cours de droit civil, T.II, 3<sup>ème</sup> éd. 1939, n°400)

<sup>21</sup> *Le contrat dirigé*, D.H. 1933, Chron., p.89.

<sup>22</sup> D.H. 1937, Chron. 1.

<sup>23</sup> D.H. 1937, Chron., p.41.

*durée, stabilité, sécurité* ». Malgré les aspects positifs de cette mutation (notamment l'objectivation de la responsabilité civile), Josserand se plaît à en explorer la face sombre, déplorant « *l'abolition constante* » de la force obligatoire des contrats. « *Ce crépuscule de la force obligatoire des contrats et de la permanence de leurs effets, déterminé à la fois par la pression des circonstances économiques et par une mystique favorable au débiteur, hostile au créancier, a permis d'évoquer, voilà pas mal d'année déjà « la décadence de la souveraineté du contrat » (G. Morin, La loi et le contrat ; la décadence de leur souveraineté) ; il restera le plus lourd des tributs qui ait jamais été payé par le droit à son servage économique* ». Or, il est difficile de concevoir une protection de la partie faible par le droit si l'on refuse de voir les inégalités économiques entre les contractants ou catégories de contractants, si l'on croit à leur égalité abstraite, c'est-à-dire en droit et non pas en fait.

Toujours en 1937 paraît à la Revue trimestrielle de droit civil un article dans lequel il dénonce aussi la « *constitution d'un droit contractuel de classe* », en rappelant que c'est dans l'atteinte à la force obligatoire que « *le dirigisme contractuel* », qui est à la fois d'origine législative et jurisprudentielle, présente son caractère « *le moins favorable, parfois même le plus pernicieux* »<sup>24</sup>. « *Le contrat a cessé d'être libre pour devenir dirigé* », assène-t-il. Manifestement, Josserand ne se montre guère favorable à l'immixtion des pouvoirs publics dans la sphère contractuelle, qui doit rester la chose des parties, selon l'antienne libérale.

L'année avant sa mort, il publie une chronique intitulée *Les dernières étapes du dirigisme contractuel : Le contrat forcé et le contrat légal*<sup>25</sup>, dans laquelle, il écrit: « *le contrat devient de moins en moins contractuel ; en lui, le côté social tend à prédominer sur le tempérament individuel* ». Dans cette critique transparait une conception volontariste et libérale du contrat, parfaitement assumée par l'auteur. Selon lui, il est hérétique d'accoler les adjectifs « forcé » ou « légal » au substantif « contrat », celui-ci étant, « *par définition même, le produit, la fusion de deux volontés qui en constituent l'âme et l'essence même* », dont le contenu est soumis au « *grand principe de l'autonomie des volontés* » qui « *préside à l'élaboration et à la conclusion des accords, lesquels sont librement consentis* ».

Avec une telle théorie du contrat, il paraît difficile de soutenir que la partie faible doit être protégée contre les éventuels abus dont elle pourrait être victime. Du moins, les concepts mobilisés par Josserand (égalité abstraite, liberté individuelle, autonomie de la volonté, sécurité contractuelle) sont aussi ceux invoqués par les libéraux pour s'opposer à toute protection de la partie faible dans le contrat, convaincus que chaque individu est le meilleur défenseur de ses propres intérêts. La question est donc de savoir pourquoi Josserand s'accommode-t-il d'une théorie du contrat volontariste et libérale qui cadre mal avec les solutions techniques qu'il propose ? Pourquoi ne propose-t-il pas une autre théorie du contrat plus en harmonie avec ses convictions et la satisfaction de ce qu'il considère être un besoin social ? Pourquoi se montre-t-il donc aussi frileux en droit des contrats, alors qu'il a proposé en droit de la responsabilité (théorie du risque), des biens (théorie de la propriété commune), ou encore pour les droits subjectifs (théorie de la relativité), des ruptures théoriques franches et audacieuses ?

### III – LE COMPROMIS REPUBLICAIN

Les charges répétées de Josserand contre le « *dirigisme contractuel* » se trouvent principalement dans ses petites chroniques publiées au Dalloz. Dans les articles de fond qu'il publie à la même période, ou bien dans des mélanges, ou bien à la Revue trimestrielle de droit civil, ou bien encore dans son Cours de droit civil, sa position est exprimée de façon beaucoup plus nuancée. Une lecture attentive invite à

<sup>24</sup> *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, RTD.civ. 1937, p.1.

<sup>25</sup> D.H. 1940, Chron., 5.

ne pas le classer trop activement dans le camp des libéraux, contrairement à ce que certaines formules caricaturales contenues dans des chroniques d'humeur peuvent laisser croire.

Ainsi, dans l'article intitulé *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*<sup>26</sup>, il explique que le double phénomène de l'accumulation des capitaux et de la concentration des entreprises a bouleversé la configuration des parties contractantes : « *entre de tels contractants, les uns colossaux, les autres infimes, l'autonomie de la volonté cessait d'avoir un sens ; la liberté contractuelle devenait une réalité unilatérale, ne fonctionnant qu'au profit du plus fort, réalisant à coup sûr l'écrasement du faible. A l'égalité théorique, désormais rompue dans les faits, il fallait substituer l'égalité effective en instituant une politique de réglementation et d'interventionnisme ; ainsi devenait inéluctable un changement dans la configuration des contrats ; n'étant plus les mêmes personnes qu'autrefois, les contractants ne pouvaient plus traiter dans les mêmes conditions que jadis ; les phénomènes économiques avaient déterminé chez eux une véritable transfiguration qui devait fatalement retentir sur la structure des contrats ; à d'autres contractants, il fallait d'autres contrats ; comme toujours, l'économie a réagi sur le juridique ; l'ordre public économique a commandé la transformation de l'ordre juridique contractuel ; il l'a assis sur de nouvelles bases ; il l'a publicisé* » en taillant largement dans les principes de la liberté et de l'autonomie des volontés qui constituaient jadis l'atmosphère et l'âme du contrat ». D'où un appel à la « *déromanisation* » des contrats, afin de les adapter au monde économique et social du XX<sup>ème</sup> siècle<sup>27</sup>. Il ne parle alors plus d'asservissement du droit à l'économie, mais du droit comme une science sociale évolutive, laquelle doit s'adapter sans cesse et rénover ces principes et concepts pour les adapter aux nouveaux enjeux économiques.

S'agissant du contrat d'adhésion, il est indiscutable que Josserand en admettait la réalité sociologique : l'une des parties dicte sa loi à l'autre ; et il estimait qu'il « *faudra, de toute justice, que le droit vienne au secours de tant de faiblesse* »<sup>28</sup>. Dans sa célèbre étude sur *La « publicisation » du contrat*<sup>29</sup>, il explique que « *le contrat d'adhésion se présente ainsi sous la forme d'un « diktat », exclusif des pourparlers, et, chez l'une des parties, de toute ou presque toute autonomie de sa volonté* ». Cependant, il se refuse à épouser la thèse de Saleilles<sup>30</sup> – qui est aussi celle, avec des nuances, de Duguit et Hauriou – de la nature non contractuelle des contrats d'adhésion, « *qui n'ont de contrat que le nom* ». Selon Josserand, qui suit ici la majorité des auteurs, il s'agit d'un véritable contrat de droit privé, car le Code civil n'exige nullement, pour qu'une convention soit valable, une égalité économique entre les parties contractantes ni l'existence d'une négociation préalable à la conclusion. « *Autre chose est la liberté juridique et autre chose l'indépendance économique* ». Toutefois, il reconnaît, dans une solution de compromis paradoxal, que ce contrat « *renferme en lui un règlement et s'apparente ainsi aux actes administratifs, ce qui conduira le juge et le législateur à dégager pour lui les linéaments d'un statut spécial, protecteur du faible contre le fort (...)* ».

Plus généralement, Josserand est-il vraiment convaincu que le contrat est en déclin, « *dirigé vers sa ruine* » ou vit un « *drame* » ? Croit-il vraiment au « *crépuscule de la force obligatoire* » ? Dans d'autres écrits que les fameuses chroniques au Dalloz, il affirme, au contraire, que le contrat du XX<sup>ème</sup> siècle a une supériorité éclatante sur celui du droit romain, grâce à l'essor à la fois quantitatif et qualitatif qu'il a connu au début du XX<sup>ème</sup> siècle. Josserand n'est pas négatif sur « *l'amplification du contenu obligatoire des contrats* » : « *la substance obligatoire devient de plus en plus riche, les*

---

<sup>26</sup> RTD.Civ. 1937, p.1.

<sup>27</sup> *L'essor moderne du concept contractuel*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, 1934, TII, p.333 et spéc. p.346 ; cf aussi *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, RTD.civ. 1937, p.1 et s.

<sup>28</sup> *La protection des faibles par le droit*, art. préc., p.169.

<sup>29</sup> in *Introduction à l'étude du droit comparé*, *Recueil d'études en l'honneur d'E. Lambert*, Sirey-LGDJ. 1938, T.III, §.145, p.143.

<sup>30</sup> *La déclaration de volonté*, LGDJ. 1901, art.133, n°89 et 90, p.229.

*contrats s'affirment toujours plus productifs, toujours plus féconds* »<sup>31</sup>. Et c'est au travail des juges, qui découvrent des obligations jusque-là insoupçonnées en se fondant sur les articles 1134 al.3 et 1135 c.civ., que l'on doit cet enrichissement et cette vitalité. Il récuse la thèse du déclin du contrat et parle de « *nouvel essor* » : « *le concept contractuel se développe et s'enrichit de pair avec le concept délictuel ; s'il traverse une crise, c'est une crise de croissance* ». Josserand approuve donc les nouvelles obligations jurisprudentielles, qui trouvent leur source dans la bonne foi et l'équité, tout en pronostiquant leur multiplication : « *En présence d'une transformation de cette envergure et qui équivaut presque à une dénaturation, on comprend que les civilistes hautement qualifiés aient conclu au déclin et presque à la disparition d'un concept dont ils se préparent à dresser l'acte de décès (...). Il n'est pas sûr que cette vue pessimiste soit entièrement juste et nous sommes de ceux qui pensent qu'on se hâte un peu trop de reconduire le contrat jusqu'à sa demeure dernière : aujourd'hui encore, et malgré les avatars qu'il subit, il figure encore au nombre de ces morts qui se portent assez bien ; et peut-être que ce n'est pas de déclin, de crépuscule qu'il est question pour lui, mais bien de transformation et de renouveau* »<sup>32</sup>. Ou encore : « *la gamme des contrats s'avère donc de plus en plus étendue, de plus en plus riche : nous vivons de plus en plus contractuellement* »<sup>33</sup> ; « *le contrat a gagné en profondeur et en intensité : son potentiel obligationnel s'est accru, sous les efforts du législateur parfois, mais plus souvent par l'action de la jurisprudence* »<sup>34</sup>. D'ailleurs, dans son *Cours de droit civil positif*<sup>35</sup>, il montre comment l'équité traduit l'esprit contractuel en luttant contre « *le droit conventionnel strict* ».

Dans *La « publicisation » du contrat*, en 1938, Josserand diagnostique, sans acrimonie, « *ce phénomène capital de la pénétration du droit civil par les disciplines et par l'esprit du droit public* », qui se traduit par le primat du social sur l'individuel. Comme d'autres institutions du droit, telle la propriété, le contrat n'est plus « *une affaire purement privée* », mais dans une certaine mesure, « *une affaire publique et presque une « affaire d'Etat* ». ». Les germes de cette évolution sont, pour Josserand, déjà contenus dans le Code civil aux articles 1135 et 1160, lesquels contraignent la volonté des parties à partager son pouvoir créateur d'obligations avec l'équité et l'usage. Il ne condamne nullement cette disparition du monopole qui était attribué à la volonté des parties, mais approuve le souci de la jurisprudence « *d'aménager le contrat dans un esprit d'équité, de justice, d'équilibre juridique* », même si cela aboutit à faire entrer les contractants « *dans une organisation juridique dont le fonctionnement leur échappe en partie* » et à faire du contrat « *un instrument de politique sociale, économique et financière* ». A la fin de l'étude, l'auteur émet une opinion mitigée sur la publicisation du contrat qui, dans sa pensée, ne signifie ni le déclin ni la disparition de celui-ci, mais seulement le « *crépuscule de l'autonomie contractuelle* », la « *manifestation, capitale sans doute et décisive pour l'avenir de la civilisation, du mouvement d'idées qui nous conduit d'une conception individualiste des droits et des situations juridiques, à un aménagement plus social* ».

Alors que dans ses chroniques au Dalloz, il semble pourfendre les dirigismes jurisprudentiels et législatifs en matière contractuelle, il en dresse ailleurs un bilan équilibré : « *le dirigisme, envisagé en soi n'est ni une maladie ni une panacée, ni un malheur, ni un bienfait ; il est un effort tenté en vue d'adapter le droit contractuel à une situation économique et sociale nouvelle ; il répond donc à des raisons d'opportunité, à des nécessités pratiques, bien plutôt qu'à une conception a priori, à une mystique. Parmi les résultats auxquels il aboutit, deux parts sont à faire, car il en est qui sont heureux alors que d'autres sont contestables, voire détestables ; parmi les premiers, on doit ranger le développement d'ensemble de théories contractuelles, l'apparition de nouvelles catégories, l'accroissement du dynamisme contractuel et aussi des mesures prises par les pouvoirs publics pour protéger, au cours des tractations préliminaires, le plus faible contre le plus fort, et pour assurer ainsi la liberté effective du consentement (...). En revanche, l'immixtion des Pouvoirs publics dans la vie du contrat est intolérable, dans la mesure où elle porte atteinte à des situations acquises, où elle relâche*

<sup>31</sup> *L'essor moderne du concept contractuel*, art. préc., p.340)

<sup>32</sup> *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, RTD.Civ. 1937, p.1.

<sup>33</sup> art. préc., p.7.

<sup>34</sup> art.préc., p.12.

<sup>35</sup> op.cit., 1<sup>ère</sup> éd, n°403 et s.



le lien obligatoire, où elle détruit l'équilibre des prestations établi par les parties, où elle modifie la durée du contrat, (...); dans la mesure, en un mot, où, génératrice d'insécurité et d'inégalité, elle ruine cette confiance qui fait la force de la loi et du contrat : dirigisme, oui ; mais incohérence, partialité partisane et anarchie, non (...)»<sup>36</sup>. « Le dirigisme doit être un facteur d'ordre et non pas une école d'anarchie juridique et sociale ; une méthode scientifique appliquée avec un esprit de suite, et non pas une expérience fantaisiste faite de réactions brusques et de dangereux soubresauts » écrit-il un peu plus haut dans le même article<sup>37</sup>. L'année suivante, dans les *Mélanges Lambert*, il redit la même idée à propos du phénomène de publicisation des contrats : « c'est un ordre juridique nouveau qui s'élabore, mais qui sera acceptable à la condition d'être véritablement un « ordre » et non pas un état anarchique. (...) La « publicisation » doit aboutir, ici, comme en toute matière, non au désordre et à l'arbitraire, mais à l'organisation et à la sécurité »<sup>38</sup>. Il a maintenu cette position dans la dernière édition de son *Cours de droit civil*<sup>39</sup> : « cette politique n'est pas condamnable en thèse générale et indistinctement ; tout dépend du but qu'elle poursuit et des applications qu'elle reçoit : bienfaisante dans la mesure où elle tend à l'organisation rationnelle et équitable du contrat, elle devient néfaste lorsqu'elle aboutit à la désorganisation, à l'anarchie et à l'insécurité ». Contrairement à Ripert qui condamne par principe le dirigisme étatique : « le dirigisme étatique ne peut se concilier avec le libre exercice des droits individuels. Il n'est pas conciliable avec un droit privé qui repose sur la liberté d'agir et de contracter »<sup>40</sup>.

Favorable à la protection des faibles par le droit, il exècre, en revanche, l'intervention du législateur et du juge, lorsqu'elle a pour effet, sinon pour objectif, de saper la force obligatoire des conventions, de causer son « énervement », et de porter atteinte aux principes républicains fondamentaux, telle que l'égalité des citoyens. Au fond, la pensée de Josserand est écartelée entre, d'une part, sa foi dans le principe moral du respect de la parole donnée et dans les bienfaits de l'ordre républicain et, d'autre part, son aspiration à la justice sociale et sa conviction que le droit évolue avec la société. Loin d'être individualiste et libéral, son volontarisme est tempéré par un constant souci d'assurer la primauté du social et du collectif sur les égoïsmes particuliers. Josserand a pensé trouver dans la finalisation des droits subjectifs et une espèce de subjectivisme psychologique, idées exprimées dans ses *Essais de téléologie juridique*<sup>41</sup>, un moyen de concilier ces objectifs parfois contradictoires. L'ambiguïté que revêt pour lui le phénomène du dirigisme contractuel lui pose un problème autrement plus ardu à résoudre. Il s'agit de trouver les limites de la liberté des conventions, sans pour autant étouffer l'initiative individuelle, de répondre aux nouveaux besoins sociaux sans glisser vers le désordre, maintenir une harmonie sociale si précieuse aux yeux des juristes français de cette période, sans détruire les principes juridiques classiques.

N'y-a-t-il pas dans la pensée de Josserand une contradiction : en assignant au droit la mission de protéger les faibles contre les forts, par la généralisation de la lésion lorsque le déséquilibre contractuel provient de l'exploitation injuste de la faiblesse d'autrui, ne contribue-t-il pas à la création d'un droit de classe qu'il redoute tant ? C'est probablement pour ne pas encourir cette critique, et parce qu'il craignait les excès socialistes, qu'il ne change pas de théorie du contrat. En gardant la théorie volontariste et libérale du contrat, tout en gommant les effets individualistes indésirables par le recours à des instruments de techniques juridiques, il ne prend pas le risque politique d'alimenter les aspirations à une révolution sociale, de contribuer à provoquer le chaos qu'il redoute tant. Pour lui, la prise en compte nécessaire des nouveaux problèmes économiques et sociaux par le droit, ne doit pas se traduire par un socialisme juridique dans lequel l'affrontement des classes est inévitable. De manière

---

<sup>36</sup> *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, RTD.Civ. 1937, p.30.

<sup>37</sup> Art. préc., p.20.

<sup>38</sup> *La « publicisation » du contrat*, art. préc., p.158.

<sup>39</sup> 3<sup>ème</sup> éd. 1939, T.II, n°405 bis.

<sup>40</sup> *Le bilan d'un demi-siècle de vie juridique*, D. 1950, Chron., p.1 et spéc. p.3 et l'ancien doyen de Paris d'épingler une fois de plus son vieil adversaire lyonnais, décédé en 1941, à propos de sa théorie de la relativité des droits.

<sup>41</sup> I, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, 1927 ; II, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz 1928.

très classique en doctrine française, il poursuit des buts politiques (ici, protéger les nouveaux faibles) par une utilisation des instruments, au besoin rénovés, fournis par la technique juridique (notamment la lésion), mais sans assumer une révolution scientifique qui conduirait à un changement de théorie (une nouvelle théorie du contrat qui ne serait ni volontariste ni libérale) qui apporterait trop de désordres et de risques de remous sociaux. Révélatrice est, à cet égard, la dernière phrase de sa chronique dénonçant la reconstitution d'un droit de classe : « *le droit de classe n'est autre que la projection, dans le domaine juridique, des luttes de classes ; il est doué d'un dynamisme permanent et implacable, qui en fait un instrument, non de paix sociale, mais de guerre civile* »<sup>42</sup>. L'optimisme qui animait la pensée Josserand au tournant du XIX<sup>ème</sup> et du XX<sup>ème</sup> siècle (l'ouverture du droit sur le social allait permettre de trouver une harmonie et engendrer le progrès) s'est transformé en pessimisme (la socialisation du droit alimente un mouvement dans lequel on dresse une classe contre une autre, tout le contraire de l'harmonie sociale).

Reste à comprendre pourquoi, dans ses chroniques au Dalloz, Josserand est aussi peu nuancé, alors qu'il veille, dans ses études ou articles, à adopter une position tellement balancée qu'elle peut paraître contradictoire ? Pourquoi, s'agissant du contrat, il n'a pas été aussi rénovateur que ce que l'on pouvait attendre de lui ? Plusieurs hypothèses explicatives peuvent être avancées, lesquelles ne sont d'ailleurs pas contradictoires entre elles. Comment peuvent s'expliquer les contradictions relevées dans ses écrits des années 1930 ? Certes, il est possible de soutenir que le format de la chronique se prête davantage à la polémique et aux formules bien frappées que les grands articles publiés dans des revues ou mélanges prestigieux dans lesquels une pensée mesurée et nuancée peut se déployer aisément<sup>43</sup>. Mais d'autres explications, compatibles d'ailleurs avec celle-ci, peuvent être avancées.

Tout d'abord, Josserand n'aborde, de façon approfondie le droit des contrats que dans la seconde partie de sa carrière, la première partie étant notamment consacrée à des travaux sur le droit comparé, le droit de la responsabilité, le droit des transports et la théorie des droits subjectifs. Or, à partir des années 1930, Josserand n'est plus guère novateur. Non qu'il renie les thèses qui l'ont rendu célèbre, mais il n'en produit plus de nouvelles. Ses écrits sur le droit des contrats intervenant pendant cette période, il n'est donc pas étonnant qu'ils soient de facture plus classique.

Ensuite, Josserand a probablement cherché à se démarquer de l'étiquette sulfureuse de socialiste du droit dont Ripert l'avait injustement affublé lorsqu'il a rendu compte, dans la Revue critique de 1929, de son ouvrage *De l'esprit des droits et de leur relativité*<sup>44</sup>. Il faut garder présent à l'esprit la virulente critique que G. Ripert décoche contre le livre de E. Lévy *Le socialisme juridique d'E. Lévy*<sup>45</sup>, et l'assimilation qu'il opère entre le socialisme soviétique et la doctrine de Josserand, laquelle constitue une « *menace pour l'ordre de nos sociétés occidentales* ». Josserand est certes un rénovateur, mais il est aussi une figure académique et institutionnelle : il est doyen de la faculté de Lyon de 1913 à 1935, conseiller à la Cour de cassation de 1935 à 1938, a siégé plusieurs fois dans des jurys d'agrégation (dont une fois en tant que président), a été régulièrement consulté ou mandaté par le Ministère de l'éducation<sup>46</sup> et était sensible aux honneurs<sup>47</sup>. On sait qu'en 1930, certains de ses amis à la Cour de

---

<sup>42</sup> D. H. 1937, Chron. 1.

<sup>43</sup> C'est une des hypothèses que j'avais émises dans *L. Josserand et le nouvel ordre contractuel*, Revue des contrats 2003, p.325.

<sup>44</sup> *Abus ou relativité des droits, à propos de l'ouvrage de M. Josserand : De l'esprit des droits et de leur relativité, 1927*, Rev. crit. lég. jur. 1929, p.33 ; pour les citations exactes des phrases de Ripert et la réponse de Josserand, cf. J-P. Chazal, « *Relire Josserand* », *oui ... mais sans le trahir !*, D. 2033, Chron. 1777, not. p.1780. Sur le même ouvrage, voir la critique non polémique de H. Capitant, *Sur l'abus des droits*, RTD.civ. 1928, p.365. Josserand subit également de très rudes attaques, en droit de la responsabilité cette fois, de la part de P. Esmein, D.H. 1934, Chron., p.53.

<sup>45</sup> Rev. crit. lég. jur. 1928, p.21.

<sup>46</sup> Sur sa carrière et la façon d'assurer l'influence de sa pensée, voir : F. Audren et C. Fillon, *Louis Josserand ou la construction d'une autorité doctrinale*, RTD. Civ. 2009, p.39.

<sup>47</sup> Il est fait chevalier puis officier de la légion d'honneur respectivement en 1919 et 1933, parmi de très nombreuses autres distinctions tant Françaises qu'étrangères.

cassation lui ont suggéré de quitter l'école pour le palais, en l'assurant que sa pensée était respectée au plus haut point au sein de la haute juridiction, mais on ignore pourquoi il n'a pas donné suite à cette proposition<sup>48</sup>. Il est possible d'imaginer qu'il n'avait pas que des amis et que les insinuations de Ripert sur les colorations socialisantes et la dangerosité de sa pensée étaient encore dans certains esprits. On ne peut exclure qu'une ambition institutionnelle l'ait poussé à forcer le trait pour se démarquer d'idées qui pourraient être considérées comme proches de celles de la doctrine socialiste et pouvant être perçues par les autorités comme potentiellement déstabilisantes pour la société. Il lui fallait donner des gages d'orthodoxie et de conservatisme pour ne pas effrayer. Il a donc appuyé, dans ses brèves mais percutantes chroniques au Dalloz, sur les accents les plus conservateurs de sa pensée, et notamment dans sa chronique de 1933 sur *Le contrat dirigé*. Evidemment, cette hypothèse ne vaut pas pour les chroniques de 1937, puisque Josserand est déjà conseiller à la Cour de cassation depuis deux ans, sauf à penser que cette qualité l'aurait enfermé dans un discours forcément conservateur de l'ordre établi.

Enfin, et surtout, le contexte politique et social des années 1930 a sûrement inquiété Josserand, comme d'ailleurs beaucoup de juristes français<sup>49</sup>. Comme beaucoup de juristes universitaires français, il redoutait plus que tout le désordre et l'insécurité. Face, d'une part, à la montée des fascismes (en Allemagne et en Italie, mais aussi en France : voir les émeutes de février 1934 fomentées par l'Action française) et, d'autre part, aux projets révolutionnaires d'extrême gauche et aux troubles sociaux, il a pu éprouver le besoin ou la nécessité de modérer l'expression de sa fibre sociale et de son besoin de rénover le droit français pour l'adapter aux nouveaux besoins de la société. Il est probable que le républicain modéré qu'était Josserand n'a pu qu'être inquiet par l'arrivée au pouvoir du Front populaire au printemps 1936 et les mouvements de grève qui l'ont suivie. Le climat politique, économique et social des années 1930 n'étant plus celui des années 1910 et 1920, il a peut-être éprouvé le sentiment que son époque avait plus besoin de stabilité que de nouveauté, surtout dans une matière aussi importante que le droit des contrats<sup>50</sup>. Par ailleurs, à partir des années 1920, la question sociale s'est déplacée pour devenir une question de l'Etat : si celui-ci demeure neutre, comment le progrès social pourrait-il avoir une chance d'aboutir ? La neutralité républicaine n'est-elle pas synonyme d'impuissance ?<sup>51</sup>

Il se serait donc agi, pour Josserand, de maintenir le compromis républicain, lequel implique de ne pas résoudre la tension entre une aspiration au progrès social et la persistance de principes libéraux et individualistes issus de la Révolution. La neutralité républicaine, à laquelle il croit de plus en plus dans la dernière décennie de sa vie, le conduit à condamner l'idée même d'un Etat partisan, d'un Etat qui représenterait, non plus la nation dans son unité, mais une partie de celle-ci contre une autre. Il rentre ainsi dans le rang d'une doctrine juridique française qui a l'habitude de faire évoluer le droit, seulement lorsque c'est absolument indispensable pour éviter un désordre social, et uniquement par petites touches techniques en évitant soigneusement les révolutions théoriques ou les changements de « paradigme » (au sens de Th. Kuhn). Et comme il sent, dans les années 1930, un déséquilibre se produire en faveur des forces sociales et au détriment des valeurs républicaines traditionnelles, il se concentre, dans les chroniques au Dalloz, sur la défense de ces dernières, sacrifiant ainsi, sur la forme, le souci d'équilibre qui caractérise sa pensée. En ce sens, Josserand devient, en fin de carrière, un juriste classique. Ripert ne s'y est pas trompé lorsqu'il range Josserand parmi les petits (et non les grands) prophètes de la transformation du droit privé en droit social, en les qualifiant, Demogue et lui, de juristes « résolument conservateurs »<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> cf. F. Audren et C. Fillon, art. préc.

<sup>49</sup> Voir la correspondance de Josserand, transcrite par C. Fillon et versée aux Archives départementales du Rhône, notamment les lettres de 1936 et 1937, où l'on constate beaucoup d'inquiétude et de critiques contre le Front populaire de la part des correspondants de Josserand. Pour sa part, Paul Roubier écrit : « nous avons l'impression d'une formidable tourmente en ce moment », lettre du 21 juin 1936.

<sup>50</sup> Le contrat est pour Josserand une institution du droit naturel qui ne saurait être dénaturée par le droit positif, sauf à courir le risque de faire sombrer notre civilisation, cf. *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, art. préc., p.20.

<sup>51</sup> Voir J. Donzelot, op. cit., p.159 et s.

<sup>52</sup> *Le régime démocratique ...*, n°34.

En conclusion, si l'on s'interroge sur l'actualité de la pensée de Josserand, s'agissant de la question de la protection de la partie faible par le droit, une conclusion paradoxale, tout comme parfois sa doctrine, s'impose. Sur le fond, il est encore aujourd'hui novateur, car très peu d'auteurs soutiennent la nécessaire généralisation de la lésion. La vulgate libérale est dominante, de sorte que la sanction de la lésion est perçue comme une source d'insécurité, et la protection des faibles comme incompatible avec l'idée même de contrat, laquelle postule la capacité de chacun à défendre ses propres intérêts sur un marché libre, le juge n'étant là que pour veiller à l'application rigoureuse des stipulations. Sur la méthode, en revanche, Josserand est, sur cette question particulière, représentatif de la doctrine française (Ripert et Duguit mis à part) : s'il faut faire évoluer le droit, c'est par le seul emploi de la technique juridique, non par une rupture théorique ou un changement de paradigme, qui impliqueraient un dévoilement de considérations dites extra juridiques : convictions politiques, considérations économiques et sociales, croyances religieuses, conceptions du monde, etc.

Quant aux contradictions qui émaillent les publications de Josserand dans les années 1930, dans le domaine du droit des contrats, elles peuvent s'expliquer par la difficulté rencontrée par tout républicain sensible à la question sociale : comment maintenir l'égalité des citoyens héritée de la Révolution, et donc l'égalité en droit des contractants, tout en tenant compte des inégalités de fait révélées par l'étude de la réalité économique et sociale ? Comment protéger les faibles, sans recréer un droit de classes qui met en péril l'unité de la république ? Finalement, dans les années 1930, Josserand se rapproche de cette génération de juristes qui, après avoir entrouvert la voie d'une rénovation de la science juridique (en y faisant pénétrer la question sociale, et ce afin de maintenir le compromis républicain en recherchant une balance des intérêts contradictoires entre une bourgeoisie ayant acquis, depuis 1789, le pouvoir politique qui lui manquait et les pauvres, notamment les ouvriers, dont les aspirations à une amélioration de leur condition sociale étaient avivées par le système démocratique fonctionnant sur la base du suffrage universel non censitaire), la referme à cause de l'angoisse des désordres sociaux, du chaos juridique. Voilà ce qui explique, selon Ch. Jamin, que les civilistes français ont manqué le tournant réaliste, qu'ils ont pourtant contribué à inspirer aux Etats-Unis<sup>53</sup>. Contre le sceptique Demogue, Josserand se retrouve donc aux côtés de Saleilles, Gény et Ripert pour considérer que les principes traditionnels et les constructions juridiques devaient servir de remède contre l'omnipotence du législateur et de stabilisateur du droit positif pour éviter qu'il ne se transforme en droit de classe. Il était donc nécessaire pour Josserand de mettre un terme aux innovations de sa jeunesse, aux ruptures théoriques perturbatrices, afin de consolider ce qui pouvait rester du droit civil classique. Il suit ainsi l'avertissement angoissé que lui adresse son ami Jean Appleton, dans une lettre du 6 juillet 1936 : « *Tes dernières conférences contiennent des vues d'avenir particulièrement suggestives : le refoulement progressif du titre gratuit par le titre onéreux ; la substitution graduelle de l'idée de risque à l'idée de faute, etc. Mais ne sommes-nous pas déjà dépassés par les événements ? Et les colonnes du temple ne vont-elles pas s'effondrer sous nos yeux ? Comment nos successeurs rebâtiront-ils ?* »<sup>54</sup>. L'année suivante, le même Appleton écrit à Josserand : « *Le 'dirigisme' devrait s'inspirer avant tout de l'idée de contrebalancer par des mesures de sage équité certains abus de la force que commettent les grandes puissances économiques lorsqu'elles sont, dans un contrat, en face de contreparties économiquement faibles et incapables de résister.(...) Mais n'allons pas plus loin : le jour où l'on aura détruit la confiance dans la parole donnée, dans la valeur des contrats, les relations sociales seront terriblement et peut-être irrémédiablement troublées* » (lettre du 1<sup>er</sup> juin 1937).

---

<sup>53</sup> C. Jamin, *Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique*, Droits 2010/51, p.137.

<sup>54</sup> Correspondance de Josserand, transcrite par C. Fillon et versée aux Archives départementales du Rhône.

