

Droit, religion et remise de dette

Perspectives en droit naturel catholique

(XVI^e-XVII^e siècles)

Résumé. – Cet article a pour objectif d’explorer les réponses données à la crise de la dette à l’aube des temps modernes par les jusnaturalistes catholiques. Formés au droit canonique, au droit civil, au droit naturel et à la philosophie morale, les théologiens catholiques combinaient toutes les connaissances de l’époque pour conseiller les marchands, les princes et les petites gens sur la manière de gérer leurs affaires au quotidien sans compromettre leur âme. Fallait-il à tout prix payer ses dettes et honorer ses contrats ? Cette question a été une préoccupation majeure d’auteurs tels que Martín de Azpilcueta, Diego de Covarruvias, Domingo de Soto, Luis de Molina, Leonard Lessius, Johan Malderus et Juan de Lugo – qui, pour bon nombre d’entre eux, sont connus pour avoir érigé le principe de droit canonique selon lequel les promesses doivent être tenues (*pacta sunt servanda*) en une doctrine à part entière d’obligation contractuelle. Alors que le gouvernement espagnol avait failli à sa dette à quatre reprises en moins de cinquante ans sous Philippe II et que les nobles espagnols croulaient de plus en plus sous les dettes, la question n’était pas une simple réflexion théorique. Le présent article conclut que les théologiens susvisés étaient certes sensibles aux besoins des débiteurs indigents mais certainement pas au point de promouvoir l’annulation de la dette. Ils insistaient sur le caractère contraignant des promesses contractuelles, considérant le délai de paiement (*dilatatio debiti*) comme la méthode la plus appropriée pour traiter les débiteurs insolvables. La remise de dette, au sens strict du terme, n’éveillait que des soupçons étant donné que le marché était soumis aux dictats de la justice et non de la charité. Dès lors, l’annulation de la dette ne pouvait être au cœur du message des jusnaturalistes catholiques.

Abstract. – The objective of this article is to examine the early modern Catholic natural lawyers’ perspective on debt relief. Should contracts be honored and debt paid at all costs ? This question was of major concern to moral theologians and canon lawyers such as Martín de Azpilcueta, Diego de Covarruvias, Domingo de Soto, Luis de Molina, Leonardus Lessius, Johannes Malderus and Juan de Lugo. Incidentally, these are some of the very authors remembered for having elevated the medieval canon law principle of *pacta sunt servanda* into the fundamental basis of a systematic doctrine of contractual obligation. But the discussion was not merely of theoretical relevance. Against the background of a series of sovereign debt crises in late sixteenth and early seventeenth century Spain, and a lackluster economy threatening the status of the Spanish nobility, the Catholic natural lawyers’

debate on debt relief was of major practical interest. This article will conclude that the theologians and canon lawyers of the early modern period were sensitive to the needs of the debtors, but not to the point of granting them debt relief in the sense of debt cancellation. Emphasizing the bindingness of promises, they considered delayed payment (*dilatatio debiti*) as a better way to grant relief than outright cancellation of the debt. In their eyes, debt cancellation pertained to the logic of gift, which is not normally applied in the market.

MOTS-CLÉS. — DETTES, REMISE DE DETTE, OBLIGATION CONTRACTUELLE, ÉTAT DE NÉCESSITÉ, JUSNATURALISME, SECONDE SCOLASTIQUE, ÉCOLE DE SALAMANQUE.

INTRODUCTION

La remise de dette est au cœur du message évangélique. Sans vouloir entrer dans les finesses d'un débat théologique complexe, il convient de rappeler qu'il relève du *kérygme* de la foi chrétienne selon Saint Paul (1 Co 15 : 1-8) que le Christ est mort pour la rémission de nos péchés, et particulièrement pour le rachat de la dette originale contractée par Adam et Ève, ensuite transmise aux générations ultérieures. En outre, le Nouveau Testament a remis à l'honneur des concepts bibliques plus anciens de rémission de dette tels que le Jubilé¹. Pourtant, ces principes bibliques ont-ils eu une incidence sur la pensée juridique des théologiens catholiques et canonistes des temps modernes ? Il est reconnu que ce sont les canonistes et théologiens qui ont progressivement développé, sur la base de la morale chrétienne, l'idée selon laquelle tout accord est contraignant, aussi nu soit-il (*pacta quantumcumque nuda sunt servanda*)². Existe-t-il donc une méthode spécifiquement chrétienne pour procéder au recouvrement des dettes et faire respecter les promesses contractuelles ? Les créanciers chrétiens devraient-ils s'abstenir d'exercer leurs droits ?

Cette contribution analysera la réponse donnée par les premiers théologiens modernes et canonistes à la question de l'existence de fondements juridiques justifiant de libérer les débiteurs indigents de leur détresse. Souvent appelés représentants de la « scolastique tardive »³, de la « seconde scolastique »⁴ ou de

(1) E. OTTO, « Zinsverbot und Schuldenerlass als Elemente einer Sozialpolitik in der Tora », in M. CASPER, N. OBERAUER et F. WITTECK (éd.), *Was vom Wucher übrigbleibt*, Tübingen, Mohr, 2014, p. 1-14.

(2) A. LEFEBVRE-TEILLARD, « Le droit canonique et la formation des grands principes du droit privé français », in H. SCHOLLER (éd.), *Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien*, (Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, 177), Baden-Baden, 1996, p. 9-22 ; P. LANDAU, « *Pacta sunt servanda*, Zu den kanonistischen Grundlagen der Privatautonomie », in M. ASCHERI *et. al.* (éd.), *Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert, Festschrift für Knut Wolfgang NÖRR*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2003, p. 457-474.

(3) Surtout dans les pays anglo- et germanophones on parle souvent de « *Spätscholastik* » ou « *Late Scholasticism* » ; par ex. J. GORDLEY, *The Jurists : A Critical History*, Oxford, Oxford UP, 2013, p. 82-110 ; F. GRUNERT, K. SEELMANN (éd.), *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur Spanischen Spätscholastik*, Tübingen, Niemeyer, 2001.

la « scolastique à l'aube des temps modernes »⁵, ils sont aussi appelés les « jus-naturalistes catholiques »⁶, parce qu'ils ont fondé leur travail sur le droit naturel comme critère ultime pour résoudre les problèmes moraux et juridiques, par exemple en ce qui concerne la remise de dettes⁷. Certains des théologiens et canonistes choisis pour l'étude travaillaient en Espagne, d'autres en Italie ou aux Pays-Bas, mais la question fondamentale restait la même : quels sont les motifs juridiques, dérivés surtout du droit naturel, qui justifient d'accorder une remise de dette ? En raison de leur impact particulier sur le débat, les auteurs suivants ont été retenus pour cette recherche : Tommaso da Vio Cajétan (1469-1536), Juan de Medina (1490-1546), Domingo de Soto (1494-1560), Martin de Azpilcueta (Dr. Navarrus) (1492-1586), Diego Covarrubias y Leyva (1512-1577), Pedro de Navarra (d. 1592), Luis de Molina (1535-1600), Lenaert Leys (Lessius) (1554-1623), Johan van Malderen (Malderus) (1563-1633), Juan de Lugo (1583-1660) et Jean-Baptiste Bouvier (1783-1854)⁸.

Nous procéderons en analysant successivement deux types de remise de dette considérés comme légitimes : 1) le sursis ou la prolongation du délai de paiement (*dilatio debiti*) ; 2) la remise ou l'annulation de la dette (*remissio debiti*). Seule cette dernière forme d'allègement de la dette répond à la définition de « remise de dette » au sens strict du terme. Elle est restée l'exception, parce que les jusnaturalistes catholiques ne voulaient pas accepter trop facilement la logique de la remise de la dette dans le domaine des relations contractuelles. Ils insistaient sur la prolongation du délai de paiement comme le moyen le plus adéquat de libérer les débiteurs indigents de la nécessité urgente de payer leurs dettes.

(4) Terme fréquemment utilisé dans l'historiographie italienne, à titre d'exemple : P. GROSSI (éd.), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, (Per la storia del pensiero giuridico moderno, 1), Milan, Giuffrè, 1973 ou L. BRUNORI, « *Societas quid sit* ». *La société commerciale dans l'élaboration de la Seconde Scolastique. Personnes et capitaux entre le XVI^e et le XVII^e siècle*, Paris, Mare & Martin, 2015.

(5) Par ex. R. ROSS, « Bargaining with the Soul at Stake : Early Modern Catholic Scholastics and Contract Law », *Jotwell* (April 1, 2013), <http://legalhist.jotwell.com/bargaining-with-the-soul-at-stake-early-modern-catholic-scholastics-and-contract-law/>.

(6) N. JANSEN, *Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution. Ausservertragliche Ausgleichsansprüche im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs*, Tübingen, Mohr, 2013. Différences et similitudes entre jusnaturalisme protestant et catholique sont explorées dans M. SCATTOLA, « Models in History of Natural Law », *Ius Commune*, 28, 2001, p. 91-159.

(7) Rappelons aussi la construction de la notion de propriété à partir du droit naturel dans les ouvrages de ces théologiens, cf. M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « Retour sur les origines théologiques de la propriété », *Droits*, 58, 2013, p. 51-70 (54).

(8) Pour des notices biographiques, voir J. BARRIENTOS GARCÍA, *Repertorio de moral económica, 1526-1670 : la Escuela de Salamanca y su proyección*, Pamplona, 2011. Les éditions consultées pour cette recherche peuvent être téléchargées sur la plateforme électronique de la Bayerische Staatsbibliothek à Munich : <https://www.bsb-muenchen.de/index.php>.

I. – LA VOIE PRIVILÉGIÉE DU SURSIS DE PAIEMENT (*DILATIO DEBITI*)

A. – Cadre du débat

Les scolastiques à l'aube des temps modernes reconnaissaient à l'unanimité que la pauvreté autorisait les débiteurs à un allègement, temporaire à tout le moins, de leur obligation de remboursement. Le philosophe franciscain Duns Scotus (d. 1308) franchit un pas décisif dans le sens de cette proposition en affirmant – en se fondant sur le droit canonique⁹ – que l'action du créancier était temporairement suspendue, même si elle n'était pas éteinte, en raison de l'incapacité du débiteur¹⁰. En d'autres termes, dès que le débiteur « revenait à meilleure fortune », il était obligé de payer¹¹. En latin, l'état d'incapacité poussant les débiteurs à demander un allègement temporaire auprès de leurs créanciers était qualifié d'indigence (*inopia*) ou d'impossibilité (*impotentia*). En référence à Aristote et à Thomas d'Aquin, les docteurs scolastiques à l'aube des temps modernes distinguaient deux types d'impossibilité : l'impossibilité physique et l'impossibilité morale¹². L'impossibilité physique (*impotentia physica*) était utilisée pour désigner une situation dans laquelle un débiteur n'avait absolument aucun moyen de remboursement tandis que l'impossibilité morale évoquait une situation dans laquelle un débiteur pouvait rembourser mais non sans rencontrer des difficultés (*impotentia moralis*)¹³. La situation de l'impossibilité physique n'a donné lieu à aucun débat, étant donné qu'il était évident pour tous les juristes et théologiens que cette circonstance était couverte par la fameuse maxime « à l'impossible, nul n'est tenu » (*ad impossibile nemo obligatur*)¹⁴.

Le cœur du problème concernait l'impossibilité morale. Les difficultés inhérentes à une situation d'impossibilité morale pouvaient résulter d'une situation existante de nécessité (*necessitas*) ou apparaître sous la forme d'un risque de préjudice ou de dommage futur (*periculum damni / detrimentum*) résultant du remboursement¹⁵. Par ailleurs, les scolastiques opéraient une distinction entre

(9) X 3,23,3 (= canon Odoardus).

(10) D. SCOTUS, *In quartum librum Sententiarum*, dist. 15, q. 2, nr. 34 (éd. WADDING), p. 341 : « Quando enim est impotens, pro tunc non tenetur, tenetur tamen post, cum pervenerit ad pinguiorem fortunam, sicut probatur Extra de solutionibus, c. Odoardus ; sicut etiam in Gloss. notatur, quod illa actio non expirat per inopiam debitoris, sed sopitur ; unde est illud : inanis est actio, quam inopia debitoris excludit. Sed jus agendi manet, sicut obligatio in debitorem, licet sopita ».

(11) X 3,23,3 in *Corpus iuris canonici* (éd. FRIEDBERG), Graz, 1959, vol. 2, col. 532 : « Mandamus (...) ut, si [Odoardus] ad pinguiorem fortunam devenerit, debita praedicta persolvat ».

(12) L. MOLINA, *De iustitia et iure*, Anvers, 1609, vol. 3.2 (*De delictis et quasi delictis*), 754,2, col. 1668, citant ARISTOTE, *De caelo* 1, 11 ; T. CAJÉTAN, *Commentarii ad IamIIae D. Thomae* (éd. LEONINA), Rome, 1897, vol. 9, ad q. 62, art. 8, p. 61, citant les cours de Thomas d'Aquin sur les *Métaphysiques* et le *De Anima* d'Aristote.

(13) J. MALDERUS, *De virtutibus theologicis et iustitia et religione*, Anvers, 1616, 4, 7, 1, p. 405.

(14) Cette maxime puise ses origines dans le droit romain (D. 50,17,185) et le droit canonique (VI 5,13,6).

(15) Voir la synthèse de Jean-Baptiste Bouvier, évêque du Mans et auteur d'un manuel de théologie morale qui était fort inspiré par les scolastiques des XVI^e et XVII^e siècles ; *Institutiones theologicae*, Paris 1868¹³, vol. 6 : *Tractatus de iure, iniuria et restitutione*, ch. 5, p. 150-151.

nécessité extrême, grave et commune. La nécessité extrême (*necessitas extrema*) impliquait qu'une personne était à ce point démunie qu'elle risquait de perdre la vie si personne ne lui venait en aide tandis que la nécessité grave (*necessitas gravis*) désignait la situation d'une personne qui était dans une telle détresse qu'elle risquait de tomber gravement malade si personne ne lui venait en aide. La nécessité commune (*necessitas communis*) renvoyait à une personne qui traverse des épreuves et difficultés sans fin. Il s'agissait donc du sort du pauvre au sens ordinaire du terme¹⁶.

Plus que toute autre formule, le sursis de paiement (*dilatio*) était considéré comme le moyen adéquat de faire face à l'état d'impossibilité morale d'un débiteur. Que le droit de reporter les paiements puisse finalement conduire à une remise de dette au sens strict du terme, c'est-à-dire à l'annulation de la dette était loin d'être sûr. Il fallait savoir, entre autres, si l'indigent était dans une situation de nécessité extrême ou grave ou s'il avait simplement des difficultés à rembourser sa dette. Un autre élément qui influençait la position des docteurs était la situation du créancier. Le droit, pour l'indigent, d'obtenir un sursis de paiement était souvent censé varier en fonction de la situation du créancier. Si tant le débiteur que le créancier étaient pauvres, il restait à déterminer laquelle de ces situations d'indigence devait prévaloir. La question de l'impact qu'avait eu le comportement du débiteur sur son droit à bénéficier d'un sursis de paiement était tout aussi importante. Si le débiteur avait contribué à son état d'indigence par sa propre faute (*culpa*), les avis étaient partagés quant au bien-fondé de lui accorder encore un délai de paiement. Le débat scolastique sur ces questions, en opérant une distinction entre les situations d'impossibilité morale selon qu'elles sont dues à une nécessité ou à des difficultés, est analysé dans les paragraphes suivants.

B. – Nécessité et suspension de la dette contractuelle

Selon un principe bien connu du droit canonique médiéval et de la philosophie scolastique, la nécessité extrême suspend le régime de la propriété privée et réintroduit l'état naturel dans lequel toutes les choses sont communes (*omnia sunt communia*)¹⁷. Les scolastiques à l'aube des temps modernes, tels que le Dr Navarrus et Lessius, s'étaient empressés de spécifier que cela ne signifiait pas que la propriété (*dominium*) était transférée en cas d'extrême nécessité mais que les biens devenaient communs dans la limite du droit de les utiliser (*ius utendi*)¹⁸. Par conséquent, l'extrêmement indigent était autorisé à revendiquer

(16) MALDERUS, *De virtutibus theologicis et iustitia et religione*, 32, 6^{pr.}, p. 224 : « *Communis necessitas est quam patiuntur communiter pauperes* ».

(17) V. MÄKINEN, « Rights and Duties in Late Scholastic Discussion on Extreme Necessity », in V. MÄKINEN, P. KORKMAN (éd.), *Transformations in Medieval and Early-Modern Rights Discourse*, Dordrecht, Springer, 2006, p. 37-62.

(18) LESSIUS, *De iustitia et iure*, Anvers, 1621, 2, 12, 12, 67, p. 145 : « *Dico primo, quemvis in extrema necessitate constitutum posse accipere rem alienam, qua extreme indiget ad vitae suae conservationem. Est communis sententia doctorum. Probatur, quia in extrema necessitate, omnia sunt communia, ut habet receptum axioma, non quod per illam statim transferatur dominium (ut recte probat Navarrus cap. 17, num. 61), sed quia quoad ius utendi communia sunt, ita ut licite qui-*

le droit d'utiliser les biens appartenant à d'autres personnes afin de pouvoir préserver sa propre vie ainsi que celle de sa famille et de ses proches. Même s'il ne faisait aucun doute que ces principes s'appliquaient pleinement en cas d'extrême nécessité, leur application à une situation de grave nécessité ne cessait de faire débat. Allant à l'encontre d'autorités telles que Cajétan et Soto, Lessius prétendait que la grave nécessité accordait les mêmes droits à l'indigent que l'extrême nécessité, considérant, parmi d'autres arguments, que l'on pouvait facilement basculer d'un état à l'autre¹⁹. Les conséquences de cette théorie de la nécessité sur le débat relatif à la remise de dette étaient évidentes. Personne ne remettait en question qu'un débiteur, dans un état de nécessité extrême ou grave, devait bénéficier d'un allègement temporaire de ses dettes. Si la nécessité extrême autorisait à voler, elle autorisait certainement les débiteurs indigents à reporter leurs paiements.

Toutefois, le cœur du débat visait à savoir si un débiteur devait rembourser sa dette dès qu'il sortait de sa situation misérable²⁰. En général, les scolastiques s'accordaient sur le fait que les dettes contractuelles étaient simplement suspendues par une période d'extrême nécessité. « Une obligation créée par contrat subsiste », disait Lessius²¹. « En contractant une dette, le débiteur accorde une action personnelle au créancier », notait Bouvier avec rigueur²², « et ce type d'action ne s'éteint pas par une nécessité majeure ». En prenant l'exemple d'un prêt à la consommation (*mutuum*), Lugo expliquait que l'argent prêté devait être rendu dès que la période d'extrême nécessité était terminée²³. À l'instar de Pedro de Navarra et Lessius, Lugo pensait qu'un prêt à la consommation cédait la propriété (*dominium*) de l'argent au débiteur. Dès lors, le débiteur avait effectivement consommé sa propre propriété pendant la période d'extrême nécessité, et non celle du créancier. En période d'extrême nécessité, on pouvait utiliser la propriété d'une autre personne sans devoir nécessairement lui accorder une contrepartie de cet usage par la suite. Mais, dans ce cas, l'argent était devenu le leur²⁴. Cet argument assez sophistiqué explique en même temps

vis illis angustius pressus, possit occupare, sibi que vindicare rem quamlibet adeo sibi necessariam et ex eius usu sibi et proximo opitulari » ; Cf. LESSIUS, *De iustitia et iure*, 2, 16, 1, 2 et 8, p. 186.

(19) LESSIUS, *De iustitia et iure*, 2, 12, 12, 71, p. 146.

(20) MEDINA, *De poenitentia restitutione et contractibus*, Ingolstadt, 1581, 3, in principio, p. 20 : « *Quod non quaeritur, quandiu inopia durat, quia pro tunc non dubium obligationem restituendi dormire, sicut actio creditoris, de qua dicitur : inanis est actio, quam inopia debitoris excludit. Sed quaeritur, pro tempore, quo inops ad pinguem fortunam venerit, an tenebitur tunc ea restituere, quae, cum aliena essent, in extrema necessitate consumpsit* ».

(21) LESSIUS, *De iustitia et iure*, 2, 16, 1, 4, p. 186 : « *Manet ergo obligatio per contractum inducta* ».

(22) BOUVIER, *Tractatus de iure, iniuria et restitutione*, p. 153 : « *Si ante extremam necessitatem debitum contraxerit, et restitutionem legitime distulerit propter extremam necessitatem, ea transacta ad restitutionem adhuc tenetur ; debitum enim contrahendo, actionem personalem in se creditori dedit : haec autem actio per supervenientem necessitatem non exstinguitur* ».

(23) LUGO, *De iustitia et iure*, 1, 21, 1, 1, p. 606 : « *Si mutuum v.g. acceperas ante illam necessitatem, ob quam excusaris a restitutione, transacta necessitate, debes solvere mutuum* ».

(24) LUGO, *De iustitia et iure*, Lyon, 1642, 1, 21, 1, 1, p. 606 : « *Ratio est, quia per mutuum praecedens translatus est in te dominium pecuniae mutuo acceptae. Ergo in necessitate non eguisti pecunia, sed per illam iam tuam necessitati occurristi. Non est ergo, unde excuseris, cum non acceperis alienum ad necessitatem fugiendam, sed rebus tuis tibi consulueris* ».

pourquoi Lugo, emboîtant le pas à Navarra et Lessius, prétendait qu'en règle générale, dans les contrats tels que des prêts (*commodatum*), des cautions (*pignus*) ou des locations (*conductio*), aucune restitution ne devait être effectuée après la fin de la nécessité. Dans le cadre de tels contrats, le créancier restait le propriétaire des biens, le débiteur avait le droit de les consommer et le créancier assumait le risque lorsqu'ils étaient perdus²⁵. La propriété était toutefois bien cédée en cas de prêt à la consommation. Par conséquent, le débiteur devait toujours rembourser les fonds prêtés dès qu'il n'était plus en situation d'extrême nécessité. Par souci de clarté, Lessius a rappelé qu'il en allait de même en cas de grave nécessité : dans les dettes contractuelles dans lesquelles la propriété a été transférée au débiteur, le remboursement est simplement suspendu pendant la période de grave nécessité²⁶.

C. – Allègement temporaire pour risque de dommages

La question du poids qu'il fallait accorder aux difficultés résultant d'un paiement pour accorder au débiteur indigent un délai de paiement ou même le dispenser de toute forme de restitution a suscité la controverse. De manière générale, un remboursement pouvait être compliqué en raison du risque de dommages à différents types de biens : la vie (*vita*), l'âme (*anima*), la propriété (*bona externa / res familiaris*), la réputation (*fama / honor*) et le statut social (*status*). Certains érudits, tels que Francesco de Toledo et Johannes Malderus ont expressément évoqué un autre bien inestimable : la liberté (*libertas*), en affirmant que personne ne devrait être forcé de se vendre à une servitude pour dettes²⁷. Le reste de ce chapitre sera consacré aux questions qui ont été les plus débattues, à savoir le dommage spirituel, le risque de pertes matérielles et le danger de détérioration du statut social.

D. – Périls spirituels

Le dommage spirituel ou le salut de l'âme était d'une importance primordiale pour tous parce qu'il s'agit du bien suprême pour tous les chrétiens, plus que le statut social ou la richesse. En effet, à l'instar d'Antonin de Florence (1389-1459), Lessius reconnaissait avec réalisme que les filles des mauvais payeurs pouvaient être forcées à se prostituer ou leurs fils poussés à voler et commettre des crimes. Par ailleurs, le débiteur risquait de perdre espoir et patience et de sombrer dans le désespoir (*desperatio*)²⁸. Dans toutes ces situa-

(25) LESSIUS, *De iustitia et iure*, 2, 16, 1, 5, p. 186 : « *Si tamen per contractum non sit translatum dominium, ut in commodato, precario, conducto et in extrema necessitate rem consumpseris, probabile est, te non teneri, nisi re vel spe seu facultate propinqua dives sis. Ita Petrus Navarra (...). Ratio est, quia non teneris ratione rei (...), neque ratione acceptionis, cum eam iure tuo consumpseris, neque ratione contractus, quia isti contractus non obligant re pereunte, nisi culpa tua perierit* ».

(26) LESSIUS, *De iustitia et iure*, 2, 16, 1, 15-18, p. 187.

(27) MALDERUS, *De virtutibus theologicis et iustitia et religione*, 4, 7, 1, p. 406 : « *Non tenetur debitor sese in servum vendere ut debita restituat. Ita ex communi Toletus lib. 5 cap. 27. Libertas enim est bonum inaestimabile* ».

(28) LESSIUS, *De iustitia et iure*, 2, 16, 1, 21, p. 188.

tions, insister pour que le débiteur paie pouvait l'inciter, lui ou sa famille, à commettre des péchés et, par conséquent, à compromettre son âme. Dès lors, les théologiens et canonistes sont généralement parvenus à la conclusion que cette menace spirituelle dispensait de paiement les débiteurs indigents. Selon le Dr. Navarrus, « personne n'est tenu de procéder à la restitution immédiate des biens d'un ordre inférieur à une autre personne si cela l'amène à perdre ses propres biens d'un ordre supérieur ». Ou, comme Lessius l'expliquait plus concrètement, « tout le monde doit veiller au salut de son âme et de celle de sa famille avant de payer ses dettes »²⁹. Pedro de Navarra et Malderus ont précisé ce point de vue en ajoutant qu'un créancier ne devait accorder un sursis de paiement pour risque de dommage spirituel que si ce risque était réel en raison de la faiblesse ordinaire (*fragilitas/infirmitas*) de l'homme, mais pas si le débiteur risquait de compromettre son âme en raison de sa perfidie³⁰.

E. – Pertes matérielles

Même si les biens matériels et le patrimoine familial étaient classés comme des biens inférieurs par rapport au salut spirituel, ils ont donné lieu à bien davantage de débats. Un cas typique que les scolastiques évoquaient pour illustrer les difficultés que peuvent rencontrer les débiteurs lorsqu'ils n'obtiennent pas un sursis de paiement concernait la vente d'un bien immobilier. Pressé de respecter une échéance de remboursement de sa dette, un débiteur peut être forcé de vendre sa propre maison ou sa propriété familiale à une fraction de sa valeur normale³¹. La plupart des canonistes et des théologiens considéraient une telle vente forcée comme une perte majeure qui devait être évitée en accordant au débiteur le droit de surseoir à son paiement.

C'est le philosophe médiéval Duns Scotus qui a donné une impulsion majeure au débat. Le *doctor subtilis* a exigé que le créancier préfère (*debet velle*) éviter que le débiteur subisse un préjudice grave alors que lui, le créancier, ne s'expose qu'à un dommage minime, voire inexistant, par l'octroi d'un délai de paiement³². Selon Scotus, si un créancier préfère recevoir un paiement direct au lieu d'éviter un préjudice majeur à son voisin, sa volonté est mauvaise et disproportionnée (*male et inordinate volens*)³³. Au début du XVII^e siècle, Lessius a développé le point de vue de Scotus et a affirmé que, dans de telles circonstances, le créancier était tenu par la raison droite (*recta ratio*) d'accorder un

(29) DR. NAVARRUS, *Enchiridion*, Anvers, 1575, 17, 57, p. 301 : « *Multo minus tenetur ad aliena inferioris ordinis et qualitatis cum amissione propriorum alioris ordinis statim restituenda* » ; LESSIUS, *De iustitia et iure*, 2, 16, 1, 21, p. 188 : « *Ratio est, quia quisque magis tenetur salutis animae suae et suorum consulere quam debita solvere* ».

(30) NAVARRA, *De ablatorum restitutione*, Lyon, 1593, 2, 4, 4, 38, p. 443 ; J. MALDERUS, *De virtutibus theologicis et iustitia et religione*, 4, 7, 1, p. 407.

(31) Par exemple DR. NAVARRUS, *Enchiridion*, 17, 57, p. 301.

(32) SCOTUS, *In quartum*, dist. 15, q. 2, nr. 33 (éd. WADDING), p. 340 : « *Consimiliter debet magis velle quod vitetur magnum incommodum proximi restituentis quam modicum incommodum suum vel nullum in illa modica dilatione restituentis* ».

(33) SCOTUS, *In quartum*, dist. 15, q. 2, nr. 34 (éd. WADDING), p. 340.

sursis de paiement³⁴. Sinon, le créancier péchait contre l'équité (*aequitas*) et la charité (*charitas*). « Si ma situation est telle que je suis incapable de payer immédiatement mes dettes sans faire subir une lourde perte au reste de mon patrimoine », affirmait Lessius³⁵, « je suis en droit de surseoir à mes paiements au motif d'une certaine forme d'équité qui découle du droit naturel ». S'appuyant sur Lessius, Lugo a exposé que si le risque d'une perte patrimoniale énorme persistait, le débiteur pouvait même être dispensé de toute restitution³⁶.

L'adhésion de Lessius à l'argumentation de Scotus est d'autant plus remarquable que les théologiens dominicains tels que Cajétan et Soto l'avaient expressément rejetée au cours du XVI^e siècle. Soto affirmait que le risque de dommage grave pour le débiteur ne forçait pas légalement (*iure*) le créancier à accorder un sursis de paiement³⁷. Le théologien de Salamanque n'avait pas été convaincu par l'opinion de Scotus, affirmant au contraire que le créancier ne devait jamais être tenu de céder son propre droit afin d'éviter que le débiteur ne subisse un dommage, sauf dans des circonstances exceptionnelles de nécessité ou de pauvreté légitime – c'est-à-dire une pauvreté qui n'est pas induite par la propre faute du débiteur. En adoptant cette position, Soto adhérerait à la critique de Scotus qu'avait précédemment formulée Cajétan. En référence au droit romain³⁸, Cajétan affirmait que personne ne pouvait être censé porter préjudice à une autre personne en exerçant ou en voulant exercer son propre droit³⁹. Il a néanmoins reconnu, tout comme Soto, que l'*impotentia* pouvait dispenser le débiteur de rembourser immédiatement. Dès lors, le rejet de Scotus était principalement théorique par nature. Il portait plutôt sur le motif rationnel d'autoriser le débiteur à suspendre temporairement ses paiements en cas de risque de dommage. Il n'est pas à exclure non plus que Cajétan et Soto, théologiens de l'ordre dominicain, voulaient en premier lieu se montrer de bons thomistes en prenant leur distance avec le philosophe franciscain.

Lessius a trouvé un compromis entre les argumentations scotistes et dominicaines. Il ne soutenait pas qu'accorder un allègement au débiteur était légitime en vertu de la justice au sens strict du terme. Il affirmait plutôt que le débiteur méritait un sursis de paiement au motif d'une « certaine forme d'équité inhérente à la loi naturelle ». En terminologie moderne, Lessius raisonnait en termes d'« abus de droit ». Quand bien même il s'accordait avec Cajétan et

(34) LESSIUS, *De iustitia et iure*, 2, 16, 1, 21, p. 188 : « Ratio est, quia in hisce casibus creditor secundum rectam rationem tenetur consentire in dilationem. Contra enim aequitatem et charitatem faceret, si vellet sibi cum tanto alterius incommodo statim satisfieri ».

(35) LESSIUS, *De iustitia et iure*, 2, 16, 1, 22, p. 188 : « Quando is est rerum mearum status, ut non possim debitum praestare statim sine magna aliarum rerum mearum iactura, licitum est mihi ex quadam aequitate iuris naturalis differre (...) ».

(36) LUGO, *De iustitia et iure*, 1, 21, 1, 20, p. 611 : « Ego iuxta supradicta puto, si debita non sint ex delicto, posse quidem detrimentum illud debitoris perseverans excusare in perpetuum a restitutione ».

(37) SOTO, *De iustitia et iure*, Lyon, 1582, 7, 4, p. 135v : « Grave debitoris detrimentum non iure stringit creditorem solutionem expectare ».

(38) D. 50,17,55 (Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur) et D. 50,17,151 (Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet).

(39) CAJÉTAN, *Commentarii ad IamIIae D. Thomae*, ad q. 62, art. 8, p. 60 : « Sicut nullus damnum alteri facit qui utitur iure suo (...), ita nullus damnum alteri vult qui vult uti iure suo ».

Soto sur le fait qu'un créancier a le droit légal de ne pas céder son propre droit en faveur d'un débiteur en difficulté, il mettait toutefois en garde contre l'« abus de droit » en invoquant des catégories morales supérieures telles que la raison droite, l'équité et la charité. Par ailleurs, Lessius n'accordait pas le droit à un sursis de paiement sans réserve. Par exemple, si un retard risquait de ne pas aboutir à un paiement, aucun sursis ne pouvait être accordé au débiteur, quel que soit le coût pour ce dernier⁴⁰. Les intérêts du créancier, dans ce cas, ne pouvaient purement et simplement être ignorés.

En ce qui concerne les dommages matériels, une deuxième question soulevée concernait les coûts en matière d'opportunité : les chances manquées de gagner de l'argent (*lucrum cessans*) pouvaient-elles être considérées comme équivalentes à un dommage ? Navarra affirmait que c'était le cas, du moins si les bénéfices futurs n'étaient pas destinés à servir le débiteur mais les créanciers en général⁴¹. Lessius ajoutait que les intérêts de plusieurs créanciers prévalaient sur les intérêts d'un créancier en particulier. Par conséquent, pour les autres créanciers, un créancier particulier devait accorder un sursis si un paiement immédiat impliquait un coût en matière d'opportunité (*lucrum cessans*). Si le débiteur devait manquer l'opportunité de réaliser des profits en restituant l'argent immédiatement, la charité (*charitas*) voulait qu'un sursis de paiement lui soit accordé dans l'intérêt des autres créanciers car, en fin de compte, ils tireraient tous profit de l'augmentation de la richesse du débiteur⁴².

F. – Perte de statut

La perspective de descendre dans l'échelle sociale remplissait d'effroi les aristocrates au début de l'Europe moderne, en particulier en Espagne, plus que partout ailleurs, puisque les droits et privilèges étaient censés y avoir été stratifiés dans le prolongement de la dignité de classe, de l'honneur et du statut social⁴³. Rien d'étonnant, donc, que le risque de dommage à l'honneur ou au statut social ait été considéré par la majorité des scolastiques comme un motif suffisant d'obtenir une remise temporaire ou partielle de la dette. En se fondant sur des sources médiévales tardives, le Dr. Navarrus affirmait qu'un homme sincère et honorable n'était pas tenu de rembourser immédiatement s'il se trouvait dès lors dans l'incapacité de « vivre décemment conformément à la dignité de son statut »⁴⁴. Lessius envisageait le cas d'un noble forcé de se pri-

(40) LESSIUS, *De iustitia et iure*, 2, 16, 1, 23, p. 188 : « Secus est quando tales sunt circumstantiae, ut nisi modo restitutio fiat, numquam sit futura ».

(41) NAVARRA, *De ablatorum restitutione*, 2, 4, 4, 52, p. 447 : « Si faceret, ut paulatim multis creditoribus solveret, quibus nequit simulolvere, sine aliquo ex iustis inconvenientibus dictis, ut solutionem differendo lucretur, quo omnibus solvat, bene facere potest ».

(42) LESSIUS, *De iustitia et iure*, 2, 16, 1, 24, p. 188 : « Tunc enim charitas postulat ut creditor permittat dilationem, si commode possit. Quia contra rationem est, ut velis tibi statim restituere cum tanto aliorum creditorum incommodo, quod dilata solutione posset vitari ».

(43) Pour une contextualisation historique, voir S. K. TAYLOR, *Honor and Violence in Golden Age Spain*, New Haven, Yale UP, 2008.

(44) DR. NAVARRUS, *Enchiridion*, 17, 63, p. 304 : « Sexto, principaliter infertur, eum qui totum statim restituendo non posset decenter pro dignitate sui status vivere, ad illud non teneri, quam-

ver de sa suite, y compris de ses esclaves et de ses chevaux – et donc forcé de s'éloigner de ses pairs ; ou le cas d'un membre de la haute société tenu d'accepter un poste d'ouvrier pour lequel il n'avait absolument reçu aucune formation⁴⁵. Ces hommes investis d'un statut, pensait Lessius, devaient être autorisés à surseoir à leurs paiements jusqu'à ce qu'ils soient capables d'honorer leurs dettes sans mettre en cause leur statut social. En utilisant le vocabulaire de Scotus, Pedro de Navarra insistait sur le fait qu'un créancier ne devait pas vouloir (*non velle debet*) qu'un noble ou que tout homme d'honneur devienne subitement un mendiant ou gagne sa vie comme travailleur manuel⁴⁶.

Juan de Medina s'inscrivait cependant en faux contre ces arguments. Tout en admettant que sa solution pouvait sembler dure et inhumaine, il était convaincu que, selon la rigueur de la conscience (*rigor conscientiae*), un noble ne pouvait avoir la conscience tranquille s'il n'avait pas remboursé toutes ses dettes de crainte d'être réduit à l'état de mendicité⁴⁷. À titre de consolation, il ajoutait que le débiteur se verrait reconnaître un grand mérite aux yeux de Dieu s'il tolérait patiemment cet état de mendicité. Luis de Molina exprimait une autre opinion dissonante. Contrairement à Medina, il reconnaissait le statut spécial des nobles mais prétendait que le droit des nobles à un sursis de paiement par crainte d'une perte de statut ne pouvait être universalisé. Leur immunité relative aux conséquences néfastes de l'endettement était simplement le résultat de privilèges spécifiques accordés aux nobles (*hidalgos*) par le droit positif. Par conséquent, en règle générale, les débiteurs étaient tenus de payer leurs dettes immédiatement et sans remords, même au risque de détériorer leur statut social et d'être réduits à la pauvreté⁴⁸. Molina tentait consciencieusement de défendre les intérêts dominants du créancier⁴⁹ : « Il ne devrait pas être permis que le débiteur reporte son paiement contre la volonté du créancier même si cela devait s'avérer nécessaire pour éviter que le débiteur ne sacrifie à son statut social, surtout

vis id facere, perfectionis esset, ut ait S. Antoninus (...), modo ei sit animus restituendi illud, quamprimum poterit et modo curet ne quid in alios usus quam necessarios et decentes impendat, quo reliquae aliquid et paulatim restituere possit ».

(45) LESSIUS, *De iustitia et iure*, 2, 16, 1, 25, p. 188 : « Infertur secundo, si vir nobilis non possit statim solvere nisi privet se omni obsequio famulorum et equorum, cogaturque abstinere a consortio sui similibus, et si civis primarius non possit statim, nisi ita se privet, ut cogatur obire artem mechanicam sibi insuetam, posse differre restitutionem, donec absque iactura status sui possint restituere ».

(46) NAVARRA, *De ablaturum restitutione*, 2, 4, 4, 45, p. 445 : « Non enim velle debet nobilem aut bonae aestimationis hominem turpiter et subito mendicare aut manibus victum laborando quaerere ».

(47) MEDINA, *De restitutione*, 2, 5, p. 60 : « In qua videbor quibusdam inhumane respondisse, compellendo nobilem prefatum ad integre restituendum, nec permittendo inde deduci ne egeat (...). Fateor duram esse sententiam, sed loquendo secundum rigorem conscientiae, non video aliter ad quaestionem respondisse esse ».

(48) MOLINA, *De iustitia et iure*, 2, 754, col. 1671 : « Perperam, inquam, aliquos ex his iuribus ac privilegiis colligere, fas esse universim propter debita differre solutionem, quando, si debitor integre statim solveret, necesse illi esset decidere a suo statu ac mendicare ».

(49) MOLINA, *De iustitia et iure*, 2, 754, col. 1670 : « Non facile contra creditoris voluntatem est permittendum, debitorem restitutionem differre, esto necesse sit eum a suo statu cadere, praesertim quando ipse fuit in culpa, quod per iniustitiam ad eas deveniret angustias ».

s'il est à blâmer parce qu'il a connu des problèmes financiers en commettant des injustices ».

G. – Responsabilité morale, mauvaise fortune et limites au discours moralisant

La propre faute des débiteurs dans la création de leur état d'insolvabilité devrait-elle avoir un quelconque effet sur leur droit de surseoir au paiement ? Les jusnaturalistes catholiques n'ont cessé de débattre sur cette question épineuse, surtout dans le cas d'une détérioration du statut social. En fait, il n'était pas rare pour la noblesse, en particulier, de contracter des dettes énormes et de vivre au-dessus de ses moyens⁵⁰. Molina ne s'est pas prononcé tout à fait clairement sur le rejet de ces pratiques en tant que telles mais, comme d'autres scolastiques, il n'a laissé aucun doute sur la perfidie de ceux qui dilapident leur fortune en s'adonnant au jeu, aux paris et à d'autres activités superflues. Pour ces individus, il ne montrait aucune clémence. « Vous ne pouvez vous en prendre qu'à vous-même », fulminait Lessius⁵¹, « si vous n'êtes plus capable de payer sans perdre votre statut social ». Si un noble se retrouvait dans une situation précaire et que les éléments démontraient que son état d'insolvabilité était imputable à sa propre faute (*sua culpa*), il devait payer, même au risque d'être réduit à une vie de pauvreté⁵². Juan de Medina était connu pour son attitude particulièrement dure envers les débiteurs qui faisaient faillite par leur propre faute. Il déclarait avec véhémence que « quel que soit l'état permanent d'indigence dans lequel se retrouvera le noble en cas de restitution intégrale, il est tenu de rembourser toutes ses dettes au propriétaire »⁵³.

Mais qu'en était-il si la malchance, plus que la perfidie, était à blâmer pour l'insolvabilité du débiteur ? Selon Molina, il est fort probable que l'infortune ne dispense pas de rembourser immédiatement ses dettes. L'infortune est un fait de vie, tout comme la fortune. « On peut acquérir des richesses et, par la fortune, gravir les échelons de la hiérarchie sociale », constatait Molina⁵⁴, « mais, si la roue tourne, il faut supporter de retomber à un niveau inférieur ». « Compte tenu de la nature des choses et en gardant à l'esprit la condition humaine », poursuivait Molina, « il n'est pas un homme qui mérite plus un statut supérieur qu'un autre ».

(50) LESSIUS, *De iustitia et iure*, 2, 16, 1, 28, p. 189 : « *Quod est notandum pro quibusdam nobilibus, qui debita sine fine contrahunt, ut supra conditionem sui status expendant* ».

(51) LESSIUS, *De iustitia et iure*, 2, 16, 1, 28, p. 188-189 : « *Tibi enim imputare debes, quod iam sine status amissione non possis satisfacere* ».

(52) E.g. MOLINA, *De iustitia et iure*, 2, 754, cols. 1669-1670.

(53) MEDINA, *De restitutione*, 2, 5, p. 57 : « *Non obstante egestate, in qua nobilis, facta integra restitutione, permaneret, teneatur omnia, quae debet, suo domino reddere* ». Il importe de préciser que la tirade de Medina s'insère dans une discussion sur le devoir de restitution de biens volés ; dans ce contexte précis Medina ne traite pas des dettes contractuelles à proprement parler. Cependant, les scolastiques ont donné une interprétation plus large au texte de Medina.

(54) MOLINA, *De iustitia et iure*, 2, 754, col. 1670 : « *Sicut homines divitias acquirendo per fortunam ab inferiori statu conscendunt ad superiorem, sic reflante fortuna pati debent descensum ad inferiorem statum ; quandoquidem ex natura rei, spectataque conditione humana, non magis uni quam alii sit debitus superior status* ».

Étant donné la nature capricieuse de la fortune, précisément, Juan de Medina autorisait les créanciers à ne pas accorder de délai de paiement aux débiteurs qui risquaient de sombrer dans la pauvreté. « La fortune est variable », observait-il⁵⁵, « les personnes exaltées par la fortune aujourd'hui seront déprimées et humiliées par celle-là même demain ». Par conséquent, les créanciers étaient autorisés à craindre pour leur propre infortune, à se préserver des temps difficiles à venir et à exiger sans délai l'argent de leurs débiteurs, au risque qu'un débiteur ne puisse éviter de sombrer dans un état d'indigence.

Contrairement à Medina et Molina, Lessius estimait qu'il était plus équitable et vrai (*aequius et verius*) d'accorder un délai de paiement à un débiteur frappé par une infortune soudaine⁵⁶. Il abhorrait les conséquences inhumaines de l'analyse de Medina. Aux yeux de Lessius, le concept de la « rigueur de la conscience », invoqué par Medina, était un oxymore.

Point important : Juan de Lugo s'est inspiré de Lessius pour envisager sous un nouvel angle la relation confuse entre la responsabilité morale, l'infortune et la détresse des débiteurs. Lugo observait un conflit profond entre les principes spéculateurs de Medina et Molina, d'une part, et la réalité de l'indigence des débiteurs, de l'autre. En rejetant leur point de vue en raison de leur rigidité excessive (*nimis rigida*), Lugo proposait d'adopter une solution qui serait utile en pratique – une solution qui « ne condamnait pas les débiteurs ou ne les jetait pas dans l'abîme du désespoir (*baratrum desperationis*) »⁵⁷.

Tout en reconnaissant que le droit national et les tribunaux humains avaient des raisons légitimes d'appliquer les règles en matière de dette et de crédit de la manière la plus stricte – principalement en raison d'un aléa moral (*moral hazard*) –⁵⁸ Lugo soutenait qu'un créancier chrétien, ayant connaissance de la détresse du débiteur, agirait en son âme et conscience en accordant un sursis de paiement⁵⁹. Au tribunal, il est certes permis d'extorquer cent florins à un débiteur, même s'il est ainsi forcé de vendre sa propriété familiale d'une valeur de cent mille florins à une fraction minimale de sa valeur normale et de subir une

(55) MEDINA, *De restitutione*, 2, 5, p. 57 : « *Fortuna enim varia est, et quod hodie exaltat, cras deprimit et humiliat (...). Igitur in casu praesenti creditor, etsi ad praesens dives sit, potest idem quod Salomon sibi ipsi timere* ».

(56) LESSIUS, *De iustitia et iure*, 2, 16, 1, 26 et 28, p. 188 et p. 189.

(57) LUGO, *De iustitia et iure*, 1, 21, 1, 10, p. 609 : « *Haec sententia [sc. Molinae] licet speculative sustineri possit, in praxi tamen est nimis rigida, nec poterit debitoribus persuaderi, maxime stante praxi contraria in foro interno. Quare quaerenda est ratio ad sustinendam praxim, et non condemnandos debitores, nec eos in baratrum desperationis deiiciendos* ».

(58) LUGO, *De iustitia et iure*, 1, 21, 1, 11, p. 609 : « *Debemus ergo fateri, forum externum propter iustas causas non attendere ad has excusationes relinquendo illarum veritatem conscientibus debitoris et creditoris. Quia nimirum si hae excusationes admitterentur, abiret in longum debitorum solutio et passim eiusmodi causae adducerentur ad non restituendum* ».

(59) LUGO, *De iustitia et iure*, 1, 21, 1, 11, p. 609 : « *Quando tamen creditori constaret de veritate causae ipse deberet ad eam attendere : nam licet in foro humano externo iuste videretur procedere ille qui a conservo suo exigebat debitum 100 denationum et tenens suffocabat eum, nec inducias commodae solutionis rogatus concedere volebat, quando debitor integram solutionem promittebat, si paulisper expectaret, dum diceret, patientiam habe in me et omnia reddam tibi, in foro tamen Regis prudentissimi, quod Dei forum figurabat, damnatus est creditor tamquam nimis rigidus et irrationabilis exactor* ».

perte énorme. Les lois positives devraient être appliquées strictement de manière à dissuader les débiteurs de mener une vie prodigue et de dilapider l'argent aux dépens de leurs créanciers⁶⁰. Dans la justice des hommes, le créancier est autorisé à « étouffer » littéralement son débiteur et à ne pas faire de concessions. Un chrétien, cependant, devrait considérer le jugement de Dieu (*Dei forum*) comme le critère ultime de ses décisions et reporter l'échéance de paiement au lieu de se montrer trop rigide. Les cours suprêmes, elles aussi, devraient aspirer à des principes supérieurs d'équité naturelle et ordonner un sursis de paiement pour éviter que les débiteurs ne sombrent dans la misère et le désespoir⁶¹.

Lugo, dès lors, reconnaissait la tension entre les réalités de la vie et la volonté d'un traitement plus humain des débiteurs indigents, surtout dans une société chrétienne. Tout en essayant d'empêcher les débiteurs de sombrer dans ce qu'il appelait l'« abîme du désespoir », il reconnaissait également les intérêts légitimes des créanciers. Il n'était pas naïf pour autant. Afin d'éviter la fraude, les procès et les mauvais signaux pour les débiteurs, il estimait que les tribunaux des hommes devaient appliquer la loi à la lettre. En réalité, il insistait même pour que les cours suprêmes fassent confier les avoirs des débiteurs bénéficiant d'un sursis de paiement à une autorité administrative publique pour protéger les intérêts des créanciers car l'expérience (*experientia*) montre que les créances douteuses ne gagnent pas facilement en qualité en cas de report de paiement. Les créances douteuses se détériorent de jour en jour car, avec la faillite, viennent en général s'ajouter de nouvelles dettes⁶².

Le point de vue innovant de Lugo sur la question est d'autant plus fascinant que l'on se rappelle de lui pour avoir défendu les principes de la sécurité juridique et de la sécurité des contrats (*securitas contractuum*) bien avant que ces idées ne deviennent les pinacles du droit privé moderne⁶³. En fait, Lugo a ainsi mis fin à des siècles de discussions entre les canonistes et les scolastiques quant à la possibilité, en raison de l'évolution des circonstances, de dégager les parties contractantes de l'obligation d'honorer leurs promesses en insistant sur le seul principe que tous les accords ont force contraignante (*pacta sunt servanda*). Aux fins de simplifier les affaires et la sécurité des contrats, Lugo re-

(60) LUGO, *De iustitia et iure*, 1, 21, 1, 11, p. 609 : « Denique non mirum est, quod in foro externo rigor ille adversus debitorem observetur ad deterrendos alios, ne expensis creditorum prodige et laute vivant cum videamus aliquando poenam capitis in decoctores statui ».

(61) LUGO, *De iustitia et iure*, 1, 21, 1, 11, p. 609 : « Gubernator tamen supremus seu senatus regius frequenter solet ad aequitatis naturalis regulas recurrere et praecipere dilationem commodam ut sine his angustiis possint debitores sua debita solvere ». Il est utile de rappeler que l'idée selon laquelle les tribunaux suprêmes sont liés par un devoir particulier de promouvoir l'équité et de protéger l'esprit des lois et l'équité faisait partie intégrante de la culture juridique du *ius commune*. Par conséquent, les tribunaux de haute instance se voyaient dotés d'un pouvoir discrétionnaire considérable ; cf. M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milan, Giuffrè, 1998.

(62) LUGO, *De iustitia et iure*, 1, 21, 1, 11, p. 609 : « Oportet tamen tunc bona debitoris auctoritate publica administrari, ut creditorum indemnitati consulatur, quae multum periclitatur dilatione debitori concessa, cum experientia constet, eiusmodi mala debitorum nomina dilatione non meliorari sed auctis novis debitis deteriorari in dies ».

(63) DECOCK, *Theologians and Contract Law*, p. 321.

jetaient la théorie de l'imprévision⁶⁴. Pourtant, nonobstant son insistance farouche sur le principe *pacta sunt servanda*, Lugo plaidait pour une approche réaliste du surendettement. Il recommandait même une remise de dettes pour les personnes qui avaient fait faillite par leur propre faute. Lugo voulait une expérience pratique pour expliquer l'application des règles juridiques et morales. À un certain stade, empêcher les gens de sombrer dans l'« abîme du désespoir » est plus utile que de donner des leçons de morale.

H. – Indigence égale et situation prévalente du créancier

Les jusnaturalistes catholiques ne se sont pas contentés de prendre en considération le seul état de détresse des débiteurs en décidant qu'une personne devait bénéficier d'un sursis de paiement. À l'occasion, le créancier pouvait être tout aussi vulnérable que le débiteur, souffrant d'un même état d'indigence. Les auteurs s'accordaient généralement à dire que la situation du créancier prévalait si les deux parties contractantes souffraient du même degré de perte (*in causa parisi damni potior est conditio creditoris*)⁶⁵. Par exemple, un débiteur ne pouvait prétendre à un droit de sursis de paiement de sa dette si le créancier risquait dans une même mesure de perdre son statut social.

En s'inspirant de Duns Scotus et Silvester Mazzolini da Prierio (1456-1523)⁶⁶, de nombreux théologiens estimaient que la situation du créancier prévalait également si ce dernier était dans une même situation de nécessité (*in pari necessitate potior est conditio creditoris*). Lessius n'adhérait toutefois pas à cette proposition, affirmant au contraire que, dans un état de nécessité extrême ou grave, la position du possesseur prévalait (*melior conditio possidentis*)⁶⁷ : en état de nécessité, on a le droit d'occuper ce qui appartient à d'autres personnes et on conserve ce droit même si, par la suite, le propriétaire d'origine souffre lui-même de nécessité⁶⁸. Dans un état d'égale nécessité, Lessius protégeait donc le débiteur contre le créancier mais il n'exprimait pas là l'opinion la plus répandue.

II. – LE RECOURS EXTRAORDINAIRE À LA REMISE DE DETTE (*REMISSIO DEBITI*)

A. – Cadre juridique du débat

Pour les théologiens et canonistes enracinés dans la tradition judéo-chrétienne – qui met l'accent sur la rémission des péchés, il ne pourrait que sembler naturel d'intégrer des idées de remise de dette dans l'analyse des relations débiteur/créancier. Par conséquent, ils ont rapidement reconnu la remise ou l'annulation de dette (*remissio/condonatio debiti*) comme justification d'ac-

(64) DECOCK, *Theologians and Contract Law*, *passim* (tacit condition, changed circumstances, frustration).

(65) E.g. LESSIUS, *De iustitia et iure*, 2, 16, 1, 31, p. 189.

(66) SILVESTER, *Summa silvestrina*, Anvers, 1578, vol. 2, s.v. *restitutio* 5, 2.

(67) DECOCK, *Theologians and Contract Law*, p. 77-78.

(68) LESSIUS, *De iustitia et iure*, 2, 16, 1, 20, p. 188.

corder au débiteur une libération totale ou partielle de ses obligations. Par la suite, la question de l'annulation de la dette a cependant laissé moins de traces dans les ouvrages théologiques moraux et canoniques des XVI^e et XVII^e siècles que l'analyse de n'importe quel autre des titres légaux pour alléger la charge de la dette. Les scolastiques ont passé plus de temps à débattre des conditions de remise de dette dans le cas de faillis prononçant des vœux monastiques pour échapper à leurs créanciers qu'à démêler les implications du kérygme pour régler les différends entre créanciers et débiteurs. En utilisant le langage juridique, ils ont analysé l'annulation de la dette comme une donation (*donatio*). Par exemple, Lessius a argumenté qu'un créancier pouvait remettre (*remittere*) au débiteur son droit d'exécution par ce débiteur tout comme il pouvait procéder à une donation (*donare*) de ce droit à toute autre personne⁶⁹.

B. – Consentement volontaire

À partir du parallèle structurel entre donation et remise de dette, Lessius a déduit, tout comme Molina, que les conditions générales du consentement volontaire dans les contrats, en particulier de donation, s'appliquaient à la remise de dette⁷⁰. Par conséquent, l'annulation de la dette devait être entièrement volontaire. Du reste, la remise de dette ne pouvait être affectée par des vices de consentement tels que la contrainte et la fraude⁷¹. Sinon, la remise de dette pouvait être invalidée, au gré du créancier. En d'autres termes, Lessius ne disait pas qu'une remise de dette entachée par la contrainte ou la fraude était automatiquement invalidée. D'autres scolastiques, tels que Molina, avaient prétendu que la contrainte entraînait une invalidité automatique, de telle sorte que le créancier ne pouvait ratifier une remise de dette entachée par la contrainte⁷². Mais, en se fondant sur sa théorie générale sophistiquée du consentement contractuel – qui introduisait un régime général de révocabilité en tant que sanction de l'erreur ou de la contrainte⁷³ – Lessius a affirmé qu'il appartenait au créancier de décider s'il voulait déclarer cette remise nulle et non avenue après avoir découvert qu'il avait été victime d'une fraude ou d'une contrainte. Par conséquent, l'intention du débiteur était sans importance⁷⁴. Tant que le

(69) LESSIUS, *De iustitia et iure*, 2, 16, 2, 34, p. 189 : « Ratio est, quia sicut creditor potest ius suum, quod habet in debitorem, alteri donare, ita etiam ipsi debitori, quod est remittere, quia remissio est quaedam donatio ».

(70) Une telle sophistication du raisonnement juridique n'avait pas encore été atteinte dans l'œuvre des premiers grands théologiens espagnols du XVI^e siècle tel Domingo de Soto. Soto se limitait à exiger que l'annulation de la dette soit véritablement volontaire sans établir des analogies avec les conditions de validité d'un contrat de donation : « Remissio sit vere libera. Itaque neque requiritur, ut sit liberrima, neque sufficit si sit coacta. Cavendum ergo est ne vis intersit aut fraus », cf. SOTO, *De iustitia et iure*, 4, 7, 4 p. 136r.

(71) LESSIUS, *De iustitia et iure*, 2, 16, 2, 35, p. 189 : « Prima [conditio] est, ut haec remissio sit omnino libera, id est, non extorta metu vel fraude, iuxta ea quae dicenda sunt c. 17, dub. 5 et 6. Tunc enim etsi forte aliquo modo sit valida, tamen ad arbitrium donantis est revocabilis ».

(72) MOLINA, *De iustitia et iure*, 2, 757, 1, cols. 1680-1681.

(73) DECOCK, *Theologians and Contract Law*, p. 268-272.

(74) Comp. MEDINA, *De restitutione*, p. 25, lettre C : « Sequitur non esse necessarium debitorem esse parati animi ad restituendum ad hoc, ut a debito restituendi liberetur ».

créancier était motivé par un véritable *animus donandi*, la remise de la dette était valable, même si le débiteur n'avait jamais montré une intention sincère de rembourser sa dette⁷⁵.

C. – Simulation de pauvreté et abus de pouvoir

Un exemple récurrent de fraude dans l'obtention de la remise de dette était la simulation de la pauvreté. Par exemple, Soto a souligné qu'une donation ne pouvait être considérée comme librement consentie si le débiteur avait prétendu être plus démuné qu'il ne l'était en réalité⁷⁶. Cette précaution n'est pas sans rappeler le rejet scolastique général du faux pauvre non méritant auquel Soto n'avait pas expressément fait référence dans ce contexte mais qui faisait partie de la tradition du droit canonique, du moins depuis l'époque de Gratien⁷⁷. En tout cas, Soto connaissait particulièrement bien cette distinction comme l'illustre sa diatribe contre le pauvre non méritant dans son *Deliberatio in causa pauperum*. Lessius a lui aussi exprimé son mépris envers les personnes qui se faisaient passer pour plus pauvres qu'elles ne l'étaient en réalité⁷⁸. Par ailleurs, il reconnaissait que la mendicité fâcheuse et la flatterie ne rendaient pas nécessairement la remise de la dette involontaire⁷⁹. C'est seulement si le créancier en venait à préférer perdre son argent plutôt que de continuer à subir une vexation déraisonnable que l'annulation de la dette résultant d'une pression importune pouvait être considérée comme invalidée en toute conscience.

Un autre exemple standard invoqué par les jusnaturalistes pour mettre en doute la validité de la remise de la dette concernait la situation dans laquelle le débiteur était manifestement plus puissant que le créancier. Dans ces circonstances, le risque était réel que le débiteur soit en position de menacer le créancier pour le pousser à accepter une annulation partielle ou totale de sa dette. « Ce cas se produit parfois », mettait en garde Lessius⁸⁰, « lorsque les puissants doivent de l'argent à des artisans ou hommes d'affaires ». La coercition pouvait également être exercée de manière plus subtile et indirecte, comme le précisait Lessius : par exemple, en rendant la procédure de recouvrement extrêmement fastidieuse pour le créancier, en ne se présentant pas à plusieurs re-

(75) LESSIUS, *De iustitia et iure*, 2, 16, 2, 35, p. 189 : « *Nec refert, etiamsi debitor non haberet animum restituendi, quia etsi peccet, tamen debitum extinguitur, si alter libere remittat* ».

(76) SOTO, *De iustitia et iure*, 4, 7, 4, p. 136r : « *Si enim creditorem decipis aut persuades (...) maiori te multo egestate comprimi quam premeris, donatio non est libera* ».

(77) B. TIERNEY, *Medieval Poor Law. A Sketch of Canonical Theory and Its Application in England*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 1959, p. 55.

(78) LESSIUS, *De iustitia et iure*, 2, 16, 2, 35, p. 189 : « *Fraus esset, si fingeret se longe pauperiorem quam vera sit. Blanditiae autem et preces non obsunt, quia non reddunt condonationem involuntariam, nisi forte praeter modum essent importunae, ita ut quis mallet sua pecunia privari, quam tanta importunitate sollicitari. Tunc enim remissio non valeret in conscientia, quia causa redimendae iniustae vexationis fieret* ».

(79) L'effet de la flatterie et de la mendicité fâcheuse sur la validité du consentement contractuel est traité dans DECOCK, *Theologians and Contract Law*, p. 246-250 et p. 268.

(80) LESSIUS, *De iustitia et iure*, 2, 16, 2, 35, p. 189 : « *Metu extorta censeretur, si expresse vel implicite debitor minaretur creditori, nisi integre vel ex parte remittat. Quod interdum fit, quando potentes debent mechanicis aut mercatoribus* ».

prises à la date du paiement, en faisant attendre longtemps le créancier, etc.⁸¹. Soto a averti en particulier les grands de ce monde de prendre garde de ne pas commettre ce type d'injustice contre leurs sujets⁸². Molina ajoutait sagement que, même si les débiteurs n'exerçaient pas de pressions eux-mêmes, ils devaient s'abstenir d'employer des tiers ou des hommes de paille afin de forcer le créancier à accepter la remise de dette⁸³.

D. – Montrer l'argent change l'état d'esprit

Les scolastiques médiévaux se sont particulièrement intéressés à la question de savoir si, avant même de demander la remise de la dette, le débiteur pauvre était tenu de procéder à la restitution effective de la somme. Par exemple, si un homme pauvre contractait un prêt de cent florins, sa demande de remise de dette serait-elle subordonnée au remboursement préalable de cette somme au créancier ? Tandis qu'Antonin de Florence (1389-1459) avait répondu à cette question par l'affirmative, les jusnaturalistes à l'aube des temps modernes contestaient que la remise de la dette fût subordonnée à la restitution de l'argent dû. Suivant l'exemple de Cajétan, ils considéraient qu'une telle « cérémonie » était à la fois indésirable et irréaliste. Hormis le fait qu'il est rare de trouver des débiteurs capables de déboursier immédiatement l'argent qu'ils doivent, l'or fascine l'œil du créancier lorsqu'il lui est présenté et le fait subitement changer d'avis⁸⁴.

Par conséquent, il était conseillé au pauvre de ne pas quémander la remise de sa dette en personne mais par l'intermédiaire d'un tiers – une possibilité que Thomas d'Aquin avait déjà prévue⁸⁵. Le Dr. Navarrus allait confirmer par la suite l'utilité de cette stratégie par des citations apprises du droit romain⁸⁶. Ni Cajétan, ni le Dr. Navarrus ne considéraient le recours à un tiers et l'absence du montant

(81) LESSIUS, *De iustitia et iure*, 2, 16, 2, 35, p. 189 : « *Similiter si cogeret eum subire multas molestias in solicitando, saepe venire frustra, diu expectare, etc.* ».

(82) SOTO, *De iustitia et iure*, 4, 7, 4, p. 136r : « *Idque cavere quam maxime debent magnates a subditis remissionem petentes* ».

(83) MOLINA, *De iustitia et iure*, 2, 757, 1, col. 1681.

(84) SOTO, *De iustitia et iure*, 4, 7, 4, p. 136r : « *Nam praeterquam quod raro accidat, ut debitor eam habeat, ut bene adnotavit Caietanus, praesens aurum et oculos fascinare solet et animas subinde mutare* ».

(85) CAJÉTAN, *Summula peccatorum*, Anvers, 1575 (erronément considérée comme l'édition Venise, 1575 dans le catalogue de la Bayerische Staatsbibliothek), s.v. *restitutio*, p. 485 (sic ; en réalité c'est la page 484) : « *Et scito quod quando pauper obligatur ad restituendum diviti, expedit non offerre diviti rem restituendam, sed rogare et interponere intercessores ad remittendum, ne affectus ex praesentia rei durior sit ad remittendum, facilius enim remittimus non habita quam possessa* ».

(86) DR. NAVARRUS, *Enchiridion*, 17, 46, p. 297-298 : « (...) *ne rei debitor praesentia difficilius efficiatur ad condonandum, cum multo facilius, quod non habemus, quam quod possidemus remittamus et condonemus, l. cum hi, ff. de Transact. facit [= D. 2, 15, 8pr.], et l. Sed si ego, ff. ad Velleian. [= D. 16, 1, 4pr.]* ». Les passages cités par Dr. Navarrus sont censés confirmer que la prudence dicte de faire appel à un tiers pour demander au créancier d'annuler la dette. Pourtant, D. 16, 1, 4pr. prévoit une exception au *SC Velleianum* dans le cas où le créancier fût ignorant de l'identité de la personne qui bénéficiait de la sûreté accordée par une femme. Dans ce cas-là, la femme perd la protection qui lui est offerte par le *SC Velleianum* et elle devient responsable pour la dette. Apparemment, Dr. Navarrus interprète ce passage d'une manière très large pour qu'il signifie qu'une personne qui s'expose est susceptible de perdre ses privilèges.

dû comme une manière de procéder qui constituait un obstacle au caractère volontaire de la donation du créancier. Au contraire, ils prétendaient que c'était la meilleure garantie contre « la tentation d'inhumanité » ou la « tentation d'illibéralité » de la part du créancier⁸⁷. Toutefois, dès qu'il y avait des indications claires que le créancier n'avait pas consenti librement à la remise de la dette en raison de l'utilisation de stratagèmes, le débiteur ne pouvait se considérer comme libéré de son obligation de remboursement en toute conscience⁸⁸.

E. – Les donations ne doivent pas être présumées

Les jusnaturalistes catholiques veillaient avec soin à ne pas reconnaître trop facilement une remise de dette. Comme pour tout autre contrat de donation, la remise de dette doit répondre à des critères stricts de consentement volontaire afin d'être reconnue comme un titre légitime de remise totale ou partielle de la dette. La fraude, la coercition et la pression importune doivent être totalement absentes afin de garantir la liberté du créancier, surtout si ce dernier est confronté à un débiteur souverain ou à un faux pauvre. En fait, cette attitude réticente vis-à-vis de la remise de dette est parfaitement conforme à la méfiance générale des jusnaturalistes envers la logique de la donation dans les relations contractuelles : une donation ne doit pas être présumée (*donatio non praesumitur*)⁸⁹. Dans le domaine des contrats et des affaires, des preuves spécifiques doivent être produites pour justifier d'un comportement charitable au motif d'une juste cause, par exemple un lien de parenté ou une amitié, sinon les donations entre débiteurs et créanciers sont suspectes. Elles sont bien souvent le produit de la fraude, de la contrainte de l'abus de pouvoir.

CONCLUSION

Aucune réponse simple ne peut être déduite du débat approfondi sur la remise de dette dans la tradition du droit naturel catholique à l'aube des temps modernes. À la manière des juges, les canonistes et théologiens ont mis en balance avec soin les droits opposés des créanciers et débiteurs, en évitant de prendre parti sans réserve. Pour plus de sûreté, ils se sont laissé guider par des principes généraux tels que « tous les contrats sont impératifs », « en cas de nécessité, toutes les choses deviennent communes » ou « à préjudice égal, le droit du créancier prévaut ». Toutefois, ils n'étaient pas convaincus que des règles simples étaient suffisantes pour trouver une solution adéquate à des problèmes pratiques. En outre, ils reconnaissaient que, pour de bonnes raisons, le droit national et les décisions de tribunaux externes ne coïncidaient pas toujours avec les exigences d'équité naturelle et de conscience.

(87) CAJÉTAN, *Summula peccatorum*, p. 485 : « *Sed hoc non obstat libertati remissionis, sed prodest ad tollendam tentationem inhumanitatis* » ; DR. NAVARRUS, *Enchiridion*, 17, 46, p. 298 : « *Neque id obstat condonandi liberalitati, sed ad illiberalitatis tentationem reprimendam valet* ».

(88) LESSIUS, *De iustitia et iure*, 2, 16, 2, 35, p. 189 : « *Quandocumque tamen creditor ex signis praesumitur non libere condonasse, debitor non liberatur* ».

(89) DECOCK, *Theologians and Contract Law*, p. 558-559.

Une conclusion s'impose avec certitude à la lecture de ce qui précède : au lieu de défendre la remise de la dette dans le sens de l'annulation de la dette, les jusnaturalistes catholiques ont incité les parties à chercher un arrangement en accordant un délai de paiement. De manière générale, ils accordaient aux débiteurs le droit à la remise de dette dans le sens d'un sursis de paiement dans l'un des cas suivants : 1) nécessité extrême (par exemple menace pour la vie du débiteur) ; 2) risque grave de dommages à des biens spirituels, au patrimoine familial et au statut social. Les difficultés de sauver des biens spirituels comprenaient des situations dans lesquelles le débiteur semblait dans le désespoir ou devait inciter ses enfants au vol ou à la prostitution. De nombreux auteurs reconnaissaient également le droit à un sursis de paiement en cas de nécessité grave (par exemple lorsque la santé du débiteur était en jeu). Certains ont même prétendu que ce droit restait intact en cas de nécessité ou difficultés équivalentes de la part du créancier, selon le principe que « à circonstances égales, la situation du possesseur prévaut ».

Même si la remise de dette constitue le noyau spirituel des convictions chrétiennes, les scolastiques à l'aube des temps modernes se sont abstenus de la promouvoir. Il faut admettre qu'ils ont reconnu qu'un créancier pouvait décider de remettre les dettes de son débiteur en tout ou en partie mais le réalisme les a empêchés de considérer cette pratique comme une démarche normale : les donations ne doivent pas être présumées dans les relations contractuelles. Ils insistaient pour que l'annulation de la dette, si elle était pratiquée, fût le produit d'une décision entièrement volontaire du créancier. Aussi, la simulation de la pauvreté pour obtenir la remise de la dette équivalait-elle à une fraude. L'abus d'une position dominante, lui aussi, ne pouvait conduire à une forme valable de remise de dette (par exemple les hommes de pouvoir harcelant les hommes d'affaires en vue de l'annulation de leur dette).

Un équilibre entre intérêts conflictuels restait nécessaire. En raison de l'influence du théologien franciscain Duns Scotus, il existait parmi les jusnaturalistes catholiques un courant puissant incitant les créanciers à céder les droits dont ils bénéficiaient en vertu du droit au sens strict du terme par respect pour les principes supérieurs tels que la raison droite (*recta ratio*), la charité (*charitas*) et une sorte d'« équité du droit naturel » (*aequitas iuris naturalis*). Les juristes modernes reconnaîtront un plaidoyer contre l'« abus de droit » dans l'appel moral de nombreux auteurs à un traitement plus humain des débiteurs indigents. Alors que les jusnaturalistes catholiques à l'aube des temps modernes admettaient pleinement que les tribunaux avaient raison d'appliquer strictement la loi, notamment en prévention d'un aléa moral, sur les motifs de l'« équité du droit naturel » ils incitaient les créanciers chrétiens à consentir des efforts pour éviter que le pauvre ne sombre dans l'« abîme du désespoir » (*baratrum desperationis*) – indépendamment de la responsabilité morale du débiteur.

Wim DECOCK
Université de Louvain (KU Leuven)