

LA MORALE À L'AIDE DU DROIT COMMUN LES THÉOLOGIENS ET LES CONTRATS (16-17E SIÈCLES)

Wim Decock

paru dans:

Revue Historique de Droit Français et Etranger, 91 (2013), 263-281

Résumé

Cet article essaie d'offrir un résumé en cinquante extraits d'une recherche doctorale au sujet de la transformation du droit des contrats dans les traités des théologiens catholiques à l'aube des temps modernes. Dans un premier temps, la question sera posée de savoir pourquoi les théologiens ont eu recours au droit des contrats du *ius commune* pour élaborer une morale chrétienne. Ensuite, cette contribution cherchera à démontrer comment les théologiens ont modifié en profondeur la manière traditionnelle d'envisager les contrats en redéfinissent le *ius commune* à partir de la morale chrétienne et du droit naturel. La conclusion sera que les théologiens ont élaboré une doctrine des contrats qui redéfinit l'obligation contractuelle à partir de l'autonomie de la volonté sans oublier le contexte politique, moral et spirituel dans lequel s'inscrit la vie de l'homme-pèlerin.

Starting from fifty citations from primary sources, this article tries to summarize a recent doctoral thesis on the transformation of traditional *ius commune* contract law in moral theological treatises from the early modern Catholic world. Firstly, it will be shown how theologians borrowed from the romano-canon legal tradition to develop moral doctrine. Secondly, this contribution will try to demonstrate that the traditional conception of contract was fundamentally changed in the works of the theologians. The conclusion will be that theologians developed a doctrine of contracts which redefined contract on the basis of the autonomy of the will without remaining insensitive to the political, moral and spiritual context in which the *homo viator* tried to live a God-pleasing life.

Mots-clés

Droit des contrats – théologie morale – *ius commune*

1 INTRODUCTION

La présente contribution se propose d'offrir un résumé en cinquante extraits d'une recherche au sujet de la transformation du droit des contrats dans les traités des théologiens catholiques à l'aube des temps modernes.¹ Le titre de cette synthèse n'est évidemment pas sans une certaine ambiguïté. Il s'agit en réalité d'une ambiguïté voulue, qui reflète les deux thèses qui seront développées dans cet article. Dans un premier temps, la question sera posée de savoir pourquoi les théologiens ont eu recours au droit des contrats du *ius commune* pour élaborer une morale chrétienne. Mais à force d'emprunter des textes aux civilistes et aux canonistes, les théologiens ont aussi contribué à la redéfinition de cette tradition juridique. Ceci explique le deuxième sens du titre annoncé. Les théologiens ont modifié en profondeur la manière traditionnelle d'envisager les contrats en redéfinissent le *ius commune* à partir de la morale chrétienne et du droit naturel. L'une des conséquences les plus importantes de cet enrichissement moral du droit des contrats est que le droit des contrats est désormais systématiquement envisagé en partant de la volonté des contractants. C'est pourquoi, en résumant l'apport de la théologie morale au droit des contrats, le jésuite Pedro de Oñate (1568-1646) affirmait au milieu du 17^e siècle que la morale chrétienne avait restitué aux contractants leur liberté (*contrahentibus libertas restituta*).²

2 LA THÉOLOGIE MORALE INSPIRÉE PAR LE DROIT COMMUN DES CONTRATS

Dans cette première partie on propose tout d'abord de partager quelques réflexions sur la nature profondément juridique de la théologie morale catholique jusqu'au début du 20^e siècle. Ensuite, on s'attardera plus en particulier sur l'attention portée par les théologiens aux questions du droit des contrats.

2.1 La nature juridique de la théologie morale à l'aube des temps modernes

La première question qui se pose est la question de savoir pourquoi les théologiens se sont intéressés au droit. Pour un théologien du 16^e siècle comme le frère dominicain Bartolomé de Medina (1527-1581) la réponse à cette question paraissait évidente. L'étude des lois était évidemment le travail des juristes mais également des théologiens. Pour les uns, la science juridique se pratiquait dans le but d'établir la paix sur terre, pour les autres elle s'inscrivait dans la recherche de la vision béatifique de Dieu dans l'au-delà.³ En effet, plus encore qu'auparavant, l'Eglise catholique affirmait à l'époque des réformations qu'elle seule détenait le 'pouvoir des clefs' (*potestas clavium*) pour ouvrir aux âmes les portes du Ciel, à condition que les âmes conformer leur comportement aux règles de la morale catholique. Comme l'explique le jésuite Francisco de Suarez (1548-1617) dans la préface de son fameux *Traité des lois et Dieu le législateur*, la principale responsabilité du théologien consiste à prendre soin de la conscience

¹ Dans ce but, cet article se permet de renvoyer à W. DECOCK, *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius commune (ca. 1500-1650)*, (Legal History Library, 9 / Studies in the History of Private Law, 4), Leyde-Boston, Brill-Nijhoff, 2013, 723pp., pour des références à la littérature secondaire ainsi qu'à des analyses plus approfondies des différents sujets abordés dans cette synthèse.

² PEDRO DE OÑATE, *De contractibus*, Romae 1646, tom. 1, tract. 1, disp. 2, sect. 5, num. 166, p. 40 : 'Unde lex naturalis, lex canonica et lex Hispaniae omnino consentiunt et innumeræ difficultates, fraudes, lites, iurgia hac tanta legum consensione et claritate sublata sunt, et contrahentibus consultissime libertas restituta ut quandocumque de rebus suis voluerint contrahere et se obligare, id ratum sit in utroque foro in quo convenerint et sancte et inviolabiliter observetur. Quare ius canonicum et ius Hispaniae corrigunt ius commune, concedentes pactis nudis omnibus actionem et obligationem civilem, quam illud negabat.'

³ BARTOLOMÉ DE MEDINA, *In primam secundae divi Thomae*, Bergomi 1586, ad quaest. 90, intro., p. 473: 'Theologis et iurisprudentibus communis est disputatio haec de legibus, sed diversa ratione. Nam iurisprudentes de legibus considerant, quatenus ordinant nos in communem pacem reipublicae. At vero theologi tractant de illis, in quantum ordinant nos ad aeternam illam felicitatem, quam in Dei visione sita est.'

des hommes lors de leur existence éphémère sur terre qui n'est finalement qu'un long pèlerinage vers Dieu.⁴ Or, la droiture des consciences dépend de l'observance de la loi. Il en résulte que les théologiens devaient savoir quelles étaient les règles que les hommes devaient suivre pour 'passer' le Jugement dernier.

Ils ont cherché ces règles dans une multitude de sources de normativité, comme l'indique le seul titre d'un ouvrage qui est traditionnellement considéré comme un monument dans l'histoire de la théologie morale: les *Institutiones morales* du jésuite Juan Azor (1536-1603), conçu selon le modèle des *Institutus* de Justinien.⁵ La raison, le droit naturel, le droit romain médiéval, le droit canonique, les lois des pouvoirs séculiers, les manuels pour confesseurs d'auteurs médiévaux, la Bible, des philosophes tels Aristote, des auteurs classiques tels Cicéron, des historiens tels Valère Maxime, des pères de l'Église tels Augustin, des théologiens tels Thomas d'Aquin: à partir de toutes ces sources, les théologiens ont essayé de déterminer quels étaient les droits et les obligations des hommes dans des situations très concrètes, par exemple l'achat de crédits toxiques, le fait de conserver de l'argent issu de paris illégaux, la souscription d'une assurance sur base d'information privilégiée.

La dialectique entre l'élaboration de règles générales et leur application concrète était tellement raffinée que Saint Alphonse de Liguori (1696-1787), le patron des théologiens-moralistes, définissait encore au 18^e siècle sa discipline comme 'une sorte de jurisprudence morale'.⁶ D'après lui, cet art de la jurisprudence morale dépendait d'une certaine virtuosité plutôt que de la mémorisation de règles. Cette créativité était requise des théologiens et des confesseurs en particulier. En effet, l'imposition des règles à l'âme avait lieu par l'intermédiaire du 'tribunal de la conscience' (*forum conscientiae*). Or, les 'juges' de ce tribunal étaient les confesseurs. Au contraire des juges des tribunaux 'externes', ces derniers ne pouvaient pas tenir compte des preuves ou des présomptions. Les seuls critères de jugement devant le tribunal de la conscience étaient la vérité et l'équité. Cette vérité était révélée par le coupable lui-même au confesseur.

Le caractère juridique de la notion de conscience à cette époque est à souligner. Il suffit de rappeler la préface du manuel pour confesseurs très populaire du jésuite français Valère Règnault (1549-1623).⁷ S'inspirant du modèle des *Institutus* de Justinien, Règnault explique que

⁴ FRANCISCO SUAREZ, *Tractatus de legibus et legislatore Deo*, Prooemium, in: Opera Omnia, editio nova a Carolo Berton, Parisiis 1859, tom. 24, p. ix-x : 'Quoniam igitur hujus salutis via in actionibus liberis morumque rectitudine posita est, quae morum rectitudo a lege tanquam ab humanarum actionum regula plurimum pendet ; idcirco legum consideratio in magnam theologiae partem cedit ; et dum sacra doctrina de legibus tractat, nihil profecto aliud quam Deum ipsum ut legislatorem intuetur. (...) Deinde theologicum est negotium conscientiae prospicere viatorum ; conscientiarum vero rectitudo stat legibus servandis, sicut et pravitas violandis, cum lex quaelibet sit regula, si ut oportet servatur, aeternae salutis assequendae ; si violetur, amittendae ; ergo et legis inspectio, quatenus est conscientiae vinculum, ad theologum pertinebit.'

⁵ JUAN AZOR, *Institutiones morales*, Lugduni 1612, in quibus universae quaestiones ad conscientiam recte aut prave factorum pertinentes breviter tractantur. Omnia sunt vel ex theologica doctrina, vel ex iure canonico vel civili, vel ex probata rerum gestarum narratione desumpta, et confirmata testimoniis vel theologorum, vel iuris canonici aut civilis interpretum, vel summistarum, vel denique historicorum.

⁶ ALFONSO MARIA DE LIGUORI, *Theologia moralis*, Bassani 1773, tom. 1, prol. (*Dissertatio prolegomena de casuisticae theologiae originibus, locis atque praestantia*), part. 3 (*pars apologetica*), cap. 1, p. lxxv : 'Est enim theologia illa moralis quasi jurisprudentia, ac scientia civilis, quae si bene definiatur, non in eo sita est, quod quispiam memoria leges omnes scriptas teneat, quamvis et id non sit extra ipsam, sed quod ubi leges nihil dicunt, norit id, quod rectum est invenire.'

⁷ VALÈRE REGNAULT, *Praxis fori poenitentialis ad directionem confessarii in usu sacri sui muneris. Opus tam poenitentibus quam confessariis utile*, Lugduni 1616, pr. : 'Institutiones [...] digessi tripartitas, pro triplice genere attinentium ad iudiciale forum: personarum, inquam, actionum, et rerum, ita ut prima pars complectatur spectantia ad personas fori poenitentialis, tanquam eas ex quibus dependet sacramenti poenitentiae usus. Sunt autem confessarius, tanquam iudex legitimus in illo foro; et peccator poenitens, tanquam reus simul et testis, adeoque advocatus accusator sui, tanquam is qui a se offensi Dei causam agat contra semetipsum. Secunda vero pars contineat spectantia ad actiones, in quibus idem usus consistit; quae sunt, quoad poenitentem quidem, contritio

son manuel tripartite va traiter successivement des personnes, des actions et des choses devant le tribunal de la conscience. Selon Règnault, les choses dans le for intérieur sont les péchés commis après le baptême, par exemple la lésion d'un contractant. Parmi les actions, il compte la contrition du coeur, la confession orale, la satisfaction par les oeuvres, y compris la restitution d'une chose possédée sans titre, et l'absolution. Les personnes sont le confesseur et le pénitent. Le confesseur joue le rôle de juge et peut conférer le sacrement de pénitence et de réconciliation. Les rôles de demandeur, défendeur, témoin, avocat et accusateur sont tous réunis en la personne du pénitent – le procès devant le for intérieur étant déclenché par l'auto-dénonciation de ce dernier. Même si la vérité et le droit naturel devaient tenir une place centrale dans le jugement, le but n'était certes pas d'imposer à la conscience les idéaux chrétiens les plus élevés. Les théologiens essayent de créer une sorte de discipline juridique qui doit garantir le salut de l'âme, rien de plus. Inutile de dire que cette approche minimaliste et juridique de la morale chrétienne devait devenir un sérieux point de critique de l'Eglise catholique dans les écrits de Martin Luther (1483-1546) et d'autres Réformateurs.

2.2 Les théologiens, le droit des contrats et l'architecture juridique de la vie chrétienne

Afin d'avoir prise sur des cas concrets qui se posaient devant le for intérieur, les théologiens les intégrèrent dans une théorie générale de la justice dans les contrats. Comme le notait le frère dominicain Tomás de Mercado (ca. 1530-1575), la vertu aristotélicienne de la justice commutative fut pour les théologiens la somme des trois principes du droit selon Ulpian: *honeste vivere, neminem laedere, ius suum cuique tribuere*.⁸ Les contrats étant la traduction juridique des relations qui naissent entre les personnes lorsqu'elles concluent un accord, les théologiens se sont aidés du droit des contrats pour déterminer avec précision les obligations que chaque individu avait dans les échanges afin de sauver son âme. C'est ainsi que déjà au 13^e siècle on peut constater l'émergence de traités consacrés spécifiquement aux contrats écrits par des théologiens tels le franciscain Pierre Jean d'Olivi (1248-1298), qui enseignait dans les couvents de Montpellier et de Narbonne. Ces manuels s'inscrivent dans la tradition des manuels pour confesseurs médiévaux, à la différence près que dorénavant, le droit des contrats est traité comme un sujet autonome. En outre, l'oeuvre d'un Olivi témoigne d'une maîtrise époustouflante de la technicité du droit des contrats et d'un esprit étrangement libéral. En partant d'une notion de la propriété assez forte, Olivi arrive à justifier nombre de nouvelles pratiques commerciales.

Le droit privé, et le droit des contrats en particulier, permettait aux théologiens d'élaborer une architecture juridique de la vie chrétienne au service de la juridiction du for de la conscience. Ainsi, le jésuite lyonnais Joseph Gibalin (1592-1671) proposait au milieu du 17^e siècle d'écrire un traité scientifique sur l'équité dans toutes les affaires humaines en s'inspirant du droit naturel, ecclésiastique, civil, romain et français des contrats.⁹ Ce traité constitue la suite

cordis, confessio oris et satisfactio operis. Quoad confessarium vero, absolutio sacramentalis. Illaeque sacramenti poenitentiae materiam constituunt et haec formam. Tertia demum pars [...] sit de rebus, circa quas idem usus versatur. Eae autem sunt peccata poenitentis post Baptismum commissa [...].'

⁸ TOMÁS DE MERCADO, *Suma de tratos y contratos*, lib. 1, cap. 2, Sevilla 1587, f. 9v: 'La substancia de todo lo dicho resuelve con artificioso ingenio y suma brevedad Ulpiano en el Digesto diciendo: Tres son los preceptos o partes del derecho: el primero, vivir honestamente; el segundo, no agraviar a nadie; el tercero, dar lo suyo a su dueño. Y nosotros lo podemos en menos palabras resolver, conviene a saber: los preceptos del derecho son ser el hombre en sí justo y a nadie injusto. Para lo primero sirven la prudencia, templanza y fortaleza; para lo segundo, la justicia con sus virtudes anexas y consiguientes, de que ahora no es tiempo de tratar.'

⁹ JOSEPH GIBALIN, *De universa rerum humanarum negotiatione tractatio scientifica utriusque foro perutilis ex iure naturali, ecclesiastico, civili, romano, et gallico*, Lugduni 1663, in *qua negotiorum humanorum aequitas per omnes negotiationis causas, materias, formas universales ac singulares contractuum, commerciorum, atque sunallagmatoon diversa genera, ex iisque ortas obligationes, scientificè et solide explicatur, humanarum scientiarum et artium rectus ac pravus usus demonstratur, singulorum statuum, officiorum ac munerum rationes, atque adeo universa oeconomica et politica traduntur*.

d'un *Traité sur l'usure, le commerce, l'équité et les coutumes du for lyonnais* dans lequel Gibalin n'était parvenu finalement qu'à traiter de l'usure dans l'espace prévu. Gibalin, tout comme ses collègues espagnols, adressait son traité aux confesseurs mais également aux juges du for extérieur. Il considérait que le droit positif français pouvait avoir force contraignante devant le for intérieur, et que, par conséquent, un théologien était censé avoir des connaissances profondes en droit, tout comme l'avait exigé Suarez avant lui. Dans cette même perspective, il faut noter qu'au cours du 18^e et 19^e siècles, des théologiens tels Charles-René Billuart (1685-1757), surnommé l'Érasme de Douai, et Mgr Jean-Paul Lyonnet (1801-1875), archevêque d'Albi, ont proposé d'adapter la tradition théologico-juridique aux nouvelles normes en matière de droit privé imposées par le droit contemporain. Lyonnet nous a en effet laissé un *Traité sur la justice et le droit* et un *Traité sur les contrats et les contrats spéciaux* qui s'inspirent à la fois d'auteurs du 16^e siècle tels Lessius et du droit français codifié par Napoléon.¹⁰

Le souci d'élaborer une architecture juridique de la vie chrétienne pour servir de base à la juridiction du for intérieur nous a donc laissé un héritage de plus de cinq siècles de traitements autonomes, par des théologiens, du droit des contrats. L'épicentre de cette tradition reste toutefois l'empire espagnol pendant son siècle d'or (*Siglo de oro*). Le rôle de Francisco de Vitoria (1483/1492-1546), ancien élève du bruxellois Pierre Crockaert (ca. 1450-1514) à Paris au Collège Saint-Jacques, dans le renouvellement du thomisme en Espagne au début du 16^e siècle est certes susceptible d'être révisé, mais il n'en demeure pas moins qu'il est traditionnellement considéré comme le fondateur de l'École de Salamanque – cette école que l'on associe principalement avec la synthèse qui a eu lieu entre théologie et droit à l'aube des temps modernes. C'est un élève de Vitoria, le frère dominicain Domingo de Soto (1494-1560) – qui avait lui aussi fait une partie de ses études à Paris, notamment au Collège Sainte-Barbe – qui a rédigé le premier *Traité sur la justice et le droit* (*De iustitia et iure*). La structure de ce traité reste assez fidèle à son modèle, le second volume de la seconde partie de la *Somme théologique* de Thomas d'Aquin. Cependant, les discussions de Soto au sujet du droit des contrats sont plus élaborées que celles de son illustre prédécesseur. Les théologiens espagnols s'accordaient tous sur le fait que Thomas avait consacré relativement peu de mots aux contrats. Par conséquent, ils se sont sentis obligés de développer ce sujet eux-mêmes.

Ce qui me paraît assez important dans la manière dont les théologiens du 16^e siècle ont abordé le sujet des contrats est qu'ils ont mis en avant la connection étroite existant entre droit des biens et droit des contrats. Soto note que le *dominium* est la base et le fondement de tous les contrats.¹¹ Par conséquent, le souci de la protection des droits de la propriété va se refléter dans leur théorie des contrats. À plus forte raison, leur conception individualiste de la propriété ira de pair avec leur conception libérale du contrat. Le lien étroit entre propriété et contrats est aussi exprimé explicitement par le jésuite Luis de Molina (1535-1600) dans son *Traité sur la justice et le droit*. Après avoir traité du droit des biens, Molina entame une vaste discussion sur les modes de transfert des différentes formes de *dominium*. Dans ce contexte, il conçoit le contrat comme un mode particulier de transfert de *dominium* en vertu de la volonté du *dominus*. À cela, Molina ajoute qu'il articulera son traitement des contrats en deux temps, d'abord en présentant la théorie générale des contrats, et ensuite en se concentrant sur les différents contrats

¹⁰ JEAN-PAUL LYONNET, *Tractatus de iustitia et iure, hodiernis Galliarum legibus accommodatus / Tractatus de contractibus in genere et in particulari, hodiernis Galliarum legibus accommodatus, juxta mentem saniorum theologorum et jurisperitorum*, in: J.-P. Migne, *Theologiae cursus completus*, Parisiis 1841, tom. 15-16.

¹¹ SOTO, *De iustitia et iure* (ed. fac. V. Diego Carro – M. González Ordóñez, vol. 2), lib. 4, prooem., p. 278: 'Enimvero dominium huiusmodi, eorumque divisio, basis fundamentumque est omnium contractuum conventorumque et pactorum, quae per commutativam iustitiam celebrantur. Ac perinde cuncta quae huic virtuti adversantur vitia, violationes quaedam sunt et corruptelae dominiorum, rerumque possessionum, quae subinde iniuriarum genera contractaque debita restitutionis beneficio repensari debent. Quinque ergo convenit de rerum dominio disputare quaestiones.'

spéciaux.¹² On assiste donc à une systématisation de la doctrine des contrats à l'intérieur d'un droit privé qui est lui-même conçu dans une logique d'ensemble. Cette systématisation se reflète particulièrement bien dans le *Traité sur la justice et le droit* du jésuite Leonardus Lessius (1554-1623) d'Anvers, dont le traitement des contrats spéciaux est précédé par un chapitre sur les contrats en général.¹³

Avant de procéder à une analyse de la transformation de la doctrine des contrats dans l'oeuvre des théologiens, il convient de déterminer de quelle doctrine des contrats ils étaient les héritiers. Il est clair que les théologiens ne suivaient point l'opinion du droit romain médiéval qui consiste à dire que seuls les contrats "vêtus" ont force contraignante, même s'ils s'inspiraient sans cesse du vocabulaire du droit des contrats du *ius commune*. En revanche, ils affirmaient le principe canonique *pacta quantumcumque nuda sunt servanda*, même s'ils n'hésitaient pas à relever que le traitement canonique des contrats ne coïncidait pas entièrement avec le droit naturel des contrats. Ainsi, Lessius et Hugo Grotius (1583-1645) indiquent que l'expression de la cause du contrat est requise par le droit canonique sous peine de présomption d'erreur ou de fraude, tandis que la cause pouvait bien rester implicite selon les principes du droit naturel.¹⁴ Pour la juridiction du for intérieur, le critère ultime pour évaluer un contrat était le droit naturel. Et Lessius de dire que chaque contrat, même nu, produit une obligation naturelle, c.-à-d. une obligation dans le for de la conscience, à condition qu'il soit conclu librement par des parties qui ont la capacité de contracter. A ces conditions, un contrat a force contraignante, à moins que les parties ne soient d'accord pour dissoudre le contrat ou que le contrat n'ait pas été conclu dans le respect des formes prescrites par des lois civiles ou ecclésiastiques.¹⁵

Les théologiens affirment que les lois civiles et le for extérieur doivent se conformer le plus possible au droit naturel et à la juridiction du for intérieur. C'est pourquoi Molina constate avec satisfaction que la juridiction civile a abandonné les distinctions subtiles, "introduites par des païens", entre contrats nommés et contrats innomés ou encore entre des conventions nues et des conventions vêtues, pour adopter le principe canonique selon lequel tout les accords, même nus, sont actionables. Molina félicite son pays pour cette adaptation de la juridiction civile à la juridiction du for intérieur.¹⁶ Il aurait pu féliciter aussi beaucoup d'autres pays qui, au cours du 16e siècle, avaient adopté ce principe. Pour la France, il suffit de faire référence à l'Ordonnance de Villers-Côtterets (1539) ou de citer un passage de Charles du Moulin (1500-

¹² LUIS DE MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 2 (*De contractibus*), tract. 2, disp. 252, col. 1, num. 1: 'A disputatione 124 huius secundi tractatus de iustitia dicere coepimus de translatione dominii, propria domini prioris voluntate, indeque hucusque egimus de ultimis voluntatibus. Nunc vero de contractibus est disserendum, ut intelligatur, quousque contrahentium voluntate transferatur aut non transferatur dominium, et quantum iuris ex unoquoque contractu aut quasi contractu comparetur. Prius autem dicemus de contractibus in genere, sumpto latissime vocabulo contractus, deinde vero ad singulos descendemus.'

¹³ LEONARDUS LESSIUS, *De iustitia et iure*, Antverpiae 1621, lib. 2, sect. 3 (*De contractibus*): cap. 17. De contractibus in genere; 18. De promissione et donatione; 19. De testamentis et legatis; 20. De mutuo et usura; 21. De emptione et venditione; 22. De censibus; 23. De cambiis; 24. De locatione, emphyteusi, et feudo; 25. De societate; 26. De ludo et sponsonibus; 27. De deposito et commodato; 28. De fideiussione, pignore et hypotheca.

¹⁴ LESSIUS, *De iustitia et iure*, lib. 2, cap. 17, dub. 4, num. 23, p. 198: 'Ratio est, quia ius canonicum, cum sit conditum ad salutem animarum, respicit obligationem conscientiae, eamque iubet impleri, nisi forte praesumat errorem vel fraudem, quam ob causam non concedit actionem ad exigendum promissum, nisi exprimat causa cur sit promissum. Sylvester supra. Alioquin non praesumit serio et libere promissum.'

¹⁵ LESSIUS, *De iustitia et iure*, lib. 2, cap. 17, dub. 4, num. 19, p. 197: 'Omnis contractus, etiam nudus, sponte libereque factus, si contrahentes sint habiles, parit obligationem naturalem seu in foro conscientiae, ita ut parte invita non possit rescindere, nisi iure positivo sit irritus vel detur irritandi potestas.'

¹⁶ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 2 (*De contractibus*), tract. 2, disp. 258, col. 25, num. 9: 'Quin omnia etiam, quae de pacto nudo et vestito, et contractibus innominatis et nominatis, subtiliter potius quam utiliter de iure civili ab ethnicis hominibus inventa atque introducta sunt, aboleri deberent ut in Regno Castellae, l. illa 3 citata, aut omnino aut magna ex parte, consentaneae ad ius canonicum factum est, exteriusque forum conscientiae forum aequari deberet.'

1566) selon lequel, en son temps, toutes les lois et théories sur les formes de la stipulation étaient devenues superflues dans la pratique.¹⁷ Il faut pourtant rappeler les objections faites à cette victoire du principe consensualiste au cours du 16^e siècle par de nombreux juristes humanistes tels Étienne Forcadel (ca. 1519-1578), qui éprouvaient un vif ressentiment à l'égard du droit canonique et qui plaidaient pour la restauration du droit des Digestes.

3 LE DROIT COMMUN DES CONTRATS TRANSFORMÉ DANS LA THÉOLOGIE MORALE

Dans la deuxième partie de cette communication, il sera question de montrer que le droit romano-canonique des contrats n'a pas seulement fourni des textes précieux aux théologiens, mais que les théologiens ont également encouragé la tradition juridique à repenser les bases de la doctrine des contrats. Le texte suivant expliquera dans un premier temps comment les théologiens ont élaboré une doctrine des contrats axée sur l'autonomie de la volonté. Ensuite les limites au principe de liberté contractuelle selon les théologiens seront brièvement abordées.

3.1 L'élaboration d'une doctrine des contrats axée sur l'autonomie de la volonté

La conception romaine avait déjà subi la pression des canonistes qui avaient formulé le principe énonçant que tous les accords, aussi nus qu'ils puissent être, devaient quand même être contraignants devant les tribunaux ecclésiastiques. Les théologiens du 16^e siècle bâtirent une doctrine générale de l'obligation contractuelle en se basant sur cette règle. Dans leur théorie des contrats, affirmaient les théologiens, l'homme retrouvait sa liberté naturelle (*libertas restituta*). Par la liberté contractuelle, l'homme pouvait disposer de ses biens comme il l'entendait. Il pouvait user des biens terrestres de manière aussi créative que son Créateur. Si l'homme n'était pas libre de conclure les contrats de son choix, disait Oñate, il ne pourrait pas être considéré comme le vrai propriétaire de ses biens, ce qui serait opposé à son destin divin.¹⁸ La création de l'homme à l'image de Dieu fut toujours conçue non seulement comme un fait, mais également comme un but à atteindre. Par ses actions volontaires, particulièrement en concluant des contrats, l'homme pouvait faire l'exercice de son *dominium* sur les choses.¹⁹ Aux yeux de théologiens tels Molina, l'autonomie de la volonté menait à la libération de l'individu, mais également au développement d'une société en paix.²⁰ Ainsi, les théologiens inversaient l'argument traditionnel selon lequel les Romains n'avaient pas adopté le principe consensualiste

¹⁷ CHARLES DU MOULIN, *Nova et analytica explicatio Rubricae et legum 1. et 2. de verborum obligationibus*, Parisiis 1562, num. 42, p. 19: 'Sed hodie in praxi hae et omnes leges et theoriae de formulis stipulationum supervacuae sunt, quia etiam extra scripturam publicam vel privatam, sive confessione partis sive testibus aut alias legitime apparet de conventionem serio pacta et conclusa in re licita nec prohibita, nec inter prohibitos aut inhabiles, pro stipulatione habetur et oritur efficax actio, juxta no. in c. 1, Extra de pactis, quod ita debet intelligi et restringi, et ita in utroque foro seculari et ecclesiastico observatur, nec de verborum forma aut solemnitate curatur, ita ut multorum proluxae et operosae commentationes supervacuae sint.'

¹⁸ OÑATE, *De contractibus*, tom. 2, tract. 9, disp. 29, sect. 6, num. 74-76, p. 108: 'Reliquit Deus hominem in manu consilii sui Eccles. 15, 14 sine dubio inter alia, quia reliquit Deus in voluntate eius ut se obligaret, quando vellet, et sicut actiones agentium non operantur ultra voluntatem et intentionem eorum, ita operantur iuxta voluntatem et intentionem eorum. [...] Quia alias non esset homo vere et perfecte dominus rerum suarum si non posset eas dare quando, et cui vult, et quomodo vult, et obligationem etiam contrahere, quando et quomodo vult.'

¹⁹ DOMINGO DE SOTO, *De iustitia et iure* (ed. fac. V. Diego Carro – M. González Ordóñez, vol. 2), lib. 4, quaest. 5, art. 1, p. 309: 'Enimvero quia Deus hominem ad sui imaginem condidit, hoc est rationalem ac liberum, per quam rationem et voluntatem dominium habet suarum actionum. Inde factus est rerum dominus, secundum illud Genes. 1, Faciamus hominem ad imaginem et similitudinem nostram, ut praesit piscibus maris, etc. Qua utique de causa soli homini demonstravimus inter sublunares creaturas competere ut sit rei alicuius dominus. Si ergo per voluntatem constituitur dominus, per eandem potest dominium ab se quodcumque abdicare.'

²⁰ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 2 (*De contractibus*), tract. 2, disp. 258, col. 25, num. 9: 'Nec dubito ea ratione minuerentur potius, quam auferentur lites, hominesque liberarentur a difficili admodum harum rerum praescrutacione, prout hactenus sparsim atque involute iure civili traditae sunt.'

par crainte de l'arriéré judiciaire, de l'écroulement des tribunaux sous le poids de multiples litiges, et de la mise en danger de la paix entre les citoyens.

L'étude approfondie du consensualisme contractuel mena les théologiens à examiner systématiquement comment naît une obligation contractuelle (cf. par exemple la théorie de l'offre et de l'acceptation), comment un accord doit être interprété (cf. par exemple la discussion sur la volonté, la déclaration ou la confiance légitime comme base de l'interprétation du contrat; les conséquences des circonstances modifiées, etc.), comment le caractère contraignant d'une promesse doit être défini (cf. par exemple les obligations contractuelles en tant que dette morale ou juridique) et quelle était la meilleure manière d'imposer les principes consensualistes non seulement dans le for de la conscience mais aussi via des tribunaux externes (cf. par exemple l'*officium iudicis*, la *denunciatio evangelica*, la *condictio ex canone iuramenti*, etc.). Dans les limites de cette synthèse, on ne peut s'attarder que sur quelques-unes de ces problématiques.

Dans la plupart des cas, les paradoxes à résoudre relevaient de la conception volontariste du contrat, l'idée-clé étant celle du contrat comme loi privée que les contractants s'imposent à eux-mêmes (*lex privata quam promittens sibi imponit*). Certes, on peut déjà trouver de vagues références à cette idée dans les discussions romaines autour du contrat de location, mais des théologiens tels Juan de Lugo (1583-1660) en font une pièce maîtresse de leur théorie générale des contrats.²¹ En découle toute une casuistique autour de l'interprétation du contrat. Comme le remarque Tomás Sánchez (1550-1610), une loi ne s'impose que par la volonté et l'intention du législateur.²² Si, donc, l'obligation du contractant est une loi privée qu'il s'est imposée à lui-même, il faut en déduire qu'elle ne peut avoir force contraignante que dans les limites de l'intention et de la volonté du contractant. Dans son anthologie très populaire de maximes qui s'appliquent dans la juridiction du for intérieur, le jésuite portugais Manuel Sá (1528-1596) résumait l'opinion commune en affirmant qu'échappe à l'obligation contractuelle tout ce qu'on aurait exclu si on l'avait su à l'avance.²³ De même, si les lois et les décrets émis par les autorités publiques étaient susceptibles d'une interprétation équitable, c.-à-d. selon les règles de l'*epikeia* aristotélicienne, il s'ensuivait selon l'opinion commune, exprimée de façon très nette par Oñate, que la théorie de l'imprévision s'appliquait aussi aux contrats.²⁴ Aux yeux de théologiens tels Lessius, chaque obligation contractuelle était limitée par une condition tacite (*conditio tacita*) stipulant que le contractant serait libre de résilier le contrat en découvrant qu'il s'était trompé lors de la conclusion du contrat.²⁵ En même temps, Lessius était de ceux qui réalisaient que, poussée à l'extrême, la logique d'un volontarisme contractuel pouvait quelquefois aller à l'encontre de l'intérêt général. C'est pourquoi il obligeait un contractant qui se prévalait de la condition tacite à indemniser l'autre contractant, et prônait la théorie de la confiance légitime

²¹ JUAN DE LUGO, *De iustitia et iure*, Lugduni 1642, tom. 2, disp. 23, sect. 1, num. 4, p. 103: 'Promissio enim est lex privata quam promittens sibi imponit et qua se ligat, ubi ergo ex defectu animi non se ligat, non est lex nec promissio.'

²² TOMÁS SÁNCHEZ, *Disputationes de sancto matrimonii sacramento*, Antverpiae 1620, tom. 1, lib. 1, disp. 9, num. 5, p. 30: 'Probatur quia omnis obligatio quae non est ex lege oritur ex privata hominis voluntate, ergo ubi deest se obligandi voluntas deficit obligatio. Tandem, quia obligatio promissionis consurgit ex lege privata, quam promittens sibi imponit, nulla autem lex obligat, nisi legislator obligare intendat.'

²³ MANUEL DE SÁ, *Aphorismi confessoriorum ex doctorum sententiis collecti*, Antverpiae 1599, s.v. *obligatio*, num. 2, p. 239-240: 'In obligatione generali, etiam cum iuramento, non veniunt ea quae non intendebas. Talia autem videntur esse quae si tunc cogitasses ad ea te non obligasses.'

²⁴ OÑATE, *De contractibus*, tom. 2, tract. 9, disp. 29, sect. 11, num. 152, p. 128: 'Sicut in simili in legibus et constitutionibus principum *epikeia* locum habet, ita eam in promissionibus privatorum locum habere aequum est, cum promissiones sint quaedam leges, quas sibi ipsis privati imponunt.'

²⁵ LESSIUS, *De iustitia et iure*, lib. 2, cap. 17, dub. 5, num. 29, p. 199: 'Unde omnis contractus solubilis iure gentium videtur habere hanc tacitam conditionem, quod contrahens stabit contractu nisi deprehenderit se graviter deceptum, id est, tali errore qui sit causa contractus.'

dans l'interprétation des contrats.²⁶ Finalement, il y avait ceux qui, comme Lugo, mettaient en garde contre la théorie de l'imprévision, arguant que l'application de cette idée nuisait gravement à la sécurité des contrats, le commerce, et la pratique de l'échange contractuel.²⁷

Il faut d'ailleurs noter que les théologiens n'étaient pas du tout sourds aux intérêts du co-contractant. Un des mérites de leur théorie des contrats selon les règles du droit naturel et le for intérieur consiste plutôt en une approche qu'on pourrait qualifier de "relationnelle". C'est parce qu'ils prenaient très au sérieux les droits du destinataire de l'offre contractuelle qu'ils insistaient sur la nécessité de l'externalisation et de l'acceptation de la promesse afin qu'elle puisse avoir force contraignante. Contrairement aux anges, les hommes ne sont pas capables de deviner les pensées de leur prochain. Par conséquent, même dans le for intérieur, aucune obligation contractuelle ne pouvait naître d'une promesse unilatérale et interne. En résumant l'opinion commune, le jésuite et canoniste Paul Laymann (1574-1635) avait raison de mettre l'accent sur l'acceptation comme condition essentielle à la naissance d'une obligation contractuelle.²⁸ Par conséquent, l'opinion commune niait toute force contraignante, même dans le for intérieur, aux offres pures, c.-à.-d. aux promesses unilatérales non-acceptées (*pollicitationes*). Même le droit naturel exigeait l'acceptation comme élément essentiel dans la production d'une obligation contractuelle.²⁹

Contrairement à ce à quoi on pourrait s'attendre, les théologiens n'adhéraient pas non plus à une conception religieuse de l'obligation contractuelle. Selon une idée reçue, les théologiens basaient la force contraignante du contrat sur l'idée que ne pas tenir sa promesse serait un péché mortel et une offense à Dieu. Aussi remarque-t-on souvent que, aux yeux des théologiens, le non-respect d'un contrat équivaldrait à un péché contre l'obligation de dire la vérité ou d'être honnête. Certes, suivant le Décret de Gratien, et le canon *Iuramenti* en particulier, les théologiens auraient vu un péché dans la violation d'une promesse, tout comme dans la violation d'un serment. Cependant, la raison fondamentale en vertu de laquelle il fallait tenir ses promesses était autre. Selon une conception du contrat qui est souvent associé avec Grotius, les théologiens, déjà, affirmaient que la promesse contractuelle entraînait une obligation envers l'autre partie à laquelle correspondait, dans le chef du co-contractant, un droit à l'exécution du contrat. Pour citer Lessius, une promesse crée une dette juridique.³⁰ Elle accorde à autrui le droit d'exiger la réalisation de la promesse. Voici donc le fondement relationnel et humain de l'obligation contractuelle qui n'a recours ni à Dieu ni à la dette morale. Et Soto de dire que la parole donnée établit un lien de confiance entre les deux parties qui relève de la justice commutative et non seulement d'une dette morale relevant de la vérité.³¹

²⁶ LESSIUS, *De iustitia et iure*, lib 2, cap. 18, dub. 8 num. 60, p. 225 : 'Adde, nullam fore fidem contractuum inter homines, si hac ratione se possent expedire, dicendo se fecte promisisse.'

²⁷ LUGO, *De iustitia et iure*, tom. 2, disp. 22, sect. 6, num. 92, p. 24: 'Nam sicut in matrimonio et professione dicebamus propter firmitatem et perpetuitatem status, consensum exigi omnino absolutum, ita in aliis contractibus onerosis exigitur propter securitatem contractus consensus absolutus, quoties non erratur circa substantiam aut dolus dolus ab altero contrahente non apponitur dans causam contractui. Alioquin de omni eiusmodi contractu et de eius valore ac securitate posset dubitari, quod non esset conveniens commercio humano et contrahendi usui, sed expositum innumeris periculis et litibus.'

²⁸ PAUL LAYMANN, *Theologia moralis*, Monachii 1630, lib. 3, tract. 4 (*De pactis et contractibus*), cap. 1, num. 3, p. 371: 'Sed Sotus, Gomez, Lessius loc. cit., Sanchez lib. 1 de matrim. disp. 7 num. 24 et alii plerique contrarium sentiunt, omnem promissionem suapte natura respectivam esse, cuius proinde vis et obligatio ex alterius partis consensu, tamquam a forma sua, dependeat.'

²⁹ OÑATE, *De contractibus*, tom. 2, tract. 9, disp. 29, sect. 4, num. 45, p. 100 : 'Moveor quia acceptatio est de essentia omnium contractuum et altera pars omnium essentialis eorum, ut saepissime in hoc opere probavi.'

³⁰ LESSIUS, *De iustitia et iure*, lib 2, cap. 18, dub. 8, num. 52, p. 223-224 : 'Promittere non tantum est affirmare se daturum vel facturum, sed ulterius est se obligare | alteri et consequenter ius illi tribuere ad exigendum. Unde dici solet, *promissionem parere debitum*.'

³¹ DOMINGO DE SOTO, *De iustitia et iure* (ed. fac. V. Diego Carro – M. González Ordóñez, vol. 4), lib. 7, quaest. 2, art. 1, p. 630: 'Enimvero promittere non pertinet simpliciter ad virtutem veritatis, sed reducitur ad commutativam iustitiam. Non enim est utcumque verum asserere, sed obstringendo alteri fidem.'

Avant d'en venir aux limites formelles et substantielles que posaient les théologiens à l'autonomie contractuelle, je dois brièvement attirer votre attention sur le développement d'une doctrine des vices du consentement. Sur base de leur analyse de l'obligation contractuelle basée sur le droit naturel, les théologiens défendaient la position selon laquelle tous les accords sont contraignants dès qu'il y a consensus. Mais si la volonté est basée sur l'erreur ou influencée par la violence, la question se pose de savoir si le contrat était vraiment voulu et donc s'il peut se réaliser. Comme le remarquerait plus tard Grotius, cette question a donné lieu à des discussions extrêmement complexes dans les écrits des théologiens. Cette complexité est la conséquence de l'opposition entre la logique nouvelle de l'autonomie de la volonté et la tradition de la pensée philosophique et juridique au sujet de l'influence de l'erreur et de la violence sur la liberté des actes humains. Une solution uniforme et conséquente à ce problème n'a été donnée qu'au début du 17^e siècle par Lessius. Il arguait que tant l'erreur que la violence donnaient lieu à une sorte de nullité relative en faveur du contractant qui avait souffert le dol ou la contrainte. Les paragraphes suivants ne peuvent offrir qu'un aperçu très limité des problèmes techniques auxquels les théologiens devaient faire face pour élaborer une théorie des vices du consentement.

Commençons par le problème de (la peur de) la violence. Ni le droit romain, ni la philosophie aristotélicienne ne reconnaissaient univoquement qu'une décision volontaire prise sous l'influence de la violence ou de la crainte était tout à fait involontaire. C'est la raison pour laquelle la plupart des théologiens considérait que l'on ne pouvait pas établir qu'un contrat qui était influencé par (la peur de) la violence était automatiquement nul (*irritus*). L'opinion commune finissait par estimer que la coercition dans les contrats rendait le contrat nullifiable (*irritandus*) et jugeait que, en définitive, l'acte condamnable du défendeur donnait au plaignant le droit de faire nullifier le contrat par un juge. Pourtant, il y avait des théologiens tels Molina ou Fernão Rebelo (1547-1608) qui jugeaient que la moindre forme de contrainte compromettait *ab initio* la volonté requise pour la conclusion d'un contrat. En adoptant une version radicale du volontarisme contractuel, ils jugeaient qu'un contrat vicié par la crainte ou la violence était nul *ab initio* (*ipso iure*). La question de savoir quel degré de (peur de) la violence pouvait être considéré comme suffisant pour permettre effectivement la nullification du contrat fit l'objet d'une analyse à la fois très systématique (cf. par exemple le critère de la personne raisonnable; l'influence de la contrainte exercée par des tiers; l'influence de la contrainte exercée envers des tiers; la crainte issue du respect envers des supérieurs; etc.) et casuistique (cf. par exemple l'abus du droit au procès).

En ce qui concerne maintenant le problème de l'erreur et du dol, la tradition était de nouveau réfractaire à livrer rapidement une réponse univoque. C'est surtout la différence existant en droit romain entre les contrats *stricti iuris* et les contrats *bonae fidei* qui créait des difficultés. Les contrats de 'droit strict' basés sur une erreur étaient nullifiables par la suite tandis que les contrats 'de bonne foi' étaient censés être nuls *ab initio* s'ils étaient basés sur une erreur. En marge de la question de l'influence de l'erreur sur la validité de l'obligation contractuelle se développa ainsi une discussion sur la signification du concept de 'bonne foi'. Bien qu'en suivant l'opinion de Pierre de Belleperche (ca. 1247-1308) en la matière, les théologiens s'accordassent sur le fait que tous les contrats de *bonae fidei* devaient être exécutés de bonne foi, il n'était pas si facile de se distancier de la distinction romaine. Finalement, c'est Lessius qui amena une rupture dans la discussion sur les vices du consentement. Il mit un terme à la différence entre les contrats *bonae fidei* et les contrats *stricti iuris* pour ce qui concernait les conséquences annulatoires de l'erreur.³² En outre, il plaidait pour l'annulabilité (et non la

³² LESSIUS, *De iustitia et iure*, lib. 2, cap. 17, dub. 5, num. 29-31, p. 199: 'Si dolus det causam contractui, et proveniat ab altera parte, vel saltem illa sit particeps doli, contractus adhuc iure naturae non est omnino irritus, tamen pro arbitrio eius qui deceptus est, (si solubilis sit) irritari potest. [...] Ob has rationes sentio esse verius, nullum esse discrimen hac ex parte in foro conscientiae inter contractus bonae fidei et stricti iuris, cum dolus

nullité ab initio) tant des contrats basés sur la (peur de) la violence que des contrats basés sur l'erreur.³³ Il s'agit là d'une révolution dont les conséquences demeurent et qui est due à la transformation morale du *ius commune*.

3.2 L'ordre public, la morale et les limites à la liberté contractuelle

Si les théologiens développaient une théorie des contrats axée sur l'autonomie de la volonté et l'idée du contrat-loi, ils reconnaissaient qu'il y avait des limites à imposer à la liberté contractuelle. Pour citer Mercado, la chute d'Adam et la faiblesse de l'homme qui en découlait obligea l'homme à restreindre sa liberté en soumettant sa volonté aux lois.³⁴ Même si les parties contractantes sont en principe libres de conclure les accords de leur choix, elles font toutefois partie de communautés politiques et religieuses. De par sa nature, l'homme est un animal social et politique qui ne peut vivre en communauté qu'à condition de se soumettre à une autorité publique qui garantit la paix en rendant la justice. Voilà une constante dans la pensée politique des théologiens.³⁵ Pour garantir la paix au sein de la communauté, les autorités peuvent avoir une raison légitime de soumettre la liberté contractuelle des individus à certaines conditions.³⁶ Pour combattre la fraude ou pour protéger des groupes particuliers, les pouvoirs publics peuvent par exemple prescrire des exigences formelles sous peine de nullité. La question de savoir si de telles limitations formelles étaient également d'application dans le tribunal de la conscience était très sensible. Elle touchait en effet à des questions d'un ordre supérieur, par exemple le rapport entre la juridiction de l'Eglise et de l'Etat, le rôle des confesseurs dans l'élaboration des lois civiles, l'interprétation téléologique des lois, les différences entre exigences formelles essentielles et exigences formelles en vue de la preuve, le rapport entre les obligations naturelles morales et les obligations naturelles juridiques, le rapport entre l'application stricte du droit et la raison, etc. En outre, les juristes de l'Eglise et les théologiens ne respectaient pas nécessairement la distinction qu'effectue l'époque contemporaine entre les branches spécialisées du droit. Ainsi, la discussion sur les contraintes formelles dans les contrats alla de pair avec la question de la validité des testaments qui ne satisfaisaient pas aux prescriptions légales.

causam dedit, sed utrosque aliquo modo esse validos, et parere aliquam debilem obligationem iure naturae in foro conscientiae, quae tamen dolo detecto possit elidi per eum qui deceptus est.'

³³ LESSIUS, *In I.II D. Thomae de beatitudine et actibus humanis*, Lovanii 1645 (ed. posth. J. Wijns), quaest. 6, art. 6, num. 38, p. 45: 'Itaque secluso iure positivo, verius existimo, matrimonium metu gravi contractum, esse validum, modo interveniat ultro citroque idonea materia, in qua contractus versetur, nempe personarum habitas. Idem dico de emptione, venditione, permutatione, locatione, et similibus contractibus. Possunt tamen huiusmodi contractus sic initi, excepto matrimonio, facile irritari, voluntate eius, qui iniuriam passus est, nam potest petere restitutionem in integrum, et agere de damno illato. Excipio matrimonium, quia semel initum, natura sua est insolubile, unde iure positivo ab initio debuit irritum decerni.'

³⁴ MERCADO, *Suma de ratos y contratos*, lib. 1, cap. 3, f. 14v: 'De arte que, dado seamos de libre albedrío natural, estamos más cautivos de lo que pensamos, no porque se nos quite nuestra libertad y voluntad, sino porque, según después del pecado es suelta, es menester voluntariamente cautivarla y atarla a muchas maromas, que son estas leyes que nos enseñan no solamente lo que hemos de hacer, sino aun lo que hemos de querer. Y estamos obligados a guardarlas todas y ponerlas en ejecución en nuestros contratos, negociando, no según deseamos y apetecemos, sino según ellas nos mostraren y mandaren. La ley es regla de nuestra vida por do midamos y nivelemos nuestras obras.'

³⁵ SOTO, *De iustitia et iure*, lib. 4, quaest. 5, art. 1, p. 309: 'Est enim homo naturaliter animal civile. Coalescere autem in unum mortalium vita non potest, nisi a publica autoritate in pace contineantur, quae quidem autoritas tum custos est reipublicae, tum et iustitiae iudex.'

³⁶ LESSIUS, *De iustitia et iure*, lib. 2, cap. 17, dub. 4, num. 19-20, p. 197: 'Ratio est, quia sicut duo homines privati seposito omni iure positivo possunt inter se statuere certas formulas et condiciones, sine quibus contractus eorum in posterum non censeantur validi, nec obligationem naturalem possint inducere, ita respublica, quae naturaliter est superior singulorum seu cui naturaliter competit potestas in singulos potest constituere huiusmodi condiciones, et consequenter principes saeculares, in quos suam potestatem respublica transtulit.'

En général, on peut affirmer que la pression morale qu'exercèrent le droit canonique et la théologie sur le *ius commune* mena dans un premier temps à un affaiblissement radical de l'approche formelle des règles de droit. Ainsi, dans la lignée du canoniste l'Abbé Panormitain (1386-1455), certains plaidèrent pour la primauté de la volonté tant dans les testaments que dans les contrats et les élections qui ne satisfaisaient pas aux lois imposant des solemnités.³⁷ Le théologien louvaniste et futur pape Adrien d'Utrecht (1459-1523) défendit, à partir d'une interprétation téléologique des lois, l'application raisonnable des règles et des formalités prescrites dans les contrats.³⁸ Il voulait ainsi empêcher que l'application stricte du droit ne mène à l'injustice (*summum ius summa iniuria*). Cependant, les théologiens admirent progressivement l'idée que des formalités prescrites par les pouvoirs publics peuvent restreindre définitivement la liberté contractuelle naturelle, même du point de vue du tribunal de la conscience et même si le consentement des parties était réel.³⁹ De Salamanque, on lançait des avertissements en disant que l'accent sur la primauté de la volonté mènerait à un conflit insoluble entre la justice des tribunaux externes et le jugement du confesseur. Francisco de Vitoria craignait des cas de conscience inextricables et la désobéissance civile.⁴⁰ Il demanda le respect des lois positives prescrivant des formalités sous peine de nullité même dans le forum de la conscience. Les Jésuites reprirent cette opinion dans le droit des contrats, mais pas nécessairement dans le droit des successions.

Les théologiens reconnaissaient que l'autonomie des parties pouvait aussi être restreinte par d'autres considérations de type légal ou moral. Un contrat peut être nul si les parties s'engagent à faire ou à donner quelque chose qui est en opposition avec les lois ou les bonnes mœurs.⁴¹ On s'attendrait à ce que les théologiens posent des limites morales sévères à la liberté contractuelle. La réalité est cependant plus complexe. La question des limites matérielles de la liberté contractuelle touche des questions difficiles: le rapport respectif entre la condamnation de la cause et la condamnation de l'objet du contrat, la différence (ou précisément l'absence de différence) entre l'absence de 'valeur morale' et la 'nullité' juridique, les limites entre obligations contractuelles et quasi-contractuelles, le rapport entre les bonnes mœurs naturelles et les bonnes mœurs politiquement correctes, etc.

³⁷ PANORMITANUS, *Commentaria super Decretalibus*, Augustae Taurinorum 1577, tom. 2, ad X 1,41,1, f. 155v, num. 19: '[Antonius] dicit enim sufficere quoad forum conscientiae ut contractus teneat secundum limites iuris naturalis seu gentium. Nam de iure naturali seu gentium sufficit solus consensus, et haec opinio mihi placet, et adduco singulare dictum Inn. in ca. quia propter [sic], de elect., ubi dicitur quod electus est tutus in foro animae si electio sua tenuit de iure gentium, licet non fuerit servata forma tradita a iure positivo, quia illa forma est introducta propter scandala et deceptiones evitandas. Verumtamen ex quo omnia ista cessaverunt et intervenit consensus satis est is tutus quo ad Deum et tenebis semper menti illud dictum: quia valet in omni actu in quo est praetermissa solemnitas iuris positivi ut in foro animae non teneatur quis sibi de hoc facere conscientiae ex quo non intervenit ibi aliqua deceptio et adfuit consensus habentium actum explicare de iure naturali; ex quo infertur quod in foro conscientiae aequitas iuris naturalis praefertur rigori iuris positivi.'

³⁸ ADRIAN OF UTRECHT, *Quaestiones quodlibeticae duodecim*, Parisiis 1527, quaest. 6, art. 1, concl. 2, litt. g, f. 111r: 'Lex iusta, praeceptum iustum superioris laici vel ecclesiastici ligat in foro conscientiae, sed ad metas solum rationis seu causae finalis quae praetenditur.'

³⁹ SUÁREZ, *Tractatus de legibus et legislatore Deo*, lib. 5, cap. 24, num. 4, p. 522: 'Quapropter censeo potius contrariam regulam esse generaliter constituendam, scilicet, actus factos contra leges instituentes substantialem solemnitatem tanquam simpliciter necessariam ad eorum valorem, esse nullos ex defectu talis solemnitatis, etiamsi in re fiant ex vero consensu et sine ullo defectu contra legem naturalem.'

⁴⁰ VITORIA, *Commentarii in Hammiae* (ed. Beltrán de Heredia, tom. 3), quaest. 62, art. 1, num. 41, p. 95-96: 'Esset valde inutilis et periculosa irritatio in foro contentioso defectu solemnitatis, si non valeret in foro conscientiae. Absurdum enim est dicere quod detur in foro contentioso jus cum quo condemnentur homines, cum leges potius provideant salutem animae quam corporis.'

⁴¹ LESSIUS, *De iustitia et iure*, lib. 2, cap. 18, dub. 4, num. 24, p. 219: 'Contra leges ea dicuntur fieri, in quibus promittitur aliquid quod leges prohibent, ut homicidium, furtum. Contra bonos mores fiunt, per quae datur occasio inique agendi, ut in exemplis num. 23, vel impediuntur illi mores quos expedit esse in republica bene instituta.'

Les théologiens s'accordaient assez bien sur le fait que la cause du contrat était certainement pertinente pour déterminer la valeur morale du contrat, mais l'était à peine pour juger de sa validité juridique. Ainsi, Oñate expliquait qu'un contrat pour l'achat d'une arme en vue de tuer une personne était moralement répugnant mais juridiquement valide, tandis que le contrat pour homicide était nul.⁴² On affirmait que la condamnation du contrat se jouait surtout au niveau de l'objet du contrat: un contrat dont l'objet était condamnable, par exemple le contrat pour meurtre ou un contrat de prostitution ne pouvait pas acquérir force contraignante sur base du seul consensus. L'obligation de poser un acte condamnable était retenue une obligation impossible et par conséquent une *contradictio in terminis*. Mais si l'une des parties contractantes venait à remplir son obligation contractuelle, surgissait la question de savoir si la partie adverse devait elle aussi remplir la sienne. Mettons qu'une prostituée ait rempli son office, le client pouvait-il être effectivement contraint à payer? La réponse à cette question fut diverse. Certains considéraient qu'un fait contraire à la morale ne pouvait entraîner une obligation juridique, de quelque sorte qu'elle puisse être. D'autres affirmaient que celui qui avait rendu un service immoral ou illégal avait le droit d'être payé, soit en vertu de l'enrichissement sans cause, soit en vertu d'une promesse mutuelle dont la condition avait été remplie dans le passé ou l'était dans le présent. La plupart des théologiens s'accordaient pour dire que même un acte immoral avait un prix de marché, de sorte que la prostituée ou le tueur à gages avait dans tous les cas droit à son salaire et pouvait invoquer une exception de non répétition une fois que le client avait payé.⁴³ Grotius empruntait cette vue à des théologiens comme Molina et fut à ce propos sévèrement critiqué par Robert-Joseph Pothier (1699-1772).⁴⁴

Etant donné que la liberté contractuelle était considérée comme une sorte de droit naturel subjectif, on encourageait une interprétation restrictive des lois du droit positif qui interdisaient certains comportements. Cette idée émerge clairement du *Traité sur les lois et Dieu le législateur* de Suarez.⁴⁵ A cela s'ajoute que les théologiens faisaient une différence entre la catégorie restreinte des 'bonnes mœurs selon le droit naturel' et la catégorie plus large des 'bonnes mœurs selon le droit civil'.⁴⁶ De cette manière, ils pouvaient garantir la validité de nombre de contrats qui étaient en fait déclarés nuls par le *ius commune*, par exemple la donation

⁴² OÑATE, *De contractibus*, tom. 1, tract. 1, disp. 4, sect. 1, num. 12, p. 105: 'Contractum si vere fiat cum intentione se obligandi et transferendi dominium non vitiari et corrumpi in esse contractus, id est non invalidum, et irritum reddi, ex quocumque, quamlibet pravo et turpi fine ad quem ordinetur, v.gr. [...] emptio ensis ad occidendum regem vel patrem, quia hi fines contractum ipsum in sua natura et essentia non contingunt, sed sunt fines extrinseci accidentaliter coniuncti ei. Secus esset si ipsi contrahentes vellent pacisci et contractu se obligare ad occidendum regem vel patrem. Tunc enim finis ille intrinsece in obligationem ipsam cadit, et est obiectum illius, unde eam vitiat, quia contractus de re turpi esse non potest.'

⁴³ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 94, cols. 381-382, num. 8: 'Pactio et acceptio pretii ob rem turpem illicita est et peccatum antequam talis res turpis fiat. Post rem autem patratam illicitum non est petere et accipere pretium antea promissum aut institutum.'

⁴⁴ ROBERT-JOSEPH POTHIER, *Traité des obligations, selon les règles, tant du for de la conscience, que du for extérieur*, Paris-Orléans 1777, part. 1, sec. 1, art. 3, par. 6, p. 44-45: 'Grotius | prétend que ces promesses ne sont pas à la vérité obligatoires, tant que le crime n'a pas été commis, et que jusqu'à ce tems celui qui a fait la promesse peut s'en dédire en donnant un contr'ordre à celui à qui il l'a faite; mais qu'aussi-tôt que le crime a été commis, la promesse devient obligatoire par le droit naturel et dans le for de la conscience: sa raison est que cette promesse est vicieuse en ce qu'elle est un appas au crime; or, ce vice cesse lorsque le crime est commis et consommé: le vice de cette promesse n'existant plus, rien n'empêche qu'elle ne produise son effet, qui est d'obliger à l'accomplissement celui qui l'a faite.'

⁴⁵ SUÁREZ, *Tractatus de legibus et legislatore Deo*, lib. 5, cap. 26, num. 24, p. 531: 'In materia odiosa verba sunt restringenda quoad fieri possit intra eorum proprietates, potius quam extendenda; sed irritatio actus est valde odiosa et valde repugnans naturae, quia quodammodo aufert quoddam naturale jus.'

⁴⁶ MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 2 (*De contractibus*), tract. 2, disp. 271, cols. 81-82, num. 14: 'Duobus modis dici aliquid contra bonos mores. Uno, presse et proprie, quia videlicet est peccatum, veniale saltem, contra divinum vel humanum ius. Altero late, quia licet in se non sit peccatum, inde tamen bonis moribus quos in bene instituta republica servari decet, potest facile praeiudicium afferri, ut disp. 151 explicatum est.'

entre époux ou la donation de la totalité de ses biens. Il suffisait de procéder à une telle donation en y ajoutant un serment. Ce genre de serment était légitimé, puisque il allait à l'encontre des bonnes mœurs civiles mais pas des bonnes mœurs naturelles. Les théologiens affirmaient que des contrats de cette sorte ne s'opposaient pas aux bonnes mœurs selon le droit naturel et que donc ils étaient valides devant la conscience. Certains, comme Lessius, reprochaient en outre aux pouvoirs civils de paralyser par une conception trop large des bonnes mœurs l'exercice de vertus comme la libéralité, l'amour du prochain et l'expérience de la pauvreté.⁴⁷ La question des limites naturelles de la liberté contractuelle était donc un point politiquement sensible.

La transformation morale du droit romain des contrats dans les écrits des théologiens est illustrée de la manière la plus claire par le principe de la justice commutative – la dernière limite à la liberté contractuelle. Il s'agit, à côté du principe d'autonomie de la volonté, du deuxième grand pilier sur lequel les théologiens bâtirent le droit renouvelé des contrats. Les théologiens ne remettaient pas du tout en cause le fait que la source de l'obligation contractuelle était la volonté autonome des parties. Mais ils revendiquaient un contrôle 'a posteriori' de l'équilibre contractuel, puisqu'un contrat doit être conclu dans l'intérêt des deux parties. Les théologiens et des canonistes tels Martín de Azpilcueta (Dr. Navarrus) (1492-1586) affirmaient que le contrat est un institut du droit des gens qui a été inventé pour le bien de tous les contractants impliqués.⁴⁸ En des termes plus modernes, le contrat est censé être un jeu où tout le monde gagne, et non un jeu à somme nulle. Le contrôle a posteriori de l'équilibre contractuel peut mener à une demande de réparation pour cause de lésion (*laesio*). Le défendeur peut alors décider s'il souhaite 'rééquilibrer' le contrat ou le faire nullifier avec l'obligation de restitution réciproque. Pour les théologiens, la condamnation du préjudice porté ou, pour le formuler positivement, l'obligation de respecter la justice commutative, découlait directement du principe de droit naturel selon lequel personne ne peut s'enrichir aux dépens d'un autre.⁴⁹ Ils établissaient un lien entre ce principe et le septième commandement biblique qui interdit le vol ainsi qu'avec le principe aristotélicien qui pose qu'il doit y avoir dans l'échange volontaire un équilibre entre ce qui est donné et ce qui est reçu. En pratique, les théologiens évaluaient cet équilibre en fonction du 'juste prix'. En général, on peut dire qu'ils considéraient ce prix comme le prix du marché de libre concurrence, aussi 'folle' (*insana*), pour utiliser le terme employé par le canoniste Diego de Covarruvias y Leyva (1512-1577), que l'estimation commune reflétée dans le prix du marché puisse être.⁵⁰ La valeur économique des prestations était en d'autres

⁴⁷ LESSIUS, *De iustitia et iure*, lib. 2, cap. 18, dub. 13, num. 95, p. 229, *Jo.* lib. 2, cap. 18, dub. 13, num. 102, p. 230: 'Ius civile non potest impedire officia pietatis et consilia evangelica, atqui talis donatio [omnium bonorum tam futurorum quam praesentium] est officium pietatis et consilium Christi, ergo (...). Principes saeculares non possunt aliquid statuere in praeiudicium bonorum operum et salutis animarum. Solum enim ita possunt gubernare rempublicam ad tranquillitatem temporalem, ut ea gubernatio non impediatur studium pietatis et media ad finem supernaturalem, sed potius subserviat et iuvet. Atqui si talis insinuatio esset necessaria in causis piis, saepe bona opera impedirentur, idque cum magno boni spiritualis damno.'

⁴⁸ MARTIN DE AZPILCUETA (DR. NAVARRUS), *Relectio in cap. Novit de iudiciis*, in: *Opera Omnia*, Venetiis 1601, tom. 3, not. 6, coroll. 13, num. 44-45, f. 80r: 'Ut Arist. 1 Politicorum tradit, emptio, et venditio et eadem ratione omnis alia commutatio introducta est pro communi utilitate ambarum partium, quarum altera re alterius indiget. Quod autem pro communi duorum utilitate inductum est, non debet esse gravius alteri, quam alteri, ut esset si pretium excederet valorem mercis aut e contrario.'

⁴⁹ OÑATE, *De contractibus*, tom. 1, tract. 1, disp. 1^{re}, num. 10, p. 2: 'Quia supposita rerum divisione subintravit protinus naturale ius, in his commutationibus naturalem aequitatem servandam esse, praecipiens: non solum ut, quod tibi non vis, alteri ne feceris, sed etiam, ut in his servetur aequalitas rei ad rem, quam iustitia commutativa praescribit, et ut si violata fuerit per restitutionem resarciatur, et pacta conventa servari magna fide praecipiens, et violatores congruis esse poenis cohibendos.'

⁵⁰ DIEGO DE COVARRUVIAS Y LEYVA, *Variarum resolutionum libri quattuor*, lib. 2, cap. 3, num. 4, in: *Opera omnia*, Augustae Taurinorum 1594, tom. 1, p. 244: 'Primum, in contractibus emptionum et venditionum similibusque permutationibus, nequaquam attendi, ne constitui iustum pretium ex natura rei, sed ex hominum aestimatione, tametsi insana sit aestimatio. (...) Secundo, hinc apparet in pretii iusti aestimatione non esse considerandum quanti

termes considérée en fonction de l'utilité qu'un bien donné offrait à la communauté suivant les lois de l'offre et de la demande. Ce que les théologiens n'acceptaient pas était l'exploitation de préférences et besoins strictement personnels. On ne pouvait donc pas faire en sorte que le prix d'un pain soit deux fois plus élevé pour un pauvre que pour un riche, sous prétexte que l'utilité de ce pain selon le critère du 'besoin' est deux fois plus importante pour un pauvre affamé. Le prix du marché, qui dépend d'évaluations communes de l'utilité, empêche précisément l'exploitation de besoins individuels de cette sorte.

En défendant le libre marché comme garantie contre l'exploitation économique, les théologiens allaient loin – si loin même qu'ils prenaient souvent, dans la discussion de cas spécifiques (par exemple le commerce avec information privilégiée, la spéculation, l'obligation d'information), des points de vue qui seraient maintenant qualifiés de libéralisme agressif. Certains juristes catholiques, tels Arias Piñel (1515-1563), avançaient avec raison qu'ils pensaient «de manière plus chrétienne» que les théologiens. Ceci est ironique évidemment, puisque les théologiens précisaient sur le plan théorique les principes moraux chrétiens sur lesquels reposait le juste prix par opposition à l'arbitraire excessif qu'ils reprochaient au droit romain des contrats. Les théologiens reconnaissaient aussi que l'application du principe de justice commutative différait dans le tribunal de la conscience et les tribunaux externes. Afin d'empêcher que le retard judiciaire ne s'accumule, ils ne reconnaissaient le droit au recours pour préjudice porté dans le *forum externum* que dans le cas où le préjudice était supérieur à la moitié du juste prix. Ils défendaient avec une certaine opiniâtreté que tout écart par rapport au juste prix – qui bien entendu avait une marge – devait mener dans le for intérieur à une demande de réparation (*restitutio*). Via la réparation, la justice commutative pouvait être rétablie et l'âme du contractant qui avait causé le préjudice pouvait être sauvée. Mais l'âme des individus n'était pas la seule en jeu. Si les contrats ne respectaient pas l'équilibre entre donné et reçu, la confiance (*fides*) en tant que base de l'ordre juridique serait ébranlée, affirmaient les théologiens, ce qui troublerait la paix de l'ordre social. Aux yeux des théologiens, la paix de l'âme contribuait à la paix sociale et inversement. Le droit des contrats avait donc tout à voir avec la théologie et la théologie tout à voir avec le droit des contrats.

4 CONCLUSION

En guise de conclusion, il convient de citer la constatation que faisait Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), un des pères de notre discipline, dans son fameux *Système du droit romain contemporain* par rapport à l'esprit fondamental dont les cultures juridiques occidentales avaient été imprégnées:⁵¹ 'La religion chrétienne a transformé le monde à tel point que toutes nos pensées, aussi étranges et même hostiles à cette religion qu'elles puissent paraître, sont tout de même dominées et imprégnées par elle.' L'histoire du droit des contrats que l'on vient de parcourir n'est rien d'autre, en effet, que le récit de cette transformation de nos pensées dérivant du droit romain à la lumière de la théologie chrétienne. On est amené ainsi à voir qu'une partie importante, même si non exclusive, de la réflexion sur la nature de l'obligation contractuelle est née du souci de diriger les âmes dans la juridiction du for interne. Des relations étroites entretenues entre théologie catholique et tradition romano-canonique à l'aube des temps

res ipsa empta fuerit nec quot labores pro eius acquisitione venditor fuerit perpressus, sed tantum habendam esse rationem communis hominum aestimationis.'

⁵¹ FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin 1840, Bd. 1, Kap. 1, par. 15, p. 53-54 : 'Jene allgemeine Aufgabe alles Rechts nun läßt sich einfach auf die sittliche Bestimmung der menschlichen Natur zurück führen, so wie sich dieselbe in der christlichen Lebensansicht darstellt ; denn das Christenthum ist nicht nur von uns als Regel des Lebens anzuerkennen, sondern | es hat auch in der That die Welt umgewandelt, so daß alle unsre Gedanken, so fremd, ja feindlich sie demselben scheinen mögen, dennoch von ihm beherrscht und durchdrungen sind.'

modernes émerge une doctrine des contrats qui redéfinit l'obligation contractuelle à partir de l'autonomie de la volonté sans oublier le contexte politique, moral et spirituel dans lequel s'inscrit la vie de l'homme-pèlerin.