

# Droit, morale et marché: l'héritage théologique revisité

Wim DECOCK

Qualités? 

## ◆ TABLE DES MATIÈRES ◆

Résumé	13
Introduction	14
Les chrétiens, le droit des contrats et la moralité du marché	15
Une pléthore de sources – en attente d'une analyse plus profonde	17
Conventions nues et moralité des promesses	19
Volontarisme, imprévision et sécurité juridique	24
Équilibre contractuel et charité	27
Liberté contractuelle et moralité du marché	31
Conclusion	33



## RÉSUMÉ

Depuis l'émergence du positivisme juridique, il est devenu étrange et même indésirable de considérer des autorités morales ou religieuses comme des experts en droit. De nombreuses raisons viennent justifier cette conviction, particulièrement dans les sociétés européennes d'aujourd'hui qui reposent sur le pluralisme de valeurs, la liberté de conscience et la neutralité confessionnelle. L'objectif de cette contribution n'est pas d'interroger l'opportunité de ce choix politique. Pourtant, adoptant un point de vue résolument historique,

elle constate que, quel que soit le degré de volonté liée à la séparation actuelle du droit, de la morale et de la religion, l'apport des théologiens et des canonistes au développement du droit en Occident ne peut être nié. Par conséquent, même si nous considérons aujourd'hui le positivisme juridique comme un guide adéquat pour le gouvernement de nos sociétés, il s'avère ne pas être le meilleur guide pour comprendre les racines historiques du droit en Europe, surtout dans le domaine des contrats et de la régulation du marché. Jusqu'au dix-septième siècle, les canonistes et les théologiens ont associé une profonde connaissance de la tradition du droit romain aux concepts issus de la morale gréco-romaine ainsi que de la foi chrétienne. Ainsi, des centaines de traités relatifs au droit des contrats ont été rédigés par des théologiens et des canonistes imprégnés de la foi chrétienne. Ils témoignent de la conception d'un cadre normatif pour résoudre des cas de conscience la plupart du temps liés à des transactions sur le marché.

## INTRODUCTION

L'observation selon laquelle le droit des contrats et le droit économique ont subi l'influence de la morale gréco-romaine et de la théologie chrétienne peut facilement être considérée comme problématique. L'une des expériences habituelles de la première année d'études en droit comprend la confrontation à l'idée que les valeurs morales, les idées religieuses et les règles juridiques doivent être soigneusement distinguées les unes des autres. «Le pouvoir coercitif de l'État, exercé ou brandi, fait la différence entre le vœu pieux de moralité et les sombres certitudes du droit», a déclaré le politologue Michael Barkun pour résumer la croyance positiviste qui sous-tend les systèmes juridiques modernes<sup>(1)</sup>. De plus, l'idée de voir des juges prenant en considération des arguments religieux, ou des autorités religieuses promulguant des règles applicables dans les tribunaux est étrangère et même hostile au mode de pensée moderne. La séparation entre les croyances religieuses et les normes légales constitue un principe fondamental des systèmes juridiques occidentaux depuis le dix-neuvième siècle. Par conséquent, l'idée qu'il existe un lien entre la théologie chrétienne et le droit semble être une contradiction de termes. John Austin (1790-1859), l'un des théoriciens les plus influents du positivisme juridique dans le monde anglo-saxon, aurait déclaré selon Herbert Hart que «aucune exception, objection et aucun plaidoyer fondé sur la loi de Dieu n'avait jamais été évoqué dans une Cour de justice, depuis la création du monde jusqu'à la

<sup>(1)</sup> Michael BARKUN, *Law Without Sanctions. Order in Primitive Societies and the World Community* (New Haven, London: Yale University Press, 1968), 8, également cité dans Wim DECOCK, *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius commune (c. 1500-1650)* (Leiden/Boston: Brill/Nijhoff, 2013), 86. L'article présenté ici offre une version française, légèrement remaniée, d'une contribution publiée en anglais: W. DECOCK, «Christian Contract Law and the Morality of the Market: A Historical Perspective» dans R.F. COCHRAN et M.P. MORELAND (dir.), *Christianity and Private Law* (London: Routledge, 2020), pp. 145-162.

période actuelle»<sup>(2)</sup>. Cet article essaiera de démontrer toutefois que le paradigme positiviste, indépendamment de ses mérites pour le monde actuel, ne constitue pas un bon guide pour comprendre les fondements historiques du droit occidental, surtout dans le domaine des contrats.

## LES CHRÉTIENS, LE DROIT DES CONTRATS ET LA MORALITÉ DU MARCHÉ

Le fait que nous avons été habitués à mener nos réflexions sur le droit, la moralité et la religion de manière séparée ne signifie pas que le droit occidental exclut tout lien historique entre la culture morale et religieuse, bien au contraire. En réalité, John Austin n'aurait pas été dans l'obligation de rejeter l'utilisation d'arguments religieux par les juges de manière aussi prononcée si son point de vue était déjà largement accepté dans la Grande-Bretagne du dix-neuvième siècle. Dans le passage cité ci-dessus, il a été obligé de faire opposition à l'opinion contraire défendue par William Blackstone (1723-1780), une icône du Siècle des Lumières britannique. Fidèle à une tradition séculaire dans la jurisprudence européenne<sup>(3)</sup>, Blackstone estimait que le droit civil pouvait être infirmé par des lois naturelles contraires, qui étaient selon lui établies par l'autorité divine<sup>(4)</sup>. Au cours des dernières décennies, la reconnaissance des fondements religieux de la culture juridique occidentale a reçu un élan considérable grâce aux travaux d'Harold Berman (1918-2007), le regretté professeur de droit d'Harvard, et de John Witte Jr, son héritier intellectuel à l'Université d'Emory. Son livre *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Culture* (1983) a exercé une influence notable sur la redécouverte de l'élément chrétien dans l'évolution des systèmes juridiques aussi bien de type de droit civil que de *common law*<sup>(5)</sup>.

(2) Selon Herbert L.A. HART, «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review* 71 (1958): 593-629 (616) et Alan WATSON, *Failures of the Legal Imagination* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1988), 122. Toutefois, il est intéressant de mentionner que le passage attribué à John Austin ne figure ni dans l'édition originale, de 1832 (Londres), de son livre *The Province of Jurisprudence Determined*, ni dans la seconde édition posthume de 1861 (Londres). Hart renvoie à l'édition de 1954, parue chez Library of Ideas, p. 185, qui prend comme point de départ la cinquième édition de 1885 (Londres) des conférences d'Austin, que John Austin n'a lui-même jamais vue, mais qui a été «révisée et éditée par Robert Campbell avec l'aide des notes prises par John Stuart Mill lors des conférences d'origine». Dans tous les cas, la citation de Hart a été copiée par un nombre incalculable de chercheurs universitaires et elle est susceptible de refléter l'esprit du positivisme d'Austin, indépendamment du contenu originel de ses conférences.

(3) Richard HELMHOLZ, *Natural Law in Court. A History of Legal Theory in Practice* (Cambridge Mass.: Harvard University Press, 2015).

(4) William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, book 1, section II, p. 41, Philadelphia, 1893 [1753], [http://files.libertyfund.org/files/2140/Blackstone\\_1387-01\\_EBk\\_v6.0.pdf](http://files.libertyfund.org/files/2140/Blackstone_1387-01_EBk_v6.0.pdf).

(5) Thomas DUVE, «Law and Revolution – Revisited», *Rechtsgeschichte – Legal History* 21 (2013): 156-159.

Dans le domaine des contrats, en particulier, les origines chrétiennes du droit moderne ont été mises en lumière par James Gordley dans son livre *Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (1991). Dans un monde qui ne se caractérisait pas encore par la division moderne entre l'État et l'Église, non seulement les juristes spécialisés dans le droit romain et le droit local, mais aussi les théologiens étaient chargés de former la doctrine contractuelle aux côtés des experts en droit canonique. Alors que le droit romain avait énormément de choses à dire sur les contrats spécifiques comme la vente et la location, il ne parlait pas d'une réflexion philosophique ou de principes systématiques. Comme Gordley l'a démontré, les canonistes médiévaux et les théologiens scolastiques du treizième au dix-septième siècle ont associé le vocabulaire technique et la casuistique du droit romain aux principes évangéliques et à l'éthique aristotélicienne et thomiste. Par conséquent, ils ont créé des principes généraux tels que la bonne foi, le caractère contraignant des conventions nues et le principe d'équilibre dans les échanges.

Les canonistes et les théologiens – ces derniers étant souvent appelés les « scolastiques »<sup>(6)</sup> – ne se seraient pas définis comme des théoriciens du droit. Ils étaient des penseurs pragmatiques impliqués dans la pratique pastorale, la confession et la consultation<sup>(7)</sup>. Par conséquent, le traitement du droit des contrats dans leurs travaux ne peut pas être séparé de leur préoccupation pour le bien-être spirituel des pénitents. Le confesseur, en tant que directeur de conscience, devait évaluer en permanence et avec exactitude le comportement chrétien individuel, notamment dans les transactions quotidiennes sur le marché comme l'échange d'argent, les prêts commerciaux et les ventes à crédit<sup>(8)</sup>. Afin de mieux comprendre les enjeux moraux impliqués dans ces transactions, les théologiens et les canonistes ont analysé les transactions commerciales à travers le prisme du droit des contrats<sup>(9)</sup>. Celui-ci leur a fourni un cadre technique en vue de déterminer les droits et les obligations des parties contractuelles avec un degré de précision très élevé. Ce n'est assurément pas une coïncidence que l'un des premiers traités autonomes sur les contrats ait été rédigé par Pierre de Jean Olivi (env. 1248-1298), un théologien franciscain et conseiller des

<sup>(6)</sup> John T. NOONAN, *The Scholastic Analysis of Usury* (Cambridge Mass. : Harvard University Press, 1957), 48.

<sup>(7)</sup> Nicole REINHARDT, *Voices of Conscience. Royal Confessors and Political Counsel in Seventeenth-Century Spain and France* (Oxford : Oxford University Press, 2016).

<sup>(8)</sup> Michael Thomas D'EMIC, *Justice in the Marketplace in Early Modern Spain. Saravia, Villalón and the Religious Origins of Economic Analysis* (Lanham : Lexington, 2014). Il convient de rappeler que cette « direction des âmes » a façonné aussi les normes régulant d'autres champs de la vie, notamment dans le domaine de la sexualité, comme l'a pu démontrer Michel Foucault (1926-1984) dans ses différents ouvrages.

<sup>(9)</sup> Une observation similaire pourrait être faite pour le domaine de la vie du couple et de sa sexualité, méticuleusement analysés à travers la notion juridique du mariage – à la fois sacrement et contrat. Il suffit de lire le livre neuf (sur les obligations des conjoints) du traité *De matrimonii sacramento* du jésuite Tomás Sánchez ; cf. F. ALFIERI, *Nella camera degli sposi. Tomás Sánchez, il matrimonio, la sessualità (secoli XVI – XVII)* (Bologna : Il Mulino, 2010).

marchands dans le sud de la France<sup>(10)</sup>. Après avoir étudié à Paris avec Thomas d'Aquin, Olivi a enseigné au couvent franciscain de Narbonne, où il est également devenu l'un des principaux confesseurs de la nouvelle classe urbaine de riches hommes d'affaires. Son *Traité des contrats*, qui aborde principalement le droit des ventes, les prêts d'argent et le devoir de restitution, est le fruit de son expérience combinée de professeur et de conseiller sur le marché. Sylvain Piron, un historien français, a démontré de façon convaincante qu'Olivi a conçu le droit des contrats de manière étonnamment libérale, réservant un rôle prépondérant à la volonté des parties<sup>(11)</sup>. Son analyse des contrats commerciaux et financiers était imprégnée par un esprit de libéralisme qui reconnaît entièrement la valeur économique du capital et de l'industrie.

### UNE PLÉTHORE DE SOURCES – EN ATTENTE D'UNE ANALYSE PLUS PROFONDE

Le *Traité des contrats* de Pierre de Jean Olivi est resté méconnu jusqu'à la fin des années 1970, lorsque Giacomo Todeschini et d'autres éminents chercheurs italiens et français ont redécouvert le texte et se sont vite rendu compte qu'il méritait une place d'honneur dans l'histoire de la pensée économique<sup>(12)</sup>. En effet, ils ont découvert que l'œuvre d'Olivi avait été une source d'inspiration majeure pour Bernardin de Sienne (1380-1444) et Antonin de Florence (1389-1459), deux théologiens de la fin de l'époque médiévale dont les opinions en faveur du marché ont même surpris Max Weber (1864-1920) dans *L'Éthique protestante et l'Esprit du capitalisme*. Or, Bernardin de Sienne et Antonin de Florence ne sont que deux personnalités parmi de nombreux autres qui ont abordé des questions au croisement de la morale du marché et du droit des contrats. Depuis le treizième siècle, des centaines de traités sur les contrats ont été rédigés par des théologiens et des canonistes dans les universités et les couvents aux quatre coins de l'Europe. La profondeur énorme de ceux-ci n'a, jusqu'ici, été analysée que de manière fragmentaire, malgré les recherches pionnières réalisées par des universitaires éminents<sup>(13)</sup>.

<sup>(10)</sup> Pierre de Jean Olivi, *Traité des contrats*, édition critique et commentaires par Sylvain Piron, traduit du latin par Ryan Thornton et du français à l'anglais par Michael Cusato (Saint-Bonaventure: Franciscan Institute Publications, 2016).

<sup>(11)</sup> Sylvain PIRON, *Parcours d'un intellectuel franciscain. D'une théologie vers une pensée sociale: l'œuvre de Pierre de Jean Olivi (ca. 1248-1298) et son traité «De contractibus»* (Paris: EHESS, 1999), thèse de doctorat non publiée. Voy. aussi Juhana TOIVANEN, «Voluntarist Anthropology in Peter of John Olivi's *De contractibus*», *Franciscan Studies* 74 (2016): 41-65.

<sup>(12)</sup> Giacomo TODESCHINI, *Un trattato di economia politica francescana: il «De emptionibus et venditionibus, de usuris, de restitutionibus» di Pietro di Giovanni Olivi* (Rome: Istituto Storico Italiano per il Medioevo, 1980).

<sup>(13)</sup> Par exemple: Odd Inge LANGHOLM, *Economics in the Medieval Schools: Wealth, Exchange, Value, Money and Usury according to the Paris Theological Tradition, 1200-1350* (Leiden/Boston,



L'un des éléments qui ont interpellé les chercheurs examinant les sources est qu'il existait une compatibilité fascinante entre le fonctionnement quotidien du marché et le cadre normatif développé par les penseurs chrétiens de l'époque médiévale<sup>(14)</sup>. Que cette observation puisse étonner, est sans doute lié à plusieurs facteurs, dont l'impact considérable de *L'Éthique protestante* de Weber, dont une interprétation réductionniste – prétendant que le protestantisme soit à l'origine du capitalisme – a exercé une influence indue sur l'imagination populaire<sup>(15)</sup>. Pourtant, l'esprit d'entrepreneuriat et de capitalisme n'a certainement pas dû attendre les sectes protestantes ascétiques pour trouver une forme de légitimation dans les écrits chrétiens sur les contrats et le commerce<sup>(16)</sup>. L'apothéose de cette littérature est arrivée au seizième et au dix-septième siècle, dans un contexte de mondialisation, de montée des réseaux commerciaux intercontinentaux et d'émergence du capitalisme financier. Les théologiens et canonistes de toute l'Europe ainsi que de ses territoires d'outre-mer ont rédigé de vastes traités sur le commerce et les contrats qui étaient encore plus ambitieux en termes de portée que ceux de leurs défunts prédécesseurs médiévaux. Ils contenaient également une acceptation inédite de nouvelles pratiques commerciales et financières<sup>(17)</sup>. Par ailleurs, alors que les théologiens catholiques du seizième et du dix-septième siècle ont été plus prolifiques que jamais en termes d'écrits sur le commerce et les contrats, les protestants ont commencé à défendre l'idée selon laquelle les autorités religieuses devraient laisser les questions juridiques et politiques aux juristes et se concentrer exclusivement sur les questions spirituelles. Contre les catholiques, les juristes protestants tels que Charles Dumoulin (1500-1566) en France et Alberico Gentili (1552-1608) en Angleterre ont exhorté les théologiens «à garder le silence sur les questions en dehors de leur province», un avertissement qui a souvent été interprété comme le début de l'ère moderne, puisqu'il mettait l'accent sur la séparation entre le droit et la religion avec laquelle nous sommes familiers aujourd'hui. Mais une fois de plus, cette déclaration ne doit pas nous inciter à ignorer la

---

Brill : 1992) ; Lawrin Armstrong, *Usury and Public Debt in Early Renaissance Florence: Lorenzo Ridolfi on the Monte Comune* (Toronto : Pontifical Institute of Medieval Studies, 2003).

<sup>(14)</sup> James DAVIS, *Medieval Market Morality. Life, Law and Ethics in the English Marketplace, 1200-1500* (Cambridge : Cambridge University Press, 2012), 411-413.

<sup>(15)</sup> Une discussion de la thèse de Weber dépasserait largement les limites de cet article. Un bon point de départ pour une lecture plus nuancée est Peter GHOSH, *Max Weber and the Protestant Ethic: Twin Histories* (Oxford : Oxford UP), 2014.

<sup>(16)</sup> Giacomo TODESCHINI, *Ricchezza francescana. Dalla povertà volontaria alla società di mercato* (Bologna : Il Mulino, 2004), trad. *Richesse franciscaine : de la pauvreté volontaire à la société de marché* (Lagrasse : Verdier, 2008 ; Paolo Prodi, *Settimo non rubare. Furto e mercato nella storia dell'Occidente* (Bologna : Il Mulino, 2009) ; Sylvain PIRON, *L'occupation du monde* (Bruxelles : Zones Sensibles, 2018).

<sup>(17)</sup> Pour des exemples concrets, voy. Wim DECOCK, «Lessius and the Breakdown of the Scholastic Paradigm», *Journal of the History of Economic Thought* 31 (2009) : 57-78 ; Wim DECOCK, «In Defense of Commercial Capitalism: Lessius, Partnerships and the Contractus Trinus». Dans *Companies and Company Law in Late Medieval and Early Modern Europe*, Bram VAN HOFSTRAETEN et Wim DECOCK (ed.) (Louvain : Peeters, 2016), 55-90.

contribution profonde des théologiens et des canonistes l'apporte à l'évolution du droit des contrats à l'époque prémoderne.

Des centaines d'ouvrages traitant des contrats, de la justice et du droit, des lois, et d'autres sujets similaires ont été publiés à partir des imprimeries d'Anvers, d'Ingolstadt, de Madrid, de Mayence, de Paris, de Lyon, de Rome, de Salamanque, de Venise et de nombreuses autres villes<sup>(18)</sup>. À l'exception des grands noms tels que Francisco de Vitoria (1483/1492-1546), Domingo de Soto (1494-1560), Luis de Molina (1535-1600), Leonardus Lessius (1545-1623) et Francisco Suárez (1548-1617), ceux-ci n'ont obtenu que peu d'attention de la part des juristes et économistes modernes, sans aucun doute parce que la majorité de ceux-ci n'ont jamais été traduits dans les langues modernes. Il est intéressant de signaler que l'explosion de ce genre de traités ne se limitait pas à l'Espagne continentale, même si la scolastique du début de l'époque moderne a souvent été associée à l'« École de Salamanque », étant donné que l'Université de Salamanque a joué un rôle prépondérant dans la diffusion du mouvement de renouveau de la scolastique dans le monde<sup>(19)</sup>. Le premier traité important traitant des contrats, du début de l'époque moderne de la tradition scolastique, a été publié en 1502 par Conrad Summenhart (1455-1502), un théologien allemand de l'Université de Tübingen. L'apogée de la tradition a été atteint avec la publication en 1646 d'un travail en quatre volumes qui abordait à la fois le droit des contrats en général et les contrats spéciaux et qui a été rédigé par Pedro de Oñate, un théologien jésuite qui a passé sa carrière en Amérique du Sud. Face à la masse énorme de sources, les prochains paragraphes ne pourront pas discuter de tous ces auteurs ou aller dans les détails de leurs analyses du droit des contrats. Ce qui plus est, pour ne pas surcharger l'appareil avec les notes de bas de page, les renvois aux sources primaires et aux citations latines seront le plus possible limitées<sup>(20)</sup>.

## CONVENTIONS NUES ET MORALITÉ DES PROMESSES

Le volume considérable de sources primaires associé à la nature « dialectique » de la culture scolastique – qui laissait de la place au « dialogue » et qui permettait à différentes opinions de coexister<sup>(21)</sup> – rend les généralisations

(18) Vous pouvez retrouver un aperçu des sources les plus importantes dans Wim DECOCK et Christiane BIRR, *Recht und Moral in der Scholastik der Frühen Neuzeit* (Berlin : De Gruyter, 2016).

(19) Marjorie GRICE-HUTCHINSON, *The School of Salamanca: Readings in Spanish Monetary Theory (1544-1605)* (Oxford : Clarendon, 1952).

(20) Elles peuvent être consultées dans DECOCK, *Theologians and Contract Law*, *passim*.

(21) O. WEIJERS, *In Search of the Truth. A History of Disputation Techniques from Antiquity to Early Modern Times*, (Turnhout : Brepols, 2013); Anita TRANINGER, « Jousting Schoolmen: Managing Dissent in Scholastic Culture », dans G. CLAESSENS, W. DECOCK, F. DELLA SCHIAVA, W. DRUWÉ et W. FRANÇOIS (eds.), *True Warriors? Negotiating Dissent in the Intellectual Debate (c. 1100-1700)*, (Turnhout : Brepols, sous presse).

dangereuses. Pourtant, un principe communément accepté de la doctrine des contrats depuis la fin du Moyen Âge était que les conventions nues étaient contraignantes en vertu du simple consentement mutuel. En outre, à partir de la fin du seizième siècle, les théologiens ont commencé à développer la notion de contrat systématiquement à travers le concept de « promesse », qui a d'abord signifié uniquement les promesses gratuites ou, alternativement, l'offre faite par le promettant, mais qui a fini par désigner l'ensemble du contrat. Les promesses ou les contrats contraignants ont été analysés comme étant une association d'une offre (ou d'une promesse au sens strict du terme) et d'une acceptation. Les paragraphes suivants offrent une brève introduction sur l'évolution de ces deux principes généraux de la doctrine chrétienne des contrats à l'aube des temps modernes.

Le principe selon lequel les contrats ont force contraignante en vertu du seul consentement date de l'époque classique du droit canonique (env. 1100-1300)<sup>(22)</sup>. Le droit canonique de cette période touchait les vies de presque toute la population et se penchait sur quasiment tous les sujets possibles, dont les contrats, qu'un juriste moderne pourrait être amené à traiter aujourd'hui comme relevant de sa compétence exclusive<sup>(23)</sup>. Le principe selon lequel les contrats ou promesses, bien que nus, sont contraignants, a été formulé tel quel par Huguccio, l'un des principaux canonistes de l'Université de Bologne de la fin du douzième siècle<sup>(24)</sup>. Il est également connu sous le nom de principe du consensualisme. Contrairement au droit romain (voy. Dig. 2,14,7,4), les canonistes sont d'avis que tous les contrats, y compris les innomés, sont rendus exécutoires par le simple consentement mutuel. Le motif qui se cachait derrière cette règle était d'ordre religieux. Par exemple, Huguccio soutenait que Dieu ne faisait aucune distinction entre ce qu'un chrétien dit et ce qu'il jure (Mt 5:37 : « que votre parole soit : Oui, oui ou non, non »). Ainsi, une partie contractante qui ne respecte pas le contrat commet un péché. En raison de leur intérêt pour le salut des âmes, les canonistes et théologiens ont unanimement adopté le principe selon lequel toutes les conventions, aussi nues soient-elles, donnent lieu à une *actio*, et pas seulement une *exceptio*, dans les tribunaux ecclésiastiques. Contrairement à la tradition civiliste, c'est-à-dire du droit romain, ou à la pratique des tribunaux civils, le droit canonique ignorait largement les exigences de formalité (par exemple, la *stipulatio*). Le plus important pour eux était la substance, pas la forme, étant donné que les yeux de Dieu voyaient tout et n'avaient pas besoin de preuves formelles.

<sup>(22)</sup> P. LANDAU, « *Pacta sunt servanda*. Zu den kanonistischen Grundlagen des Privatautonomie », dans M. ASCHERI et al. (dir.), *Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert. Festschrift für Knut Wolfgang Nörr* (Köln-Weimar-Wien : Böhlau, 2003), 457-474.

<sup>(23)</sup> James BRUNDAGE, *Medieval Canon Law* (London and New York : Longman, 1995) ; Richard H. Helmholz, *The Spirit of Classical Canon Law* (Athens : University of Georgia Press, 1996).

<sup>(24)</sup> DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 123.



À partir du début du seizième siècle, le principe du consensualisme développé par les canonistes a été graduellement adopté par les tribunaux civils également, étant donné que les rois cherchaient à limiter le pouvoir de l'Église romaine et à concentrer le pouvoir juridictionnel dans leurs propres mains. Ils ont emprunté les antécédents judiciaires et les doctrines relatives au droit des obligations de la tradition de droit canonique<sup>(25)</sup>. L'application de cette évolution a été explicitée par Matthieu Wesenbeck (1531-1586), un juriste de premier plan originaire des Pays-Bas méridionaux qui a intégré l'Université de Wittenberg en raison de ses convictions luthériennes: «le droit canonique doit être appliqué à chaque fois qu'il faut se prémunir du péché et quand il s'agit d'une question de conscience, même devant le tribunal civil»<sup>(26)</sup>. Ce passage démontre non seulement la persistance de doctrines contractuelles liées au droit canonique en terre protestante, mais également des considérations profondément religieuses à propos du droit des contrats, même dans le travail d'un juriste «pur» de conviction luthérienne<sup>(27)</sup>. Même dans la tradition protestante, les pensées juridique et théologique sont restées intrinsèquement liées, ne serait-ce que parce que les autorités civiles étaient supposées établir des lois selon les principes chrétiens<sup>(28)</sup>. Par exemple, la Confession d'Augsbourg de 1530, l'un des premiers textes à mettre en évidence les points principaux de la foi luthérienne et ses conséquences pour la gouvernance civile et ecclésiastique, considérait que les autorités civiles faisaient partie de l'ordre divin. Les lois adoptées par les autorités civiles demandaient une obéissance absolue de la part des citoyens, sauf si celles-ci les obligeaient à commettre un péché. Pour emprunter les mots d'Harold Berman, le fait que Luther et ses disciples reléguaient le droit dans un royaume séculaire sous l'autorité civile ne veut pas dire que le droit et la religion sont devenus mutuellement impertinents, bien au contraire<sup>(29)</sup>.

Entre-temps, les théologiens catholiques ont affiné encore plus le cadre conceptuel pour analyser les contrats, développer une doctrine générale des contrats articulée autour de la notion de «promesse»<sup>(30)</sup>. Précédemment, la notion de «promesse» était généralement utilisée pour faire référence à la promesse gratuite d'un don, motivée par la gratitude ou la libéralité. Le fait que ces promesses soient contraignantes ou non faisait l'objet d'une controverse qui va

(25) Laurent WAELKENS, *Amne adverso. Roman Legal Heritage in European Culture* (Louvain: Leuven University Press, 2015), 111-113.

(26) DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 157.

(27) P. ASTORRI, *Lutheran Theology and Contract Law in Early Modern Germany (ca. 1520-1720)*, (Paderborn: Schöningh, 2019).

(28) John WITTE Jr., *Law and Protestantism. The Legal Teachings of the Lutheran Reformation* (Cambridge: CUP, 2002).

(29) Harold BERMAN, *Law and Revolution II: The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition* (Cambridge Mass.: Harvard University Press, 2003), 72.

(30) DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 176-214.

au-delà de la portée de cet article<sup>(31)</sup>. La notion de « promesse » peut également faire référence à l'« offre » formulée dans un contrat par le promettant. Dans l'œuvre de théologiens et jésuites comme Lessius et Oñate, la « promesse » est devenue un concept générique utilisé pour articuler la structure de base qui se cache derrière tous les types de contrats contraignants, à savoir l'association de l'offre et de l'acceptation. « Tout accord contraignant est composé d'une promesse et d'une acceptation », explique Oñate<sup>(32)</sup>, « tout comme une chose physique est composée d'une matière et d'une forme, ou qu'un être humain est une association d'une âme et d'un corps ». En constatant que cette « promesse » est à présent devenue simplement un synonyme de « contrat », il a poursuivi son raisonnement en spécifiant que « si la promesse est entendue de la seconde manière [c'est-à-dire, comme une combinaison d'une offre et d'une acceptation], elle ne diffère en rien d'un contrat, tout comme un homme n'est pas différent d'une combinaison d'une âme et d'un corps ». Le principe selon lequel toutes les conventions contraignantes sont le résultat d'une combinaison d'une offre et d'une acceptation est devenu presque universellement accepté par les théologiens catholiques, pour ensuite être repris par les jusnaturalistes des dix-septième et dix-huitième siècles. Le statut contraignant de certains types de promesses unilatérales, par exemple des offres pour les projets de construction publique, connues dans le droit romain comme des *pollicitationes civitati*, a mené certains théologiens à nuancer leur opinion, mais ils ont convenu dans l'ensemble qu'une offre ne pouvait pas lier le prometteur tant que celle-ci n'a pas été acceptée<sup>(33)</sup>.

Dans la tradition protestante, le changement conceptuel du contrat comme un « accord » au contrat comme une « promesse » a été adopté par des juristes influents du droit naturel comme Hugo Grotius (1583-1645) et par des théologiens luthériens comme Johann Adam Osiander (1622-1697). Dans son ouvrage *De iure belli ac pacis* (1625), Grotius a développé un droit général des contrats dans le contexte d'un chapitre sur les promesses, tout comme Lessius l'avait fait avant lui quelques années plus tôt<sup>(34)</sup>. Occasionnellement, Grotius faisait référence à des canonistes et à des théologiens comme Martín de Azpilcueta (1492-1586), Diego de Covarrubias y Leyva (1512-1577) et Tomás Sánchez (1550-1610). De la même manière, les théologiens protestants comme Osiander ont beaucoup emprunté aux canonistes et aux théologiens catho-

<sup>(31)</sup> Sur le statut des contrats lucratifs, voy. DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 174-176. Une première tentative pour défendre l'idée que les donations étaient de véritables contrats a été effectuée par Conrad Summenhart, suivi par Fortunius García, Lessius et Oñate. Ils soutenaient que, pour autant que l'offre soit acceptée, les contrats lucratifs étaient de véritables contrats. Leur principal détracteur était Domingo de Soto, qui soutenait l'idée selon laquelle les dons étaient le fruit de la vertu de libéralité et qu'ils étaient dès lors exclus des règles de la justice commutative.

<sup>(32)</sup> Cité dans DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 178.

<sup>(33)</sup> DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 187-192.

<sup>(34)</sup> E.g. S. KOCH, « Grotius's Impact on the Scandinavian Theory of Contract Law », *Grotiana*, 41 (2020), 59-87.

liques<sup>(35)</sup>. Dans un chapitre de son ouvrage *Theologia casualis* (1680), Osiander a étoffé la notion de promesse en mettant l'accent sur le besoin pour les promesses d'être acceptées afin de devenir contraignantes. Il s'est beaucoup inspiré de théologiens comme Sylvester Mazzolini da Prierio (1456-1523), théologien et frère dominicain qui a publié un manuel pour confesseurs très influent, la *Summa sylvestrina*.

Si l'obligation morale voire religieuse de tenir ses promesses est à la base de la transformation du droit romain des contrats chez les canonistes, le caractère proprement «juridique» de l'obligation «morale» de tenir ses promesses doit être souligné. La distinction moderne entre le droit et la moralité ne permet pas d'interpréter les sources prémodernes, étant donné que, comme précédemment expliqué, les canonistes et les théologiens se représentaient la «moralité» dans des termes remarquablement juridiques<sup>(36)</sup>. Même la conscience était considérée comme faisant partie d'un espace juridique, d'un «tribunal» ou d'un «for» (*forum internum, forum conscientiae*), où le comportement d'un homme était jugé selon des critères objectifs par des confesseurs spécialisés non seulement dans les études bibliques, mais également juridiques<sup>(37)</sup>. L'éthique de la vertu de Thomas d'Aquin (1225-1274) constitue un guide bien plus efficace pour comprendre les discussions relatives au caractère contraignant des contrats dans les sources du seizième et du dix-septième siècle. Thomas distinguait deux types de dettes, à savoir la dette morale et la dette légale. La dette légale est l'objet de la vertu de justice commutative, alors que la dette morale est liée à des vertus similaires, mais non identiques à la vertu de justice, comme la piété, la fidélité et l'honnêteté.

Le principe selon lequel les promesses créent non seulement une dette morale, mais également une dette légale a été adopté par la plupart des canonistes et théologiens. Ils rejetaient l'idée que les contrats étaient contraignants *uniquement* par la vertu de l'honnêteté, de la fidélité ou du devoir moral de dire la vérité. Lessius explique que le promettant s'engage délibérément envers le bénéficiaire de la promesse à donner ou à faire quelque chose, ce qui confère dès lors un droit au bénéficiaire de la promesse de faire exécuter la promesse<sup>(38)</sup>. Tous les contrats sont dès lors contraignants du point de vue de la justice commutative. Grotius a suivi Lessius et a adopté cette conception «juridique» de la promesse, se représentant les promesses parfaites en termes de transfert de droits et d'aliénation d'une partie de la liberté promissoire. Lessius, Grotius, et leurs collègues auraient également convenu que les promesses étaient moralement contraignantes, car il était moralement indispensable de dire la vérité et d'être honnête, mais il ne s'agissait pas du point principal de leur raisonnement,

<sup>(35)</sup> ASTORRI, *Lutheran Theology and Contract Law in Early Modern Germany*, 220-222.

<sup>(36)</sup> DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 69-86.

<sup>(37)</sup> Wim Decock, «Confessors as Law Enforcers in Mercado's Advice on Economic Governance (1571)», *Rechtsgeschichte – Legal History* 25 (2017): 103-114.

<sup>(38)</sup> DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 210-211.

qui a commencé plutôt à partir d'une analyse juridique de la relation entre le promettant et le bénéficiaire de la promesse. «Promettre n'est pas uniquement une question de vérité, mais également de justice commutative», souligne Domingo de Soto<sup>(39)</sup>. Par ces déclarations, il souhaitait se distinguer de l'opinion contraire de Thomas Cajétan (1469-1534), un théologien dominicain qui soutenait l'idée qu'une partie contractante était liée au respect de ses promesses uniquement du point de vue de l'honnêteté, de la vérité et de la foi<sup>(40)</sup>. Notamment afin d'améliorer la sécurité des contrats entre contractants de convictions religieuses opposées, les jésuites confrontés aux ravages des guerres de religion au début du dix-septième siècle ont davantage affirmé le fondement juridique de l'obligation contractuelle<sup>(41)</sup>.

### VOLONTARISME, IMPRÉVISION ET SÉCURITÉ JURIDIQUE

L'évolution vers une doctrine contractuelle ouverte et consensualiste, articulée autour de la notion de «promesse», a atteint son apogée dans les traités sur la justice, le droit et les contrats écrits par les jésuites au cours de la première moitié du dix-septième siècle. Ils ont pleinement adopté l'évolution de la doctrine des contrats dans le droit canonique médiéval, étant donné que le principe selon lequel tous les accords sont contraignants en vertu du seul consentement garantissait l'une des valeurs pour lesquelles ils avaient le plus d'estime : la liberté (*libertas*). Selon Oñate, qui considérait le libre arbitre comme étant le fondement de l'ensemble de la doctrine des contrats, le principe consensualiste et la théorie promissoire permettaient aux parties contractantes d'exercer pleinement leur liberté d'action. Comme il l'explique dans son traité sur les contrats, suite à l'influence du droit canonique «la liberté a été très sagement restituée aux parties contractantes», «donc à n'importe quel moment où elles veulent se lier par le biais d'un contrat à propos de leurs biens, ce contrat sera actionnable devant les tribunaux civil et ecclésiastique et il sera considéré comme sacro-saint et inviolable»<sup>(42)</sup>.

La présentation d'Oñate sur l'actionnabilité des promesses acceptées est truffée de références à la «volonté» et aux verbes exprimant cette volonté. Dans le sillage d'autres jésuites, Oñate a également mis en exergue la connexion entre le droit des biens et le droit des contrats, considérant les contrats comme étant l'instrument de transfert des droits de propriété. Aux yeux d'Oñate, la propriété privée et la liberté contractuelle sont deux faces de la même pièce : «Un homme ne serait pas le véritable propriétaire parfait de ses biens s'il ne pouvait

<sup>(39)</sup> Cité dans DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 200.

<sup>(40)</sup> James GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (Oxford: Clarendon, 1991), 73.

<sup>(41)</sup> Voy. par exemple, W. DECOCK (dir.), *Martinus Becanus, On the Duty to Keep Faith with Heretics*, 33-35.

<sup>(42)</sup> Cité dans DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 163.



pas disposer de ceux-ci par le biais d'un contrat quand il le veut, avec qui il veut et de la manière qu'il veut»<sup>(43)</sup>. Des droits de propriété solides nécessitaient la liberté de contracter. Oñate n'était pas le seul à expliciter ce lien. Molina, un jésuite devenu célèbre grâce à son traité *De justitia et jure*, dont le deuxième volume se consacre entièrement au droit des contrats, expliquait que son objectif était de démontrer comment les droits de propriété sont transférés en vertu de la volonté des parties contractantes<sup>(44)</sup>. Gregorio de Valentia (1549-1603), un jésuite qui donnait des cours à Ingolstadt, a conçu la notion d'un «droit d'aimer ses propres biens»<sup>(45)</sup>. Juan de Mariana (1536-1624), un jésuite devenu célèbre grâce à sa critique cinglante des rois absolutistes, était extrêmement suspicieux à l'égard des lois et des politiques susceptibles de violer les droits de propriété des citoyens, considérant la dépréciation monétaire sans consentement des citoyens comme une forme déguisée de vol par le gouvernement<sup>(46)</sup>.

La valeur centrale de la volonté dans la conceptualisation de l'obligation contractuelle a facilité l'émergence d'une doctrine des contrats orientée autour de l'autonomie de l'individu, mais a également soulevé de nombreuses questions. Par exemple, quel est le statut légal des promesses ou contrats fictifs dans lesquels l'intention sous-jacente des parties est contestable? Si la volonté des parties est le critère ultime pour interpréter les contrats, les juges ou les confesseurs sont susceptibles d'avoir des difficultés à faire respecter un contrat auquel l'une des parties ne souhaite pas être liée entièrement. Par exemple, que se passe-t-il si un homme promet le mariage à une fille juste pour avoir des relations sexuelles avec elle, mais qu'il n'a pas l'intention de tenir sa promesse? Pour cette question, des théologiens comme Lessius ont développé une sorte de «théorie de la confiance» avant la lettre. Si la volonté restait le critère principal pour déterminer l'étendue de l'obligation contractuelle, la confiance du bénéficiaire de la promesse devait être protégée. La tromperie ne devrait pas être tolérée. «La foi dans les affaires contractuelles s'effondrerait», avertit Lessius<sup>(47)</sup>, «si les promettants pouvaient se libérer eux-mêmes de leurs obligations en disant simplement qu'ils ont fait une promesse fictive».

Une autre question engendrée par la mise en lumière de la volonté concerne l'imprévision. Sous l'influence du droit canonique médiéval, les théologiens à l'aube des temps modernes considéraient comme acquis le fait que l'obligation contractuelle serait mise à mal par un changement notable des circonstances extérieures au contrat, par exemple en raison de l'éclatement d'une

(43) Cité dans DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 170.

(44) Cité dans DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 164.

(45) DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 595.

(46) W. DECOCK, «Quantitative Easing Four Centuries Ago: Juan de Mariana's *De monetae mutatione* (1609)», Dans *Texts and Contexts in Legal History: Essays in Honor of Charles Donahue*, J. WITTE Jr, S. MCDUGALL et A. DI ROBILANT (ed.) (Berkeley: Robbins Collection, 2016), 365.

(47) Cité dans DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 195.



guerre, d'une catastrophe naturelle ou l'avènement d'une maladie grave<sup>(48)</sup>. Une « clause implicite » ou une « condition tacite » (*conditio tacita*) était censée être inhérente à chaque contrat, stipulant que le contrat ne serait plus contraignant si le contexte dans lequel il avait été conclu était changé de manière considérable. L'une des formulations les plus radicales de ce principe a été donnée par le jésuite portugais Manuel de Sá (1528-1596). Il soutenait l'idée que « dans une obligation générale, même si elle est renforcée par un serment, ces choses qui ne faisaient pas partie de votre intention ne sont pas incluses », précisant que « ces choses semblent être toutes les choses auxquelles vous ne vous seriez pas lié si vous aviez effectué une réflexion à propos de celles-ci »<sup>(49)</sup>. Lessius expliquait que la volonté ne couvre pas ce qui est inconnu, concluant que l'ignorance à propos d'un futur changement de circonstances pouvait bel et bien être considérée comme une sorte d'erreur qui avait vicié le contrat dès le départ<sup>(50)</sup>. Oñate considérait que la doctrine de l'imprévision était un principe universellement applicable et une expression suprême de l'équité (*epikeia*)<sup>(51)</sup> : « L'*Epikeia* doit être appliquée, s'il y a des changements de circonstances, aux lois et aux constitutions des princes. Il serait donc également équitable d'appliquer l'*epikeia* aux promesses faites par les personnes privées. Car les promesses sont comme des lois que les personnes privées s'imposent à elles-mêmes ».

Le fait que la doctrine de l'imprévision ait menacé la sécurité juridique n'est pourtant pas passé inaperçu auprès de beaucoup de théologiens. La question était abordée explicitement dans le traité *Sur la justice et le droit* de Juan de Lugo (1583-1660). Lugo plaidait pour une limitation maximale de l'utilisation de la « condition tacite », exprimant des inquiétudes quant à la possibilité que chaque échange contractuel puisse devenir instable si le principe de l'imprévision était appliqué sans réserve. Dans le cadre de sa réfutation de cette doctrine, il renvoyait aux intérêts commerciaux et à la « sécurité contractuelle » (*securitas contractuum*)<sup>(52)</sup>. Le consentement à des contrats onéreux doit être inconditionnel. Une clause implicite ne doit pas être tolérée. D'après Lugo, les contrats à titre onéreux doivent avoir le même caractère stable et indissoluble que les contrats de mariage. À l'instar des futurs époux, les parties contractantes sont vivement invitées à réfléchir à deux fois avant de s'engager. Il est intéressant de signaler que Lugo est également l'auteur de l'une des descriptions les plus nuancées de l'approche chrétienne envers la problématique du recouvrement des dettes. Il existait un consensus général à propos du fait que le principe *pacta sunt servanda* s'opposait à une attitude laxiste envers les mauvais débiteurs<sup>(53)</sup>.

(48) GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 90-91.

(49) Cité dans DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 202.

(50) DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 203.

(51) Cité dans DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 207.

(52) DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 320-321.

(53) Pour approfondir ce sujet, voy. Wim DECOCK, « Droit, religion et remise de dette. Perspectives en droit naturel catholique (xvi-xviii siècles) » *Revue Historique de Droit Français et Etranger* 94 (2017) : 393-412.

L'annulation de la dette ou l'allègement de la dette n'étaient pas considérés comme des solutions adéquates face au problème de créances irrécouvrables. Dans un souci d'équilibre entre les droits des créanciers et les obligations des débiteurs, les canonistes et les théologiens estimaient généralement que le sursis de paiement (*dilatatio debiti*) était la solution la plus équitable. Lugo reconnaissait que les tribunaux avaient de bonnes raisons de faire appliquer les promesses contractuelles de la manière la plus stricte possible, ne fût-ce que pour éviter le risque moral. En même temps, il faisait appel aux principes supérieurs comme la charité et « une forme d'équité de la loi naturelle » pour encourager les juges chrétiens et les créanciers chrétiens à mettre tout en œuvre pour éviter que les débiteurs pauvres et démunis ne tombent dans ce qu'il appelle l'« abîme du désespoir »<sup>(54)</sup>.

### ÉQUILIBRE CONTRACTUEL ET CHARITÉ

Nous avons été habitués à concevoir la liberté et l'équilibre contractuels comme deux principes diamétralement opposés. La nouvelle interprétation du volontarisme au dix-neuvième siècle, concomitante à l'essor de l'esprit positiviste, a joué un rôle important dans la conception de cette division. Les théoriciens du contrat du dix-neuvième siècle faisaient référence à la volonté comme élément central du contrat, précisément pour rejeter les notions morales de justice ou de moralité<sup>(55)</sup>. Selon la célèbre opinion du juge Joseph Story, « le fait que des affaires soient sages et discrètes, ou profitables ou non profitables sont des réflexions qui ne doivent pas être menées par les tribunaux, mais bien par les parties contractantes elles-mêmes »<sup>(56)</sup>. Ils voulaient que les parties respectent leurs contrats, quel que soit le degré d'injustice ou de déséquilibre des marchés conclus<sup>(57)</sup>. Un théoricien de la volonté tel que Sir Frederick Pollock (1845-1937) associait la notion de justice commutative à un retour au droit naturel, qui avait certainement prédominé autrefois, mais qu'il ne recommandait pas pour la société industrielle moderne<sup>(58)</sup>. Son avertissement selon lequel les considérations éthiques devraient rester « en dehors du champ du droit » rappelle le plaidoyer de John Austin pour la séparation du droit et de la morale.

Dans la doctrine contractuelle des canonistes et théologiens, héritiers eux-mêmes d'Aristote et de sa morale des vertus, l'opposition entre volontarisme et justice contractuelle est toutefois fautive<sup>(59)</sup>. Ceci tient à une conception dif-

<sup>(54)</sup> DECOCK, « Law, Religion and Debt Relief », 134-136.

<sup>(55)</sup> Patrick ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Oxford: OUP, 1979).

<sup>(56)</sup> Cité dans DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 507.

<sup>(57)</sup> Michael LOBBAN, « Contract ». Dans *The Oxford History of the Laws of England. Vol. 12: 1820-1914: Private Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010), 297.

<sup>(58)</sup> GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 216.

<sup>(59)</sup> François CHÉNÉDÉ, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, du mythe à la réalité », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 4 (2012), 155-181.

férente de la place de l'homme dans l'univers et les rapports entre individu et communauté. À leurs yeux, les contrats étaient équivalents à une sorte de «lois privées» que les parties créaient et s'imposaient à eux-mêmes. En créant ces lois privées, ils exerçaient leur «auto-nomie» dans le sens étymologique du mot<sup>(60)</sup>. La métaphore des contrats comme étant des lois imposées de manière privée par les parties contractantes à elles-mêmes est associée à une longue histoire qui remonte au droit romain<sup>(61)</sup>. Elle a pris énormément d'importance chez les théologiens au cours du dix-septième siècle. «Une promesse est une loi privée que le promettant s'impose à lui-même et par laquelle il se lie à une obligation», explique Lugo<sup>(62)</sup>. Au même moment, Lugo et ses collègues reconnaissaient unanimement que l'univers des lois par lesquelles les individus étaient liées était plus vaste que les lois qu'ils avaient eux-mêmes émises. Cet univers de lois contenait également des normes supérieures, émanant de la Bible, de la nature ou promulguées par les autorités civiles et ecclésiastiques. Il existait une hiérarchie claire entre ces lois qui, selon les théologiens, découlait incontestablement de la nature sociale de l'homme et de sa relation avec Dieu. Cette dernière supposition, qui est autant redevable de la philosophie aristotélicienne que de l'anthropologie biblique, est essentielle pour comprendre la coexistence aisée de l'emphase sur la volonté et l'équilibre contractuels. Elle demeure vraie pour les jusnaturalistes tels qu'Hugo Grotius et Jean Domat<sup>(63)</sup>. Cet héritage philosophico-théologique a cependant été abandonné par les théoriciens de la volonté du dix-neuvième siècle. Niklas Luhmann (1927-1998), le célèbre sociologue allemand, a déduit de cette observation que le droit des contrats moderne est devenu incompatible avec le droit des contrats de l'ère prémoderne<sup>(64)</sup>.

La coexistence incontestée entre les principes de liberté et de justice contractuelles se manifeste clairement dans le travail d'Oñate. Tout en saluant le fait que le droit canonique et la théologie avaient restitué la liberté aux parties contractantes en élevant leurs volontés en principe directeur du droit des contrats, il a également rappelé le contexte moral dans lequel s'inscrivent les conventions libres: «La loi naturelle décrétait que l'équité naturelle doit être respectée dans les contrats. Elle prescrivait non seulement de ne pas faire à autrui ce que l'on ne voudrait pas qu'on nous fasse, mais aussi de respecter l'équilibre entre les objets échangés, comme requis par la justice commutative»<sup>(65)</sup>. Chaque mot de ce passage mériterait un commentaire détaillé, mais il suffit ici de dire quelques mots à propos de la notion d'«équilibre» dans

<sup>(60)</sup> Le mot «autonomie» associe les mots grecs utilisés pour «soi» (*autos*) et «loi» (*nomos*).

<sup>(61)</sup> Paul J. DU PLESSIS, «The Roman Concept of "Lex contractus"», *Roman Legal Tradition* 3 (2006): 69-94.

<sup>(62)</sup> Cité dans DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 178.

<sup>(63)</sup> GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 123.

<sup>(64)</sup> DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 507.

<sup>(65)</sup> Cité dans DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 512.

les contrats<sup>(66)</sup>. La doctrine contractuelle des canonistes et théologiens ne met pas seulement en exergue la Règle d'Or (Mt 7:12), mais aussi la notion selon laquelle il devrait y avoir un rapport équitable entre ce qui est donné et ce qui est reçu dans une transaction. Comme Joel Kaye, un historien médiéval, l'a bien observé, les auteurs, dans la tradition scolastique, «identifiaient universellement le processus d'échange économique comme un processus d'égalisation qui, il convient de le rappeler, est un processus dont l'objectif est d'atteindre un juste équilibre entre ceux qui échangent»<sup>(67)</sup>. Les contrats ont été conçus comme des instruments pour mettre en avant les intérêts ou l'«utilité» de toutes les parties impliquées, ce qui veut dire que les affaires doivent être rééquilibrées si elles présentent une disparité importante<sup>(68)</sup>.

L'idée de rééquilibrage des contrats injustes a été articulée par le biais de la doctrine aristotélicienne de la justice dans les échanges et de notions concomitantes telles que le juste prix et la restitution<sup>(69)</sup>. Dans le cadre de cet article, il n'est pas possible d'aller dans les détails de la théorie du juste prix. Néanmoins, il convient de se rendre compte que la notion de «juste prix» ne doit pas être confondue avec un type de valeur métaphysique inhérente à tous les objets. Elle ne se réfère pas non plus à la «valeur travail», qui soutient que le juste prix doit refléter le travail qu'un vendeur individuel doit réaliser pour commercialiser ses biens. Le juste prix, également connu sous le nom de «prix égal ou équitable» (*pretium aequale*), était un prix qui garantissait une transaction équilibrée. L'un des meilleurs exemples de la nature dynamique du juste prix se trouve dans un texte de Diego de Covarrubias y Leyva, l'un des canonistes les plus célèbres du seizième siècle espagnol<sup>(70)</sup>. Il expliquait qu'atteindre un juste prix ne dépend pas de l'évaluation de la nature ontologique de la marchandise ou des dépenses encourues par le marchand. Le juste prix ne peut pas non plus être défini par un prix spécifique, mais couvre plutôt une large gamme de prix qui reflètent l'utilité des marchandises selon l'estimation commune sur le marché, «même si celle-ci est insensée», ajoute Covarrubias<sup>(71)</sup>. Si un marchand flamand a plus de frais que l'homme d'affaires moyen sur sa route pour se rendre sur les marchés espagnols, il pourrait seulement imputer l'estimation commune de ses marchandises sur le marché local. D'une autre manière, si un marchand remarque que son bien se vend beaucoup plus cher ailleurs, ou que ses dépenses sont moins élevées que celles de ses concurrents, il était autorisé à spéculer sur cette infor-

<sup>(66)</sup> Pour un traitement plus approfondi de cette question, avec des références à davantage de littérature, voy. DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 507-604.

<sup>(67)</sup> JOEL KAYE, *A History of Balance, 1250-1375: The Emergence of a New Model of Equilibrium and its Impact on Thought* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 20.

<sup>(68)</sup> DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 509-510.

<sup>(69)</sup> JAMES GORDLEY, «Equality in Exchange», *California Law Review* 69 (1981): 1587-1656.

<sup>(70)</sup> RICHARD H. HELNBERG, «Diego de Covarrubias y Leyva». Dans *Great Christian Jurists in Spanish History*, ed. RAFAEL DOMINGO et JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN (ed.) (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 174-190.

<sup>(71)</sup> Cité dans DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 521.



mation et à faire des bénéfiques<sup>(72)</sup>. Covarrubias et d'autres scolastiques considéraient le marché comme un espace compétitif au sein duquel les marchands devraient pouvoir être autorisés à jouer le jeu du marché<sup>(73)</sup>.

Une deuxième observation relative à la doctrine du juste prix est que, contrairement à une idée reçue, elle a servi des intérêts hautement pratiques. Elle a fourni aux confesseurs un critère concret pour évaluer l'équilibre des transactions sur le marché. Une fois que le juste prix des marchandises, ou plutôt, une fois que la fourchette des affaires équilibrées a été déterminée – une certaine « latitude » est autorisée pour le juste prix<sup>(74)</sup> – le confesseur pouvait décider si le pénitent avait commis une violation du principe de justice contractuelle. Dans ces circonstances, le pénitent serait obligé de réparer le préjudice en faisant « restitution » de la survalue, ce qui signifie que le contrat devait être rééquilibré. L'une des tâches principales des confesseurs était en effet d'encourager les pénitents à restituer les gains illicites, ou plus généralement, à annuler toute violation du principe d'équilibre contractuel. Suivant un passage extrêmement influent tiré d'une lettre de saint Augustin, l'acte de restitution était considéré comme une condition préalable à la rémission du péché. Ce texte a trouvé son chemin dans la tradition canonique et est devenu le fondement théorique de l'engagement de tous les théologiens envers la moralité du marché<sup>(75)</sup>. Ne pas effectuer de restitution des gains obtenus illégalement était considéré comme un vol, et représentait dès lors une violation du Décalogue. Par le biais de la restitution, les violations des droits de propriété étaient annulées et l'équilibre dans les échanges était retrouvé. Comme le précisait le premier Catéchisme romain (1566), les confesseurs ne pouvaient pas absoudre le pénitent si la restitution n'avait pas été exécutée pour le mal causé par cette personne (par exemple, en exploitant une position dominante, en appliquant des intérêts excessifs ou en vendant des produits financiers toxiques)<sup>(76)</sup>. Naturellement, une grande partie des traités et aussi des cours dispensés par les canonistes et les théologiens était consacré à la restitution (*De restitutione*), puisque celle-ci était l'acte extérieur à travers lequel le respect de la justice commutative – et donc le salut de l'âme – pouvait être garanti.

Comme Paolo Astorri l'a démontré, à l'heure de la remise en cause du droit canonique et de l'Église de Rome par les réformateurs protestants, les théologiens luthériens ont néanmoins préservé l'idée que les contrats doivent respecter les exigences de l'équité dans l'échange et faire restitution pour équi-

(72) Voy. le célèbre cas du « marchand de Rhodes », discuté dans DECOCK, « Lessius and the Breakdown of the Scholastic Paradigm ».

(73) DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 592-594.

(74) W. DECOCK (trad., introd.) et N. De Winter (trad.), *Lessius On Sale, Securities and Insurance*, Sources in Early Modern Economics, Ethics, and Law, 10 (Grand Rapids, MI: CLP Academic, 2016), 17.

(75) DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 516-517.

(76) DECOCK, « Confessors as Law Enforcers in Mercado's Advice on Economic Governance (1571) », 108.



librer les conventions injustes. La doctrine de restitution a toutefois perdu une partie de son sens pratique pour ceux-ci<sup>(77)</sup>. Ils ont insisté pour que tous les contrats soient imprégnés par l'esprit de la charité (*charitas*), encore plus que pour le fait de se concentrer sur l'équité dans l'échange. Le précepte d'égalité dans l'échange était considéré comme une espèce de devoir chrétien plus abstrait, pour être plus charitable envers son voisin. À cet égard, Astorri a observé un certain penchant altruiste dans la doctrine contractuelle des juristes et théologiens protestants avec une attitude qui évolue de l'inquiétude des marchands de devoir gagner leur propre salut, qui consiste à ne pas pratiquer la négociation inéquitable, vers la promotion active de l'intérêt de l'autre partie contractante<sup>(78)</sup>. De toute évidence, dans le travail des théologiens luthériens, doctrine contractuelle chrétienne est devenue moins minimaliste que dans les ouvrages des théologiens catholiques.

## LIBERTÉ CONTRACTUELLE ET MORALITÉ DU MARCHÉ

Le développement d'une importante doctrine contractuelle chrétienne n'était pas le fruit d'un simple intérêt académique que les théologiens et les canonistes avaient pour le sujet. Plutôt que de se définir comme des théoriciens, ils étaient engagés dans les affaires pratiques liées à la résolution de cas de conscience, surtout concernant le marché. Les juristes contemporains faisaient souvent référence aux théologiens catholiques comme étant les meilleurs experts des aspects techniques des contrats financiers, étant donné qu'ils étaient connus pour engager les conversations avec les hommes de la pratique au quotidien. Les preuves empiriques ou l'« expérience » étaient des arguments normatifs souvent utilisés par Molina, Lessius et Lugo, notamment pour discuter de la nature de l'intérêt comme étant le prix de l'argent – conception radicale susceptible de saper toute l'ancienne doctrine de l'usure<sup>(79)</sup>. En raison de leurs compétences analytiques et leur compréhension du fonctionnement des marchés, Joseph Schumpeter (1883-1950) leur a conféré le titre d'« ancêtres de la science économique moderne »<sup>(80)</sup>. L'attention académique traditionnellement

<sup>(77)</sup> Ces éléments sont liés à la doctrine luthérienne de justification par la foi. Les luthériens n'acceptaient plus la doctrine catholique selon laquelle le salut peut être obtenu par le travail (y compris la restitution) imposé au pénitent par le confesseur ; voy. Astorri, *Lutheran Theology and Contract Law* (env. 1520-1720), 249-252.

<sup>(78)</sup> Astorri, *Lutheran Theology and Contract Law* (ca. 1520-1720), 309-311.

<sup>(79)</sup> Toon VAN HOUDT, « Money, Time and Labor. Leonardus Lessius and the Ethics of Lending and Interest Taking », *Ethical Perspectives* 2 (1995) : 11-27 ; Wim DECOCK, « Leonardus Lessius y el valor normativo de “usus et consuetudo mercatorum” para la resolución de algunos casos de conciencia en torno de la compra de papeles de comercio ». Dans *Entre hecho y derecho: tener, poseer, usar en perspectiva histórica*, ed. Marta Mallo et Emanuele C..., (Buenos Aires : Manantial, 2010), 75-94.

<sup>(80)</sup> Joseph A. Schumpeter, *History of Economic Analysis* (New York : Oxford University Press, 1954), 111.

donnée à la doctrine scolastique de l'usure a éclip[sé] le fait que les théologiens et les canonistes discutaient de nombreux autres types de contrats que les prêts d'argent dans le sens strict du terme. En réalité, les discussions à propos des obligations, des annuités, des ventes à crédit, des opérations de change étrangères, de la finance d'entreprise et des techniques d'investissement recevaient bien plus d'attention. En fait, comme Joel Kaye l'a observé, «la solidification précoce de la condamnation de l'usure par l'Église a eu pour effet de forcer les moralistes, les juristes et les théologiens scolastiques à devenir experts dans les méthodes du marché»<sup>(81)</sup>.

Afin de mettre en lumière le lien étroit entre la théorisation du droit des contrats, et notamment du principe de liberté contractuelle, et la solution pratique de cas de conscience relatifs au marché, les prochains paragraphes présenteront un bref aperçu de l'évaluation normative, par les théologiens-juristes, d'une technique de financement d'entreprise qui était largement répandue au seizième siècle en Europe et dans les Amériques : ce que l'on appelait le «triple contrat». Le «triple contrat» était une construction intellectuelle utilisée pour cerner juridiquement la pratique suivante : les marchands empruntaient de l'argent pour une entreprise commerciale et promettaient aux investisseurs qu'ils rendraient l'argent investi à la fin du projet, tout en payant des dividendes sur une base annuelle. De toute évidence, il s'agissait d'un mode alternatif de prêter de l'argent moyennant de l'intérêt. Afin de traduire cette pratique en termes juridiques, elle a été analysée comme une association de trois contrats, à savoir un contrat de partenariat (car les deux parties s'accordent sur quelque chose dans le but de créer un projet commun), un contrat d'assurance (car le marchand promet à l'investisseur de rembourser le capital à la fin du projet) et un contrat de vente (car le marchand promet de payer un prix annuel fixe à l'investisseur – le dividende – en échange du droit de recueillir le reste des profits engendrés par le projet commun). Comme le notait John T. Noonan, les discussions sur ce contrat sont beaucoup plus importantes pour comprendre l'approche chrétienne du marché au seizième siècle que les débats habituels sur les titres d'intérêt des prêts ou l'interdiction de l'usure<sup>(82)</sup>.

L'avancée de la liberté contractuelle constituait une étape clé dans la justification de la pratique des «triples contrats». Les traditionalistes, à la fois du côté des catholiques et des protestants<sup>(83)</sup>, s'opposaient à la pratique puisqu'ils considéraient que la conclusion simultanée de ces trois contrats entre l'investisseur et l'entrepreneur était illicite. Cette objection n'a plus convaincu des théologiens comme Johannes Eck (1486-1543), l'ennemi juré de Luther, conseiller

<sup>(81)</sup> Kaye, *A History of Balance*, 22.

<sup>(82)</sup> NOONAN, *The Scholastic Analysis of Usury*, 249.

<sup>(83)</sup> W. DECOCK, «The Catholic Spirit of Capitalism? Contrasting Views on Profit-Making Through Capital Investment in the Age of Reformations». Dans *Law and Religion: The Legal Teachings of the Protestant and Catholic Reformations*, Wim Decock, Jordan Ballor, Michael Germann, Laurent Waelkens (ed.) (Göttingen : Vandenhoeck & Ruprecht, 2014), 22-44.

personnel de la famille de banquiers Fugger, et Lessius, théologien jésuite et grand confesseur des marchands du marché anversois. Ils soutenaient que, du point de vue de la vertu de justice commutative, la question de savoir avec qui le contrat avait été conclu n'était pas pertinente. Chacun pouvait conclure n'importe quel contrat avec le partenaire de son choix, tant qu'il existait un consensus volontaire. Une fois que la liberté devient le point de départ du droit des contrats, il devient futile de continuer d'affirmer que l'investisseur peut conclure un contrat d'assurance seulement avec une tierce partie et pas avec son partenaire commercial. En outre, la liberté contractuelle a mis à mal l'analyse « essentialiste » des contrats de partenariat (*societas*), elle implique obligatoirement l'exposition à un risque pour les deux partenaires. La vision essentialiste et statique des contrats de partenariat était dépassée selon Eck et Lessius. Ils ont fait valoir, au contraire, que la caractéristique essentielle d'un contrat de partenariat est que deux ou plusieurs parties conviennent de conférer quelque chose en vue d'une entreprise commune. Une fois cette condition remplie, la distribution du risque pourrait faire l'objet d'une négociation libre. De plus, chacun était libre de ne pas conclure de contrat de partenariat sans souscrire un contrat d'assurance pour autant. La garantie de capital était également une question d'individus libres qui concluent un contrat d'assurance supplémentaire de par leur consentement mutuel. Tant que le fournisseur de fonds payait au marchand un juste prix pour ce service d'assurance, la liberté contractuelle ne menait pas à une violation du principe de la justice commutative.

## CONCLUSION

Il est naturel de considérer la culture juridique de son époque et de son pays comme la norme, et donc d'estimer qu'elle soit « normale »<sup>(84)</sup>. Comme ce chapitre a toutefois essayé de le démontrer, si cette tendance va trop loin, elle mène à une compréhension appauvrie des racines historiques du droit des contrats occidental. Pour évaluer la moralité du marché, les juristes et les théologiens chrétiens du Moyen Âge et du début de l'époque moderne ont été amenés à utiliser leurs connaissances de l'éthique de la vertu gréco-romaine et de la Bible pour mieux penser et encadrer les transactions commerciales et le droit des contrats. Par conséquent, pendant plus de cinq siècles, une doctrine détaillée des contrats s'est développée dans les commentaires des textes de droit canonique et dans de volumineux ouvrages sur la justice et le droit, sur les contrats, sur la restitution, etc. Imprégné du dogme du positivisme juridique du dix-neuvième siècle, un juriste moderne pourrait ne pas s'attendre à trouver un traitement aussi élaboré du droit général des contrats et des contrats spécifiques dans les écrits des théologiens et des juristes appartenant à l'Église. Il est peut-être même encore plus surprenant de constater que ces théologiens et canonistes,

<sup>(84)</sup> DECOCK, *Theologians and Contract Law*, 86.

alors qu'ils étaient profondément influencés par la philosophie aristotélicienne et les principes évangéliques, aient orienté leurs doctrines contractuelles vers les notions de liberté, d'autonomie et de volonté individuelle. Pour différentes raisons, cet engagement passé avec le droit des contrats pourrait ressembler à « un pays étranger où des personnes faisaient les choses différemment », comme l'a si bien dit le romancier britannique Leslie Poles Hartley. Cependant, en interprétant les expositions scolastiques sur la moralité promissoire ou en observant leur sensibilité aux questions économiques, un public moderne pourrait être amené à partager l'avis de William Faulkner selon lequel « le passé n'est pas mort, il n'est même pas passé ». L'héritage théologique dans le domaine du droit des contrats, tel qu'il s'est forgé à partir du douzième jusqu'au dix-septième siècle, a fait preuve d'une remarquable capacité à s'adapter au renforcement de l'autonomie individuelle et de l'esprit entrepreneurial. De plus, au sein d'un univers chrétien où l'homme était principalement considéré comme un être social et religieux, elle ne considérait pas ces valeurs comme étant incompatibles avec les principes d'équilibre contractuel et de charité évangélique. Reste à savoir si cette harmonie bien pensée correspondait toujours à la réalité.