

LA TRIPLE METAMORPHOSE DU CONTRAT

Par

Prof. Dr. Jean LIMPENS

La notion de contrat est une de celles qui se prêtent le mieux à un examen comparatif. Non seulement parce que le contrat est d'un usage extrêmement fréquent dans tous les pays du monde, mais, parce qu'en raison même de cette fréquence, il présente de nombreuses variantes, dont il est intéressant de connaître l'origine et les mérites respectifs.

Le contrat joue dans la société moderne un rôle essentiel. Il ne domine pas seulement la vie des affaires, mais encore les relations purement civiles, les relations du travail, voire certains aspects de la vie administrative.

Le prestige du contrat, au cours du siècle passé, fut tel que d'aucuns n'hésitèrent pas à en faire la pièce maîtresse de la civilisation moderne. Sans vouloir remonter jusqu'à J.J. Rousseau qui y voyait le fondement même de l'ordre social¹, on se rappellera que Sumner Maine prétendait y trouver l'aboutissement des efforts tendant à la libéralisation de l'individu². Fouillée estimait, non sans exagération, que le droit contractuel tendait à se confondre avec le droit tout entier: "Qui dit contractuel dit juste", écrivait-il³. Et Beudant était d'avis que le droit n'est autre chose que l'autonomie contractuelle⁴.

1) J. J. Rousseau, *Du contrat social*, 1762.

2) S. Maine, *Ancient Law*, 1861.

3) A. Fouillée, *La science sociale contemporaine*, 1910.

4) Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, t. VIII : *Le contrat et les obligations*, 1936.

Certes, un tel engouement n'a pu résister à l'épreuve du temps. Comme l'être humain, comme les civilisations elles-mêmes⁵, les idées, les institutions juridiques s'usent avec le temps. Libéré de la contrainte physique et de la crainte révérentielle qui pesaient sur lui sous l'ancien régime, l'homme nouveau allait bientôt sentir le fardeau de la subordination économique. Un nouveau mouvement de "libéralisation" allait se manifester, qui, par un curieux retour des choses, sous prétexte de réprimer les abus du contrat, devait le soumettre à une réglementation de plus en plus rigoureuse et sévère. Sans parler de la concurrence envahissante que lui fait la notion moderne de "statut".

Quoi qu'il en soit, la notion de contrat est loin d'avoir terminé sa course. S'il est vrai qu'elle subit à l'heure actuelle les assauts conjugués de la *réglementation* et du *statut*, il est de nombreux exemples — droit administratif, expérience soviétique — où l'on voit s'étendre son champ d'application. Le contrat reste donc un élément essentiel de la société moderne, à telle enseigne qu'il est difficile de concevoir un ordre juridique qui en soit privé.

Et pourtant, il n'en a pas toujours été ainsi. L'observation des sociétés primitives, l'évolution du droit romain, nous montrent que la notion de contrat, avec ses implications abstraites de créance et de débiteur n'est par à la portée de l'homme primitif, essentiellement orienté vers les contingences matérielles⁶.

Il est établi aujourd'hui que les premiers contrats ont été de simples relations de fait. L'homme primitif ne pouvait concevoir

5) P. Valéry, *Le cimetière marin* : "Civilisations, nous savons maintenant que vous êtes mortelles".

6) Tarde, *Transformations du droit*, 2e éd., 1894; G. Davy, *La foi jurée*; R. Maunier, *Recherches sur les échanges rituels en Afrique du Nord*, dans : *l'Année sociologique*, nouvelle série, 1924-1925; Mauss, *Essai sur le don*, dans : *l'Année sociologique*, t. I, 1923-1924; D. Warnotte, *Les origines sociologiques de l'obligation contractuelle*, 1927; H. De Cugis, *Les étapes du droit des origines à nos jours*, 3e éd., 1946; J. Carbonnier, *Sociologie et droit du contrat*, dans : *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, 1959, p. 115 et s.; J. Carbonnier, *Sociologie de la vente*, dans : *Travaux et Conférences de l'Université Libre de Bruxelles, Faculté de droit*, 1960, t. VIII, p. 144 et s.; N.M.K. Gomaa, *Théorie des sources de l'obligation*, Thèse Paris 1968.

que ce qui tombait sous le sens. Les choses qui faisaient l'objet de ces relations préjuridiques, devaient nécessairement se trouver dans le cercle sensoriel des parties. Seules la mainmise, la détention physique avaient une quelconque valeur⁷. C'est l'époque du *réalisme*.

Plus tard, après bien des millénaires sans doute, d'autres formes de relations se seront imposées aux sociétés primitives. Dans bien des cas, p. ex., la présence physique des choses qui faisaient l'objet d'une transaction était difficile à réaliser et on se contente de symboles (motte de terre, fétus de paille, branchette). Dans d'autres cas, le besoin se fait sentir d'entourer la transaction d'une certaine solennité destinée tantôt à protéger le débiteur contre sa propre irréflexion, tantôt à éviter les contestations ultérieures, voire à en informer la collectivité. C'est la période du *formalisme*.

C'est dire, encore que la question soit discutable, que la période du réalisme a probablement précédé la période du formalisme de très nombreux siècles⁸.

Quelques exemples sont de nature à mieux faire comprendre cet état de choses. Ces exemples paraissent d'autant plus nécessaires que le contrat porte encore aujourd'hui la trace de ce lointain passé.

A. REALISME

Dès qu'ils eurent cessé de mener la vie solitaire que leur imposaient les dangers de la jungle, les hommes primitifs ont compris d'instinct l'avantage qu'ils pouvaient tirer d'une certaine forme de coopération.

7) Il en a vraisemblablement été de même sur le plan familial, où le rapt des femmes, voire leur échange, a certainement précédé les cérémonies rituelles dont l'ethnologie et l'histoire nous donnent de si nombreux exemples.

8) Ce qui n'exclut pas, bien entendu, que le réalisme ait pu renaître sous une autre forme à des époques ultérieures, p. ex., pour caractériser certains contrats où le formalisme s'attache à la remise de la chose.

Il est probable que les premiers indices de coopération se soient manifestés sous la forme d'échanges de biens et de services.

1. Echanges de biens - Troc.

Origine. — Les premiers échanges de biens trouvèrent vraisemblablement leur origine dans la spécialisation du travail. Au moment où certains membres de la collectivité se spécialisèrent dans une activité professionnelle déterminée (p. ex. la taille de la pierre ou l'extraction minière), ils ont été contraints de s'adresser à d'autres membres de la collectivité pour rassembler les produits de la chasse, de la pêche ou de l'agriculture, nécessaires à leur subsistance.

A cela vinrent s'ajouter, plus tard, les échanges à longue distance de produits spécifiquement régionaux: les silex de couteaux de Spiennes (Belgique) et du Grand Pressigny (Bassin de la Loire)⁹, l'ambre de la Baltique, et, bien entendu, les objets de bronze fabriqués à base de cuivre et d'étain dans le voisinage des rares mines d'étain de la préhistoire¹⁰.

Encore que ces premières manifestations du commerce des hommes soient à l'origine du contrat, elles n'en possèdent pas la caractéristique essentielle: le lien obligationnel. En effet, dans le troc, le transfert de la propriété s'effectue, trait pour trait, en un instant de raison, et personne ne doit rien à personne.

"Ces ventes — écrit Carbonnier — n'occupent aucune épaisseur de durée elles ne laissent derrière elles aucun sillage d'obligation"¹¹.

Troc silencieux. — Même le troc silencieux qui s'opère sans contact entre les parties, et que l'on retrouve chez la plupart des peuples primitifs¹², ne déroge pas, malgré la mise en scène particulière, au schéma traditionnel.

9) J. de Morgan, *L'humanité préhistorique*, 152 et s.

10) H. De Cugis, *op. cit.* t. I, 35 et s.

11) J. Carbonnier, *Sociologie de la vente*, *loc. cit.* p. 144 et s.; voy. aussi Gomaa, *op. cit.* n° 23.

12) T. J. Hamilton-Greerson, *The silent trade*, 1903; R. Maunier, *Les échanges rituels en Afrique du Nord*, *loc. cit.* t. XVI; Gomaa, *op. cit.* n° 23.

“Il y a en Libye — écrit Hérodote — un lieu situé au-delà des
“colonnes d’Hercule, où vivent des hommes avec lesquels trafi-
“quent les Carthaginois. Ils y débarquent leur cargaison, la rangent
“sur la plage, remontent sur leur navire et font une grande fumée.
“Les indigènes, à l’aspect de la fumée, se rendent auprès de la mer
“et, pour le prix des marchandises, ils déposent de l’or; puis ils se
“retirent au loin. Les Carthaginois reviennent, examinent, et si l’or
“leur semble l’équivalent des marchandises, ils l’emportent et s’en
“vont. S’il n’y en a pas assez, ils retournent à leur navire et restent
“en place. Les naturels se rapprochent et ajoutent de l’or jusqu’à
“ce qu’ils les aient satisfaits; jamais, de part et d’autre, ils ne com-
“mettent d’injustice : les unes ne touchent pas à l’or avant qu’il
“n’égale la valeur des marchandises; les autres ne touchent pas à la
“cargaison avant qu’on ait enlevé l’or.”

Ce récit ne doit pas nous laisser sceptiques car on a retrouvé des traces de pareilles pratiques dans toutes les parties du monde. Tel est le cas du commerce ambulante des montagnes altaïques où le vendeur dépose des marchandises à la porte du co-contractant en proportion de ce qui lui est offert; des échanges de sel contre de la poudre d’or, pratiqués, sans contact personnel, entre les bédouins et les tribus sud-sahariennes; des échanges muets existant encore au Pérou lors de la conquête espagnole¹³; comme du troc silencieux en honneur chez les Kubus de Sumatra, dont la récit qu’en fait Forbes correspond en tous points à celui d’Hérodote¹⁴. Même si la période des “pourparlers muets” est quelque peu laborieuse, il n’y a dans ces exemples de troc silencieux rien d’autre qu’un transfert trait pour trait, effectué en un instant de raison. Tout au plus peut-on admirer la tenue morale des parties en présence qui, d’après Hérodote, ne commettent jamais d’injustice. Mais là encore, on ne trouve aucun indice de l’existence d’un lien obligationnel. Tout au plus la crainte de représailles, voire le respect de la propriété d’autrui, qui, elle, est une notion beaucoup plus ancienne que celle de contrat.

13) L. Baudhuin, *L’empire socialiste des Incas*, p. 165.

14) Forbes, *The Kubus of Sumatra*, J. A. I. XIV, p. 162.

Monnaie - Marchandise. — L'apparition de la monnaie d'échange, encore qu'elle soit à l'origine d'une étape importante du contrat, puisque du troc elle va faire naître la vente, n'apporte aucune modification essentielle à l'institution purement réelle des relations primitives.

A l'origine, en effet, la monnaie est constituée par des marchandises: poisson séché, coquillages chez les peuples pêcheurs; peaux et fourrures chez les chasseurs; bétail chez les agriculteurs¹⁵.

Les prestations réciproques s'exécutent ici encore trait pour trait, il n'y a aucune place pour un quelconque lien obligationnel.

Monnaie métallique. — Lorsque, ultérieurement, les hommes eurent découvert les métaux et se mirent à les utiliser comme monnaie d'échange, les données fondamentales n'étaient guère modifiées. L'ancien troc, devenu vente, n'avait pas perdu sa physionomie réelle et l'opération continuait à être réalisée instantanément.

Mais, il est vrai, ces premières monnaies métalliques se présentaient sous la forme de lingots de valeur et de poids divers et chaque transaction nécessitait une pesée. Cette mission délicate était confiée à un spécialiste, le "*libripens*", espèce de peseur juré, qui accomplissait sa mission en présence de témoins.

Cette technique spectaculaire, purement réelle à l'origine, ne pouvait manquer de frapper les esprits et de fournir ainsi, lorsque la pesée sera devenue superflue, le support adéquat d'une procédure purement formelle.

15) Le langage moderne a conservé de nombreuses réminiscences de ces pratiques: **pecunia** vient de **pecus**, bétail; **peculium** était le troupeau de l'esclave; **capital** vient de **caput**, tête de bétail; **roupie** vient de **roupa**, troupeau; **râka** signifie en Esthonie tout à la fois peau et monnaie. Dans l'Illiade, un trépied de bronze vaut douze boeufs, une esclave quatre boeufs. Dans les lois de Dracon, les peines étaient formulées en bétail. Au XVe siècle encore en Islande un édit local fixait le prix des marchandises en poisson séché: une paire de souliers de cuir valait trois poissons séchés; un tonneau de vin, cent vingt poissons séchés. (Babelon, *Les origines de la monnaie*, p. 8; De Cugis, *op. cit.*, p. 23 et 155).

Apport de la magie. — Tout au plus importait-il de veiller à ce que les liens mystérieux qui lient les choses à l'homme soient véritablement rompus, afin qu'ils puissent être rattachés à leur nouveau titulaire.

La vertu de l'appropriation personnelle était, en effet, si forte que pendant des millénaires les biens meubles suivaient l'homme dans la tombe : "*mobilia ossibus inherent*".

Il est prouvé aujourd'hui que la magie, et plus spécialement le pouvoir occulte des mains, ont joué à cet égard un rôle capital.

Le rite des mains. — Les "rites manuels" sont en effet innombrables¹⁶. Dans les scènes de chasse préhistoriques, la représentation des mains est destinée à favoriser la capture du gibier. Les rois et les thaumaturges guérissent les malades par imposition des mains.

La main est un signe de puissance : les rois portent des sceptres surmontés d'une "main de justice". Le pouvoir du pater familias s'appelle "manus". On y échappe par l'émancipation. La "manus injectio" réduisait le débiteur en esclavage.

La main est aussi un signe de confiance : "mandat" vient de "manum dare". Le mariage se fait par "dextarum junctio" ou "handfast". De nombreux contrats sont conclus par "paumée", "handsale" ou "handkauf".

Chargée d'une vertu magique probablement millénaire, il se conçoit que la main, et partant la mainmisse (*mancipatio - manum capere*)¹⁷, ait été dans le domaine des échanges tout à la fois la manifestation du réalisme primitif et l'instrument des forces occultes qui donnaient aux faits leur efficacité.

2. Echanges de service - Nexum.

Origine. — Dans le même temps que l'homme primitif avait recours aux premiers échanges de biens, d'autres besoins ont donné naissance à d'autres techniques.

16) De Cugis y consacre 50 pages, op. cit. p. 251 et s.; Voy. également J. Coppens, L'imposition des mains et rites dans le Nouveau Testament et dans l'Eglise ancienne, 1925.

17) A l'origine, le contrat ne portait que sur les choses réellement prises en main.

On imagine fort bien, p. ex., que l'homme primitif, frappé par un sort adverse, ait appelé son voisin à son secours.

A l'origine, les menus services ainsi rendus étaient sans doute purement gratuits. Mais vint un temps où l'idée se fit jour qu'un service rendu méritait d'être payé de retour, et l'on voit apparaître ainsi pour la première fois, sous une forme préjuridique il est vrai, la notion de devoir, ou *d'obligation*.

Le Potlach. — Or, comme l'homme primitif ne conçoit guère le lien idéal que constitue l'obligation juridique, toutes sortes de stratagèmes seront employés pour *lier* le débiteur.

Chez certaines peuplades primitives de l'Amérique du Nord et de Mélanésie, les services sont prestés et rendus, généralement à un taux usuraire, au cours de cérémonies ou de festins qu'on nomme *potlach*. Les parties ont confusément senti le besoin de solenniser leurs relations et d'en appeler en quelque sorte à la collectivité ou aux dieux pour en assurer l'exécution.

Le Nexum. — Le *nexum* nous en donne d'ailleurs une confirmation spectaculaire.

Supposons qu'un agriculteur, privé par force majeure de l'usage de ses animaux de labour, demande à son voisin de pouvoir emprunter les siens. Il est probable que ces animaux portaient un licou fermé par un *noeud* (*nexum*) et que l'emprunteur entraînait (*contrahere*) les animaux empruntés au moyen de ce licou.

Nexum, contrahere, curieuse coïncidence terminologique qui peut contribuer, semble-t-il, à retracer l'origine du contrat.

Nexum sans doute, signifie dans le droit romain classique, prêt d'argent, mais les auteurs pensent qu'à l'origine c'était un prêt à usage.

Quoi qu'il en soit, il est intéressant de noter que le contrat le plus archaïque du droit romain, portait précisément le nom de *noeud*.

Apport de la magie. — Ce mot porte en lui, en effet, des siècles de préhistoire.

Avant d'avoir découvert les métaux, l'homme des cavernes n'avait pour se défendre que la pierre, le bois et les liens.

Les liens, faits de boyaux, de lanières, de lianes, de chanvre, et utilisés sous forme de filets, de lassos, de noeuds coulants, de pièges à cordes, etc... ont joué dans le monde préhistorique un rôle essentiel.

Les scènes de chasse reproduites dans les grottes préhistoriques et sur les objets datant de la même époque nous en fournissent le témoignage.

Or il est établi aujourd'hui que ces représentations avaient une *signification magique*, signification dont on trouve d'ailleurs la trace dans toutes les mythologies et qui se perpétue à travers les siècles.

Le rite des noeuds. — Les Assyriens¹⁸, les Hindous¹⁹, les Grecs²⁰, les Germains²¹ avaient des *dieux* lieurs, auxquels on attribuait le pouvoir d'«enchaîner» le débiteur récalcitrant.

Le mot grec «katadéo» veut dire tout à la fois lier et ensorceler. Aujourd'hui encore l'expression néerlandaise «ergens een knoop opleggen»²² signifie à peu près «prendre les dieux à témoin».

Dans tous les pays du monde, les noeuds possèdent une puissance magique. Le Coran condamne les sorciers qui soufflent sur les noeuds. En Palestine, on a retrouvé des figurines de plomb aux jambes nouées. Les noeuds d'amulettes ou Nestelknüpfer sont considérés pendant tout le Moyen - Age comme de redoutables mal-fauteurs. Ambroise Paré (1515-1590) leur prête des accointances avec le diable. Et en 1718 encore le Parlement de Bordeaux condamne l'un d'eux au bûcher.

Bref, dans le prêt à usage comme dans le troc, à l'origine, on trouve une réalité : une chose ou un geste. Cette réalité accompagne toujours de mystérieuses manifestations de superstition. Dans le troc, les liens qui relient les choses à l'homme devront être solennellement rompus. C'est la *mancipatio* qui remplira cet office.

18) Voir la stèle des vautours au Louvre.

19) Varuna.

20) Ouranos - Hephaïstos - Hercule.

21) Odhinn.

22) Mette un noeud sur quelque chose.

Dans le prêt à usage en revanche, les liens qui s'établissent entre le débiteur et les créanciers doivent être solennellement consacrés. C'est le *nexum* qui joue ce rôle.

Quoi qu'il en soit, il est remarquable de constater que lorsqu'un embryon d'obligation apparaît pour la première fois, il est concrétisé, matérialisé par un noeud, revêtu lui-même d'une puissance magique.

On se rapproche insensiblement du formalisme.

B. FORMALISME

Origine. — Comment le réalisme primitif s'est, au cours des siècles, transformé en formalisme, restera sans doute toujours entouré de mystère.

Mais il est probable que l'homme primitif, accoutumé depuis des siècles à accomplir certains gestes ou à appréhender certaines choses pour marquer les étapes de son commerce juridique, n'a pas cru pouvoir brusquement s'en abstenir le jour où ce comportement ne correspondait plus à la réalité.

La préhension, p. ex., la mainmise, va petit à petit se dégager de son réalisme primitif. A l'origine, le contrat ne pouvait porter sur plus de choses que le titulaire ne pouvait en appréhender à la fois. Pour les transactions immobilières, il est probable que les parties se rendaient sur les lieux et prenaient possession d'une manière effective.

Ultérieurement, ces gestes de préhension deviendront symbolique, et les parties se borneront à toucher de la main une motte de terre, un fétus de paille (*festuca*) ou une baguette (*stipula*), objets rituels conservés, sans doute, avec respect dans les lieux affectés à la conclusion des contrats.

Le *nexum*, lui aussi, cessera bientôt d'être une opération réelle, destinée à retenir ou à marquer la chose donnée en prêt. Il est probable qu'à un moment déterminé, un noeud postiche, sacré peut-être, accroché quelque part à une aspirité dans la salle des transactions était manipulé par les parties, selon un rite approprié.

Pour avoir touché ce noeud, ou pour se l'être vu "imposé", le débiteur se sentira lié par les forces occultes que ce noeud caractérise depuis des siècles.

La loi des XII Tables. — La loi des XII Tables nous apporte le reflet de cette évolution :

"*Cum nexum faciet, mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*", c. à d. littéralement : "Lorsqu'un noeud est fait ou qu'on prend quelque chose en main, que ce que la langue prononce, soit le droit".

On sent d'instinct que c'est là l'aboutissement d'une longue succession de pratiques réelles qui ont depuis longtemps perdu leur signification. La *mancipatio* et le *nexum* sont devenus des gestes rituels.

Le formalisme des mots. — Comme si cette technique rudimentaire n'était pas suffisante — à moins qu'elle n'ait été considérée comme archaïque à cette époque — la loi des XII Tables y ajoute encore le formalisme des mots : "*uti lingua nuncupassit ita jus esto*".

Il faut donc, en plus, prononcer des paroles sacramentelles. Ce *formalisme verbal* est bien dans l'ordre des choses. A la magie des gestes, succède la *magie des mots*.

Toutes les religions font allusion à la force occulte des mots. "O fièvre — disaient les sorciers de l'Atharda — Veda²³ — tu ne m'échapperas pas, parce que je te connais par ton nom". Chez les anciens chinois, régnait l'idée que savoir le nom, dire le mot, c'était posséder l'être ou créer la chose. Toute bête est domptée par qui sait la nommer²⁴. Le dieu égyptien Atoum-Ra a créé toutes les formes avec ce qui est sorti de sa bouche, alors qu'il n'y avait ni ciel ni terre²⁵. D'après la Génèse "les cieux ont été faits par la parole de l'Éternel et toute son armée par le souffle de sa bouche"²⁶. Et l'évangile de St. Jean débute par ces mots : "Au commencement était le Verbe et le Verbe était avec Dieu et le Verbe était Dieu".

23) Cité par Vendryes, *Le langage*, p. 218.

24) Granet, *La pensée chinoise*, p. 43.

25) Moret, *Le Nil et la civilisation égyptienne*.

26) Psaume 33, verset 6.

La nuncupatio. — L'origine du mot *nuncupare* (*nomen capere*), prendre le nom, dire le nom, est d'ailleurs suffisamment révélatrice. Contrairement à ce que l'on serait tenté de croire, ce n'est pas le débiteur qui s'engage par les déclarations qu'il fait, c'est bien au contraire le créancier qui, par une espèce d'incantation, au cours de laquelle il interpelle le débiteur par son nom (*nuncupatio*) lui jette un sort et prend les dieux à témoins. "*Cornu bos capitur, voce ligatur homo*" ne signifie donc pas que le débiteur est lié par ses promesses, mais bien qu'il est enchaîné par la malédiction que le créancier a proféré à son endroit.

La pesée fictive. — La technique de la pesée fournit d'ailleurs un autre exemple de l'avènement du formalisme.

Un jour vint en effet où la monnaie métallique n'a plus besoin d'être pesée, parce qu'elle se présente désormais sous la forme de poids et de valeur identiques.

Et pourtant, comme on le sait, le rite de la pesée sera maintenu, en quelque sorte en porte-à-faux, pendant des siècles et continuera à former le cadre dans lequel des transactions multiples au contenu divers pourront être effectuées²⁷.

L'explication est simple : la formalité de la pesée avec son caractère spectaculaire fournissait à l'homme primitif un mécanisme concret capable, le cas échéant, de remplacer la matérialité du troc trait pour trait.

La stipulation. — Mais le formalisme lui-même, qui se perpétua pendant des siècles, a subi des transformations profondes.

Le *nexum* et la *mancipatio*, agrémentés de la pesée fictive "*per aes et libram*" et confirmés par la "*nuncupatio*", subiront une simplification considérable. Le "*libripens*" et la balance disparaîtront. Le rite du noeud et de la mainmise seront abandonnés.

Seuls subsistent des succédanés de la "*nuncupatio*" sous la forme d'engagements verbaux tels que la "*sponsio*" ou la "*stipulatio*". Mais, même à cet égard, la transformation est profonde, puisque

27) Girard, Droit romain, p. 509.

le lien contractuel ne naît plus de la malédiction prononcée par le créancier, mais bien de l'engagement pris par la partie qui s'oblige.

Néanmoins, le formalisme reste roi. L'engagement doit répondre à des conditions rituelles précises : les questions et les réponses : "Spondesne, spondeo" doivent se succéder avec une rigueur absolue.

Engagements litteris. — Enfin, l'écriture, au fur et à mesure qu'elle s'est répandue dans la vie sociale, sera, elle aussi, encore que ce soit dans des cas exceptionnels, mise au service du formalisme.

C'est le cas notamment de la "nomia transcriptitia", une transcription spéciale effectuée dans les registres domestiques, ainsi que, plus tard, l'obligation littérale formelle.

Triomphe du formalisme. — Voilà désormais la technique formaliste arrivée à son terme.

Issue du réalisme primitif, elle en a conservé longtemps certains rites tels que la "mancipatio", le "nexum" et la pesée "per aes et libram". Elle y ajoute le formalisme de la "nuncupatio", les paroles rituelles et les engagements écrits.

Mais, même si la plupart de ces comportements sont vidés de leur substance, si la main touche des symboles, si le noeud postiche ne lie plus personne, si la balance pèse le néant, les rites de la procédure formaliste n'en étaient pas moins tyranniques. En dehors d'eux point de salut : "Ex nudo pacto, obligatio non oritur".

C. CONSENSUALISME

A ce stade, toutefois, le contrat n'a franchi que les deux tiers de son évolution. Quels que puissent être les mérites du formalisme, un jour vit où le commerce des hommes posera de nouvelles exigences.

D'une part, certaines procédures étaient strictement réservées à certains objets : p. ex., seules les "res mancipi" (animaux de bât et de trait, fonds de terre et servitudes prédiales) étaient susceptibles de faire l'objet d'une procédure de "mancipatio".

D'autre part, la procédure formaliste présentait, en raison de son automatisme, un grand danger. En cas de vente, p. ex., si le prix n'était pas payé, le vendeur n'avait pas de recours.

Aussi, les praticiens du droit furent-ils amenés à concevoir, en marge des procédures formalistes, l'existence de certaines obligations nées de la simple volonté des parties : "solo consensu".

En ce faisant ils rompaient délibérément avec la tradition et donnaient naissance à une nouvelle période de l'évolution du contrat : la période du consensualisme.

Que les hommes aient ainsi successivement employé des gestes, des paroles, des écrits, et enfin le simple consentement pour "informer" leurs relations juridiques, peut, aujourd'hui, nous apparaître comme le juste reflet des progrès accomplis par l'esprit humain. Pour le juriste romain du premier siècle avant Jésus-Christ, il s'agissait là d'une véritable révolution, qui devait être endiguée par tous les moyens :

C'est ce qui explique pourquoi le droit romain ne connaissait que quatre sortes de contrats consensuels : la vente, le louage, la société et le mandat, outre quelques pactes prétoriens (*recepta verba*) et les pactes légitimes (consitution de dot et promesse de donation).

Mille ans plus tard, la maxime "*Ex nudo pacto obligatio non oritur*" est toujours en honneur. Et il fallut déployer des trésors de patience et de sagacité pour faire triompher la notion aujourd'hui si courante de *contrat consensuel* fondée exclusivement sur la volonté individuelle.

Apports des canonistes (XIIe - XVe siècle). — Dans ce combat, les canonistes ont incontestablement joué un rôle capital. Ils prétendaient voir dans le formalisme des errements de l'époque païenne.

La doctrine chrétienne est, selon eux, essentiellement fondée sur la *conscience*. Puisque le Dieu des chrétiens peut sonder les reins et les cœurs, à quoi bon biaiser avec lui. Le formalisme nécessaire pour guider la perspicacité vacillante des hommes est dérisoire devant le tribunal d'un Dieu omniscient. Aussi le chrétien

est-il tenu dans son for intérieur dès l'instant où il a donné sa foi (fides)²⁸. "*Pacta sunt servanda*". "*Servanti fidem est fides servanda*".

L'oeuvre des canonistes sera d'autant plus efficace qu'à cette époque l'Eglise disposait d'une compétence très étendue dans tous les secteurs du droit privé, et qu'elle sera ainsi en mesure de faire pénétrer et respecter sa doctrine.

Le prestige des juridictions ecclésiastiques était d'ailleurs si considérable que les tribunaux consulaires, naturellement hostiles à toute espèce de formalisme, appliquaient volontiers la doctrine canoniste.

Résistance des glossateurs. — Pourtant, cette réforme n'avait pas été sans soulever de vives résistances de la part des glossateurs et des juristes formés à l'école du droit romain.

La force de la tradition est telle qu'il faut souvent user de patience et de ténacité pour parvenir à renverser les institutions désuètes.

Il en est d'autant plus ainsi lorsque, comme en l'occurrence, des arguments valables — notamment le désir de protéger les débiteurs contre des engagements inconsidérés — viennent corroborer la tradition. Le formalisme de la *mancipatio*, du *nexum*, de la pesée, de la stipulation, de la paumée, voire des pactes géminés offraient des garanties que le consensualisme intégral est incapable de fournir.

Apports du droit naturel et des philosophes (XVI^e - XVIII^e siècle). — Les dernières résistances seront néanmoins vaincues par l'action conjuguée de l'école du droit naturel et des théories philosophiques des encyclopédistes.

Pour Grotius²⁹ et ses disciples, le droit est imposé par la nature des choses et l'homme est en mesure de le découvrir au moyen de sa seule raison. Le droit est un précepte de la raison. Comment

28) Spies, De l'observation des simples conventions en droit canonique, 1928; Roussier, Le fondement des obligations contractuelles dans le droit classique de l'Eglise.

29) Grotius, "Jus est dictamen rectae rationis, etiam si daremus, quod sine summo scelere dari non potest, deum non esse, aut non curari ab eo negotia humana", De jure belli et pacis, 1625.

l'homme, assez raisonnable pour découvrir l'ordre juridique général, serait-il, par ailleurs, incapable de se forger sa loi particulière?

D'autre part, le mouvement philosophique³⁰ qui tendait à l'émancipation de l'individu et qui trouvera sa consécration dans la déclaration du droit de l'homme et du citoyen, ne pouvait pas, logiquement, lui refuser la liberté de s'engager par une simple manifestation de volonté.

Triomphe du consensualisme. — Des idées nouvelles ne tarderont pas à pénétrer dans le droit. Comme le dit fort justement Domat : "Les conventions s'accomplissent par le consentement mutuel, donné et arrêté réciproquement. Ainsi la vente est accomplie par le seul consentement, quoique la marchandise ne soit pas délivrée ni le prix payé"³¹.

Des restrictions initiales relatives aux *pactes nus*, il ne sera plus question. Pothier condamne les distinctions romaines en termes qui ne souffrent aucune réplique : "Les principes du droit romain sur les différentes espèces de pactes, et sur les distinctions des contrats et des simples pactes, n'étant pas fondés sur le *droit naturel*, et étant très éloignés de la simplicité, ne sont pas admis dans notre droit"³².

Permanence de la tradition. — Toute victoire s'accompagne de concessions. La rupture avec le passé est rarement totale. La force de la tradition, voire de la routine, est parfois si considérable que dans les révolutions les plus radicales, la destruction n'est jamais totale.

La victoire du consensualisme ne fait pas exception à la règle. Ce qui explique que l'on trouve encore à l'heure actuelle des seules importantes des périodes révolues.

Certains contrats, les *contrats réels*, tels que le prêt à usage, le prêt de consommation, le dépôt, le gage, le don manuel, et assez

30) On songe aux encyclopédistes, aux physiocrates, au rationalisme de Descartes, à Montesquieu, à Kant.

31) Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel, livre I, tome I, section 1ère, 8.

32) Pothier, Traité des obligations selon les règles, tant du for de la conscience, que du for extérieur, tome I, n° 3.

étrangement, la vente à tempérament, présentent à l'heure actuelle encore cette étonnante caractéristique qu'ils ne prennent naissance qu'au moment où la chose qui fait l'objet de la transaction est remise au cocontractant³³.

D'autres contrats, les *contrats solennels*, tels que le mariage, le contrat de mariage, d'adoption, l'hypothèque, la donation et le paiement avec subrogation, ont ceci de particulier qu'ils ne prennent naissance qu'au moment où les formalités prescrites par la loi sont accomplies.

Limitation imposée au consensualisme. — Mais, faut-il le dire, rien n'est jamais terminé. Le balancier de l'histoire continue à se mouvoir inexorablement. Battues sur le plan des principes, les anciennes restrictions apportées au consensualisme vont réapparaître dans la notion de la *cause* et sur le plan de la *preuve*.

Précisons tout d'abord que la notion de cause se conçoit difficilement dans un système formaliste tel que le droit romain. L'obligation portait en elle-même sa propre justification, dès lors que la volonté s'était manifestée dans les formes prescrites³⁴. Les rares allusions qu'y font les juristes romains: "*condictio sine causa*", "*causa data causa non secuta*", n'ont pas le sens générique qu'on lui a donné en droit moderne.

Ce n'est qu'au moment où les canonistes eurent détrôné le dogme du formalisme, au moment où le respect de la parole donnée était devenu un devoir de conscience, que l'on pût songer à se demander si l'obligation avait un fondement légitime.

C'est un peu comme si après avoir dépouillé le contrat de sa *forme*, les canonistes avaient estimé devoir lui donner un autre vêtement. Au débiteur exposé aux dangers du consensualisme, ils ont cru opportun de fournir à tout le moins la protection de la cause.

Quoi qu'il en soit, la théorie de la cause a fait du chemin: elle est décrite avec sagacité par les post-glossateurs: "*Causa finalis-*

33) Dans le cas de la vente à tempérament, c'est, aux termes de la loi belge, une partie du prix qui doit être remise pour que le contrat puisse se former.

34) Ripert et Boulanger, t. II, n° 280.

écrit Balde - est objectum intellectus, sicut ... portus est objectum navigantium, et quidquid agimus propter finem agimus".

Sous la plume de Domat la cause devient une fresque à trois panneaux:

- dans les contrats synallagmatiques, c'est l'engagement pris par l'autre partie;
- dans les contrats réels, c'est la prestation de l'autre partie;
- dans les contrats gratuits, c'est le motif, l'intention libérale.

Comme on le sait, cette théorie a divisé le monde des juristes en deux camps opposés : les causalistes d'une part, les anti-causalistes d'autre part³⁵.

Disons tout de suite qu'il n'existe aucune contestation quant à la nécessité de tenir compte des motifs ou des mobiles illicites qui auraient poussé l'une ou l'autre des parties à contracter.

Mais s'il s'agit de la cause immédiate du contrat, c. à d. des prestations placées par les parties dans le cercle contractuel, il semble bien que la notion de cause soit, comme le dit Planiol, fautive et inutile³⁶ :

- dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'une des prestations est l'objet de l'autre;
- dans les contrats réels, la cause est l'objet du contrat lui-même;
- dans les contrats gratuits, c'est la volonté.

Quoi qu'il en soit, la cause aura joué pendant des siècles, ne fût-ce que nominalement, un rôle tutélaire, palliant les dangers résultant de la disparition du formalisme. En Angleterre, la "*consideration*" dont les caractéristiques sont il est vrai fort différentes de celles de la cause, a joué un rôle tutélaire analogue³⁷.

Incidence de la preuve. — Ce que d'aucuns avaient essayé d'obtenir en subordonnant la validité du contrat à la notion de cause, d'autres le feront sur le plan de la preuve. Voyant que la

35) Causalistes: Capitant, Ripert et Boulanger. Anti-causalistes: Ernst, Laurent, Planiol, De Page, Dabin.

36) Planiol, *Traité élémentaire*, t. I, n° 1057.

37) Gorla, *Il contratto*, 1957.

théorie du consensualisme livrait le débiteur imprudent aux aléas des témoignages³⁸, les juristes de l'époque, pris d'un tardif remord, ont estimé devoir lui donner une compensation, sous la forme de la protection de *l'écrit*.

L'ordonnance de Moulins de 1666 prescrit notamment: "Pour obvier a multiplication de faits que l'on a vu ci-devant estre mis en avant en jugement sujets à peine de témoins, et reproche d'iceux, dont adviennent plusieurs inconvenients ou involution de procès; — avøns ordonné et ordonnons que d'orénavant de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres pour une fois payer, seront passez contrats par devant notaires et témoins, par lesquels contrats seulement sera faite et reçue toute preuve ès dictes matières, sans recevoir aucune preuve par témoins outre le contenu du contrat, ne sur ce qui serait allégué avoir esté dict ou convenu avant icelui, lors et depuis, en quoi n'entendons exclure les preuves de conventions particulières et autres qui seraient faites par les parties sous leur seing et écriture privés" (art. 54).

Cette mesure fut ultérieurement confirmée par l'ordonnance civile de Louis XIV (1667) titre 20, art. 2. Et comme on le sait, ce dernier texte a été repris à peu près mot pour mot dans l'art. 1341 du Code civil.

Il n'est pas sans intérêt de comparer ces mesures à celles qui ont été prises en Angleterre sous le règne de Charles II dans le "Statute of frauds"³⁹.

A l'heure actuelle d'ailleurs on observe dans tous les pays une recrudescence très nette du formalisme, que ce soit sous l'aspect

38) Pothier, Traité des obligations, t. II, n° 750; Colin et Capitant, t. II, n° 468; De Page, t. III, n° 718 bis.

39) 29 Car II, c 3, 4.; article 17: "Aucun contrat de vente de biens, d'animaux ou de marchandises pour un prix de dix livres sterling et plus, ne sera valable à moins que l'acheteur n'accepte une partie des biens ainsi vendus et ne les reçoive effectivement ou ne donne quelque chose sérieusement pour conclure l'opération ou en paiement partiel ou qu'une note ou memorandum écrit concernant cette opération ne soit fait et signé par les parties qui seront engagées dans le contrat ou par leurs agents légalement autorisés à cet effet". Cette disposition est actuellement abrogée.

du formalisme de volonté, du formalisme d'habilitation, du formalisme de publicité, du formalisme de preuve⁴⁰.

Tels sont les éléments de protection que les autorités ont cru devoir mettre à la disposition des cocontractants et qui constituent, comme on le voit, autant de limitations indirectes au principe du consensualisme.

CONCLUSION

Tel est, brossé à grands traits, le spectacle prestigieux de la formation et de l'évolution du contrat des origines à nos jours.

Pour peu qu'on y fasse attention, on y trouve, en filigrane, l'évolution de l'humanité elle-même.

Au sens du concret des hommes de la préhistoire, correspond le réalisme.

Au souci de sécurité qui animait les juristes de l'antiquité, correspond le formalisme.

A l'individualisme des temps modernes correspond le consensualisme.

Mais l'histoire nous apprend que la rupture n'est jamais totale. La roue de l'histoire continue de se mouvoir en traînant dans son orbite les séquelles du passé. Si bien qu'aujourd'hui encore l'homme, à l'instar d'un puissant ordinateur, garde en mémoire des traces des époques révolues (contrats réels, contrats solennels). Et ce ne sera certes pas la moins remarquable conclusion de ce rapide survol de l'histoire d'avoir pu révéler que l'homme d'Altamira et l'homme d'Apollo XII sont, partiellement tout au moins, dominés par les mêmes principes juridiques.

Quelle leçon de modestie pour ceux qui, avec un enthousiasme digne d'une meilleure cause, consacrent malheureusement l'essentiel de leurs forces et de leur énergie à l'impossible démantèlement des traditions millénaires.

40) J. Limpens, L'influence du Code civil au point de vue de la Technique Juridique, dans : La Semaine internationale de droit, Paris 1950, n° 8 et s.