

PARTIE EN LANGUES ETRANGERES

LA TRIPLE METAMORPHOSE

DU

CONTRAT

Professeur Dr. Jean LIMPENS

Le contrat a subi au cours des âges une triple métamorphose, dont les caractéristiques successives sont : réalisme, formalisme, consensualisme.

1° A l'origine, les contrats étaient de simples relations de fait, L'homme primitif ne pouvait concevoir que ce qui tombait sous le sens. C'est l'époque du réalisme.

Qu'il s'agisse d'échanges de biens (troc, échanges silencieux, ventes effectuées à l'aide monnaie marchandise ou de monnaie métallique, avec ou sans pesée) ou d'échanges de services (services gratuits, potlatch, nexum), ces relations étaient toujours caractérisées par une opération concrète réelle : le transfert donnant donnant, trait pour trait, dans les échanges de biens ; une manifestation spectaculaire, services ponctués de festins ou matérialisés par un noeud, dans les échanges de services.

Dans l'un comme dans l'autre cas, la magie a joué un rôle considérable. Dans les échanges de biens, la «mainmise» sert à rompre les liens occultes qui lient les choses à l'ancien titulaire. Dans les échanges de services le «noeud», jouissant de la protection des dieux lieurs, matérialise les liens qui lient le débiteur à son créancier.

2° Un jour vint où la présence des choses, qui faisaient l'objet de la transaction, n'était plus possible. On se contentera de symboles (motte de terre, fétus de paille, branchette, pesée fictive, noeud postiche). C'est la période du **formalisme**.

«**Cum nexum faciet, mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita jus esto.**» Lorsqu'on fait un noeud ou une mainmise que ce que la langue prononce soit le droit.» Telle es la phrase lapidaire qui marque dans la loi des XII Tables le triomphe du formalisme.

Au formalisme des gestes, la loi des XII Tables ajoute le formalisme des mots (**nuncupatio, sponsio stipulatio**) puis le formalisme des écrits (**nomina transcriptitia et engagements litteris**). Mais la règle du formalisme reste tyrannique. En dehors des formes, point de salut : «**Ex nudo pacto, obligatio non oritur.**»

3° Cette situation n'était pas sans présenter des lacunes (la **mancipatio** ne valait que pour les **res Mancipi**) et des dangers (le vendeur non payé n'avait pas de recours). Aussi, les juristes furent-ils bientôt amenés à admettre l'existence de certains engagements **solo consensu**. C'est la période du consensualisme.

A Rome, la nouvelle orientation ne fut admise qu'avec parcimonie, notamment pour les contrats de vente, de louage, de société et de mandat, outre quelques pactes prétoriens et pactes légitimes. Elle fut étendue, malgré la résistance des glossateurs, à d'autres domaines par les canonistes qui estimaient que les parties étaient tenues en conscience devant Dieu. «**Pacta sunt servanda.**» «**Servanti fidem est fides servanda.**» Elle reçut l'appui enthousiaste des adeptes du droit naturel et des encyclopédistes et trouva sa consécration chez Domat et Pothier, et dans les Codes du 18^e siècle.

Mais, toute victoire s'accompagne de concessions. Après avoir dépouillé le contrat de sa forme, les juristes ont essayé de donner aux parties une protection nouvelle celle de la «cause», voire celle de la «preuve écrite» (ordonnance de Moulins, 1566. Statute of frauds, 1677).

Au surplus, la rupture avec le passé est rarement totale. La roue de l'histoire entraîne toujours dans son orbite les séquelles du

passé. Les droits modernes connaissent encore, à côté des **contrats consensuels**, les **contrats réels** qui ne naissent qu'au moment de la remise de la chose et les **contrats formels** qui ne naissent qu'au moment de l'accomplissement des formes. L'homme d'Altamira et celui 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 forces et de leur énergie à l'impossible démantèlement des traditions millénaires.