



HAL
open science

Limitation de l'imprévu et protection contre l'imprévisible dans un contrat inédit du Siglo de Oro espagnol

Luisa Brunori

► **To cite this version:**

Luisa Brunori. Limitation de l'imprévu et protection contre l'imprévisible dans un contrat inédit du Siglo de Oro espagnol. *Rerum novarum ac veterum scientia*, A paraître. hal-03099452

HAL Id: hal-03099452

<https://hal.science/hal-03099452v1>

Submitted on 6 Jan 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Limitation de l'imprévu et protection contre l'imprévisible dans un contrat inédit du *Siglo de Oro* espagnol¹

Luisa BRUNORI,
Chargée de recherche HDR au CNRS,
Centre d'Histoire Judiciaire, Université de Lille

Siècle de bouleversements et de découvertes, de défis et d'explorations jusqu'aux frontières du monde connu, le XVI^e siècle est un tournant très important également pour le droit des contrats. La découverte de l'Amérique est définie par l'un de ses premiers observateurs, Lopez de Gomara, comme « la mayor cosa después de la creación del mundo »² : elle ouvre aux Européens des horizons inconnus et lointains ; en même temps la cosmographie et la géographie sont complètement remises en question³, ainsi que beaucoup d'autres vérités propres au monde médiéval⁴.

C'est le commerce (le motif principal de l'expédition de Christophe Colomb) qui donne l'impulsion au déploiement des relations entre l'Europe et l'Amérique, commerce qui pour la première fois devient « transatlantique » et qui se développe selon des critères de plus en plus éloignés de la logique et des instruments juridiques médiévaux.

L'ensemble de la dimension économique subit des changements majeurs, imprévisibles et soudains.

1. L'étude présentée dans cet article a été soutenue par le programme « Soutien à la mobilité internationale 2016 » de l'InSHS-CNRS.

2. On peut lire dans la lettre introductive adressée à Charles V par F. GOMEZ DE GOMARA, *Historia general de las Indias*, Sevilla, 1553 (éd. consultée : Anvers, Iuan Steelsio, 1554) : « Muy soberano señor : La mayor cosa después de la creación del mundo, sacando la encarnación y muerte del que lo crio, es el descubrimiento de Indias ; y así, las llaman Mundo Nuevo. Y no tanto le dicen nuevo por ser nuevamente hallado, quanto por ser grandísimo, y casi tan grande como el viejo, que contiene a Europa, África y Asia. También se puede llamar nuevo por ser todas sus cosas diferentes de las del nuestro. »

3. Entre 1520 et 1522 Magellan et Elcan accomplissent le tour du monde, alors que le *De Revolutionibus* de Copernic date de 1543.

4. Il suffit de penser que Luther affiche ses 95 thèses en octobre 1517.

Comme on le sait, l'un des effets les plus immédiats de la conquête et du dépouillement des luxuriants empires du Mexique et du Pérou a été le déversement en Espagne d'une énorme quantité d'argent et d'or. Depuis 1520, l'Amérique fournit à l'Europe trois fois plus d'argent que tout le vieux continent. Grâce à l'activité de la *Casa de la Moneda*, Séville est, au début de l'ère moderne, le principal marché monétaire européen. La ville avait en pratique le monopole de l'émission de monnaie en Castille, puisque la *Casa de la Moneda* faisait office de dépôt obligatoire de tout l'or et l'argent qui arrivaient des Indes et qui étaient destinés à être transformés en monnaie. Dans la négociation de cette dernière étaient impliqués des intermédiaires professionnels, les *compradores de oro y plata*⁵.

La spéculation sur l'or et l'argent était, dans la ville andalouse, une activité très répandue, avec pour résultat que le commerce transatlantique convertit Séville de place commerciale à marché financier où des contrats financiers d'avant-garde, de change et d'assurance étaient expérimentés, sur lesquels a écrit abondamment (et de manière significative en castillan) Tomàs de Mercado dans sa *Suma de tratos y contratos*.

Séville est donc le pivot d'un commerce soutenu par le crédit, national et international, dans lequel la ville devient « centro y Bolsa de especulaciones capitalistas »⁶.

En effet, les importants fonds d'archives andalous montrent clairement comment les opérations de spéculation sur les modifications du prix de l'argent et des biens, des taux d'intérêts sur les devises, ainsi que les opérations économiques basées sur la prévisibilité ou non de certains phénomènes ne concernent pas seulement les marchands et les banquiers professionnels, mais une ample couche de la population, qui dans le cas de Séville couvrait une large part de la population de la ville⁷. Effectivement sous le règne de Felipe II, à savoir au cours de la seconde moitié du XVI^e siècle, l'Espagne bénéficie d'une vague de prospérité dont profitent en particulier l'Andalousie et la Castille. Le trafic commercial entre Séville (port fluvial avec un monopole sur les départs et arrivées transatlantiques)

5. « Si vais a Génova, Roma, Amberes, Venecia y Napoles, veréis en la calle de los banqueros y cambiadores, sin exageración, tantos montones de escudos y coronas acunados en Sevilla, como hay en San Salvador o en Arenal de melones » : T. DE MERCADO, *Suma de tratos y contratos*, Sevilla, 1571 (2^e éd. étendue) ; la première édition fut publiée à Salamanque en 1569.

6. A. M. BERNAL RODRIGUEZ, *La financiación de la Carrera de Indias, dinero y crédito en el comercio colonial español con América*, Sevilla, 1993, p. 198.

7. *Il mercato del credito in età moderna. Reti e operatori finanziari nello spazio europeo*, E. M. GARCIA GUERRA et G. DE LUCA (éd.), Milano, 2010 ; *Dinero, moneda y crédito en la monarquía hispánica*, A. M. BERNAL RODRIGUEZ (éd.), Madrid, 2000 ; L. BRUNORI, « Ventes à crédit et spéculation au *Siglo de Oro* à travers le regard d'un des premiers juristes du marché globalisé : Tomás de Mercado et sa *Suma de tratos y contratos* (1569) », *Revue des contrats*, 3 (2016), p. 521-527.

et les Amériques croît à un rythme impressionnant, accompagné toutefois d'une inflation rapide et de changements soudains des prix⁸. D'énormes richesses donc, mais aussi une forte instabilité et un important aléa, caractérisent la dimension commerciale de l'Espagne (et en particulier de l'Andalousie) au XVI^e siècle⁹.

Dans ce contexte, ces sont les particuliers qui prennent l'initiative entrepreneuriale et qui développent les activités commerciales et financières par le biais d'une intense activité contractuelle¹⁰.

I. Des outils juridiques contre l'impondérabilité

La pratique contractuelle de l'époque reflète l'attitude des opérateurs économiques vis-à-vis d'une telle impondérabilité : d'une part, ils essaient d'exploiter au maximum les possibilités offertes par l'imprévisibilité – par des accords plus ou moins aléatoires et des opérations plus ou moins risquées – mais, en même temps, tendent plus que jamais à renforcer les outils de protection envers les conséquences inattendues et incalculables de ces opérations¹¹.

De toutes les conséquences, l'une des plus désastreuses était certainement celle de l'insolvabilité inattendue d'une ou de plusieurs parties du contrat. Pour cette raison, la gestion du risque contractuel – en particulier du risque d'inexécution ou de retard¹² – devient un élément dominant de la pratique contractuelle andalouse du XVI^e siècle.

Les archives notariales sévillanes montrent que c'était le plus grand souci de tout arrangement contractuel de se prémunir contre des inexécutions inattendues.

8. E. OTTE SANDER, *Sevilla, siglo XVI : materiales para su historia económica*, A. M. BERNAL RODRIGUEZ *et alii* (éd.), Sevilla, 2008.

9. E. J. HAMILTON, *El tesoro americano y la revolución de los precios en España, 1501-1650*, Cambridge [MASS.], 1934 ; J. NADAL OLLER, « La revolución de los precios españoles en el siglo XVI », *Hispania : Revista española de historia*, 77 (1959), p. 503-529.

10. *Práctica notarial en Andalucía (siglos XIII-XVII)*, P. OSTOS-SALCEDO (éd.), Sevilla, 2014 ; L. NAVARRO GARCIA, « El Puerto de Sevilla a fines del siglo XVI », *Archivo Hispalense*, 45 (1966), p. 141-178 ; E. TRUEBA, *Sevilla maritime. Siglo XVI*, Sevilla, 1990 ; *Vivir el siglo de oro. Poder, cultura e historia en la época moderna*, B. BENASSAR (éd.), Salamanca, 2003 ; G. SALINERO, *Une ville entre deux mondes : Trujillo d'Espagne et les Indes au XVI^e siècle : pour une histoire de la mobilité à l'époque moderne*, Madrid, 2006 ; E. CRAILSHIM, *The Spanish Connection : French and Flemish Merchant Networks in Seville*, Köln-Weimar, 2016.

11. E. VILCHES, *New World Gold : Cultural Anxiety and Monetary Disorder in Early Modern Spain*, Chicago-London, 2010 ; O. POPESCU, « Contribuciones indianas para el desarrollo de la teoría cuantitativa del dinero », in *Economía y economistas españoles*, E. FUENTES QUINTANA (éd.), Barcelona, 1999, II, p. 209-241.

12. M.-A. DAILLANT, *Le retard dans l'exécution des contrats (XII^e-XIX^e siècle). Contribution historique à l'étude de la responsabilité contractuelle*, Bayonne, 2017.

Cette préoccupation se traduit par une profusion de sûretés réelles et personnelles qui peuvent être considérées comme une constante des contrats sévillans du XVI^e siècle¹³.

Le texte analysé dans cette contribution est un échantillon particulièrement représentatif de la manière dont cette gestion précoce de l'éventualité d'une inexécution, qui était imprévisible au moment de la signature du contrat, était l'un des éléments principaux de l'équilibre contractuel.

Mais il y a plus : le besoin de stabilité dans la pratique des négociations dans un contexte de grande incertitude, se traduit aussi par la nécessité d'un degré élevé de certitude sur l'origine et le contenu de l'acte, sur l'identité des parties qui l'ont signé, et sur tous les détails (la date, la capacité des parties...) qui peuvent être essentiels pour la gestion future de la relation contractuelle.

1. La *Real Casa de la Contratación*

L'exigence de certitude et de prévention des éventualités les plus imprévisibles s'exprime non seulement sur le plan individuel, mais également sur le plan de la supervision publique de l'activité contractuelle. Les autorités publiques prennent en charge au niveau institutionnel ~~le bon fonctionnement de~~ l'encadrement de la pratique contractuelle perçue comme un intérêt pour l'ensemble de la communauté qui tire avantage de l'accessibilité des actes de négociation et de la fiabilité de leur rédaction matérielle. Cela s'exprime, d'une part, par la création à Séville de la *Real Casa de la Contratación*, et, d'autre part, par la réforme de l'exercice de la profession notariale.

Les deux aspects mentionnés ci-dessus, à savoir l'abondance (sinon la surabondance) des garanties contenues dans les arrangements contractuels de l'époque, ainsi que le renforcement de la solidité de l'acte contractuel en tant que moyen de connaissance et d'opposabilité (aux parties et aux tiers) du régime de négociation, sont les deux faces d'une même pièce : dans un contexte économique extrêmement instable et imprévisible, le droit, tant privé que public, est appelé à assumer un rôle de limitation de l'imprévu et de protection contre l'imprévisible.

Les deux manifestations les plus évidentes de la préoccupation publique pour la fiabilité et la stabilité de l'activité contractuelle et commerciale, se manifestent dans le rôle attribué par les pouvoirs publics à la *Casa de la Contratación* de Séville et dans la réforme royale de l'activité notariale. La *Real Casa de la Contratación* fut créée en 1503 par les souverains castillans dans le but de développer, organiser et contrôler le trafic avec les Amériques. Les compétences de la *Casa de la Contratación* étaient très larges ; ses fonctionnaires, directement dépendants de

13. J.-M. THIVEAUD, « Le risque et son prix : genèse d'un concept et de son évaluation juridico-financière (XIV^e-XVII^e siècles) », *Revue d'économie financière*, 37 (1996), p. 253-274.

la Couronne, géraient toute l'organisation de l'activité mercantile au départ de Séville : ils avaient la compétence exclusive, par exemple, d'octroyer l'autorisation obligatoire pour le départ des bateaux et de personnes pour les Indes, de percevoir les taxes commerciales (notamment la cinquième réel et les *taxa de avería*), de vérifier les charges au départ et à l'arrivée, juger les litiges commerciaux, contrôler le montant d'argent sortant et entrant en Espagne, ainsi que garder le matériel cartographique officiel¹⁴.

En ce qui concerne l'activité contractuelle elle-même, la *Casa de la Contratación* n'avait aucune compétence technique dans la rédaction des contrats ~~elle-même~~, mais devait se limiter à créer les meilleures conditions pour l'activité de négociation privée : « proveer todas las cosas necesarias para la contratación de las Indias »¹⁵, c'était la tâche qui lui était confiée par les ordonnances de son établissement. Cependant, la *Casa de la Contratación* eut un très fort impact sur l'évolution des formes contractuelles de l'époque. Cela se produit parce que **la** *Casa de la Contratación* finit par imposer des modèles de négociation qui furent adoptés non seulement dans l'activité contractuelle liée au commerce avec les Amériques, mais au sein de toute activité commerciale en général¹⁶.

En effet, afin de garantir la certitude et la stabilité des contrats mercantiles, tous les contrats ayant pour objet le commerce avec les Amériques devaient être enregistrés dans le *Libro de Protocolos* de la *Casa de la Contratación*. Cela permit à la *Casa* d'avoir une large visibilité sur l'activité contractuelle de l'époque et de collaborer avec les notaires de la ville. En effet, la *Casa de la Contratación* maintenait un contact permanent avec les notaires sévillans qui, de manière significative, avaient leurs études dans les locaux adjacents à l'établissement royal. Le dialogue avec le monde notarial était si intense que la *Casa* alla même jusqu'à composer

14. C. PETIT, *Historia del derecho mercantil*, Madrid, 2016, p. 132-142 ; A. B. FERNANDEZ CASTRO, « A Transnational Empire Built on Law : The Case of the Commercial Jurisprudence of the House of Trade of Seville (1583-1598) », in *Entanglements in Legal History : Conceptual Approaches*, T. DUVE (éd.), Berlin, 2004, p. 187-202 ; A. ACOSTA RODRÍGUEZ, A. L. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, E. VILA VILAR, *La Casa de la Contratación y la navegación entre España y las Indias*, Sevilla, 2003.

15. *Ordenanzas para la Casa de Contratación de Sevilla, para las Indias, las islas Canarias y el África atlántica*, Alcalá de Henares, 1503.

16. Les raisons de ce phénomène sont multiples. D'une part, les vastes compétences de la *Casa* eurent un tel impact sur l'activité commerciale des particuliers qu'une rechute de l'activité de la *Casa* sur l'activité contractuelle était en effet inévitable. D'un autre côté, certaines compétences particulières de la *Casa* lui permirent de forger entièrement certaines institutions juridiques. C'est le cas, par exemple, du prêt maritime : une *ordenanza* royale de 1510 confiait la totalité des compétences à la *Casa*, qui par conséquent façonna le prêt maritime en fonction des besoins du nouveau commerce transocéanique. Un rôle fondamental a également été joué par la juridiction de l'institution sévillane, puisque les particuliers et les notaires forcément avaient la tendance à s'adapter à sa jurisprudence : C. PETIT, *Historia del derecho mercantil...* (cf. n. 14), p. 132-142.

des guides pour la rédaction de contrats commerciaux, guides qui rejoignaient les formes notariales dans la pratique contractuelle de l'époque.

2. La réorganisation de la profession notariale

Ce n'est bien sûr pas un hasard si la même année de l'établissement de la *Casa de la Contratación*, en 1503, les rois catholiques procédèrent non seulement à la réorganisation de la profession notariale en en faisant une fonction publique, mais aussi à une réforme majeure des règles de rédaction et de tenue des dossiers¹⁷. Grâce à cette réforme, qui a essentiellement régi le notaire espagnol jusqu'au XIX^e siècle¹⁸, l'accès aux documents et la certitude quant à leur contenu et à leur origine ont été nettement améliorés, introduisant, entre autres éléments, l'obligation de tenir des registres notariés, les *protocolos*, qui constituent encore aujourd'hui une source extrêmement riche et fiable pour le spécialiste du droit privé du XVI^e siècle. La *Pragmática de Alcalá* de 1503 prévoyait que le notaire compilait et conservait dans ses *protocolos* une copie intégrale authentique du texte ~~intégral~~ du contrat (contrairement à la pratique médiévale de ne noter que les données essentielles) assurant aux parties et aux tiers un plus grand degré de certitude en cas de différends futurs¹⁹.

L'acte était signé par le notaire qui y apposait son propre *sympole* et qui faisait signer les témoins. Pour conférer une plus grande fiabilité aux documents destinés à déployer leurs effets dans des lieux extrêmement éloignés (les Indes en particulier), la pratique consistant à renforcer l'authenticité du notaire par le biais de l'ajout deux signatures supplémentaires de scribes publics ~~de~~ se répandit rapidement²⁰.

L'importance des notaires à Séville au cours du XVI^e siècle ne cesse d'augmenter au rythme de l'accroissement du rôle commercial de la ville. Il n'y a donc aucun doute que les *Protocolos* Sévillans renvoient fidèlement à une réalité contractuelle qui représentait le pivot du nouveau commerce du début des temps modernes.

L'énorme richesse des *Archivos de Protocolos* témoigne non seulement de la grande vivacité commerciale de la ville de Séville, mais aussi de l'évolution d'un

17. E. B. PONDÉ, « Leyes genéticas y configurativas del notariado y documento notarial », *Revista A.E.U.*, 63 (1977), p. 415-444 ; **A. RODRIGUEZ ADRADO**, « La Pragmática de Alcalá, entre las Partidas y la Ley del Notariado », in *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Madrid, 1991, p. 517, 813 ; *Práctica notarial...* (cf. n. 10).

18. J. BONO, *Historia del Derecho notarial español*, Madrid, 1982.

19. Á. RIESCO TERRERO, « Real Provisión de Ordenanzas de Isabel I de Castilla (Alcalá, 7-11-1503) con normas precisas para la elaboración del registro público notarial y la expedición de copias autenticadas », *Documenta & Istrumenta*, 1 (2004), p. 47-79.

20. *Práctica notarial...* (cf. n. 10), p. 22-23. *Id.*, p. 24 sur les nouvelles règles introduites en 1503 pour la délivrance de copies certifiées conformes.

système contractuel dans lequel les garanties de stabilité et de sécurité deviennent des éléments prépondérants dans un contexte, certainement très tentant pour les opérateurs économiques mais aussi extrêmement risqué et imprévisible²¹.

L'analyse d'un contrat inédit particulièrement significatif à cet égard, permet de montrer la réponse de la pratique du XVI^e siècle au besoin de stabilité des agencements contractuels et de protection contre les inexécutions futures.

II. Un contrat de *compañía* établi à Séville en 1568

Le document présenté ci-après est un contrat de société commerciale pour la production et le commerce de tissus conclu à Séville le 6 octobre 1568 dans l'étude (*oficio*) du notaire Diego de la Barrera Farfan et expressément nommé *compañía*²².

Pour notre propos, il est intéressant de noter qu'en ce qui concerne l'équilibre de la teneur contractuelle, une fois les parties identifiées et les clauses de structuration du pacte établies, toute la seconde moitié du texte est consacrée aux garanties de bonne exécution du contrat par les parties ainsi que par leurs garants qui sont également présents devant le notaire.

1. Un *socius stans*, un *socius tractans*

La première partie du document comprend les accords entre les parties concernant la structure de la société et les obligations réciproques des associés.

Le texte s'ouvre sur la formule rituelle d'identification des parties et d'indication de leur domicile respectif. En l'espèce, il s'agit de la création d'une petite société formée de deux associés, Fernando Gutierrez et Baltazar Volante. L'une des parties contractantes, Fernando Gutiérrez, est âgé de moins de 25 ans et doit donc agir en vertu de l'autorisation de contracter accordée par son père Geronimo²³. Le

21. Un exemple de l'adaptation de la pratique contractuelle à la nécessité d'un renouvellement de la gestion du risque est le « prêt à la grosse aventure », également appelé *préstamo a riesgo marítimo*, contrat aléatoire conditionné au succès de l'expédition navale, où le risque pendant toute la traversée incombe au prêteur et non à l'emprunteur. Le cas le plus célèbre est le prêt à la grosse aventure stipulé entre Isabelle la Catholique et Christophe Colomb dans les *Capitulaciones de Santa Fe* : M. D. ROJAS VACA, « La práctica marítimo-mercantil », in *Práctica notarial...* (cf. n. 10), p. 351-379 ; L. ROJAS DONAT, « Las Capitulaciones de Santa Fe : En torno a una polémica », *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 15 (1992-1993), p. 253-263.

22. Archivos de Protocolos de Sevilla, Oficio 1, 1568, Libro 3, fol. 1145 à 1146v.

23. « Sepan quantos esta carta vieren como yo Fernando Gutierrez hijo de Geronimo Gutierrez vecino que soy de esta ciudad de Sevilla en la collacion de san Lorenzo con

père de Fernando est présent à l'acte et le signe avec sa femme Isabel. La présence des parents est nécessaire non seulement en raison de l'indispensable autorisation paternelle de stipuler l'acte, mais aussi parce que les parents de Fernando jouent un rôle fondamental dans l'équilibre contractuel, puisqu'ils sont, comme on le verra plus loin, les principaux garants de l'exécution future de la part de leur fils.

Fernando Gutiérrez et Baltazar Volante jouent deux rôles très différents au sein de la société. Fernando Gutiérrez est celui que la doctrine appelle *socius tractans* (ou *tractator*²⁴ ou *procertans*²⁵), l'associé dont la contribution n'est pas constituée en argent (ou l'est dans une mesure secondaire) mais plutôt dans des activités pour la réalisation de l'objet social. Baltazar Volante participe, quant à lui, exclusivement avec une contribution en espèces : il est le *socius stans*²⁶, l'associé bailleur des fonds, qui ne participe pas à la gestion concrète de l'activité de la société, se limitant à la financer et à attendre la distribution des bénéfices. La somme conférée par Baltazar est par ailleurs importante, il a par conséquent un intérêt considérable à se protéger contre une mauvaise gestion future par le *socius tractans* ou simplement contre les éventualités les plus diverses qui pourraient mettre Fernando dans une position de ne pas pouvoir honorer ses engagements. Baltazar Volante exige donc des garanties très solides concernant la bonne exécution des obligations contractuelles de Fernando Gutiérrez²⁷.

L'obligation assumée par Baltazar Volante est donc d'apporter un capital en argent dont le montant est expressément mentionné dans l'acte : « treize ducados que valen seiciento y diez dineros e quinze maraveis »²⁸ qui sont remis à Fernando

licencia e autoridad del dicho Geronimo Gutierrez my padre [...] por ende yo el dicho Fernando Gutierrez con la dicha licencia otorgo e conozco que recibo de vos Baltazar Volante vecino de esta ciudad de Sevilla que esta presente » (lignes 1-12). Sur la capacité du mineur et l'autorisation paternelle à accomplir des actes juridiques : E. GACTO FERNÁNDEZ, « El marco jurídico de la familia castellana : Edad Moderna », *Historia. Instituciones. Documentos*, 11 (1984), p. 37-66.

24. M. WEBER, *Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter*, 1889 (éd. consultée : *The History of commercial Partnerships in the Middle Age*, trad. L. KALBER, Boston, 2003).

25. F. BRAUDEL, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme (XV^e-XVIII^e siècles)*, Paris, 1979.

26. T. DE MERCADO explique : « En estas compañías, unas vezes ponen todos dineros y trabajo, otras se reparte el puesto, que unos ponen dineros, otros lo negocian y tratan », *Suma...* (cf. n. 5), p. 50.

27. La figure du *socius stans*, bien que très problématique pour la doctrine du XVI^e siècle en raison de ses possibles consonances avec les positions usurières, était en constante augmentation dans la pratique mercantile de l'époque en raison la nécessité de financer des expéditions extrêmement coûteuses et très risquées. La présence croissante de ce type d'associés dans les sociétés commerciales du XVI^e siècle est un indice très important du passage d'un modèle généralisé de société de personne à un nouveau modèle de sociétés de capitaux : L. BRUNORI, *Societas quid sit. La société commerciale dans la réflexion de la Seconde Scolastique*, Paris, 2015.

28. Lignes 13-14.

Gutiérrez au moment de la signature de l'acte et donc en présence du notaire et des témoins.

De son côté, les prestations auxquelles Fernando Gutiérrez s'engage concernent la gestion effective des activités de la société. Il s'oblige notamment à acheter des textiles et à faire exécuter des tissus, et ensuite à les revendre au meilleur prix possible²⁹. Il s'engage également à mener d'autres activités annexes, telles que la tenue de livres comptables et la présentation régulière des comptes³⁰.

Une fois que les prestations dues par les membres ont été établies, les critères d'attribution des gains et des pertes sont indiqués : $\frac{3}{4}$ pour Baltazar Volante et $\frac{1}{4}$ pour Fernando Gutiérrez³¹.

Cette première partie relative à la structure de la société est plutôt sobre et occupe un espace réduit, un peu plus d'une page, comparé à celui réservé aux garanties, auxquelles les trois dernières pages des quatre pages du document sont presque entièrement consacrées.

2. Sûretés personnelles, sûretés réelles et une profusion de clauses de renonciation

Les garanties données à Baltazar Volante sont très conséquentes et de diverses natures. Dans certains cas, elles sont redondantes et surabondantes, confirmant une attitude de grande attention à couvrir tout type de risque futur, même au-delà de toute prévision raisonnable³². À cette fin les parents de Ferdinando

29. « si compraré la haré hazer telas de taftan y razo [...] que se carguen las dichas telas y el beneficio que aprovechamos de ellas con la diligencia que convenga [...] Dichas telas las vendere y tengo de vender de contratar a los mejores y más subidos precios que pudiere y hechas y vendidas unas telas haré otras y las venderé y así tengo de yr haciendo y que se pagan las dichas telas y las iré vendiendo » (lignes 21-29).

30. « y tengo que tener mi libro y cuenta y razon de los precios que hiziere y de las telas que tedere y de los precios a que las vindiere y de todo lo demàs necesario para que se sepa y entienda la verdad y lo que se haze en esto negocio por el qual dicho libro que así tengo de tener y [...] tengo que dar la quenta y la razòn la qual daré todas las veces y cada y quando se me pidiere en el dicho dia de pascua de navidad y despues quando se me pidiere sea obligado » (lignes 33-41).

31. « me obligo de acudir a vos el dicho Baltazar Volonte [...] con los dichos treize ducados que así recibo y con las tres quartas partes de la ganancia porque la otra quarta parte a de ser para mi el dicho Fernando Gutierrez y la tengo que aver yo por my solicitud y trabajo la qual dicha ganancia para ambas partes a de ser [...] puesto que ubiere beneficio [...] y compra y venta de la dicha seda y telas que de ellas tengo y si perdida ubiere, lo Dios no quiere, se parta como se ubiera de partir la ganancia si la ubiera » (lignes 41-52).

32. J. GILISEN, « Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles. Essai de synthèse générale », *in* *Les sûretés personnelles*, Bruxelles, I, 1974.

Gutiérrez, Geronimo et Isabel³³, sont présents à l'acte qu'ils signent en tant que garants, puisque c'est sur leur patrimoine que pèseront les garanties offertes à l'associé de leur fils : « son conmigo por mis fiadores el dicho Geronimo Gutiérrez my padre e Ysabel Gutierrez su muger »³⁴.

Comme indiqué, les garanties offertes sont nombreuses et différenciées, selon une stratégie qui semble couvrir tout type de risque de perte patrimoniale par les garants. Cette différenciation vient aussi du renoncement à toutes les formes possibles de limitation de responsabilité dont les garants pourraient bénéficier dans le futur. En effet, tout d'abord, Geronimo et Isabel Gutiérrez renoncent expressément à toute exonération éventuelle de leur responsabilité solidaire en se déclarant expressément responsables *in solidum*. Cette déclaration formelle est conforme au principe général selon lequel l'obligation solidaire doit être explicitement manifestée ; la déclaration des deux époux est exprimée sous une forme globale qui, en elle-même, dissoudrait tout doute sur la solidarité passive de Geronimo et Isabel Gutiérrez. Toutefois, ils rassurent encore davantage l'associé de leur fils en renonçant expressément aux exceptions procédurales qui pourraient être soulevées conjointement et solidairement par les débiteurs en cas d'exécution forcée : en particulier, ils renoncent à l'utilisation future de l'exception de *duobus reis debendi* qui permettrait à chacun d'entre eux d'éviter le paiement jusqu'à ce que les autres débiteurs ne soient pas exécutés pour leur part ; ils renoncent également au *beneficium divisionis*, à savoir à la possibilité pour tout garant convenu par le créancier pour obtenir le paiement de la totalité de la créance, de demander au créancier de réduire l'action dans les limites de ce qui est dû *pro quota* par le garant³⁵.

Geronimo et Isabel ajoutent ensuite une clause très large pour indiquer qu'ils se portent garants pour tout type d'obligation assumée par leur fils Fernando par la signature du contrat de société : « hacemos de nogocio ajeno nuestro proprio nos obligamos que el dicho Fernando Gutiérrez pagará e cumplira todo lo que de suso se contiene a que esta obligado segun como en esta escritura se declara »³⁶.

Pour renforcer encore la confiance de Baltasar Volante à propos de la correcte exécution du contrat, les deux garants signent également un certain nombre de

33. Isabel Gutiérrez également agit en vertu de l'autorisation de la part de Geronimo Gutiérrez, son mari : « yo la dicha Ysabel Gutierrez con licencia del dicho mi marido que esta presente la qual licencia me da para lo que sera contenido e yo el dicho Geronimo Gutierrez otorgo e doy y concedo la dicha licencia a vos la dicha muger segun por vos me la as pedida e demandada » (lignes 60-65).

34. Lignes 55-57.

35. « uno y cada uno de nos por sy e por el todo renonciamos la ley de duobus reis debendi y el beneficio de la division otorgamos e conocemos que salimos e nos costuimos por fiadores del dicho Fernando Gutierrez y con el de mancomunidad de uno y cada uno de nos por el todo renonciamos la ley de duobus reis debendi y el beneficio de la division » (lignes 66-72).

36. Lignes 74-77.

clauses de renonciation supplémentaires visant à rassurer l'associé de leur fils sur le fait qu'ils ne se déroberont pas à leurs engagements. Ce type de clauses est très courant dans la pratique contractuelle du XVI^e siècle et peut être considéré comme une constante structurelle des pactes entre particuliers. En l'espèce, il s'agit d'abord et avant tout d'une clause générale de renonciation à toute action ou exception en justice afin de réduire ou d'annuler leur responsabilité solidaire³⁷ ; puis suit une clause de renonciation à bénéficier de toute discipline présente et future dérogeant à l'ordre contractuel ; enfin – faisant preuve d'une attitude plus que désinvolte à l'égard du système de sources de droit – les garants déclarent qu'en tout état de cause ils renoncent à utiliser les lois qui les empêchent d'utiliser une renonciation générale au bénéfice des lois les plus favorables : « y renunciamos todas y qualquier leyes fueros y derechos que sean en nuestro favor y la ley y el derecho que dice que general renunciacion hecha de leyes no vale »³⁸.

De plus, Geronimo et Isabel Gutiérrez ne se limitent pas à souscrire la formule « obligamos nuestras personas »³⁹, mais ils ajoutent une certitude supplémentaire à leur prise en charge de l'exécution du contrat en déclarant expressément qu'ils sont tenus sur tous leurs biens présents et futurs⁴⁰.

La constitution de sûretés réelles est, comme on le sait, la meilleure mesure contre l'inexécution éventuelle de l'une des parties⁴¹, et dans le cas d'espèce, les deux garants en offrent d'excellentes à l'associé de leur fils. Ce sont des sûretés de diverses natures, situées dans des lieux différents et soumises à des régimes juridiques différents. Nous pouvons à nouveau apprécier la stratégie de diversification des risques qui se reflète dans la variété et la multiformité des garanties offertes.

En effet, les deux garants établissent une hypothèque sur deux types de biens.

La première hypothèque est extrêmement intéressante car elle est établie sur des *juros*, titres de la dette publique de la Couronne de Castille⁴² dont la valeur

37. « nuestros fiadores y obligados de man comun con diligencia lo pagaremos e cumpliremos e nos obligamos a las pagar e cumplir a tiempo y plazo y su la pena y segun y como el dicho Fernando Gutiérrez esta obligado y todas las dichas partes damos poder cumplido y bastante a todos y qualquier jueces y justicias de qualquier fuero y jurisdicción que sean para que por todos los remedios y rigores de derecho y via executiva como en otra manera nos compelen y apremien a lo así pagar y cumplir y así por firme como si fuese pasado en el pleito por demanda y por respuesta y fuese sobre ello dada sentencia definitiva y la sentencia fuese por consentida y pasada en cosa juzgada » (lignes 78-91).

38. Lignes 91-94.

39. Ligne 94.

40. « obligamos nuestras personas y bienes avidos y por aber », (lignes 94-95).

41. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1979, spéc. p. 11-15.

42. A. CASTILLO PINTADO, « Los juros de Castilla. Apogeo y fin de un instrumento de crédito », *Hispania*, 23 (1963), p. 43-70 ; P. TOBOSO SANCHEZ, *La deuda pública castellana durante el Antiguo Régimen (Juros)*, Madrid, 1987 ; A. MARCOS MARTÍN, « Deuda pública, fiscalidad y arbitrios en la Corona de Castilla durante los siglos XVI y XVII », *in*

précise est énoncée et rapportée dans le texte du contrat⁴³. Geronimo et Isabel indiquent également que ces titres sont déposés à la *Casa de la Contratación* à Séville, confirmant ainsi l'importance de cette institution pour la stabilité et la sécurité du trafic commercial de l'époque, y compris en ce qui concerne le marché du crédit⁴⁴.

À l'hypothèque sur les titres de la dette publique, les deux époux ajoutent une hypothèque sur un bien immobilier, constitué de terrains situés aux portes de Séville, cultivés avec des oliviers et soumis à un bail agricole⁴⁵.

~~Redondante (parce que déjà absorbée par le système des hypothèques) mais rassurante, est la déclaration des deux donneurs d'hypothèque par laquelle ils s'engagent à ne pas vendre les *juros* ou le terrain sujets à l'hypothèque, ni à en disposer de quelque manière que ce soit jusqu'à ce que les obligations contractuelles soient pleinement remplies⁴⁶. Cette dernière clause, ~~surabondante~~, nous permet une nouvelle fois de voir comment la pratique commerciale du XVI^e siècle se caractérise par une profusion de clauses de garantie visant à rendre le négoce le plus solide et le plus sûr possible par rapport aux parties et aux tiers.~~

Cela est particulièrement vrai pour les contrats des sociétés commerciales, qui étaient très nombreux à Séville à l'époque, comme le montrent les archives notariales. Il ressort de la lecture de ces contrats que la principale préoccupation des parties n'était pas tant de protéger les personnes des associés, mais plutôt de sauvegarder le patrimoine de la société, en la gardant libre de toute perte ou manque à gagner. En dépendaient la stabilité et la longévité de la société, aspects dont l'importance s'accroît progressivement au fur et à mesure que les échanges deviennent de plus en plus de longue distance et de long terme⁴⁷.

Banca, Crédito y Capital. La Monarquía Hispánica y los antiguos Países Bajos (1505-1700), C. SANZ AYÁN – J. GARCÍA GARCÍA (éd.), Madrid, 2006, p. 345-375 ; particulièrement sur le marché des titres de la dette publique à Séville : E. OTTE, « Sevilla, plaza bancaria europea en el siglo XVI », in *Dinero y Crédito (siglos XVI al XIX)*, A. OTAZU (éd.), Madrid, 1978, p. 89-112 ; M. ULLOA, *La Hacienda Real de Castilla en el reinado de Felipe II*, 2^e éd. Madrid, 1977 ; M. ARTOLA, *La hacienda del Antiguo Régimen*. Madrid, 1982 ; J. E. GELABERT, *La Bolsa del rey. Rey, reino y fisco en Castilla (1598-1648)*, Barcelona, 1997.

43. « nos obligamos e ypostecamos dos juros que nos los dichos Geronimo Gutiérrez e Ysabel Gutierrez su muger tenemos situados en la Casa de la Contratación de las Indias en esta ciudad de Sevilla qual principal dellos valen mil maravedis cadauno y cinquenta mil maravedis » (lignes 97-100).

44. F. RUIZ MARTÍN, « Un expediente financiero entre 1560 y 1575. La Hacienda de Felipe II y la Casa de Contratación de Sevilla », *Moneda y Crédito*, 92 (1965), p. 3-58.

45. « y más una heredad [...] en termino de esta ciudad de sevilla cerca del monasterio de san geronimo [...] con olivares con heredamiento de terra » (lignes 100-103).

46. « no podemos vender ni los dichos juros ni la dicha heredad ni disponer dellos de manera alguna hasta que sea pagado e cumplido lo contenido en esta escritura y si lo hizieremos que no valga e que la obligacion e ypoteca special no se derogue al general » (lignes 103-106).

47. L. BRUNORI, *Societas quid sit...* (cf. n. 27), *passim*.

Quant aux clauses de renonciation, il est intéressant de noter que, outre les clauses générales de renonciation, telles que celles analysées ci-dessus, les clauses de renonciation à un avantage découlant des conditions personnelles des parties sont extrêmement fréquentes dans la pratique contractuelle de l'époque. Le contrat en question, ayant la particularité d'impliquer à la fois un mineur et une femme mariée, nous permet d'apprécier pleinement le rôle joué par ces clauses « personnelles » de renonciation, très fréquentes et pratiquement rituelles dans le contrat du XVI^e siècle.

À cet égard, il convient d'ajouter qu'il est également rituel pour les mineurs et les femmes de prêter serment, afin de renforcer la confiance des autres parties dans le sérieux de leurs engagements. Le texte étudié ici détaille le serment prêté par Fernando (moins de vingt-cinq ans) et Isabel (femme mariée) de remplir correctement toutes les obligations contenues dans le contrat⁴⁸.

Le serment est suivi par d'importantes clauses de renonciation à la protection renforcée du patrimoine dont Fernando jouit en tant que mineur et dont Isabel jouit en tant que femme mariée. Ce sont des clauses essentielles pour Baltasar Volante, qui souhaite se prémunir contre une éventuelle réduction des actifs sur lesquels il pourra se satisfaire en cas d'inexécution future. Par conséquent Isabel Gutierrez renonce explicitement à la protection des ses biens dotaux et paraphernaux, dont l'hypothèque était théoriquement interdite⁴⁹, ainsi que des biens reçus par héritage⁵⁰. De même, elle renonce expressément à toute disposition du droit romain ou castillan (mentionnant en particulier les *Leyes de Toro*) qui pourrait, en raison de son statut de femme mariée, l'exempter en tout ou partie de ses obligations contractuelles, conformément à une formule générale couramment utilisée dans la pratique contractuelle de l'époque⁵¹.

48. « Y yo la dicha Ysabel Gutierrez porque soy casada e yo el dicho Fernando Gutierrez porque soy de la edad de ventedos años y menor de venteicinco juramos ambos por Dios y por Santa Maria y por las palabras de los santos evangelios y por la señal de la cruz que cada uno de nosotros hace corporalmente con las dos manos en virtud del cual otorgamos y prometimos y nos obligamos de estar y pagar por este contrato de lo tener y guardar y cumplir y aver por firme » (lignes 107-114).

49. *Tomar estado. Dotes e casamentos : séculos XVI-XIX*, M. M. LOBO DE ARAÚJO – A. ESTEVES (éd.), Porto, 2010 ; F. GARCIA GONZALEZ, *La historia de la familia en la Península Ibérica (siglos XVI-XIX) : Balance regional y perspectivas*, Madrid, 2008 ; E. GACTO FERNÁNDEZ, « El marco jurídico... » (cf. n. 23), p. 45-52.

50. « yo la dicha Ysabel Gutierrez no me opondre por mi dote ni para algun bienes heredatos ni multiplicados ni parafrenales ni por otros titulos e derechos algunos y declaro que lo hago de mi grado y buena voluntad y que no he sido forçada ni apremiada por el dicho mi marido ni por otra persona alguna » (lignes 115-120).

51. « yo la dicha Ysabel Gutierrez renuncio las leyes de los imperatores justiniano y Veliano y las Nuevas constituciones y leyes de Toro que son en favor de las mugeres que no me valan en esta razon por quanto de ellos y de sus effectos me apercebio el escribano publico » (lignes 125-129).

De son côté, Fernando Gutiérrez, âgé de moins de vingt-cinq ans, déclare renoncer à toute prescription qui lui serait favorable à raison de sa minorité ; en particulier, il déclare renoncer à la possibilité de demander la *restitutio in integrum* dont il pourrait bénéficier⁵².

Finalement, Isabel et Fernando déclarent qu'ils renoncent à tout type d'opposition ou de demande de résiliation du contrat et promettent à l'avance de ne pas l'utiliser si le droit de résilier le contrat leur est accordé à l'avenir⁵³.

Ensuite, le notaire constate la remise d'argent par Baltazar Volante à Fernando Gutierrez, et procède à la datation et à la signature du document souscrit par les témoins et les parties, à l'exception d'Isabel Gutiérrez qui déclare ne pas savoir écrire, ce qui explique pourquoi ce sont les témoins eux-mêmes qui signent pour elle. Il y a donc certitude du contenu et de la date de l'acte, de l'identité des parties et des garants, ainsi que de la remise de l'argent.

Une copie de l'acte est remise aux parties et une autre est insérée dans le *protocolo* du notaire Diego Barrera Farfan où il est encore conservé dans un excellent état⁵⁴.

52. « el dicho Fernando Gutierrez no allegarà memoria de edad ni pedir beneficio de restitucion in integrum » (lignes 120-122). Sur le bénéfice de la *restitutio in integrum* accordé au mineur de vingt-cinq ans : *Partidas*, 5, 10, 1 : « Pero si el menor de veinte cinco años entendiere que se le sigue daño de la compañía o que le hicieron entrar en ella engañosamente, puede pedir al juez del lugar que lo saque de ella ; e que le haga tornar en el estado en que era antes, sin su daño ; e el juez débelo hacer » ; voir sur ce point : J. MARTÍNEZ GIJÓN, *Historia del derecho mercantil*, Sevilla, 1999, p. 403-404.

53. « ambos a vos prometimos de no demandar resolucion ni absolucion de este juramento y se la pideremos o demandaremos que nos no sea dada ni concedida y si nos fuera prometimos de no gozar de ella » (lignes 122-125).

54. « el dicho Baltazar Volante dio y entrego los dichos treientos ducados al dicho Geronimo Gutierrez en dizientos y ochenta unas coronas y tres reales y el dicho Geronimo Gutierrez los recibi y llevò en su poder. Echa la carta en Sevilla en el oficio de mi Diego de la Barrera Farfan escribano publico miercoles seis dias del mes de octubre de 1568 e testigos Juan de Valserrana y Pedro Parral de Ribera escribanos de Sevilla los dichos Gernomimo Gutierrez y Hernan Gutierrez lo firmaron de sus nombres en el registro y porque la dicha Ysabel Gutierrez dijo que no sabe firmar firmaron por ella en registro los testigos y yo el escribano doy fee que conozco a los dichos otorgantes » (lignes 131-142).