



**HAL**  
open science

# Les racines religieuses du droit des contrats dans le Code civil

Christophe Quézel-Ambrunaz

► **To cite this version:**

Christophe Quézel-Ambrunaz. Les racines religieuses du droit des contrats dans le Code civil. Geneviève Pignarre. Le droit des obligations d'un siècle à l'autre, Dialogues autour de la réforme du titre III du livre III du Code civil, Institut Varenne, p. 77, 2016, 978-2-37032-081-0. hal-04408801

**HAL Id: hal-04408801**

**<https://hal.science/hal-04408801v1>**

Submitted on 22 Jan 2024

**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.

# Les racines religieuses du Code civil

Christophe Quézel-Ambrunaz

Maître de conférences à l'Université Savoie Mont Blanc, membre du  
CDPPOC (EA4143)<sup>1</sup>

**Indifférence du droit des contrats au fait religieux ?** À première vue, il paraît bien saugrenu d'imaginer que le droit des contrats ait des racines religieuses<sup>2</sup>. La surprise ne serait pas la même s'il s'agissait d'évoquer d'autres livres du Code Napoléon<sup>3</sup>, le droit des personnes<sup>4</sup> ou encore de la famille, dont on sait que l'évolution, notamment quant à l'acceptation du divorce, a été assez tributaire des relations entre l'Église et l'État : la filiation fait écho à la théologie de l'incarnation<sup>5</sup>, le mariage à la relation sponsale entre le Christ et l'Église<sup>6</sup>. Certes, l'on trouve le terme de *foi*, religieusement connoté, dans l'exigence de bonne foi, mais n'est-ce pas pure coïncidence ?

En outre, si l'évolution décrite par Henry Summer Maine, d'une transition de la loi au contrat<sup>7</sup> est exacte, l'on peut imaginer que le divin soit progressivement chassé : la loi vient d'en haut, dans une certaine verticalité, le contrat est horizontal, au niveau des hommes. Wagner dans son *Ring des Nibelungen*, fait des runes de la loi inscrites sur la lance de Wotan la source de son pouvoir, mais le contrat pour satisfaire la soif de l'or est à l'origine du crépuscule des dieux : les dieux eux-mêmes ne peuvent se dédire de leur parole.

Une certaine lecture de la somme théologique porte d'ailleurs cette subversion potentielle<sup>8</sup> : le contrat, certes dans certaines limites, est un instrument qui permet aux hommes de bouger les limites du juste et de l'injuste : il s'émanciperait d'un certain ordre divin.

---

<sup>1</sup> La forme orale de la présentation a, pour l'essentiel, été préservée.

<sup>2</sup> Toutefois, l'histoire du droit appelle à de tels parallèles. Voir notamment l'étude remarquable de M.-F. Renoux-Zagamé, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Droz, 1987. Et encore, A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, LGDJ, 1969.

<sup>3</sup> Sur le Code civil et la religion dans son histoire, en général, J. — F. Niort, *Homo civilis, Contribution à l'histoire du Code civil français*, t. I, PUAM 2004, p. 301 s.

<sup>4</sup> Sur le développement parallèle du droit et de la théologie, à propos de la notion de personne, A. Boureau, « Droit et théologie au XIII<sup>e</sup> siècle », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*. 47<sup>e</sup> année, N. 6, 1992. p. 1113-1125. En matière de lois bioéthiques, cf. B. Feuillet-Liger, Ph. Portier (dir.), *Droit, éthique et religion : de l'âge théologique à l'âge bioéthique*, Bruylant, 2011.

<sup>5</sup> Co 3, 18 ; He 1, 3.

<sup>6</sup> Ep 5, 25-31 ; Ap., 21, 2-3 ; en écho à Gn 2,24.

<sup>7</sup> Henry Summer Maine, *Ancient Law*, Johan Murray, 1861, p. 141.

<sup>8</sup> Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, Ia-IIae, Q. 105, spec. art. 2. Mais surtout, l'affirmation d'un rôle particulier de l'accord des volontés dans la dispute entre le juste et l'injuste : « *La volonté humaine peut, en vertu d'une convention commune, faire qu'une chose soit juste parmi celles qui d'elles-mêmes n'impliquent aucune opposition à la justice naturelle* », IIa-IIae, Q. 57, art. 2, sol. 2

En outre, il n'est nul besoin d'une quelconque justification transcendantale pour assurer la justification de l'obligatorité des conventions : le simple constat de l'existence d'une relation contractuelle de fait suffit, si l'on adhère à la thèse de Florent Viaud : « *tout contrat dont la finalité se réalise par l'exécution effective d'une prestation durable et impliquant un minimum de coopération présente une réalité matérielle dynamique appréhendable par la relation contractuelle de fait* » ; « *la relation contractuelle de fait traduit une réalité matérielle typique dont le poids social suffit à sa prise en considération juridique* »<sup>9</sup>.

Le droit des obligations paraît au contraire bien désincarné, et n'être que froide logique bien éloignée des préoccupations spirituelles. Le Code civil, dans la lignée non seulement de la Révolution mais encore des lumières, pourrait-il s'aligner sur des préceptes religieux ? La réponse semble a priori négative.

Certes, ce livre du Code est établi en entier sur le droit naturel, mais il semble que ce droit naturel soit épuré de référence divine. Grotius maintenait le droit naturel moderne « *Etiam si daremus Deus non esse* »<sup>10</sup> ; l'on avait relu Cicéron, et son « *Est quidem vera lex recta ratio [...]* »<sup>11</sup>. Mais cette raison s'inclina bien souvent devant la raison écrite de la codification justinienne, et il ne doit pas être oublié que le *Codex* du *Corpus Iuris Civilis* — Code d'un empire chrétien — s'ouvre sur la subdivision *De summa trinitate et de fide catholica*<sup>12</sup>.

**Le contrat dans la Bible.** Le terme d'Alliance, maintes fois repris ou figuré<sup>13</sup>, est un archétype contractuel divin. L'idée du pacte occupe parfois des chapitres entiers<sup>14</sup>. A ce contrat divin répond le pacte avec le démon, les livres de l'Ancien Testament<sup>15</sup> annonçant le mythe faustien. Entre ces deux extrêmes existe une zone trouble, certains contrats étant présentés comme dangereux : « *Celui qui cautionne autrui s'en trouve mal, Mais celui qui craint de s'engager est en sécurité* »<sup>16</sup>.

D'ailleurs, dans l'Ancien Testament, les paroles sont considérées comme des rets dangereux, particulièrement dans les contrats pour autrui du type du cautionnement, dont il faut essayer de se défaire si l'on a eu l'imprudance de se laisser prendre<sup>17</sup>. Les parjures sont

---

<sup>9</sup> F. Viaud, *La relation contractuelle de fait*, Th. Chambéry 2010, n° 173-176.

<sup>10</sup> H. Hugonis Grotii, *De Jure Belli ac Pacis, Parisiis*, Apud Nicalaum Buon, 1625, prol. §11.

<sup>11</sup> Cicéron, *De Re Publica*, Liv. III.

<sup>12</sup> Sur la christianisation de l'empire et ses conséquences, A. Leca, *Les métamorphoses du droit français*, Lexis Nexis, 2011, n° 18.

<sup>13</sup> Et notamment, Deutéronome, 29.

<sup>14</sup> Jérémie, 32.

<sup>15</sup> Voyez Job, 40, 27-28.

<sup>16</sup> Proverbes 11, 15. Voir aussi Proverbes, 22, 26.

<sup>17</sup> Proverbes, 6 : « 1. *Mon fils, si tu as cautionné ton prochain, Si tu t'es engagé pour autrui, 2 Si tu es enlacé par les paroles de ta bouche, Si tu es pris par les paroles de ta bouche, 3 Fais donc ceci, mon fils, dégage-toi, Puisque tu es tombé au pouvoir de ton prochain ; Va, prosterne-toi, et fais des instances auprès de lui ; 4 Ne*

rangés avec les menteurs, les voleurs d'hommes, les infâmes et les impudiques<sup>18</sup>. Si l'Ancien Testament conçoit que le contractant invoque le nom de Dieu<sup>19</sup>, ce qui donne une force immense à l'engagement<sup>20</sup>, le Nouveau déconseille une telle pratique<sup>21</sup>, mais donne la même force à la seule expression de la volonté :

*« Vous avez encore appris qu'il a été dit aux anciens : Tu ne te parjureras point, mais tu t'acquitteras envers le Seigneur de ce que tu as déclaré par serment. Mais moi, je vous dis de ne jurer aucunement, ni par le ciel, parce que c'est le trône de Dieu ; ni par la terre, parce que c'est son marchepied ; ni par Jérusalem, parce que c'est la ville du grand roi. Ne jure pas non plus par ta tête, car tu ne peux rendre blanc ou noir un seul cheveu. Que votre parole soit oui, oui, non, non ; ce qu'on y ajoute vient du malin »<sup>22</sup>.*

La vertu de la justice<sup>23</sup> est une règle irriguant les deux testaments, ainsi que l'enseignement de l'Église<sup>24</sup>.

**Les droits religieux.** La sourate 5 du Coran commence ainsi : *« Ô les croyants ! Remplissez fidèlement vos engagements »*, d'où il est tiré que le contrat est un acte pris en considération de la loi et licite ; ses règles ont été posées par les juristes islamiques en considération de la loi religieuse<sup>25</sup>. Le droit musulman raisonne à partir du contrat de vente instantanée, progressivement élargi et généralisé pour embrasser d'autres figures<sup>26</sup>. La validité du contrat dépend de prescriptions religieuses : le contrat ne peut être valide s'il est passé sur une chose impure selon le Coran — sauf à reconnaître pragmatiquement des assouplissements<sup>27</sup>. *« La formation du contrat ne requiert, en général, aucune formalité. [...] Le contrat est noué par la manifestation du consentement des parties »<sup>28</sup>.*

---

*donne ni sommeil à tes yeux, Ni assoupissement à tes paupières ; 5 Dégage-toi comme la gazelle de la main du chasseur, Comme l'oiseau de la main de l'oiseleur. »*

<sup>18</sup> 1 Timothée 1, 10.

<sup>19</sup> Deutéronome 2, 11 ; Deutéronome 6, 13. Lévitique, 19, 12

<sup>20</sup> Nombres 30, 2. Deutéronome 23, 21-23.

<sup>21</sup> Matthieu, 23, 16.

<sup>22</sup> Matthieu, 5, 33-37.

<sup>23</sup> Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, IIa-IIae, Q. 57 sq.

<sup>24</sup> Voyez déjà notamment Proverbes, 11, 1 : *« La balance faussée est en horreur à l'Éternel, Mais le poids juste lui est agréable ».*

<sup>25</sup> L. Millot, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Sirey, 1953, N° 788.

<sup>26</sup> L. Millot, *op. cit.*, N° 789-791.

<sup>27</sup> L. Millot, *op. cit.*, N° 792.

<sup>28</sup> L. Millot, *op. cit.*, N° 792. L'auteur note d'ailleurs, n° 799, que le libéralisme dans la formation du contrat apporté par l'absence de formalisme, est contrebalancé par *« un réseau serré de prohibitions, établi pour assurer*

Quant au droit hindou — et l'on sait que cet Orient-là est réticent devant les frontières des notions — les textes invoqués pour les règles sur les contrats (corpus découlant des *Arthasāstras* et *Dharmaśāstras*) sont d'origine divine, et articulés autour du concept de *rta* (la préservation de l'ordre cosmique<sup>29</sup> — qui, d'un point de vue étymologique dérive en *r̥na*, la dette<sup>30</sup>). Par exemple, les dettes spirituelles que les Brahmanes contractent en naissant et qu'ils acquittent en accomplissant les devoirs de leur caste sont traitées avec les dettes contractuelles ordinaires, les auteurs s'autorisant y compris des parallèles avec des textes romains<sup>31</sup>. D'ailleurs, pour se faire payer une dette, le recours en justice n'est envisagé que comme une possibilité parmi d'autres<sup>32</sup> : le premier des remèdes est de rappeler le *dharma* (devoir tant religieux que juridique) à son débiteur. Ce sont encore des raisons religieuses qui expliquent certainement la règle selon laquelle il convient d'acquitter les dettes de son père avant les siennes, et celles de son grand-père encore avant<sup>33</sup>. Des conséquences très pratiques peuvent être tirées du for transcendant au monde d'ici-bas : c'est pour des raisons religieuses encore que le cours des intérêts s'arrête lorsqu'ils ont fait doubler la dette, règle dont les juges français de Pondichéry ont restreint la portée<sup>34</sup>.

**Les droits sans dieu.** Il n'est pas exclu que le droit anglais des contrats se soit formé sans l'appui moral de références religieuses. Il est un fait que les auteurs s'accordent à décrire un droit fondé sur la liberté contractuelle, le *laissez-faire* (en français dans le texte)<sup>35</sup>. Les principes de la législation en URSS trouvent étonnamment un écho dans les projets européens de réforme — l'on sait que ces derniers, contrairement au droit français positif comme prospectif, tendent à considérer un contrat comme parfait dès lors que l'essentiel est convenu. Or, l'article 34 de ces principes dispose que l'« *on considère le contrat comme conclu dès que les parties s'entendent sur ses clauses essentielles et dans les formes requises selon les*

---

*la parfaite équité des contrats et l'équivalence absolue des avantages consentis de part et d'autre, mais dont les mailles étroites arrêtent à tout instant la volonté génératrices d'effets juridiques* ».

<sup>29</sup> Werner F. Menski, *Hindu Law, Beyond tradition and Modernity*, Oxford, 2003, p. 86. L'idée évoluera vers le *dharma*, qui par sa racine est lié à notre mot « droit ».

<sup>30</sup> Cette notion est très large, et est traitée sous ce chapitre par les livres classiques y compris le témoignage — dont la dimension religieuse est largement reconnue : Donald R. Davis, Jr, *The spirit of Hindu law*, Cambridge, 2010, p. 75.

<sup>31</sup> Priya Nath Sen, *General principle of Hindu jurisprudence*, Tagore law lecture, Allahabad law Agency, 1984, P. 304–305. Voyez aussi, Donald R. Davis, Jr, *op. cit.*, p. 71.

<sup>32</sup> Priya Nath Sen, *op. cit.* p. 312.

<sup>33</sup> Priya Nath Sen, *op. cit.* p. 318

<sup>34</sup> CA Pondichéry, 16 septembre 1876, in A. Eysette, *Jurisprudence et doctrine de la Cour d'appel de Pondichéry en matière de droit indou et de droit musulman*, Imprimerie du gouvernement, Pondichéry, 1877, p. 395

<sup>35</sup> P.S. Atiyah, *An introduction to the law of contract*, Clarendon Law Series, 1995, P. 7

cas »<sup>36</sup>. Peut-être les droits s'inspiration religieuse entendent-ils limiter les occurrences contractuelles, qui sont autant de risques de pécher, et retardent donc le moment où le contrat devient contraignant.

Plus intéressant encore pour nos développements, il est encore disposé que, par principe, dans cette législation soviétique, il n'y a de « *responsabilité contractuelle* » que si le débiteur défaillant « *est reconnu coupable (intention ou négligence)* »<sup>37</sup>. Contrairement aux droits d'inspiration religieuse, dans lesquels le manquement à la parole est en soi une faute, il n'y a dans ce droit sans dieu de responsabilité contractuelle qu'en cas d'établissement d'une faute distincte.

### **Qu'en est-il de notre Code civil ?**

Notre tradition civile doit payer sa dette aux canonistes. Ainsi que l'a relevé Vincent Forray, « *les canonistes élaborent les principes du droit afin d'assurer le salut de l'âme. Plus précisément dans le domaine des engagements, la règle pacta sunt servanda se fonde sur la répression du péché que commet celui qui manque à sa parole et compromet ainsi le salut de son âme* »<sup>38</sup>. Certes, le droit canon n'a pas été transposé dans le Code civil... mais l'on ne peut nier l'influence tangible de ce droit canon sur le droit civil, par l'intermédiaire d'un droit savant véhiculé notamment par les docteurs *in utroque jure*.

L'on sait que Pothier n'est pas avare en références religieuses dans certains passages de son traité des obligations : pour décider si un serment extorqué par violence devait être tenu ou non, éventuellement avec une dissociation entre le for interne et le for externe, il convoque Saint Thomas et deux papes<sup>39</sup>. L'on objectera ici que Pothier navigue souvent entre les deux fors, et que ce qui dit pour le for de la conscience n'a pas été nécessairement été repris par le codificateur de 1804. Surtout, l'œuvre de Pothier recèle déjà une laïcisation du contrat. Cette laïcisation ne doit pas être comprise comme la disparition de la dimension religieuse, mais comme son incorporation, son intégration par le pouvoir séculier :

*« Les prétentions des gens d'Eglise avoient autrefois rendu bien commun l'usage du serment dans tous les contrats ; ils prétendoient que la connoissance de toutes les contestations sur l'exécution des contrats qui étoient confirmés par serment, appartenoit au juge d'Eglise ; parce que le serment étant un acte de religion, & que le refus d'exécuter une obligation confirmée par serment, étant un*

---

<sup>36</sup> *Principes de la législation et de la procédure civiles en URSS*, trad. L. Piatigorski, éditions du progrès, Moscou, 1961, art. 34.

<sup>37</sup> *Principes de la législation...*, prec., art. 37.

<sup>38</sup> V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, th. Chambéry 2005, n° 119.

<sup>39</sup> R. J. Pothier, *Traité des obligations*, n° 109-111.

*violement de la religion du serment, la religion paroissoit intéressée dans les contestations sur l'exécution de ces engagements, ce qui devoit les rendre de la compétence du juge d'Eglise. [...] Il y a très-long temps que les gens d'Eglise ont été forcés d'abandonner ces prétentions auxquelles l'ignorance avoit donné lieu, & l'usage des sermens a cessé dans les contrats des particuliers ».*

Bigot de Préameneu fait expressément référence à la Providence, comme source d'inspiration — d'aucuns diront source réelle — des règles du droit des contrats : « *Les obligations conventionnelles se répètent chaque jour, à chaque instant. Mais tel est l'ordre admirable de la Providence, qu'il n'est besoin pour régler tous ces rapports, que de se conformer aux principes qui sont dans le cœur de tous les hommes* »<sup>40</sup>.

Les précurseurs comme les rédacteurs de notre code seraient donc imprégnés d'idéologie religieuse... nous pouvons avancer que ses commentateurs également.

Dans une analyse savante, un auteur<sup>41</sup> souligne l'emprise janséniste sur l'esprit du Code, et relève la longue litanie des auteurs qui ont acquiescé avec l'existence, particulièrement en droit des contrats, d'un fonds religieux dans le Code civil : Cornu Carbonnier, Ripert, Terra, Troplong... Le Code serait hautement spiritualiste, il aurait consacré le droit de toute la civilisation chrétienne, et Troplong est le plus prolix : « *ses rédacteurs ont réalisé "tout ce qu'il y a d'essentiel dans le droit naturel", c'est-à-dire le droit "calqué sur les principes éternels d'égalité et de liberté que Dieu a gravés dans le cœur de l'homme"* ».

Cette emprise religieuse, nous allons en chercher la trace, dans le Code existant, au cours de la naissance et de la vie du contrat, en nous interrogeant sur le point de savoir si cette inspiration est maintenue dans la réforme, ou si s'opère une discontinuité.

## **I. La formation du contrat**

### **A. La validité des pactes nus**

---

<sup>40</sup> Bigot de Préameneu, « Présentation au corps législatif », in P. A. Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, Videcoq, 1836, p. 215.

<sup>41</sup> J.-F. Niort, « Le Code civil dans la mêlée politique et sociale », *RTD civ.* 2005. 257.

**Entre révolution et réaction.** L'on sait que le Code civil est pour partie un code réactionnaire, en ce qu'il s'écarte des idées de la Révolution, mais en même temps, pour partie un code révolutionnaire, au sens où il doit éradiquer l'ordre juridique ancien, et son morcellement du territoire en une mosaïque juridique. Or, le droit romain déniait aux pactes nus la possibilité de donner lieu à une action<sup>42</sup> – règle que les actions utiles ou *in factum* ont certes largement infléchi dans ses développements<sup>43</sup>. Par contraste, le Code civil pose une équivalence entre les contrats nommés et innomés<sup>44</sup> — cela est déjà révolutionnaire<sup>45</sup>. L'on pourrait même avancer avec Madame Burdin que les contrats innomés sont désormais le principe<sup>46</sup>.

Cette validité des contrats innomés n'est évidemment pas remise en cause dans le projet d'ordonnance. Mais le changement sémantique opéré par l'article 1102 du projet<sup>47</sup> est loin d'être neutre : l'accent est mis sur la liberté contractuelle.

Ce qui est en jeu ici, c'est pour une grande partie l'autonomie de la volonté.

## ***B. Solennités et consensualisme***

**Indifférence de la forme.** L'origine religieuse des solennités est assez évidente ; leur antithèse, le consensualisme, triomphant dans le Code civil, devrait expurger la formation du contrat de toute référence mystique. Bien au contraire ! La dématérialisation de la formation du contrat, puisqu'elle prive soit d'éléments tangibles, soit de gestes ou de paroles marquant les esprits, en appelle au sentiment religieux pour que l'accord soit constaté.

Ainsi que l'a relevé dans sa thèse Vincent Forray, le formalisme rituel contient un élément immatériel, qui « *provient d'abord du caractère magique ou religieux des formalités [...] Il*

---

<sup>42</sup> Ulpianus, D. 2.14.7.4, « *nuda pactio obligationem non parit* » ; Iulii Pauli, *Sententiae*, lib. 2, 14,1 : « *ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur* », <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Responsa/Paul2.html>

<sup>43</sup> E. S. Shumway, « *Ex Pacto Actio Non Nascitur* », *The American Law Register*, Vol. 51, No. 5, Volume 42 New Series (May, 1903), pp. 268-277.

<sup>44</sup> Art. 1107 : « *Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas [...]* »

<sup>45</sup> « *A la veille de la Révolution, l'idée de contrat avait elle-même une signification révolutionnaire, dès lors qu'il fallait abattre un régime économique fondé sur la réglementation et le corporatisme* », J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 935.

<sup>46</sup> E. Burdin, *L'atypique*, thèse Savoie, 2008, n° 110. L'auteur de poursuivre : « *en acceptant par l'article 107 du Code civil l'existence de l'une et l'autre de ces normes, le système juridique confère à la norme de type dynamique une valeur de principe au regard de celle qui, de type statique, prescrit le respect d'un contenu particulier* ».

<sup>47</sup> « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son contractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ».



*s'agit pour l'essentiel de prendre une divinité à témoin de l'engagement contracté. Cette divinité devient le garant de la force obligatoire* »<sup>48</sup>. Dans son évolution, le droit romain s'est peu à peu détaché d'un formalisme matériel, jusqu'à donner, dans les contrats formés *verbis*, force à l'échange de paroles. Or, ainsi que l'a démontré Monsieur Forray, « *c'est également par le biais du phénomène religieux que s'explique la force obligatoire de la sponsio dans le droit romain archaïque. Elle trouve son origine dans le serment religieux. C'est lui qui confère force obligatoire aux paroles prononcées* »<sup>49</sup>.

Cette évolution est encore retracée par M. Poughon : « *L'ancien droit, s'il évolua vers le consensualisme, sous l'influence du droit canonique, demeura longtemps réservé sur la validité du consentement, considéré par les romanistes comme une forme parmi d'autres, pour créer les contrats. Le droit canonique en effet lia la notion de péché à l'idée de ne pas respecter les conventions passées. Un simple pacte doit être exécuté et sanctionné ; le consentement suffit à obliger* »<sup>50</sup>.

Le fait est que les théologiens avaient adopté un discours que ne renieraient pas un juriste aujourd'hui : l'un d'eux écrit que contrat est parfait et accompli dès lors que l'on a « *le consentement mutuel donné par les Contractans, & arrêté réciproquement entr'eux* »<sup>51</sup>. Ce consentement « *se donne ou par écrit, ou sans écrit. Les Contrats sans écrit, se font ou verbalement, ou par quelque autre voie qui marque, ou qui présuppose le consentement mutuel des parties* »<sup>52</sup>. Cet auteur réfute, comme « *opposé & à l'autorité, & à la raison* », le « *sentiment des Théologiens, qui prétendent que toute sorte de contrats, valides eu égard au seul droit naturel, sont valides, & obligent dans le for de la conscience, quoiqu'ils soient invalides, eu égard au Droit civil* »<sup>53</sup>. L'on trouve ici clairement l'opposition entre les glossateurs, attachés à la forme, et les canonistes, recherchant plus des éléments intérieurs au promettant<sup>54</sup> — l'extériorisation de la pensée n'a pas un rôle prépondérant lorsqu'il s'agit de peser les âmes.

**Indifférenciation de la forme.** Plus encore, l'on va au-delà du simple consensualisme dans le Code civil, puisque, dans un souci d'égalité certainement, les formes se valent. Certes,

---

<sup>48</sup> V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, th. Chambéry 2005, n° 45.

<sup>49</sup> V. Forray, *op. cit.* n° 46.

<sup>50</sup> J.- M. Poughon, *Le code civil*, PUF, Que sais-je ?, 1992, P. 80

<sup>51</sup> Gaspard Juénin, *Théologie morale ou résolutions des cas de conscience*, Paris, Gagneau, 1761, t. I, p. 164.

<sup>52</sup> Gaspard Juénin, *op. cit.*, p 165.

<sup>53</sup> Gaspard Juénin, *op. cit.*, p 242.

<sup>54</sup> V. Forray, *op. cit.*, n° 115 ; : « *La théorie du serment en droit canonique contribue à faire de la promesse l'élément central du contrat. Là où les glossateurs continuaient à considérer la forme comme une condition de perfection du contrat, les canonistes rejettent progressivement cette analyse en montrant que l'intention des parties suffisait à établir leur engagement* ». Et n° 116 ; « *le rejet des formes s'appuie sur le rôle prépondérant que l'Église reconnaît à la raison humaine* ».

moins dans le Code Napoléon que dans les projets du droit intermédiaire, puisqu'ainsi que le relève le doyen Carbonnier : « *de l'esprit de la Révolution, hostile au formalisme, nous avons ce symptôme que le projet de code civil de la Convention ne reconnaissait pas à l'acte authentique de force probante exceptionnelle* »<sup>55</sup>. Néanmoins, mis à part des incidences probatoires, le contrat n'est pas plus parfait parce que conclu par acte authentique — l'exemple de la vente immobilière est topique. Cette équivalence des formes est donc acquise pour une large part. Le projet d'ordonnance persiste, et amplifie le mouvement, puisqu'il étend explicitement aux comportements conclusifs dans son article 1113 al. 2 les possibilités d'extérioriser sa volonté<sup>56</sup>.

Cette indifférenciation de la forme cède toutefois le pas à propos de la formation du contrat par voie électronique, prévue dans une sous-section spécifique aux articles 1126 et suivants — n'est-on pas ici à rebours du sens du droit ? Faut-il à ce point souligner la particularité du contrat conclu par voie électronique ? N'est-ce pas contre-productif, au sens où cela montre l'inanité d'une prétendue équipollence entre le physique et le numérique ?

## **II. La force obligatoire du contrat**

### ***A. Pacta sunt servanda***

**L'autonomie de la volonté et ses conséquences.** La simplicité des termes du premier alinéa de l'article 1134 du Code civil contraste avec la difficulté de leur application ; les volontés prisonnières du contrat apparaissent parfois comme des liens néfastes exposant les parties aux affres du bouleversement des circonstances, de la force majeure, de la perte d'utilité économique de la convention, des difficultés imprévues d'exécution... La volonté de préserver la sécurité juridique ou de protéger les attentes des parties est une explication bien faible pour justifier la rigidité de la règle. Là encore, la pensée religieuse n'est pas absente.

---

<sup>55</sup> J. Carbonnier, *op. cit.* n° 1008.

<sup>56</sup> Art. 1113 : « *La formation du contrat requiert la rencontre d'une offre et d'une acceptation, manifestant la volonté de s'engager de chacune des parties. / Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement de son auteur* ».

En effet Domat faisait découler les contrats d'un arrangement divin des hommes dans la société : « *Dieu multiplie les besoins des hommes, & [...] rend nécessaire les uns aux autres pour tous ces besoins* », ce « *qui met chaque personne dans un certain état de vie, dont les engagements particuliers doivent être les suites* »<sup>57</sup>, ces engagements étant, notamment, les engagements volontaires que nous appellerons contrats. C'est de cette idée précise que Domat tire la règle selon laquelle « *les engagements tiennent lieu des lois* »<sup>58</sup>, évidemment à l'origine de notre article 1134 al. 1.

C'est ici la fable de l'autonomie de la volonté qui est contée, mais dans une acception particulière : la volonté se meut dans une sphère d'autonomie laissée aux particuliers par l'ordre divin, elle participe des plans de la Providence.

Là encore, toutefois, l'on trouve une divergence d'analyse chez les auteurs, sur l'existence et la portée de cette autonomie de la volonté, tout autant que sur son origine. Pour une partie des auteurs, les sources allient les lumières ou la Révolution — ce serait une idée neuve à la promulgation du Code : ainsi, J.M. Poughon écrit que « *le respect de la personne donnée, notion morale, devient norme contractuelle, consacrée par le Code. Nous retrouvons là la logique de la doctrine de l'École du droit naturel, la traduction juridique des principes moraux universels [...] mais nous retrouvons également la conception individualiste du XVIIIème siècle proclamée par la Révolution ; l'individu est un être libre qui ne peut s'engager que par sa propre volonté* »<sup>59</sup>. Au contraire, pour d'autres, il n'y a là que tradition : s'appuyant sur un arrêt de la Cour de cassation, 30 prairial an XIII 19 juin 1805, qui estime que la disposition de l'article 1134 est « *conforme et puisée dans les lois françaises anciennes et les lois romaines* », X. Martin soutient que « *voilà dégonflée d'un seul coup d'épingle, du moins à notre sens, la grave baudruche d'une scintillante "autonomie de la volonté individuelle" que les auteurs du Code civil, prétendument, auraient eu à cœur de catapulter sur l'élan "humaniste" venu des Lumières et des grands principes révolutionnaires* »<sup>60</sup>.

Il semble que si l'on veut chercher à remonter aux racines de ce qu'est l'autonomie de la volonté, pour peut-être dégonfler, non le concept, mais l'opposition doctrinale, le passage par les desseins de la Providence n'est pas superflu. L'autonomie de la volonté serait bien antérieure, dans sa conception, aux Lumières, mais celles-ci, en la laïcisant, l'auraient profondément transformée.

---

<sup>57</sup> J. Domat, *Traité des lois*, chap. IV, I et II. Voyez aussi, du même auteur, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Première partie, Livre Ier, prolégomènes.

<sup>58</sup> J. Domat, *op. cit.*, chap. V, I.

<sup>59</sup> J.M. Poughon, *op. cit.*, p. 85-86.

<sup>60</sup> X. Martin, *Mythologies du Code Napoléon*, DMM, 2003, p. 449.

**Manquement contractuel.** Cette imbrication du contrat et des plans divins a certainement eu un impact sur la conception du manquement contractuel. Le droit canonique, « *en faisant apparaître le péché dans la violation de la foi jurée, donna une valeur morale et religieuse à l'engagement de l'homme* »<sup>61</sup>. En tant que corollaire l'on assimile, d'abord timidement en droit romain, puis de manière plus explicite chez les canonistes, le manquement contractuel et la faute délictuelle<sup>62</sup> — faute comme manquement à la parole donnée, faute à l'origine de l'idée de « responsabilité contractuelle », opportunément réactivée au 20<sup>ème</sup> siècle lorsque la faute — délictuelle — semblait menacée.

**Refus de l'efficient breach of contract**, voire l'*optimal breach of contract*<sup>63</sup> : il est inefficace, d'un point de vue de l'analyse économique du droit, de forcer l'exécution du contrat, ou, du moins, d'ordonner l'exécution forcée en nature des obligations. En effet, si l'une des parties est réticente à exécuter, si elle n'exécute pas spontanément, elle a certainement de bonnes raisons pour le faire : l'exécution lui apparaît certainement trop onéreuse, ou elle a trouvé une meilleure affaire auprès d'un tiers... La recherche d'une allocation optimale des ressources conduit donc à n'accorder que des remèdes, et non une exécution forcée.

La rigidité que nous avons, encore dans le projet de réforme, sur la règle *pacta sunt servanda*, alors qu'elle n'est pas conforme à l'analyse économique du droit, est peut-être une réminiscence du contexte religieux dans lequel elle s'est développée...

## ***B. Refus de la clause rebus sic stantibus***

**Une acculturation.** La clause *rebus sic stantibus* apparaît comme l'archétype de l'acculturation en droit étatique d'une idée du droit canonique<sup>64</sup> — là encore, il s'agit d'éviter les occurrences de péché : admettre le changement des circonstances comme une cause de libération du débiteur revient à lui fournir une excuse. En outre, si le contractant agit dans l'espace de liberté que lui laisse la Providence, le bouleversement des circonstances n'est-il

---

<sup>61</sup> Carbonnier, *op. cit.*, n° 935.

<sup>62</sup> Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, n°804.

<sup>63</sup> Antony W. Dnes, *The economics of law*, Thomson, 2005, P. 97.

<sup>64</sup> A. Wijfels, « La validité rebus sic stantibus des conventions », in F. Ost et M. Van Hoecke (dir.), *Temps et droit*, Bruylant, 1998, p. 254. Philippe Gérard, François Ost, Michel van de Kerchove, *L'accélération du temps juridique*, Publications Fac St Louis, 1 janv. 2000 P. 230

pas un signe divin de reprise en main du commerce entre les hommes, auquel il conviendrait de déférer par préférence aux aménagements contractuels ?

L'on sait que notre droit civil refuse de présumer la clause *rebus sis stantibus* dans les conventions, mais, précisément, il y a là certainement une possibilité de changement : l'article 1196 du projet d'ordonnance permettant à une partie de demander une renégociation du contrat à son cocontractant, si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat lui rend l'exécution excessivement onéreuse.

Il y avait donc quelque chose de saugrenu : les canonistes ont théorisé la clause *rebus sic stantibus* ; les codificateurs n'ont pas repris ce legs, obnubilés qu'ils étaient par la force obligatoire du contrat... mais il qui nous revient, non par déférence religieuse, mais pour des questions d'efficacité économique<sup>65</sup> — là encore, il est certainement inefficace de placer une partie face à l'alternative consistant soit à manquer à ses devoirs contractuels, soit à exécuter une obligation devenue trop onéreuse pour elle.

## Conclusion

En guise de conclusion, l'on peut souligner que ce bref survol atteste des racines religieuses de nombre de nos règles. Certes, la transcendance a été chassée, et ne reste qu'une vague morale, des principes, ou des éléments de droit naturel pour les soutenir — peut-être plus encore une sorte d'intuition de ce que doit être le contrat. Encore faut-il néanmoins se garder, à l'heure de la réforme, sous prétexte de s'en tenir à un strict matérialisme, de chasser la vertu du droit des contrats, et de sacrifier aveuglément à d'autres idoles, comme l'efficacité économique et la maximisation des profits.

---

<sup>65</sup> Voyez J.-M. Poughon, « Une constante doctrinale : l'approche économique du contrat », *Droits*, 1990, n° 12, p. 47 ; B. Oppetit, « Droit et économie », *Archives de Philosophie du Droit*, tome 37, 1992, p. 17 et s.