Document generated on 07/18/2025 8:16 p.m.

Les Cahiers de droit

Le consentement est-il considéré comme un mineur ?

Ernest Caparros

Volume 6, Number 2, April 1965

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1004149ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1004149ar

See table of contents

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Caparros, E. (1965). Le consentement est-il considéré comme un mineur ? *Les Cahiers de droit*, *6*(2), 38–60. https://doi.org/10.7202/1004149ar

Tous droits réservés © Université Laval, 1965

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Le consentement est-il considéré comme un mineur ?

Quelques réflexions sur les origines de la cause dans les obligations*

Introduction

PARTIE I

LE CONSENSUALISME: ses origines

Section 1. Les formes consensuelles.

1. La présence du consentement dans certains contrats coutumiers au XIIIe siècle.
2. Le **consensus** romains chez les glossateurs.
3. L'interdépendance du consentement coutumier et du **consensus** romain.

Section 2. Vers le consentement sans forme.

1. **Les formes retenues comme éléments de preuve ?**
   A) Chez Pierre de Fontaines.
   B) Dans "Le Livre de Jostice et de Plet"
   C) Chez Beaumanoir
2. **Les formes encore essentielles à la formation des contrats ?**

PARTIE II

LE CONSENTEMENT CAUSALISTE.

Section 1. L'évolution jusqu'au consensualisme.

1. La confiance dans le consensualisme: l'influence des canonistes.
2. La méfiance envers le consensualisme.
   A) La réplique des glossateurs.
   B) La réplique de la sagesse populaire.

Section 2. De la "*causa*" à la cause finale.

1. La **causa** du droit romain et des glossateurs.
2. De la cause de Beaumanoir à la cause finale de Domat.
   A) Beaumanoir.
   B) Les canonistes.
   C) Les rapprochements des pactes nus et de la cause.
   D) Dumoulin et Domat: la consécration du consentement causaliste.

Conclusion:

LE CONSENTEMENT EST-IL CONSIDERE COMME UN MINEUR ?

Quelques réflexions sur les origines de la cause dans les obligations*

Par : ERNEST CAPARROS.
étudiant au doctorat

Introduction

Le Droit a toujours cherché, notamment dans la théorie des contrats, l'appui d'une garantie qui permettrait la stabilité du trafic juridique. On cherche, par là, à savoir qui est engagé, envers qui et à quoi, et si le ou les co-contractants, de même que les tiers, peuvent savoir à prime abord, si un contrat réunit les conditions requises pour engendrer des obligations.

C'est cela que j'appellerai le besoin de garantie dans les contrats. Il s'est, d'ailleurs, manifesté au long des siècles, du moins dans les systèmes juridiques qu'on peut appeler romano-germaniques, aussi bien que dans les systèmes de *common-law*.

Ce besoin a porté les différents législateurs — dans le sens le plus large du mot — à rattacher la naissance des obligations à des situations juridiques diverses.

On parle d'habitude de formalisme et consensualisme comme de deux systèmes nettement séparés, différenciés, distincts. Nous verrons — et d'ailleurs cela n'a rien de nouveau — que la séparation n'est pas si nette; il y a des époques où formes et consentement sont ensemble et exigés d'égale manière. Cependant, il y a des époques où la forme prime sur le consentement, et d'autres, par contre, où le consentement prime sur les formes.

Quelles étaient donc ces formes ? Quel rôle les formalités jouent-elles dans la formation des contrats ? Nous découvrons dans ces formes une manifestation de cette garantie dont le besoin, avons-nous dit plus haut, se faisait sentir chez les différents peuples. Dans ces cadres forma-

---

(*) Je tiens à dire dès maintenant, que les pages qui vont suivre sont en grande partie les réflexions auxquelles MM. Boily, DeBané, Goulet, Lesage, Martin et moi-même sommes arrivés au cours des conférences de recherches tenues sous la direction de M. le professeur André Morel, dans les cadres d'un cours d'Histoire du droit privé, dans le programme des cous pour l'obtention du D.E.S. Il y a sans aucun doute dans ces pages des idées qui leur appartiennent; lesquelles? Hélas! Je n'ai pas été capable de déceler leur paternité et pour cela je fais ici cette référence générale.

listes, le rôle du consentement est, soit inexistant, soit très secondaire. Pour s'obliger, il faut accomplir certaines formalités, dire certaines paroles solennelles, faire un geste. Et alors, dès que ces paroles ont été dites ou ces gestes accomplis, l'obligation a vu la lumière, elle est née et les co-contractants comme les tiers peuvent s'en rendre compte sans effort.

La garantie des contrats formalistes est très considérable, car il n'y a qu'à constater, à vérifier un fait, et cela est toujours plus facile que la vérification d'une volonté interne.

Toutefois, le consentement commence à faire son chemin. Petit à petit, il commence à se présenter plus agile, plus adéquat pour le développement des relations juridiques grandissantes. Cependant, on ne lui accorde pas la pleine confiance: on le traite comme un mineur. D'abord on lui permet d'être présent, d'assister à la formation du contrat, d'accompagner les formes. Plus tard, les formes l'accompagneront, jusqu'à ce qu'il s'en débarasse; mais, sans oublier qu'il est mineur, on exigera la cause dans les obligations. Ainsi l'exige le code français, notre code, et presque tous les codes de la grande famille romano-germanique.

Pourquoi exige-t-on la cause, si ce n'est pour servir de garantie, tel que je le mentionnais au début? Par elle-même, la forme n'était pas indispensable; en effet, elle représentait une garantie très considérable parce qu'extérieure et voyante. Mais le consentement, c'est une toute autre chose ! C'est une manifestation d'un accord de volonté ! Mais la volonté est intérieure, et étant une chose intérieure, qu'on ne peut prouver que par sa manifestation, on exige que celle-ci ait une cause qui n'est, à mon avis, qu'une garantie.

Nous allons, dans les quelques pages qui vont suivre, nous placer au XIIIe siècle et dans une première partie voir les origines du consensualisme, quand, et comment il nous semble avoir commencé, soit ses premiers pas hésitants dans l'histoire des contrats.

Dans une deuxième partie, nous verrons quelques aspects des origines du consentement causaliste, et nous tâcherons de prouver que la cause dans les obligations est en fait une garantie qui vient remplacer la forme dans les contrats.

PARTIE I

LE CONSENSUALISME: ses origines

Nous essayerons d'étudier les origines du consensualisme à deux paliers différents: d'un côté, la présence du consentement dans des contrats formels, et le contrat *consensus*, recueilli par les glossateurs, de l'autre, la présence des formes dans des contrats qui semblent consensuels, et le rôle de ces formes dans la formation des contrats.

Section 1. Les formes consensuelles.

Nous avons trouvé qu'au XIIIe siècle, date qu'on signale normalement comme celle de la naissance du consensualisme, le consentement est exigé dans des contrats à caractère formaliste chez quelques coutumiers. Nous avons aussi trouvé que le terme *consensus* est à l'origine de plusieurs interprétations des glossateurs.

Peut-il y avoir une relation entre ces deux constatations ? Si oui, joue-t-elle un rôle quelconque dans l'évolution du consensualisme ? C'est ce que nous essaierons d'étudier dans les paragraphes qui vont suivre.

1. La présence du consentement dans certains contrats coutumiers au XIIIe siècle.

A cette époque, le consentement commence à être présent dans les textes; il n'a pas déplacé pour autant les formes, qui subsistent, et qui sont aussi présentes dans la formation des contrats.

Cependant, on a fait un pas très considérable, car on est parvenu à exiger une condition, un élément, qui auparavant n'existait pas. Il semble aussi que cet élément, le consentement, soit exigé comme condition nécessaire pour la formation du contrat, quoique, semble-t-il par ailleurs, le consentement ne suffise pas pour faire naître des obligations.

Faisons une brève analyse de certains textes.

Le Livre de Jostice et de Plet (1), un coutumier du deuxième tiers du XIIIe siècle nous parle du consentement; il nous dit notamment:

> "Car promisse qui est fete par parole, s'il n'i a pas consentement, est nulle". (2)

Au même ouvrage, nous lisons encore:

> "...loages et aloement,... est fet non par paroles, mès par consentement, aussi comme achat et vençon sont fet..." (3).

Ces deux textes semblent d'une clarté extraordinaire, et dans tous les deux on exige le consentement; dans les deux textes on oppose le consentement au contrat *"Fet par paroles"*. Dans le dernier de ces textes l'auteur nous dit que les louages et locations se font, comme la vente, par consentement et non par paroles. Est-ce là la vente consensuelle de nos jours ? Disons — en passant, nous y reviendrons plus loin — que l'auteur anonyme du *Livre de Jostice et de Plet* a maintes fois copié des textes du droit romain et du droit canon. L'originalité ne compte pas parmi ses vertus, comme non plus, d'ailleurs, sa prédilection pour le droit coutumier !

---

(1) Le Livre de Jostice et de Plet - éd. Rapetti.
(2) au Livre II, ch. 16, par. 4, p. 100.
(3) op. cit. Liv. VIII, ch. 5, par I, p. 170.

Arrêtons-nous un moment sur un autre auteur, celui-ci plus coutumier, moins romanisé et beaucoup plus original: Philippe de Rémi, sire de Beaumanoir, dans ses *Coutumes de Beauvoisis* (4), écrites à la fin du XIIIe siècle, nous parle d'une façon plus dégagée de la terminologie romaine:

> "Nous entendons que marchiés est fest, si tost, comme il est créantés a tenir **par l'accord des parties...**" (5)

L'accord des parties, n'est-ce pas le consentement ? Il parle d'un accord, mais il nous dit aussi *"si tost, comme il est créantés a tenir"*.

Ces trois mots *"créantés a tenir"* sont interprétés par les historiens du droit comme une manifestation par des signes extérieurs de l'accord, de l'échange des consentements qui s'était produit.

Le consentement est donc présent dans ces textes; et le texte du livre VIII de *Jostice et de Plet,* ne fait pas exception! Au contraire, on y trouve le consentement lui-même, sans autres exigences.

Mais avant d'aller plus loin dans nos déductions, arrêtons-nous un moment! Laissons de côté les coutumiers, allons regarder chez les glossateurs quels sont leurs préoccupations en rapport avec le contrat *consensus* romain; nous pourrons, par après, mieux faire le lien.

2. Le **consensus** romain chez les glossateurs.

Les glossateurs connaissent et reçoivent les contrats *consensus* comme l'une des quatre formes des contrats, soit les contrats *re, verbis, litteris* et *consensus.* Mais le *consensus* qu'ils connaissent est celui du droit justinien devenu un contrat formel, en opposition au contrat *consensus* primitif, semble-t-il, vraiment consensuel (6).

Cependant, ils trouvent les plus grandes difficultés et doivent faire travailler au maximum leur imagination, pour expliquer que des contrats *consensus* naissaient une action à cause de la grande ressemblance de ces contrats avec les pactes nus. Mais ils réussirent à trouver une explication: le *consensus* est un vêtement très léger, mais comme le contrat est chaud et gras, il en a assez avec ce vêtement léger (7).

Nous sommes, alors devant un contrat dont le nom est *consensus,* mais dont le contenu est formel; les stipulations faites par écrit sont des manifestations du consentement chaque fois plus formalistes, au point que les vices du consentement ne rentrent en jeu que lorsqu'ils sont des délits.

La *consensus* romain a-t-il joué un certain rôle chez les coutumiers ?

---

(4) éd. Salmon.

(5) op. cit. par. 1066. (c'est nous qui soulignons).

(6) Cf. Girard, P. F. *Droit Romain,* Paris 1929, p. 576

(7) Bartole, *Ad lib secundum digestum,* 12.

3. L'interdépendance du consentement coutumier et du **consensus** romain.

Nous avons fait plus haut ([8]) deux citations du *Livre de Jostice et de Plet,* dans lesquelles son auteur exige le consentement avec une fermeté remarquable. Et nous avons aussi signalé que l'auteur de ce coutumier, n'était pas souvent original, mais au contraire qu'il suivait, parfois même mot à mot, les textes romains. Voyons un exemple :

> "Car promisse qui est fete par parole s'il n'i a consentement est nulle." ([9])

nous dit le coutumier. Mais ce texte qui est employé souvent comme l'une des manifestations les plus claires du consensualisme, n'est en fait qu'une traduction du Digeste; et en voici la preuve:

> "...nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum nulla est" ([10]).

Le deuxième texte de *Jostice et Plet* que nous avions cité plus haut, nous disait:

> "...loages et aloement,..., est fet non par paroles, mès par consentement, aussi comme achat et vençon est fet,..." ([11]).

Ce même texte, avec les mêmes mots, nous le trouvons aussi au *Digeste,* dont il est une traduction :

> "Paulus libro trigesimo quarto ad edictum Locatio et Conductio..., non verbis, sed consensu contrahitur, sicuc emptio et venditio". ([12])

Cela semble vouloir dire que le consensualisme des coutumiers, du moins dans *Jostice et Plet,* n'est que le *consensus* romain, avec son caractère formaliste de la fin de l'empire.

Cependant, il se pourrait que chez les coutumiers, ces expressions, ces traductions mêmes de textes romains, aient un contenu différent du droit romain, c'est-à-dire que les coutumiers donnent aux mots romains une signification autre que celle que les romains eux-mêmes leur donnaient.

Section 2. Vers le consentement sans forme.

Nous venons de constater la présence du consentement chez deux coutumiers au XIIIe siècle, et aussi comment ce consentement semble être le même que le *consensus* romain des glossateurs. De même, nous

---

(8) Sect. 1, n. 1

(9) *Jostice et Plet,* Liv. II, ch. 16, p. 4, p. 100, précité.

(10) D. 2, 14, *de pactis,* I.

(11) *Jostice et Plet.* Liv. VIII, ch. 5, p I. p. 170, précité.

(12) D. 19, 2, *Locati conducti,* 1.

avons avancé la possibilité que, malgré cette apparence, le consentement coutumier ait un contenu différent.

Nous essaierons maintenant de dégager le contenu du consentement coutumier en analysant d'abord si les formes ne sont que des éléments de preuve, et en étudiant aussi si les formes sont des éléments essentiels à la formation du contrat, soit à la naissance des obligations. Si nous pouvons répondre affirmativement au premier problème, et négativement au deuxième, nous serons en mesure d'affirmer que le consentement des coutumiers a un contenu différent du *consensus* romain.

1. Les formes retenues comme éléments de preuve ?

Nous pouvons trouver très aisément des textes coutumiers dans lesquels les formes n'ont qu'un rôle de preuve à jouer. C'est-à-dire que l'on trouve — pour reprendre une phrase du commencement — le consentement accompagné des formes, et que celles-ci n'y sont que pour permettre aux contractants de prouver plus facilement l'engagement qui s'est produit entre eux.

Nous allons tirer ces textes du *Conseil à un ami* de Pierre de Fontaines ([13]), du *Livre de Jostice et Plet* ([14]) et de la *Coutume de Beauvoisis* de Philippe de Beaumanoir ([15]), et dans cet ordre, de façon à suivre la chronologie de ces monuments historiques.

A) Chez Pierre de Fontaines.

Le premier de ces textes du *Conseil* est au chapitre XV.

> "Cil n'a mie bele reson de demander qui demande por ce que on li convença, sanz autre reson metre avant". ([16])

Cela, à notre avis, voudrait dire que le simple accord (*ce que on li convença*), serait une preuve suffisante, mais seulement dans le cas où le demandeur n'aurait pas de meilleurs moyens (*c'il n'a mie bele reson*). Cela voudrait donc dire que les éléments formels qu'on a ajoutés au consentement, sont des éléments de preuves seulement.

Pierre de Fontaines, au même chapitre de son *Conseil*, nous dit, un peu plus loin:

> "La justice, redit la loi, fera garder, si com ele porra selonc droit, le convenant que l'on porra mostrer qui a esté fet par bone foi, jà soit ce que nus escriz en soit fez, se la vérité de la chose peut estre provée par autres proves". ([17])

---

(13) éd. Marnier.
(14) éd. Rapetti, précitée.
(15) éd. Salmon, précitée.
(16) op. cit. chap. XV, par 13, p. 114
(17) op. cit. ch. XV, par 17, p. 117.

En fait, ce texte nous semble être une traduction d'une loi *du Code de Justinien* ([18]) où l'on parle du contrat *consensus bona fide* qui était celui qu'on faisait sans la stipulation, sans écrit. Or, c'est là un véritable contrat consensuel.

Pierre de Fontaines a trouvé ce texte dans le *Code*, et il le traduit. On peut songer, surtout en tenant compte du texte précédent, qu'il considère l'écrit. — soit l'élément formel, la *stipulatione subnixa* — comme un élément de preuve.

B) Dans "Le Livre de Jostice et de Plet"

Nous avons relevé deux textes aussi où l'auteur de *Jostice et de Plet* nous laisse comprendre que les éléments formels sont des éléments de preuve.

Le premier de ces texte se trouve au Livre I.:

> "... convenances accordées par bones mors font le marchie, non pas la paumée..." ([19])

La paumée n'était que notre poignée de main, geste par lequel on concluait les accords. L'auteur nous dit clairement que ce n'est pas la paumée qui fait naître les obligations, mais au contraire que l'accord fait selon les bonnes moeurs parfait le contrat. Il est bon de signaler que dans la première partie de ce paragraphe, il nous a parlé des mauvaises coutumes qui sont à rejeter, et alors il considère la paumée comme l'une de ces coutumes. Plus loin, en parlant aussi de la paumée, il nous dit:

> "...et otroie l'en bien que qui voudra fere la paumée, qu'il la face, car paumée est sennefiance que l'en revest l'acheteor par bone foi de marchié". (20)

La paumée serait donc pour cet auteur une formalité à accomplir, mais volontaire, et qui n'a que la valeur d'un signe (*sennefiance*) de bonne foi, mais rien de plus.

Au livre II de son ouvrage, il nous dit:

> "...convenance qui n'est accomplie en aucune chose, et est nié, il n'i a que la prove à celui à qui l'en demande". ([21])

---

(18) "Pactum, quod bona fide interpositum decebitur, et si scriptura non existente aliis probationibus rei gestae veritas comprobari potest, praeses provinciae secundum ius custodiri efficiet". (C. 2, 3, de pactis, 17).

(19) op. cit. Liv. I. ch. 2, par. 7, p. 8.

(20) Ibidem.

(21) op. cit. Liv. II, ch. 16, par. 8, p. 101.

Une *convenance,* un accord qui n'est accompli en aucune chose, est à notre avis un simple échange de consentement, sans aucune autre formalité, et si un tel accord a été fait, et qu'on puisse le prouver, l'accord sera valable, d'où l'on peut conclure que les formalités semblent être pour cet auteur des éléments de preuve.

C) Chez Beaumanoir

Il y a notamment deux textes de Beaumanoir qui nous semblent d'une éloquence particulière.

Dans le premier, après nous avoir dit que le *marchié* (le contrat) est fait dès que l'accord des parties a été *creanté à tenir,* ou dès qu'on a donné le dernier à Dieu, ou, encore dès que les arrhes ont été données; il affirme:

> "... car chacune de ces III choses vaut confermement de marchié". (22)

Il nous dit que les formalités qui accompagnent l'accord des parties sont une confirmation du contrat. Si ce n'est qu'une confirmation du contrat, cela voudrait dire que le contrat était déjà formé, que l'obligation était déjà née.

Plus éloquent encore nous semble un autre texte, où il s'exprime comme suit:

> "... qu'après ce que nous avons parlé au chapitre devant cestui de pluseurs manieres de convenances et des marchiés et de porter garant, que nous, en cest chapitre ensuiant après, parlons d'autres manieres de convenances, si comme celes es queles l'en s'oblige par lettres..., et en un autre chapitre nous parlerons d'une autre manière de prueves". (23)

Alors, d'après le dernier membre de phrase, l'obligation par lettres ne sera qu'un moyen de preuve, quoique l'expression *"queles l'en s'oblige par lettres"* puisse nous faire hésiter, car si l'on s'oblige par lettres, par le document, l'obligation n'a son origine que dans le document, mais l'affirmation qu'il fait à la fin du texte que nous venons de citer, nous fait penser que l'écriture n'était qu'un moyen de preuve, comme moyen de preuve était aussi le *"porter garant"*, qui n'est en fait que le témoignage de ceux qui avaient été présents lors de la formation du contrat.

Il semblerait, donc, que les formalités qui accompagnent le consentement, de par les textes que nous avons recueillis, ne sont en réalité que des moyens de preuve de ce que le consentement a été manifesté, et si c'est comme cela, nous pourrions affirmer avec Ourliac et de Malafosse (24) que les formes, les éléments formels, à cette époque ne sont que des éléments de preuve.

---

(22) op. cit. par. 1066.

(23) op. cit. par. 1073.

(24) Ourliac P. et de Malafosse, J. *Droit romain et ancien droit. Les obligation.* "Thémis" Paris 1957, p. 69.

Nous aurions alors une réponse affirmative à la première question que nous nous étions posée, au commencement de cette section, et un premier élément en faveur de l'idée que malgré la romanisation apparante, le consentement des coutumiers serait différent du *consensus* romain.

Cependant, il serait bon de se demander si on peut considérer encore les formes comme des éléments essentiels à la formation des contrats, car si notre réponse à cette deuxième question était affirmative, notre argumentation semblerait n'être prouvée qu'à moitié.

C'est cela que nous essaierons de découvrir dans le paragraphe suivant, par des textes des auteurs coutumiers auxquels nous avons fait référence.

2. Les formes encore essentielles à la formation des contrats ?

Si nous arrivons à conclure que les formes sont des éléments essentiels à la formation des contrats, il y aura une contradiction, car les formes ne sembleront être d'un côté que des éléments de preuve, et alors avec une participation accidentelle dans le contrat; et d'un autre côté, elles paraîtront, des éléments de formation du contrat, à l'origine de la naissance des obligations, et sa participation dans le contrat serait donc essentielle. Nous nous trouverons devant un élément de preuve en faveur d'un consentement coutumier différent du *consensus*, et un autre en faveur de l'identification de consentement et *consensus*, qui semblerait alors nous forcer à prouver que le consensualisme dans son sens moderne, n'est pas né à cette époque.

Voyons ce que nous disent les coutumiers.

Le *Livre de Jostice et de Plet*, malgré les affirmations décidément consensualistes qu'il semblait nous avoir faites, nous dit:

> "...il n'a marchié ne obligation où il n'ait convenance, ou par chose, ou par parole". (25)

Et comme dans plusieurs passages de ce Livre, nous pouvons trouver le texte romain duquel on a traduit :

> "...ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat". (26)

Dès lors, l'auteur du coutumier est en train de parler des contrats réels et solennels des romains. C'est vrai qu'il nous affirme qu'il n'y a pas de contrat ni d'obligation où il n'y a pas d'accord de volonté, mais il exige, en suivant le texte romain, que cet accord soit manifesté *re* ou *verbis*.

---

(25) op. cit. Liv. II, ch. 16, par. 4, p. 100.

(26) D. 2, 14. de pactis, 1.

A mon avis, ce sont des formalités qui sont exigées pour la naissance du contrat, et en conséquences des obligations, et non seulement afin de pouvoir servir comme moyen de preuve.

Mais trouve-t-on d'autres textes qui nous autorisent à faire cette affirmation ?

Nous trouvons chez Beaumanoir des expressions comme "si aucun si convenancent par foi pou par serment" (27); "s'il avient qu'eritages soit vendus et la vente créanté à tenir, . . . il ne puet fere le marchié nul", (28); ou encore " . . . marchiés est fest si tost comme il est créantés à tenir . . . ou si tost comme li deniers Dieu en est donnés, ou si tost comme erres en sont données . . ." (29), et même quand il nous dit: " . . . si comme de celes es queles l'en s'oblige par lettres . . ." (30). Est-ce que toutes ces affirmations ne nous permettent pas de dire que, dans certains cas du moins, certaines formes jouent un rôle essentiel dans la formation des contrats ?

Quelle est donc la place de chacun de ses éléments dans les contrats à cette époque ? C'est là le problème le plus difficile.

Nous pouvons affirmer que le consentement est présent dans les textes; mais quel consentement ? Le *consensus* romain, ou le consentement dans le sens moderne du mot ? Nous serons enclins à affirmer que, si à l'origine il a pu y avoir *consensus*, bientôt avec l'évolution, le consentement a pris son sens moderne et cela à cause de cette interprétation qu'Esmein appelle "fausse mais féconde du droit romain". (31)

La présence du consentement n'est pas difficile à constater, mais sa valeur dans les contrats est une toute autre chose. Dans certains textes, le consentement semble être suffisant pour la constitution de l'obligation (32), et on signale que c'est le consentement qui fait naître l'obligation.

Dans d'autres textes (33), on exige le consentement et les éléments formalistes en même temps pour la validité du contrat, et, parfois, dans ces mêmes textes, on peut interpréter les éléments formalistes comme de simples moyens de preuve (34). Toutefois, on trouve aussi des textes où les éléments formalistes sont clairement des éléments de preuve (35).

---

(27) Op. cit. par. 1041

(28) Ibid. par. 769

(29) Ibid. par. 1066

(30) Ibid. par. 1073

(31) Esmein, A. *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, chez Larose et Forcel, Paris 1883, p. 34

(32) Cf. *Jostice et Plet*, cit., Liv. VIII, ch. 5, par I, p. 170

(33) Cf. Ibidem. Liv. II, ch. 16, par 41, p. 100; Beaumanoir, cit. par. 1066.

(34) Cf. Notamment, Beaumanoir, par. 1066 et 1073

(35) Cf. *Conseil*, cit. ch. XV, par. 13, p. 114 et par. 17, p. 117
aussi Jostice et Plet, cit., Liv. I, ch. 2, par. 71, p. 3; Liv II, ch. 16, par. 8, p. 101.

Il nous semble donc qu'on peut affirmer que les textes du XIIIe siècle que j'ai pu consulter, ne peuvent pas nous autoriser à faire des affirmations catégoriques sur la valeur du consentement, sur le rôle précis qu'il avait à jouer à cause des imprécisions, et même des contradictions des coutumiers. On peut facilement se rendre compte que c'est une époque d'évolution où les éléments nouveaux luttent avec les anciens.

Ce que nous pouvons toujours affirmer, c'est que le consentement est né, et que le consensualisme a fait son apparition dans le domaine des contrats, et cela, nous semble-t-il, de façon différente du *consensus* des Romains. Il faut dire que le consentement est différent du *consensus*, même si un seul des éléments de notre démonstration est positif, car pour que consentement soit égal à *consensus*, il aurait fallu ne trouver aucune différence. Mais du moment que notre consentement s'avère un peu différent, on doit affirmer qu'il n'est pas le même, quoiqu'il ait des ressemblances avec le *consensus*.

Les coutumiers, du moins quelques-uns d'entre eux, reproduisent les textes romains mot à mot, mais cela ne veut pas dire qu'ils ont pour autant reçu le contenu de ces textes de droit romain.

* * *

PARTIE II

LE CONSENTEMENT CAUSALISTE.

Si nous pouvons classer le consentement que nous avons trouvé chez les coutumiers comme différent du *consensus*, cela voudrait dire que ce consentement — dont nous pouvons dire ce qu'il n'est pas à cette époque et non ce qu'il est, — pourrait être à la base du consensualisme de nos jours.

Pour cela, nous tâcherons d'identifier les influences par lesquelles ce consentement coutumier est devenu notre consentement, pour, ensuite, découvrir l'éclat de la cause dans la théorie des contrats et énoncer son rôle.

Section 1. L'évolution jusqu'au consensualisme.

Nous étudierons ici cette évolution à deux paliers. D'abord, la confiance dans le consensualisme qui a son origine dans le droit canonique de l'époque, et ensuite la méfiance dans le consensualisme manifestée par les glossateurs et romanistes et notamment par la sagesse populaire.

1. La confiance dans le consensualisme: l'influence des canonistes.

C'est vraiment chez les canonistes que le consensualisme prend son plein essor. A la base de cet essor du consensualisme se trouve la doctrine canonique sur le serment, qui n'est en fait qu'une conséquence des principes prêchés par l'Eglise catholique sur la sincérité. A cause de ce principe de sincérité que tous les fidèles doivent vivre, le droit canonique interdit pendant des siècles le serment. Les raisons nous en sont données en 1140 par le *Décret de Gratien*:

> "Et ideo Dominus inter iuramentum et loquelam nostram nullam vult esse distantiam... Quisquis ergo verum loquitur, iurat, quia scriptum est: testis fidelis non mentitur." (36)

C'est parce qu'il ne doit pas avoir de différence entre les simples paroles et le serment — vient de nous dire le Décret —, que lorsque quelqu'un dit vrai, il jure, car le témoin fidèle ne dit pas de mensonge. Avec cette base religieuse et morale, les canonistes peuvent bien pousser jusqu'à la limite du consensualisme. (37)

En fait, le pas à franchir n'était pas très grand; les glossateurs avaient fait beaucoup de chemin vers le consensualisme à l'aide des vêtements qu'ils multipliaient, mais toujours accompagné d'une certaine forme, d'un vêtement, au dire de glossateurs, bien que très léger. Mais ils n'avaient pas osé donner au seul consentement — au pacte nu — le droit de cité parmi les contrats.

C'est là, à notre avis, encore une preuve que le consentement a été considéré, et il l'est encore, comme un mineur.

Ce sont les canonistes qui vont franchir le pas. Quand Penafort préparait, dans le premiers tiers du XIIIe siècle, les *Décrétales* de Grégoire IX, il trouve le canon *Antigonus* d'un concile africain qui avait eu lieu dans les premiers siècles de l'ère chrétienne où il est dit:

> "Pax servetur, pacta custodiantur". (38)

Et il coiffe ce canon du Titre: "Pacta quantumcumque nuda servanda sunt" (39) c'est-à-dire les pactes, mêmes nus, doivent être gardés. Et la glose du texte nous dit que malgré que le *Digeste, de pactis,* soit à l'encontre du principe que les pactes nus engendrent des actions, il ne faut pas oublier l'obligation de sincérité qu'ont *les* fidèles et dès lors, une fois qu'on a pris un engagement, même sans forme, il faut le respecter. (40)

---

(36) *Corpus iuriss Canonici absolutiss.* Decretum Gratiani, Lugduni 1618; Secunda pars. C. 12, C. XXII; qu. 5.

(37) Il ne faut pas oublier que les textes sur lesquels les canonistes se basaient pour élaborer leurs doctrines, n'étaint en grande partie que des citations soit du Nouveau soit de l'Ancien Testament, et surtout et principalement des extraits des discours du Christ.

(38) *Decretales D. Gregorii Papae IX,* Lugduni, 1618, XXXV, 1 p. 440.

(39) Ibidem.

(40) Ibidem.

C'est de cette façon, avec un canon vieux de plusieurs siècles, mais lu à la lumière de la problématique qui se posait au XIIIe siècle, que le droit canon va établir le consensualisme, l'accord des vonlontés comme l'élément constitutif des obligations (41).

Mais peut-on dire que le consentement a été définitivement laissé seul? Peut-on dire qu'on lui a accordé la majorité ?

Il ne nous semble pas. Le consentement, bien sûr, est le seul élément constitutif des obligations, mais il ne faut pas oublier le commentaire que la glose faisait: si on a l'obligation de respecter les engagements, c'est parce qu'on a, avant tout, l'obligation d'être sincère, de dire vrai, et cela sur une base religieuse, sur une base morale.

Or, encore chez les canonistes, on cherche et l'on trouve un appui, quelque chose dans l'arrière-plan qui va protéger ce mineur: c'est — à notre avis — le consentement.

2. La méfiance envers le consensualisme.

Nous allons retenir comme preuves de cette méfiance des manifestations à deux niveaux différents: une manifestation savante, chez les glossateurs, et une manifestation populaire, dans la sagesse des dictons, pour voir comment, de là, notre consensualisme a pris sa structure actuelle.

A) La réplique des glossateurs.

Cette réplique n'est en fait qu'un raffermissement dans la ligne formaliste du droit romain. Nous allons l'étudier sur la base d'une distique d'origine, semble-t-il, accursienne, mais de formulation plus tardive. Le brocard était formulé comme suit:

"Verba ligant homines. Taurorum cornua funes". (42)

Ce brocard nous dit de Laurière (43), est traduit par Loysel:

"On lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles..." (44).

Nous voulons nous arrêter un peu pour retracer brièvement l'origine et le sens originaire du distique latin et de cette façon, pouvoir par après constater le sens nouveau que prend le brocard par les mêmes mots.

---

(41) Cf. aussi *Décrétales*, Cit. I, XXXV, 3, p. 440, dans le même sens que le canon Antigonus, précité.

(42) Cf. Sautel, G. et Boulet-Sautel, M. *Verba Ligant Homines Taurorum cornua funes*, in Etudes de droit privé offertes à Pierre Petot, Paris, 1957, pp. 507-517.

(43) Loysel, A. *Institutes Coutumières*, éd. critique par E. de Laurière. Paris, chez Nicolas Gosselin, 1710, Tome 2, p. 3.

(44) Ibidem.

Ce fut Accurse, le premier, qui fit un rapprochement entre la promesse verbale des hommes et le joug des boeufs ([45]), mais son intention était bien loin de faire par ce rapprochement une formulation du consensualisme.

En réalité, Accurse, par ce rapprochement, glosait l'expression *"vinculum iuris* qui définit l'obligation dans la tradition romaine" ([46]); les hommes sont ainsi liés intellectuellement par leur parole, de même qu'on lie visiblement les boeufs par les cornes. Il semble que ce ne fut qu'au XIVe siècle que ce rapprochement d'Accurse prit la forme d'un distique à cause d'un dessin très réussi — Trouvé parmi les gloses des Institutes ([47]) — d'une tête de boeuf dont les cornes étaient liées par une corde.

Peu importe la date, précise à laquelle l'idée d'Accurse a pris sa forme définitive de distique raccourci et incisif, elle n'est qu'une explication du *vinculum juris,* de l'obligation, c'est-à-dire de la suite juridique d'un contrat, et non pas de l'origine de l'obligation elle-même. Même si Accurse avait employé l'expression " . . . *sic homines verbis ligantur intellectualiter",* ce *verbis* ne peut être, pour un glossateur, que le contrat solennel romain, et non les simples paroles échangées hors d'un contrat. Il faut noter, cependant, que c'est dans le sens de source d'obligations que l'idée a été prise dans le distique du XIVe siècle.

Loysel, de son côté, en prenant le distique détaché du texte des *Institutes,* dont il était la glose, nous livre le brocard suivant:

> "On lie les boeufs par les cornes, et les hommes par les paroles; et — il ajoute — autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations de droit romain". ([48])

Avec l'explication qu'il ajoute au brocard, il a changé complètement le sens de celui-ci. Les paroles génératrices d'obligations — qui chez les glossateurs et les post-glossateurs formaient le contrat *verbis* — sont devenues la "simple promesse ou convenance", et il nous le dit clairement, puisqu'il affirme que cette simple promesse ou convenance vaut autant que les stipulations — soit le contrat *verbis* — du droit romain. Or voici, encore une fois cette "interprétation fausse mais féconde du droit romain", dont A. Esmein parlait. En partant d'un texte absolument formaliste, et avec les mêmes mots, mais pris dans un sens plus moderne, on dit, ou on fait dire au texte, une chose diamétralement opposée à celle que le texte primitif disait.

Mais qu'est-ce que la sagesse populaire a fait de ce brocard ?

---

(45) Sautel et Boulet - Sautel, précité, p. 508.
(46) Ibidem.
(47) Sautel et Boulet - Sautel, précité, p. 509.
(48) Op. cit. Tome II, p. 3.

B) La réplique de la sagesse populaire.

Les gens du moyen âge ont connu, ont assimilé et ont reçu le distique des post-glossateurs; mais ils ne se sont pas limités à la recevoir, à le traduire. Ils l'ont interprété en ajoutant à la science des romanistes, la sagesse du peuple qui se voyait souvent pris dans d'inextricables labyrinthes juridiques.

On trouve dès le XIIIe siècle une manifestation de la méfiance populaire vis-à-vis le consensualisme — et cela avant même la formulation définitive du distique bolanais — qui semble venir du recueil *"Li Proverbe au vilain"*: "Bele parole fet fol lié", et aussi dans cette autre manifestation de la même idée: "De bele promesse se fet fous tout lié" (49), idée encore reprise au XVIIe siècle par Catherinot dans ses axiomes du droit français, avec certaines variations, quand il nous dit: "Bien fou qui s'oublie, encore plus fou qui se lie". (50).

Avec cette arrière pensée, la sagesse populaire reçoit et adopte l'adage bolonais, qui a un succès universel. Il est traduit dans différentes langues et on le trouve déjà en 1456 — c'est-à-dire environ un siècle après sa formulation à Bologne, selon La Thèse de M. et Mme Sautel — dans un traité de moralité de Mielot. Mais chose curieuse, "le distique a été disloqué et ses deux moitiées séparées par une insertion de trois autres vers sans rapport entre eux ni avec l'adage bolonais" (51), et la traduction que Mielot nous donne, se lit comme suit:

"Par les cornes loye on les boeufs,

Par parole lye on les hommes". (52).

Ici nous n'avons que la traduction fidèle de l'adage bolonais, dont la dislocation est une preuve de la popularité qu'il a acquis, mais aucun lien n'a été encore fait entre "Bele parole fet fol lié" et le brocard des post-glossateurs.

Cependant, un peu plus tard, ce lien a dû se faire, car Meurier nous rapporte l'adage bolonais, mais déjà teint des idées du *Proverbe au vilain*. Il nous livre, en effet, une nouvelle version:

"Comme le boeufs par les cornes on lie
Aussi les gens par leurs mots ou folie" (53).

---

(49) *"Li proverbe au vilain"*, ed. A. Tobler, Leipzig, 1895, p. 75 No 181. (Cité par Sautel et Boulet-Sautel, précité, p. 510).

(50) Catherinot, N. *Axiomes du droit français*, éd. Laboulaye, dans Rev. Hist. de droit, 1883, p. 58, (citée par Sautel et Boulet-Sautel, précitée, p. 511).

(51) Sautel et Boulet-Sautel, précité, p. 516.

(52) Cité par Sautel et Boulet-Sautel, précité, p. 510.

(53) Meurier, *Recueil de sentences notables, edicts et dictons communs . . . traduit la plupart du latin, italien et espagnol et réduits selon l'ordre alphabétique . . .* Anvers 1568 (cité par Sautel et Boulet-Sautel, précités, à la p. 510; ces auteurs remarquent à la note 17, que parmi les sources de Meurier n'y figure ni les glossateurs, ni aucun juriste.)

Voici qu'on met sur le même pied les mots, les paroles, et la folie comme élément constitutif du lien; il ne s'agit pas, évidemment, d'un texte juridique, mais il nous semble qu'on doit considérer ce proverbe comme une manifestation de la méfiance populaire aux engagements verbaux trop hâtifs, pris, peut-être, dans un moment d'irréflexion, qui nous liera, et dont il faudra accomplir les conséquences juridiques. N'est-ce pas là un soupçon envers le consensualisme? Un soupçon envers le mineur sans protection? Une méfiance envers le seul consentement, sans protection, sans garantie? Il nous le semble. Mais nous y reviendrons. Continuons donc avec notre adage.

On trouvera le lien parfait entre l'adage bolonais et le proverbe français primitif en 1710, chez de Laurière, dans ses commentaires aux *Institutes Coutumières* de Loysel, où après nous avoir dit que la règle "On lie les boeufs par les cornes . . . " est une traduction des vers rapportés par la Glose et les anciens Comentateurs du Droit Romain" (54), "il ajoute que ces vers latins ont donné naissance à un vieux proverbe français :

> Comme le boeuf par les cornes, on lie
> Aussi les gens par leurs mots font folie". (55).

Or voici que de Laurière nous donne une version du proverbe quelque peu différente de celle de Meurier, mais par contre retrouve la tradition du vieux proverbe "Bel parole fet fol lié".

Une chose nous paraît claire de tout cela: l'homme de la rue n'a pas confiance au simple accord de volonté dépourvu d'un support quelconque, d'une certaine protection, d'une garantie. Mais cela ne veut pas dire pour autant qu'il se donne à coeur joyeux aux formalités du droit romain, dont les procédures complexes lui semblent inventées pour confondre les gens et faire gagner de l'argent aux avocats.

Le formalisme des glossateurs est rejeté principalement à cause des complications procédurales, en vue de maintenir la sûreté des contrats formalistes et aussi, nous semble-t-il, à cause des complexités formalistes elles-mêmes qui embarrassent souvent les relations juridiques dans le commerce. Mais en même temps, on craint le "ex nudo pacto actio oritur", formulé par la glose aux *Décrétales*, car elle peut causer des engagements ennuyeux, quoique l'accord consensuel donne plus de souplesse aux relations contractuelles.

Or, les juristes de l'époque étaient pris devant le dilemne entre la sûreté des formes romaines et la souplesse du consentement nu des canonistes. Ils ont essayé, semble-t-il, de rendre plus sûr le consentement nu des canonistes, délaissant le formalisme romain, et cherchant un élément pour assurer ce consentement.

---

(54) op. cit. Tome II, p. 3.

(55) Sautel et Boulet-Sautel, précité, p. 508 (Notons cependant, que dans l'édition de 1710 que nous avons pu consulter cette affirmation de Launière est omise).

Ils ont préféré — pour reprendre notre idée — donner une protection au mineur, plutôt que de le tuer jeune, pour empêcher les troubles, et sans évidemment le laisser seul, car cela eût été trop risqué.

La protection qu'on lui donne, est, toute logiquement — du moins à notre avis —, la cause dans les obligations, remplaçant le formalisme des contrats, base de la sûreté des relations juridiques contractuelles qu'on voulait assurer tout en lui conservant en même temps, la souplesse que le consentement avait introduite dans la théorie des contrats.

Section 2. De la *causa* à la cause finale.

Nous venons de dire que la cause semble être l'élément qui a remplacé les formes romaines. Elle semblerait être aussi une découverte, ou plutôt le but d'une évolution des doctrines juridiques, fruit de cette sagesse du peuple qui se manifeste contre des choses qu'elle ne connaît pas, mais dont elle en souffre les conséquences.

Par ailleurs, si l'on peut dire que les Romains avaient connu la *causa*, et qu'Accurse et ses successeurs avaient glosé ce mot, *causa* et cause ne sont en fait que des termes tirés de deux langues différentes pour désigner la même notion. Cependant, nous verrons — et encore ici ce n'est pas du nouveau — comment le même mot peut avoir un contenu différent.

1. La **causa** du droit romain et des glossateurs.

Dans le droit romain on a connu le mot *causa*, et on l'a même employé dans les lois sur les contrats. En effet, dans le *Digeste, de pactis*, l'on trouve la loi suivante:

> "Sed cum nulla subest causa propter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem". (56)

Il nous semble que cette cause pourrait être considérée comme la cause des obligations que nous connaissons de nos jours. Une obligation ne peut pas se constituer sans cause; mais quelle est cette cause? La même loi du *Digeste* va nous donner la réponse, pensons-nous:

> "Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem". (57).

On peut constater facilement que le lien est fait entre *causa* et *nuda pactio*, car une convention sans causa n'engendre pas d'obligation, de même qu'un *nuda pactio* n'engendre qu'une exception. Nous sommes donc, avec cette *causa*, limitée au moment de la création du contrat; elle doit être présente au contrat, et c'est elle qui va engendrer, faire naître l'obligation. Alors, cette *causa* serait, nous semble-t-il, une cause efficiente des obligations, soit l'élément créateur de celle-ci.

---

(56) *Digeste* Loi 7, de pactis.

(57) Ibidem.

Nous devons continuer à affirmer la même chose si nous regardons la glose de cette loi du *Digeste* que nous venons de citer, et qui nous dit:

> "**Causa.** id est datio, vel factum ex quo vestiatur contractus innominatus, do ut des". (58).

La *causa*, pour le glossateur, c'est donc un vêtement avec lequel on habille un contrat innommé. Et les vêtements, pour eux, ne sont que les différents contrats formalistes qui peuvent engendrer des obligations. Or la *causa* chez les glossateurs n'est aussi qu'une cause efficiente, qu'un élément nécessaire à l'origine, à la naissance des obligations.

Nous trouvons encore ces traces dans la *causa* des Romains et des glossateurs chez Pothier, chose qui n'est point rare, car il était lui-même un romaniste, sinon un glossateur, quand il nous dit:

> "Il est de l'essence des obligations; qu'il y ait une cause **d'où naisse l'obligation".** (59).

La cause est alors, comme pour les glossateurs, quelque chose *d'où naisse l'obligation*, et il nous rapporte ensuite:

> "Les causes des obligations sont les **contrats,** les **quasi-contrats,** les **délits,** les **quasi-délits:** quelque fois la loi ou l'équité seule". (60)

Ce ne sont là, à notre avis, que les vêtements des glossateurs. Ceux-ci faisaient évidemment une relation avec les vêtements sans les grouper dans les quatre principales sources d'obligations; mais en fait, avec une technique un peu plus évoluée, Pothier suit, du moins dans ce point (61), fidèlement les glossateurs.

2. De la cause de Beaumanoir à la cause finale de Domat.

A) Beaumanoir.

Nous trouvons, chez Beaumanoir, une préoccupation pour la cause, préoccupation qui se manifeste notamment quand il parle des engagements non causés:

> "Car la lettre qui dist que je dois deniers, et ne fet pas mention de quoi je le dois, est souspechonneuse coze de malice" (62).

L'idée, la préoccupation pour la cause y est présente. Et en plus de cela, il nous semble que la cause que Beaumanoir envisage quand

---

(58) Grand glose d'Accurse, glose à la loi 7 de pactis.

(59) Pothier, *Ooeuvres*, éd. Buquet, Paris. 1861, T-2. p. 3 (c'est nous qui soulignons).

(60) Ibidem. (le souligné est du texte).

(61) Pothier, op. cit. p. 24, nous parle du défaut de cause dans les contrats. et à ce moment il semble parler de *causa finalis*, quoique ici encore on pourrait trouver des rapprochements avec la loi 7 du Digeste, de pactis.

(62) Beaumanoir, XXXV, 22, ed. Beugnot. (cité par Esmein. A., *Etudes sur les contrats*. . . précité. p. 65).

il écrit *de quoi je le dois,* est la cause finale. Il n'est pas — c'est vrai — en train de formuler la théorie générale des contrats, mais il énonce une idée qui est, à notre avis, celle de cause finale; c'est la raison de l'engagement, le but qu'avec cet engagement on vise à atteindre. Même si Beaumanoir ne s'exprime ainsi que pour avertir le juge de chercher la cause de la dette, qui n'avait pas été exprimée dans la promesse écrite, même s'il n'envisage qu'un aspect procédural, il n'en demeure pas moins qu'il fait référence à une cause qui nous semble la cause finale.

B) Les canonistes.

Dans la même ligne procédurale requérant une cause à la promesse écrite, nous trouvons la Décrétale *"si cautio"* (63) de Grégoire IX: si la cause est absente de cette promesse, elle va devenir suspecte. C'est à peu près, si non mot à mot ce que Beaumanoir disait, et il ne nous semble pas risqué d'affirmer que celui-ci a probablement recueilli ce texte des *Décrétales,* étant donné qu'elles ont été publiées près de cinquante ans avant l'ouvrage de Beaumanoir.

Mais en partant de cette exigence imposée à l'écrit pour permettre de déceler l'opération juridique qu'il renferme, les canonistes arrivent à rattacher l'idée de cause non plus à l'écrit, mais à l'obligation elle-même. (64).

Si nous ajoutons à cela la recherche que les canonistes font de la juste cause et même de la cause morale, un grand nombre des obligations du droit canon étant d'ailleurs des obligations morales, nous pourrons constater l'influence que les théologiens ont exercé sur elle. Nous n'avons pas alors de difficulté à comprendre l'influence que la théorie de la cause finale de saint Thomas a joué dans ce domaine.

Il ne faut pas oublier que l'objet de ces recherches — nous l'avons dit plus haut — c'est d'ajouter à la souplesse du droit canon la sûreté du droit romain: garantir les tiers, tout en garantissant aussi les parties. On trouve, alors que le but poursuivi par les parties, pourrait servir de garanties; et selon que le but est licite ou non, l'accord sera valide ou nul, fera naître ou non des obligations.

Ce but, en effet, est la dernière étape dans l'exécution, mais il est aussi la raison qui permet aux parties d'en arriver à un accord. C'est la cause finale, première dans l'intention et ultime dans l'exécution.

C) Les rapprochements des pactes nus et de la cause.

Le premier rapprochement entre les pactes nus et la *causa finalis* est fait par Bartole. Commentant la loi 7 du *Digeste, de pactis,* il affirme qu'il n'y a pas en fait de contrat nu — entendant par là des

(63) *Décrétales,* précité, II, 22, 14, p. 783.
(64) Ourliac, P. et de Malafosse J. op. cit. p. 149.

contrats conclus sans but — lorsque le contrat est fait *ex aliqua causa vera* (65). Il emploie ici "cause" dans le sens du droit canonique, mais un peu plus loin, en se référant aux pactes avec une cause future il reprend le sens romain du mot *causa*.

Une situation similaire nous semble exister chez Boiceau au XVIe siècle. Le commentateur de l'article 54 de l'ordonnance de Moulins nous parle "au sujet d'une promesse sous seing privé, laquelle se trouve n'être point causée, comme il s'en voit souvent qui sont écrites en ces termes: "Je, Caius, confesse devoir cent écus à Titius, que je promets de lui payer à sa volonté." Car il est certain que cette reconnaissance est, comme on dit — continue Boiceau — toute nue, parce qu'il n'y a aucune cause exprimée et c'est ainsi que le pacte nu et simple est conçu, quelque chose qu'en aient dit les docteurs et glossateurs de droit; car Ulpien appelle une paction nue, celle qui n'est point causée et ne donne aucune action". (66).

Ici l'auteur de *"La preuve par témoins"* fait un rapprochement significatif entre les pactes nus et les promesses non causées, mais il nous semble qu'il emploie deux concepts qui se trouvent à des paliers différents. En effet, bien qu'il soit question de cause tant dans les pactes nus que dans les promesses sous seing privé, il ne nous apparaît pas que cette notion reçoive une interprétation semblable dans les deux cas, parce qu'efficiente dans la loi 7 *de pactis*, et finale dans le cas de la promesse.

Qu'elle soit efficiente chez Ulpien et pour les glossateurs, nous croyons l'avoir prouvée déjà plus haut. Qu'elle soit finale dans la promesse sous seing privé nous l'avons laissé entendre, et même dit, en nous référant à Beaumanoir et aux canonistes. Toutefois, de Laurière dans ses commentaires aux *Institutes Coutumières* de Loysel, et plus précisément quand il commente " . . . autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain", nous dit :

> "Elle vaut même plus, car selon le Droit Romain, les stipulations non causées devenaient nulles, quand le débiteur opposait l'exception de dol... Au lieu que prami nous, les Promesses non causées sont bonnes, en affirmant par le Créancier, que la somme qu'il demande luy est légitemement dûe" (67).

Le commentateur de Loysel fait parfaitement la distinction entre la *causa* et la cause finale en reprenant l'idée que Beaumanoir nous avait exprimée: si la cause n'est pas incluse dans la promesse, mais si on peut prouver son existence, la promesse sera alors valide, rejoignant par là l'idée même des canonistes. Leur cause, en effet, n'est pas efficiente, comme celle d'Ulpien.

---

(65) Capitant, H., *De la cause des obligations*, Paris 1923, pp. 139 et ss.

(66) Partie II, ch. III, p. 23 (éd. Lyon 1708) traduction d'après Danty du texte latin de Boiceau (*cité par* Esmein, A., *Etudes . . . cité*, p. 65).

(67) op. cit. pp. 3-4.

D) Dumoulin et Domat: la consécration du consentement cauliste.

En 1561, Charles Dumoulin écrivait :

> "Mais, aujourd'hui, dans la pratique et toutes ces lois — i.e., les lois romaines — et les théories des formes sont inutiles parce qu'on voit que des conventions sérieusement conclues sur des choses licites non prohibées ou entre incapables sont tenues pour des stipulations". (68).

C'est la première manifestation écrite de consensualisme, où les formes sont exclues catégoriquement, et où l'on voit, tout de même, certaines conditions nécessaires pour la validité des conventions.

Ourliac et Malafosse diront à propos de cet auteur :

> "Dumoulin fait faire un pas décisif à la doctrine en imposant l'idée que la cause finale est ici — dans les contrats synallagmatiques — le motif que l'on avait de contracter." (69).

Il nous semble que l'on peut retrouver à cette époque la consolidation de ce que Balde, commentateur des lois romaines et des décrétales nous disait:

> "Causa finalis in contractibus dicitur ea de cujus radice emanat obligatio". (70).

Pour lui, la cause finale dans les contrats est à la racine de la constitution des obligations. Mais le rôle et l'importance de cette cause dans les relations contractuelles, nous le trouvons en rapport avec le consentement, dans un texte qui nous semble d'un grand intérêt:

> Causa finalis dicitur ea qua posita inesse ponitur voluntas disponentis, et ea cessante, cessat consensus". (71).

Alors, voici que le consentement vient d'être, par cette phrase, subjugué par la *causa finalis*. En effet, on arrive à l'idée que le consentement sans cause ne peut pas exister. Cela pourrait paraître anti-consensualiste, mais il nous semble, que tout au contraire, c'est une affirmation bien consensualiste; car si on s'attache au consentement sans cause, on est en réalité en train de faire un pas en arrière, on revient alors au *consensus*, aux *stipulations* du droit romain.

Domat, en effet, ne fera que consacrer ces idées qui rôdaient depuis plusieurs siècles autour de la théorie des contrats, dans laquelle la cause tâchait de prendre la place de choix que détenaient aupara-

---

(68) *Nova et Analytica explicatio rubr. et log. I et II. De verborum obligationibus, no* 42.

(69) op. cit. pp. 149-150.

(70) In 1. I, 1, 3ème Col., in princ. "quaero quomodo cognoscamus causam finalem in contractibus", C. VI, 44, de falsa causa adj. leg. (cité par Capitant, op. cit. p. 140).

(71) In 1, I., 1ère Coll. V (is): item passi . . . possunt. C. quando non pet part. 6, 10 (cité par Capitant, ibidem).

vant les formes, mais qu'elles avaient commencée à perdre dès le XIIIe siècle. Il nous dira:

> "Dans les conventions où quelqu'un se trouve obligé sans aucune cause, l'obligation est nulle; et il en est de même si la cause vient à cesser. Mais c'est par les circonstances qu'il faut juger si l'obligation a sa cause ou non". (72)

Et il nous avait dit auparavant:

> "Les conventions s'accomplissent par le consentement mutuel donné et arrêté réciproquement". (73).

L'évolution semble s'être terminée là, du moins pour le moment. Le consentement donne naissance aux conventions. La souplesse du droit canonique a été logiquement reçue, et, pour donner la sûreté du droit romain, c'est-à-dire pour substituer aux formes, on exige la cause.

Conclusion:

La théorie des contrats avait besoin de chercher et de trouver un appui, un support, *quelque chose* qui pourrait garantir les contrats consensuels, lorsqu'elle refusait les formes que le droit romain et les glossateurs exigeaient pour assurer les parties et les tiers qu'un contrat avait été conclu.

Puisque le courant qui semblait dominer, du moins dans les contrats et à cause de sa souplesse, était celui du droit canonique, où l'on donne une place de choix à la volonté interne, on a été chercher cette protection, cette garantie, précisément là bas, à l'intérieur même de la déclaration de volonté, qui ne se fait jamais si ce n'est accompagnée d'une cause.

En cherchant alors la protection pour le consentement — ce mineur, avons-nous dit — on l'a trouvé non au dehors de lui-même, mais au contraire, dans l'essence même de ce consentement, des conditions même de l'existence de ce mineur. Or, après l'avoir maintenu en tutelle, on a fini par lui permettre de s'épanouir par lui-même, en prouvant qu'il a les conditions essentielles d'existence, si le consentement est la manifestation d'une volonté qui a eu une raison d'agir.

---

(72) Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Partie I, Liv. I, Titre I, sec. V. règle XII, Paris, chez Sangrain, 1777, à la p. 31.

(73) Ibidem, sec. I, règle VIII, p. 20.