

66. CONVENANCES VAINQUENT LOI. *)

Dans le beau livre où Antoine Loysel, en 1607, sous le titre d'„Institutions coutumières" a résumé tout le droit coutumier de son temps dans des brocards, on lit en tête du premier titre du troisième livre l'adage sur lequel je voudrais fixer l'attention du lecteur: „Convenances vainquent loi."

C'est là un adage de droit — un de ces dictons qu'on propageait sans qu'on fût tout à fait conscient de sa signification. Dans le brocard le droit cherchait à formuler un principe en une rédaction, nette et plastique en même temps. Plastique, car dans l'adage la vérité qu'il exprime doit, pour ainsi dire, sauter aux yeux, être palpable. Nette, car elle doit être exprimée si clairement qu'elle ne laisse pas de place à l'équivoque et au doute. Les adages du droit médiéval étaient clairs et plastiques; on n'a qu'à feuilleter le livre de Loysel pour s'en convaincre. Est-ce qu'on a jamais exprimé d'une façon plus pittoresque la force obligatoire de la convention, que par l'adage qui suit celui que nous venons de citer: „On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles." Ils avaient un rythme que doit observer avec envie celui qui étudie le droit contemporain surtout celui des Pays-Bas avec ses articles enchevêtrés et qui n'en finissent pas, d'un style morne et aride au possible. Pourtant les auteurs qui traitent du droit coutumier, prêtaient peu d'attention à l'adage, au „brocard", tandis que les Romanistes de leur temps s'y intéressent bien. Loysel qui les recueillait appartient à une période où leur formation et leur floraison étaient passées. C'est parfaitement compréhensible: il en est de l'adage comme de l'art populaire: il naît seulement si on ne le recherche pas consciemment ').

La spontanéité est une de ses qualités caractéristiques. Il ne demande pas l'attention, il souffre à peine l'analyse scientifique. Tout de même il avait sa valeur. Ma tâche sera de la démontrer. Mais pour faire cela, il sera d'abord nécessaire d'établir sa signification d'une façon plus exacte.

Pour ceux qui désirent connaître le droit des contrats du Moyen âge le livre d'Esmein de 1883 est de nos jours encore un guide sûr"). Esmein mentionne l'adage dont nous parlons au début de son traité. D'après lui Loysel y attache le même sens que celui qui revient au dicton qui y succède dans son livre et que je citais, il n'exprime autre chose que: „les conventions sont obligatoires".

*) Mededelingen der Koninklijke Akademie van Wetenschappen, Afdeling Letterkunde. Deel 70. Serie B, no. 7, 1930.

') Cf. l'observation de Tourtoulon sur ce phénomène: Chacun cherche ce que lui manque. — *Les principes philosophiques de l'histoire du droit*, (1908—1919) p. 393.

‘-) *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*. Voi p.p. 5. 29.

Je dois laisser de côté si cette observation est vraie pour Loysel. On ne saurait la déduire du simple fait de la succession des deux adages. Mais ce qui est sûr, c'est que Philippe de Beaumanoir, l'auteur génial des Coutumes de Beauvoisis de 1283 se sert de l'adage dans ce contexte. „Toutes convenances sont à tenir. Et pour ce dit-on: Convenance vaint loi"). D'après Esmein pourtant ce ne peut pas avoir été là le sens original du dicton, puisque le droit coutumier ne connaissait pas — au début, en tout cas — la force obligatoire de toute convention, ne la connaissait que pour les contrats formels et les contrats réels après la remise d'une chose et l'adage se rencontre déjà à un moment où, indubitablement, la validité des contrats nus n'a pas encore été reconnue. Les Assises de Jérusalem, un livre de droit composé en majeure partie sur des bases françaises, pour servir de guide dans l'empire de Palestine et de Chypre, fondé par les croisés et que certains savants font remonter à une date entre 1170 et 1180, mais que Chénon suppose être du milieu du 13^{ième} siècle, estime même le contrat de vente pas obligatoire s'il ne fût exécuté par l'une des deux parties, et pourtant là aussi on citait l'adage en question. La signification en était donc autre. D'après Esmein, elle était ceci: il était permis de disposer de son vivant de ses biens, bien qu'ils échussent à la mort à l'héritier intestat. La disposition pendant la vie l'emportait sur le droit des successions. Il s'en rapporte à Jean d'Ibelin, qui, dans le recueil que nous connaissons sous le titre d'„Assises de Jérusalem" (1266) composait le livre des Assises pour la Cour des Barons, à Pierre de Fontaines (entre 1254 et 1258) et à Beaumanoir lui-même. Je doute qu'Esmein donne l'explication exacte de ces textes. Il est évident que Beaumanoir se servait du dicton au passage visé par Esmein, pour indiquer qu'il est permis de disposer de son vivant des biens qui ne sont pas obligés à une tierce personne en vertu de la coutume bien qu'ils puissent être censés obligés aux héritiers. Cependant, puisque, à un autre endroit, Beaumanoir attribue à l'adage un plus ample sens, Esmein, se fondant sur ce passage-là, ne peut faire autre chose que de dire que Beaumanoir connaissait encore le sens original de ce brocard. Aussi il ne dit rien d'autre. Beaumanoir ne saurait être cité comme autorité pour cette interprétation d'Esmein que si d'autres sources prouvent que celle-ci est la seule possible. Pour moi, je crois qu'on ne saurait s'appuyer ni sur d'Ibelin, ni sur Pierre de Fontaines en faveur de l'interprétation d'Esmein.

De Fontaines donne au chapitre XV de son „Conseil à un ami" un exposé du droit des contrats. Les contrats obligent, c'est ce que dit le droit romain. Ne sont pas obligatoires cependant, les conventions qui ont une cause illicite [par leide chose] ou celles „faites par tricherie" ou celles contraires aux bonnes moeurs, ou bien faites à l'encontre de la loi, de la „costume du pais" ou „de

!) Ed. Salmon, n. 999.

l'establisement du seigneur". Lorsqu'il en est arrivé là, il se demande: „Mais pourquoi dit-on alors: convenance vaint loi? Et il répond: „Si quelqu'un dispose de ses biens propres à l'encontre de la coutume et qu'il affirme ces dispositions par serment, il y est lié ainsi que quand il pose une condition pénale". Mais ses héritiers ne le sont pas, si la convention n'a pas été exécutée de son vivant. Est-ce que la dérogation à la coutume peut seulement consister en ce qu'on dispose des biens qui sont obligés aux héritiers? C'est possible mais il ne le dit pas expressément. N'est-il pas plus plausible que Fontaines veut dire dans un sens plus général qu'en effet, pourvu qu'elle soit affirmée par serment ou munie d'une condition pénale, la simple convention est valable à l'encontre de la loi?

Esmein lui-même a démontré que le serment avait la vertu de rendre valable une convention nulle.³⁾

Dans le texte d'Ibelin je ne trouve pas non plus la teneur spéciale qu'Esmein veut y lire") Chez lui aussi la thèse a un sens général: „Les deus doivent estre tenus, parce que chacun peut le sein doner et aliéner par sa volonté par assise et sans assise et que les con-venans faits et proves si corne ils deivent, deivent estre tenus et maintenus, car on dit: covenant vainc loi."

Les passages que cite Esmein ne rendent pas vraisemblable que l'adage ait eu originellement un sens restreint qu'on aurait amplifié peu à peu. Au contraire, le cas de dérogation aux droits des successions que l'auteur mentionne n'était qu'un seul parmi ceux là auxquels on appliquait un principe de droit général.

Celui qui pourrait en douter, pourra s'en convaincre en se tournant de l'ancien droit français à l'ancien droit anglais qui y est apparenté.

Là aussi nous trouvons le brocard, notamment dans des sources antérieures aux sources françaises. Et il y a sans doute un autre sens que celui qui d'après Esmein en était le sens primitif.

La plus ancienne source anglaise où je retrouve notre brocard, c'est la compilation connue sous le nom de „leges Henrici". qu'il faut probablement faire remonter à une date antérieure à 1118.³⁾

Nous ne possédons pas beaucoup de renseignements sur les sources de ce livre, l'auteur s'est servi d'un autre ouvrage contemporain, le „Quadrupartitus", puis d'anciennes sources anglo-saxonnes; il a emprunté certaines choses à la „lex Salica" et à la „lex Ribuaria" ainsi qu'au „Codex Theodosianus". Je n'oserais pas décider si notre adage se trouve aussi dans une de ces sources; cela ne me semble pas probable, mais j'ai bien examiné si les „Origines"

¹⁾ Cf. Spies, *De l'observation des simples conventions en droit canonique*, (1928), p. 149. Esmein. *Le serment promissoire dans le droit canonique. Nouvell? Revue Historique* 1888. p. 333.

²⁾ Spies, donnant du passage de Fontaines la même explication que moi, accepte que d'Ibelin a été bien interprété par Esmein.

³⁾ Voir Pollock and Maitland. *History of English Law*, I, 99.

d isodorus, aux généralités sur le droit duquel l'auteur des „leges Henrici" a fait certains emprunts, renfermait une définition qu'on pourrait mettre en rapport avec notre adage. Je n'en ai pas trouvé. J'ai également feuilleté Cicéron — d'une façon un peu sommaire, il est vrai — mais sans résultat. Tant qu'on n'aura pas démontré le contraire, je crois pouvoir accepter que „convention vainc loi" était un adage populaire, d'origine médiévale¹⁾, noté pour la première fois par l'auteur des „leges Henrici". Il l'a fait d'une façon curieuse. Au *Pactum enim legem vincit*, il ajoute: et *amor iudicium*. Nous y reviendrons tout à l'heure. La citation se rencontre au chapitre 49, là où il traite la question de savoir dans quels procès une réponse doit suivre immédiatement et en quel cas un ajournement peut être obtenu. Si plusieurs personnes sont poursuivies, on devra décider, d'après les fondements de l'action — c'est ainsi que je crois pouvoir interpréter le „*secundum quod causae fuerint*", dont le sens n'est pas très clair — ou d'après le contenu de la convention, si la cause sera jugée pour tous ensemble ou pour chacun séparément. Et puis on lit: „*Pactum enim legem vincit*". Ainsi la règle de procédure peut être écartée par convention.

La même chose est dite d'une autre règle également processuelle. C'est au chapitre 59 où l'on traite du contremandat. Nous connaissons cet institut dans l'ancien droit français aussi: c'est le droit que possède le défendeur de déclarer qu'il ne comparaitra que dans une quinzaine.²⁾ Si l'autre ne comparait pas, il est condamné à moins que, dit le passage, ce ne soit une affaire où le contremandat n'était pas permis ou bien qu'on ne fût convenu du contraire [„*vel pactum intercesserit quod legem contramandationis vincit*"]³⁾.

„*Amor vincit iudicium*" aussi, est du domaine processuel. C'est ce qui saute aux yeux si nous rapprochons du passage cité, le passage suivant emprunté au chapitre 54: „*Si quis cum socio vel compari suo causam habuit et inter eos super his ex amore et testimonio convenerit, si deinceps utrumque vel alterum peniteat, nee possunt tamen per iudicium ad placiti principium remeare.*" „*Amor*" c'est ici évidemment l'arrangement à l'amiable ou la décision arbitrale.³⁾

Elle oblige — d'après l'adage mentionné au chapitre 49 — même contrairement à la décision judiciaire.

Ce n'est qu'une conséquence tout à fait explicable de la supériorité de la convention à la loi. La loi et la sentence judiciaire sont des arrêts du magistrat fondés sur le droit traditionnel. On les traite ici sur le même pied. D'ailleurs d'Ibelin aussi parle dans le passage

¹⁾ Ce n'est pas qu'en France et en Angleterre qu'on retrouve l'adage. En Allemagne aussi on le rencontre. „*Geding bricht Landrecht*". La propagation générale n'exclut pas la possibilité qu'un seul auteur l'ait formulé.

²⁾ Voir Beaumanoir 108. III.

³⁾ C'est ce que dit Liebermann. *Die Gesetze der Angelsachsen*, Glossarium s.v. *Schiedsgericht*, p. 637.

cité¹) d'une convention „contre assises", donc à rebours de l'arrêt judiciaire. En des termes modernes nous dirions: „Transaction prime sentence". Je n'ai pas trouvé ailleurs ce second brocard relatif aux jugements ajouté à notre adage. Cependant on le reproduit bien lui-même dans plusieurs livres de l'ancien droit anglais. Et cela à divers endroits. Nous le trouvons chez Glanville (entre 1187 et 1189), chez Bracton (entre 1250 et 1258) et dans le livre de droit connu sous le nom de Fleta (1290).

Voyons d'abord Glanville. Il fait appel à l'adage en traitant de la vente [X. 14]. Il ne connaît la force obligatoire du contrat de vente que si la convention a été exécutée de part ou d'autre ou qu'on a donné des arrhes. Mais quand une exécution partielle ou totale a eu lieu, aucune des parties ne saurait se dégager du contrat, à moins qu'il n'ait des raisons valables de le faire. Si, par exemple, pareille rétractation avait été permise par convention: quippe generaliter verum est quod conventio legem vincit.

Voyons ensuite Bracton II. 6. Nous n'y trouvons pas la citation par rapport à la vente, mais par rapport à la donation. On peut rattacher une charge à la donation: quelqu'un donne par exemple quelque chose à sa femme à la condition que la chose donnée aille à elle et aux héritiers qu'ils ont ensemble ou qu'ils procréeront. Alors le bien va à ceux-ci à l'exclusion des autres héritiers parce que le donateur l'a voulu ainsi. „Modus enim legem dat donationi et modus tenendus est contra jus commune et contra legem, quia modus et conventio vincunt legem."

Le même emploi de l'adage a été fait dans Fleta. L'auteur de ce livre de droit cite le même exemple. III, 9. Ainsi les „leges Hen-rici" qui contiennent le droit anglo-saxon avec quelques emprunts à d'autres sources, Glanville qui subissait des influences normandes. Bracton qui romanise et Fleta qui l'imite, confirment tous ma supposition.

Ceci suffira, je crois, pour démontrer que l'adage, d'après la conception des auteurs anglais, n'avait pas d'autre tendance que d'indiquer de façon générale que la convention crée le droit, contrairement à la loi même, le terme de „loi" étant pris ici dans son sens le plus général; ce sont-aussi bien dans les „leges Henrici" que chez Glanville et chez Bracton, des règles de droit coutumier qui peuvent être écartées par le contrat.

N'est-il pas vraisemblable que les auteurs français qui se réfèrent au brocard, y rattachent le même sens, c-à-d celui d'une règle générale qui peut trouver son application dans des domaines divers, et non pas d'une règle particulière — comme le voulait Esmein — à laquelle on aurait attribué plus tard une tendance plus vaste, contrairement à son sens original? L'adage ne dit pas autre chose que ce que les termes en impliquent.

*) Assises de Jérusalem t. 1 ch. 109.

Mais alors deux questions s'imposent: si le contrat était tellement tout puissant qu'il l'emportait même sur la loi, n'y avait-il donc pas de droit impératif? Ceci est invraisemblable a priori et un simple coup d'œil jeté dans le livre de Beaumanoir nous convaincra du contraire. Mais comment faut-il alors concilier notre règle de la toute puissance des contrats avec ces règles impératifs?

Et en second lieu: Convention vainc loi. Mais comment est-il possible alors que tout de même on ne puisse exiger exécution de toute promesse prononcée et acceptée?

C'est en ceci qu'Esmein a indiscutablement raison. Le „con-ventiones vincunt legem" fut prononcé par des juristes qui ne connaissaient pas la force obligatoire générale de la convention sans forme. Comment concilier ces deux choses?

Commençons par la deuxième question. La réponse que nous pourrions y trouver, facilitera les recherches concernant la contradiction que nous avons signalée en premier lieu.

Beaumanoir cite „conventiones vainquent loi" en même temps que „convenances sont à tenir". S'il n'estime pas ces deux adages être synonymes, son point de départ est pourtant d'après toute évidence leur cohérence étroite. Et il semble, en effet, que la force exécutoire de tout ce qui a été convenu, soit complètement acceptée par lui. Il estime même que la promesse de donation — pour le droit ancien aussi bien que pour le droit plus moderne, l'exemple par excellence d'une convention qui, n'étant pas renforcée par la forme ou d'autre façon, n'oblige pas — est une base suffisante pour intenter une action, bien qu'il subordonne une promesse pareille à la dette et que, par conséquent, celui à qui l'on a fait la promesse, ne puisse faire valoir ses droits qu'après les créanciers.

Mais dans ce cas-là, la donation doit être faite „pour bonne cause". Et la notion de „cause" ne joue pas seulement un rôle dans le domaine de la donation. Un contrat doit avoir une cause licite. Un titre de créance également, qui est aussi, si elle a été acceptée, une convention par laquelle on a promis une prestation, n'oblige que si sa „cause" est prouvée¹⁾. Et ce n'est pas seul le droit coutumier mais aussi le droit canonique, qui en exigeant une „cause" a assigné une limite à la reconnaissance sans réserve de la convention comme source d'obligation.

C'est une évolution bien curieuse que celle du droit canonique dans le domaine du droit contractuel. Sous l'influence du principe moral de la fidélité à toute parole prononcée sérieusement, et de l'idée que l'oubli d'une promesse est un mensonge, le système des contrats romain éclata, l'„ex nudo pacto non paritur actio" fut converti dans son contraire. Récemment encore, cette évolution a été décrite amplement et d'une façon particulièrement claire par M. F.

¹⁾ Beaumanoir, n. 1096. Cf. aussi: Zeylemaker. *Overeenkomst en wilsovereenstemming*, (1921) p. 100 et suiv.

Spies, dans sa monographie consacrée à ce sujet citée si-dessus p. 198.

M. Spies ne prête pas beaucoup d'attention à l'élément de la „causa”, quoiqu'il la mentionne. Cependant, je crois qu'elle est d'une importance particulière parce que ce n'est qu'après l'avoir examinée qu'on pourra établir lesquels étaient précisément les contrats dont on pouvait obtenir exécution en justice. Nous ne pouvons nous contenter de connaître la théorie sur la cause, nous devons savoir quelle était la pratique.

On a écarté, il est vrai, la condition de la forme que pose le droit romain; on a écarté ce qui restait de la „stipulatio” ou ce que les romanistes en voulaient réintroduire comme telle. Sous ce rapport il y a une opposition très accusée entre le droit romain et le droit canonique; les auteurs des deux côtés ne se lassent pas d'y fixer l'attention.

Mais ce ne veut pas dire que le droit canonique a reconnu la force obligatoire des conventions nues sans aucune réserve.

Il y a trois motifs qui ramènent toujours à l'exclusion de la force obligatoire générale de la convention.

Premièrement il y a le danger que le contrat soit contraire aux règles fondamentales du droit écrit ou non-écrit qui doivent être maintenues avant tout. La force obligatoire de la convention en tout cas pourrait faciliter l'échappement à ces règles et amener la validité d'une promesse immorale.

En second lieu le droit ne veut l'obligation que dans le cas où celui qui fait la promesse est parfaitement conscient de ce qu'il fait. De là viennent les conditions de forme par exemple par rapport aux promesses de donation. La force générale des conventions peut mener à la soustraction aux formes exigées par la loi. Et troisièmement le droit a besoin d'une limite par rapport aux actions de la vie quotidiennes qui restent hors du tribunal. De nos jours même toute convention dans la vie sociale ne forme pas un engagement obligatoire; qu'on ne pense qu'aux nombreuses petites conventions de la vie quotidienne entre amis ou membres de la même famille. Autrefois c'était la même chose bien que la ligne de démarcation dans le droit ancien soit tracée autrement que dans le nôtre.

Il serait très important de savoir jusqu'à quel point poussait en ceci le droit canonique. On ne sait pas encore beaucoup de l'application pratique des principes. Sous ce rapport M. G. Chevrier, qui dernièrement a consacré une monographie importante au problème de la „causa”.¹⁾ se demande: „Quel fut le succès des doctrines savantes [sur la cause] dans la pratique des officialités en France?” Il répond: „Il faut presque se résigner à laisser la question sans réponse”²⁾. Toujours est-il certain que le droit canonique reconnaissait plus de conventions comme obligatoires en justice que le droit des temps

¹⁾ *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations* (1929). -)
p. 170.

anciens et modernes. La condition morale de fidélité à la promesse était rigoureuse. Ce qui est curieuse c'est que, déjà à la fin du XIII^e siècle, la promesse de prêter de l'argent était censée obligatoire. M. Spies cite un exemple de cette période emprunté à la Cour archiépiscopale de Reims ¹⁾. Mais en posant la condition de la cause, on limita la force obligatoire des conventions. Ce n'était que si l'obligation de la convention était justifiée du point de vue social que la parole donnée était obligeante. Cf. Baldus: *Jure canonico oritur actio ex nudo pacto dummodo habet causam* [ad C. 3, 36, 15, n. 1 et 3]. Ce n'est pas ici le lieu d'examiner ce que les canonistes entendaient au juste sous le terme de „causa”. M. Chevrier apporte une contribution intéressante à la solution de ce problème. Il nous suffit de constater que grâce à la condition de la „causa” toute convention ne forme pas un lien de droit. Baldus exige encore pour le cautionnement, le compromis et la transaction la forme de la stipulation des Romains ¹⁾.

On constate avec évidence la limitation de la règle „ex nudo pacto oritur actio” par la condition de la cause, en examinant ce qu'elle est devenue dans le droit coutumier. Les conventions obligent même si l'on n'a pas observé la forme légale, cette règle passa du droit canonique et des tribunaux ecclésiastiques dans les tribunaux temporels, pour les différentes provinces à des époques différentes; il est impossible d'établir exactement à quel moment. Il me semble que M. Spies fait trop peu de cas de l'influence du droit canonique en acceptant que le droit coutumier n'a agréé cette règle dans toute son étendue qu'au XVI^e siècle. Il polémise²⁾ avec M. Yver. qui croit la trouver déjà dans la „Summa” de 1254-1258. en Normandie ³⁾. A mon opinion M. Yver a raison; l'auteur de la „Summa” oppose la „querula ex contractu”, à celle „ex rei obtentu”; nulle part il ne parle de la condition de la forme. Mais il cite bien la condition de la „causa”. „Ex promissio nemo debitor constituitur nisi causa processerit legitima promittendi”. C'est la „causa” qui importe. Ce n'est que lorsque nous saurons ce qu'on entendait par là

¹⁾ Ceci en dérogation, d'un côté aux Assises de Jérusalem. Cour des Bourgeois, c. 216, de l'autre au droit anglais — longtemps après encore. Même chez nous on a soumis la question à la Cour de Cassation encore en 1911; ça va sans dire que la Coura reconnu la validité d'une convention pareille (arrêt du 29 décembre 1911 W. 9289).

²⁾ Cf. Spies, pp. 85-86.

³⁾ p. 156.

⁴⁾ *Les contrats dans le très ancien droit normand.* (1926) p. 64 M. Chevrier [p. 202] voit dans l'action provenant du contrat que mentionnait la „Summa” „pour la maison que je t'ai faite tu me dois 10 sous, que pour cela tu m'as promis” une créance provenant de promesse unilatérale. D'après mon opinion il n'y a pas lieu d'accepter se fondant sur l'exemple, que celui qui fait la promesse n'avait pas de son côté le droit d'exiger la construction de la maison. On a ici un exemple: on ne saurait en tirer une conclusion d'une si large portée. Il est plus vraisemblable qu'on devra penser à un contrat innommé dont chacune des parties après avoir fait prestation peut réclamer solution.

que nous saurons jusqu'à quel point s'étendait la force obligatoire de la convention. Il est curieux de constater que M. Yver dans les nombreuses données de la jurisprudence qu'il pouvait examiner, ne trouvait de contrats obligatoires contraires à l'ancien droit que la reconnaissance de la plévine sans forme et du compromis. Il n'y rencontre pas même de vente à crédit sans forme.

Nous pouvons constater quelque chose d'analogue dans le droit anglais. L'observation de la convention peut être exigée par l'„action of debt". Si nous consultons les livres de droit, nous voyons que la force obligatoire des conventions ne dépendait nulle part de conditions particulières de forme. Cependant Pollock et Maitland¹⁾ mentionnent que, du temps du roi Edouard I, on ne trouvait sur le rôle que les actions suivantes provenant de conventions: de l'argent emprunté, des biens vendus, l'emphytéose, le cautionnement et puis la créance reposant sur un document scellé. Pas autre chose. Pour la pratique, tout cela formait les „causae" et rien que cela. Le droit anglais peut nous apprendre encore autre chose. Pour la force exécutoire il ne suffit pas qu'il y ait une convention et une cause de la dette; il est nécessaire aussi qu'il y ait un juge compétent et un moyen légal, une forme qui rende possible de soumettre le différend à son jugement. Glanville fait observer que la Cour du Roi n'avait pas l'habitude de protéger des conventions privées, lors même qu'on avait donné un gage ou que les conventions avaient été faites par devant une cour locale ~) et à la fin du chapitre sur les contrats il répète encore une fois „Predictos vero contractus qui ex privatorum consensu fiunt, breviter transigemus quia ut pre-dictum est privatas conventiones non solet curia Domini Regis tueri et quidam ex talibus contractibus qui quasi private quidam conventiones censerent possunt, se non intromittit curia Dominis Regis."

La convention entre particuliers est obligatoire, mais elle n'est pas assez importante pour la traduire devant la Cour royale. Elle jouit bien de la protection moins importante des „local courts" et ce qui est curieux c'est que là la réclamation du paiement d'un salaire s'y trouve dans un temps²⁾ où parmi les fondements d'une action en justice le louage de services ne se rencontre pas au tribunal royal.

Ce qui mérite notre attention c'est que la formule de l'ancienne action anglaise ne renfermait pas la demande d'exécuter la convention, mais bien une plainte sur le tort qu'on fait en négligeant cette exécution.

Le prêteur ne dit pas: vous m'avez emprunté de l'argent et promis de me le rendre, mais il dit: vous gardez mon argent sans droit. Cette formule rattache — par la force des choses — la force

¹⁾ II, 210.

²⁾ X, 12.

³⁾ Cf. R. L. Henry. *Contracts in the local courts of medieval England* (1926), 212 etc.

exécutoire des conventions à certains types de conventions. On ne pouvait exiger l'exécution d'une promesse *faciendi* ou non *faciendi*. C'était un système tellement étroit qu'on devait plus tard invoquer le secours de la „chancery" qui faisait justice d'après l'„equity"; non pas cependant parce que les contrats n'obligent pas, mais parce que l'action faisait défaut. Je cite le sentiment de Holdsworth I, 455: „The equitable jurisdiction was therefore needed not because the inadaequacy of the common law of contract but because the inadaequacy of the common remedy for break of contract."

D'ailleurs, nous n'avons pas besoin de nous adresser au droit anglais pour connaître l'importance qu'on doit attribuer au moyen judiciaire. Nous le voyons aussi dans le droit canonique. Là la règle „*ex nudo pacto oritur actio*" l'emportait mais ce ne fut qu'après beaucoup de luttes. Quel était le sujet de ces luttes? Ce n'était pas la force obligatoire de la convention, mais la question de savoir quel moyen il faudrait employer pour transformer l'obligation en réalité. Dès que les canonistes allaient s'occuper de cette question ils s'accordaient généralement à reconnaître que les conventions non formels étaient obligatoires, mais ils différaient d'opinion sur la sanction à rattacher à cette prescription. Innocent IV et ceux qui en ceci étaient de son avis, voulaient la maintenir seulement par la *denunciatio evangelica*, c-à-d. en exigeant la pénitence de celui qui l'a enfreinte, une pression exercée sur le contrevenant laquelle mène à la réparation, pression qui peut même aboutir à l'excommunication et qui du point de vue ecclésiastique était assez rigoureuse — mais ils ne voulaient pas un recours légal, une réclamation devant la justice. Si une autre opinion, celle de Joannes Teutonicus l'emporte, c'est le triomphe de l'action fondée sur la convention dénuée de forme, de la *condictio ex canone*.

Il résulte de tout ceci que, même à une époque et dans un droit qui reconnaissent comme une nécessité que „convenances sont à tenir" il ne s'ensuit pas encore que toute convention soit obligatoire en justice. Au Moyen-âge il n'y avait pas une démarcation précise entre le droit et la morale, cependant nous ne pouvons reconnaître comme droit — dans ces temps là comme dans les nôtres — que ces règles qui se réalisent en justice. A côté de l'élément éthique, il y a l'élément social, et l'élément processuel. Dans le brocard le premier seul est exprimé. C'est un postulat qui demande d'être respecté, non pas une règle qui, in concreto, se respecte toujours.

C'est précisément parce que c'est un principe, qu'il lui faut une forme plastique et qui s'impose. Le postulat devient conviction, mais pour cette raison il n'est pas encore du droit, dans le sens que nous attachons au mot. Un principe de droit n'est pas encore une règle de droit qui par un simple syllogisme dans chaque procès se transforme en réalité. Le droit concret subit à tout moment son influence, mais dans la réalisation il en heurte d'autres, peu à peu il doit conquérir du terrain et il ne le conquiert jamais tout à fait.

S'il en est ainsi, il est parfaitement compréhensible qu'un dicton comme: convenances vainquent loi qui est d'une portée plus vaste encore que celui de „convenances sont à tenir" se préconisait déjà dans un temps où il s'en fallait de beaucoup que le dernier eût conquis le terrain où il a triomphé plus tard. C'est un principe aussi bien que l'autre, non pas une règle concrète. L'ex nudo pacto non oritur actio n'est pas une loi qu'on peut écarter, c'est la constatation d'un fait négatif *). La force de la convention, celle du „convenances vainquent loi" amène, il est vrai, ici aussi une évolution de droit, mais lors même que le principe est reconnu et que le principe romain a disparu, toute conséquence n'est pas encore agréée.

En outre il n'est pas permis de raisonner d'une façon si logique quand il s'agit de brocards, „Convenances vainquent loi" n'est pas synonyme de „convenances sont à tenir". Le premier adage avait une autre tendance. Celui qui en est pénétré ne demande pas une sanction pour obtenir en justice l'exécution de ce qui a été convenu, c'est là un tout autre domaine; mais celui qui respecte le brocard veut, une fois une action donnée, attribuer de l'autorité à ce qui a été convenu au-dessus de ce qui est légitime.

Nous devons nous arrêter encore un moment à notre brocard pour nous demander quel en est le sens, quelle en est la valeur pour nous. Alors nous en arrivons insensiblement à nous poser la question soulevée à la page 196: Est-ce que dans le droit médiéval tout droit était dispositif? Est-ce qu'il ne connaissait pas le droit impératif? J'ai dit plus haut qu' *a priori* ce n'est pas vraisemblable, qu'en feuilletant des livres de droit, celui de Beaumanoir par exemple, on constate le contraire.

Cependant, le brocard met en lumière un autre rapport entre la loi et la convention que de nos jours on croit exister entre elles.

Qu'est-ce qui signifie „loi" sous ce rapport?

Nous autres, nous pensons aux ordonnances des autorités, au droit fixé en vertu du pouvoir législatif. Il en était autrement alors. Dans les plus anciens exemples où l'on invoquait notre adage pour défendre une règle concrète, la loi c'était le droit coutumier traditionnel dans la plupart des cas de nature processuelle. Pour les auteurs des livres de droit c'est aussi bien le droit romain que le droit canonique, puis la doctrine des contemporains concernant le droit romain aussi bien que les ordres du prince, bref tout le système de règles d'après lequel on jugeait en justice.

En face de cet ensemble de préceptes généraux, qu'on estima valables, sans aucune restriction quant au temps ni quant au lieu, on posait alors le règlement concret des parties dans la convention et on lui décernait la supériorité. Non pas sans conditions cependant, mais à tel point néanmoins qu'on ne l'accepterait plus dans aucun

¹⁾ Cf. Souffert : *Zur Geschichte der obligalonschen Verträge*, p. 2.

système contemporain. C'est ce qu'on constate avec évidence en examinant l'institution si intéressante de la renonciation à laquelle M. Ed. Meynial dans la *Nouvelle Revue historique* de 1900 et années suivantes a consacré un bel article. La renonciation à la protection particulière, accordée par la loi à une des parties dans une relation contractuelle, est de tous les temps. Qu'on pense, pour citer un exemple actuel, à la renonciation par une caution aux exceptions de division et d'éviction. Mais la renonciation avec une étendue si vaste et à tant de droits qu'en montrent les conventions du moyen âge, est seulement possible s'il existe une protection des parties contractantes multiple, non comprise et non désirée, si, en outre, on part du principe que le règlement contractuel domine la loi. C'était bien une collection bigarrée cette série de privilèges auxquels on renonçait dans l'acte: le „senatus consultum Macedoni-anum" et „Vellejanum", l'„exceptio non numeratae pecuniae", le moyen d'erreur, de violence, de minorité, de droits empruntés à la coutume; on finissait par écarter tout moyen de nullité, appuyé sur des règles de droit existants déjà ou qui étaient encore à donner. Cependant on ne reconnaissait pas valable sans conditions toute renonciation; il y avait des théories différentes comment on pouvait limiter cette liberté, théories, décrites par M. Meynial. Nous ne pouvons pas nous y arrêter. Je ne demande qu'un moment d'attention pour l'attitude de Beaumanoir, parce qu'elle est caractéristique pour l'époque et qu'elle éclaire le sens du brocard. Les civilistes font une séparation entre les renonciations particulières et celles qui sont générales; il y en avait qui attribuaient de la validité aux premières seulement, d'autres qui en attribuaient à toutes les deux. Beaumanoir est de l'opinion intermédiaire de Bul-garus¹⁾: la renonciation générale est valable liée à une renonciation spéciale. Alors elle est rédigée comme qui suit: „Et renonce en ce fet a tout aide de droit, de loi, de canon et de coustume de pais; a privilegie de crois prise ou a prendre; a toutes indulgence otroies et a otroies d'apostoile, de roi ou d'autre prince; a ce que je ne puisse dire estre deceus en cet fet de la moitié ou de plus; a ce que je ne puisse dire non estre paies de ce qui est contenu et letres. a tous délais que coustume puet donner; a la loi qui dit que generaus renonciations ne vaut riens; a ce que je ne puisse dire que je m'otroirai a ce fere par prison ou par paour; a toute excepcions de tort, d'usure et de decevance '-')." Ici la renonciation générale et la particuliere sont entremêlées, la formule dans sa verbosité tâche de barrer d'avance la route à toute exception qui pourrait être empruntée au droit pour être opposée à une réclamation éventuelle. Elle se dresse contre tout droit, toute loi [probablement le droit romain], tout canon [droit canonique], toute coutume. Elle

¹⁾ Voir Meynial. N. R. H. 1902, 687. ²⁾
n. 1103.

réagit aussi contre la doctrine elle-même par la renonciation au moyen de nullité de la renonciation générale. Sans doute, il faut qu'on ait eu la conviction que le pouvoir du contrat était grand si une renonciation pareille avait de l'effet.

On ne saurait la concevoir qu'à une époque comme celle du régime féodal, lorsque toute la vie judiciaire, y compris ce que nous appelons le droit public, était fondée sur des conventions; lorsque la législation du prince montrait plutôt le caractère d'un règlement de concert avec les vassaux que celui d'un ordre, lorsque le devoir d'obéissance à un arrêt ne se fondait pas sur l'autorité qui rendait la justice, mais sur la soumission volontaire des parties.

Mais le même passage de Beaumanoir (1103) indique la limite. Il agrée tout, mais il fait deux restrictions. La renonciation au moyen de violence ne suffit pas: „car en tout cas chose fet a force ne vaut rien" et plus loin: si le roi donne aux vassaux qui l'accompagnent dans la croisade le droit d'exiger de leurs créanciers un sursis, la renonciation n'a pas force obligatoire. Car „ce que li plet a fere doit estre tenu pour loi". Si Beaumanoir un peu plus haut parmi les lois auxquelles on peut déroger a cité les „indulgences de roi", à cet endroit il fait halte devant une mesure royale particulièrement obligatoire, évidemment fort appréciée. Ici perçoit le pouvoir croissant du roi et nous pensons à cet autre dicton: „Qui veut le Roi, veut la loi".

Cependant, Beaumanoir est encore loin de reconnaître cela sans réserve. Le roi a le droit de législation mais pour la validité des établissements il ne faut pas seulement qu'ils soient donnés par grand conseil mais encore que cela se fit „pour le commun profit, pour raisonnable cause, en tout cas non pas „contre Dieu ni contre bonnes moeurs". Évidemment l'auteur suppose la compétence du juge d'apprécier les ordonnances du roi d'après un principe supérieur. La notion de la loi inviolable et sacrée n'a pas encore pénétré.

C'est ainsi que nous voyons deux principes de droit lutter: le pouvoir souverain du législateur d'un côté, de l'autre l'autonomie individuelle des parties.

Le dicton donne gain de cause à celle-ci. En faisant cela il force le sens du principe mais il ne faut pas oublier que c'est un brocard. Il ne remplit sa tâche qu'en formulant avec netteté: à cette condition seulement il nous frappe. C'est une formule forcément trop pointue. Si nous en arrivons à la règle concrète il nous faut restreindre le dicton; un principe heurte l'autre et le droit ne peut jamais l'appliquer rigoureusement. La seconde exception à la validité des renonciations celle de la violence, le prouve. De là vient que les gens du moyen âge énuméraient toujours à côté des „regulae" la „fallentia", les cas où la règle ne serait pas applicable. Cela jetait le discrédit sur les brocards, mais ce n'était pas la conséquence de leurs faiblesses mais de l'abus qu'on en faisait.

Celui qui place derrière le dicton les exceptions y voit une règle

de droit positif et c'est ce qu'il ne peut pas être par son caractère général. Le dicton fait supposer un principe de droit. Un principe pareil n'est pas du droit positif; le droit naturel a eu le tort de ne pas y faire attention. On faisait des principes des règlements positifs. Nous avons abandonné cette erreur. Droit positif n'est que ce que les autorités (judiciaires ou législatives) nous imposent. Mais cette autorité est liée aux exigences de la logique aussi bien qu'aux prescriptions de la morale. Celles-là sont les formes dont se sert le droit, celles-ci les conditions que pose au droit la conviction morale. Sans elles on ne saurait comprendre le droit ni l'appliquer. L'interprétation et la fixation concrète du droit s'y rapportent continuellement.

Le principe n'est pas règle mais se trouve derrière la règle. Et il est impossible de comprendre la règle sans le principe.

En rejetant le droit naturel nous avons perdu de vue les fondements du droit dans la conscience humaine. Parmi ces fondements il y a la force obligatoire de la convention.

Ceci amène mes observations finales. Nous penchons à retourner la règle: conventions vainquent loi. La loi écarte la convention. La convention n'a force obligatoire qu'autant que le permet la loi. L'Etat, vu qu'il dispose du droit, ne laisse de place au règlement individuel que pour autant qu'il lui semble bon.

On ne saurait contredire cela, quand il s'agit du droit moderne. Mais il y a une chose qu'il ne faut pas oublier: tant qu'il y aura un droit privé, la loi laissera une place à la convention. Ce n'est pas la loi qui crée la force obligatoire des conventions, la loi la reconnaît. Elle y laisse en effet une place; la force de la convention n'est pas au dedans de la loi, mais à côté d'elle. C'est ce que l'élargissement de l'horizon que donnent les études historiques peut apprendre à celui qui étudie le droit contemporain: il y a deux systèmes de droit l'un à côté de l'autre dont le domaine est variable mais dont l'un ne saurait anéantir l'autre. Il y a des luttes sur les frontières et de nos jours la loi refoule sans doute la convention, mais dans son propre domaine c'est celle-ci qui décide du droit. Conventions *vainquent* loi. Une victoire suppose une lutte, une lutte entre des puissances similaires. Si celle qui triomphait jadis n'est plus la plus forte, elle subsiste pourtant.

Qu'il me soit permis d'expliquer ce que je veux dire. De nos jours nous voyons un ordre créé et maintenu par l'Etat par moyen de la législation dominer le droit. Alors la convention est un fait auquel le législateur rattache des conséquences juridiques comme il le fait pour l'acte illicite ou la situation de deux fonds contigus. En considérant ainsi les faits on ne tient pas compte du fait que, grâce à la convention, les parties se créent elles-mêmes leur droit, que ce n'est pas la volonté des organes législatifs mais celle des parties elles-mêmes qui transforme l'arrangement en droit. Tout homme vit sous le régime de la loi et sous celui des conventions

qu'il a conclu lui-même. L'ordre légal et l'ordre conventionnel ensemble forment l'ordre juridique objectif; c'est à tort qu'on identifie ce dernier avec la loi. L'ordre que l'homme se crée lui-même par ses conventions n'est pas subordonnée à l'ordre légal, les deux sont co-ordonnés. On tient sous le régime des codifications du XIX^{ème} siècle si peu compte de ce fait qu'on considère tout cet arrangement comme un „fait" en procédure ce qui de son côté a pour conséquence qu'on considère l'interprétation des conventions et celle des lois comme deux occupations toutes différentes, tandis qu'elles ne sont pourtant autre chose que l'établissement du sens d'un arrangement juridique formulé. Nous ne pouvons pas développer ici cette pensée; les conséquences en ont une portée plus vaste. Nous ne faisons que de noter ces réflexions en passant. De tous côtés on se trouve pris; celui qui veut s'en persuader n'a qu'à examiner comment on traite l'interprétation de la convention dans la moderne procédure de cassation.

Il y a des auteurs qui reconnaissent que le contrat est source de droit, cependant ils croient en l'autorité exclusive de la loi. Le contrat est source de droit derivative, disent-ils, il a cette fonction parce que la loi le dit. Mais quand on ne considère plus le contrat comme un fait, quand on voit dans le règlement du contrat un règlement de droit, tout en maintenant le point de vue d'après lequel le droit se crée en vertu de la volonté du législateur, on ne saurait expliquer pourquoi la convention serait droit. A quel titre le législateur convertit-il le contrat en droit? La supposition que les parties feront un règlement équitable considéré du point de vue du législateur n'est pas fondée. Pourquoi deux individus quelconques, probablement peu doués et qui n'aspirent pas au bien, viseraient-ils précisément ce que le législateur considère comme juste? C'est pour cette raison qu'un écrivain suisse contemporain M. Burckhardt¹⁾, qui s'en rend compte en arrive à conclure que la reconnaissance de la convention par la loi n'est autre chose que la reconnaissance de l'arbitraire, un arbitraire jusqu'à un certain point nécessaire, mais arbitraire tout de même. Dans ses considérations se manifeste avec évidence la doctrine que le droit public seul est droit. Pourtant Burckhardt a raison en condamnant les efforts qu'on fait pour conclure du contenu du droit contractuel à la force obligatoire du contrat. Ce n'est pas le contenu mais la naissance de la convention qui est décisive pour son caractère juridique. Les parties formant contrat ne sont pas liés l'un à l'autre parce que ce dont ils sont convenus est droit, mais ce dont ils sont convenus est droit parce qu'ils en sont convenus.

Mais il est seulement possible de tirer cette conclusion si l'on se rend compte du fait que la vie sociale est soumise à un double ordre. Tout homme est assujéti à un ordre qui repose sur le pouvoir et

¹⁾ *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft* (1927). p. 9 etc.

et à un autre qui repose sur l'accord. Il est subjugué à tous deux, mais le premier lui a été imposé, tandis qu'il se crée lui-même l'autre par sa promesse à la partie adverse. C'est la société qui se fait valoir dans la loi, tandis que l'homme et son prochain se prononcent dans la convention. L'ordre qui s'impose est prépondérant depuis qu'il s'est concentré dans l'ordre de l'Etat. Elle circonscrit ses propres limites mais elle laisse toujours un domaine où prévaut l'ordre individuel. En d'autres mots: la convention est valable pour autant que le permet l'Etat, mais non pas parce que l'Etat l'ordonne. La force obligatoire de la convention est une nécessité morale; elle est en même temps la condition logique du commerce des hommes. Ce n'est que si l'on peut avoir confiance que ce qui a été fixé par une promesse mutuelle sera exécuté par chaque parti, que la vie sociale est possible entre les hommes.

L'idée de la suprématie de l'Etat n'est pas une notion moyenâgeuse. De là vient qu'un brocard comme „convenances vainquent loi" pouvait avoir de l'autorité. Mais ce qui est extrêmement curieux, c'est que l'homme de qui date cette doctrine nouvelle, l'écrivain qui proclamait la souveraineté de l'Etat et par conséquent son autorité sur le droit, Bodin, se rendait si bien compte de l'existence des deux règlements l'un à côté de l'autre, qu'il estimait bien le souverain „legibus solutus" mais lié aux conventions. A juste titre M. Hermann Heller a fait ressortir cela dans son étude sur la souveraineté¹).

Ces deux ordres sont à côté l'un de l'autre, mais ils se tiennent. Avec celui à qui je suis lié par des rapports contractuels, j'ai aussi des relations comme membre d'une communauté plus vaste. Nos rapports juridiques se fixent par la loi et la convention. In concreto ils devront être dérivés des deux ordres de la même façon dont on cherche toujours le droit: Le droit concret n'est jamais identique à un système de règles. Qui veut s'en convaincre pourra faire usage de notre conclusion: si plusieurs ordres juridiques se trouvent à côté l'un de l'autre on ne saurait identifier le droit avec un seul d'entre eux (la loi). Aussi il est évident si l'on considère l'indépendance relative de l'ordre contractuel, que l'interprétation des conventions ne saurait se restreindre à l'établissement du sens grammatical des mots ou bien qu'elle ne saurait être que la recherche des intentions des parties mais qu'elle est œuvre de jurisconsulte aussi bien que l'interprétation des lois; alors un nouveau jour se projette sur des problèmes comme celui de la distinction de droit et de fait dans la procédure de cassation, de jurisprudence arbitrale et de jurisprudence autoritaire, de la convention dans le droit privé international et beaucoup d'autres — sans parler du droit des gens où il s'en faut peu que l'ordre juridique ne soit que de l'ordre basée sur l'accord.

M *Die Souveranilat* (1927), p. 29.

En face du droit se trouvent les deux ordres comme des unités de nature propre dont on ne saurait se passer. Nous ne saurions nous imaginer le droit sans une des deux. Le droit c'est le règlement de la société; cela implique la reconnaissance de l'autorité dans la société, partant la reconnaissance de la loi; mais cela implique également la nécessité de respecter la parole prononcée sérieusement, qu'un homme adresse à un autre. C'est une nécessité morale, mais en même temps une des conditions de l'existence du droit: „tu prendras garde à faire ce que tu auras proféré de ta bouche" (Deutéronome 23 : 23).