

Schwarz, Andreas B.

L'inexécution des contrats dans le droit des papyrus

The Journal of Juristic Papyrology 14, 13-21

1962

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez **Muzeum Historii Polski** w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

L'INEXÉCUTION DES CONTRATS DANS LE DROIT DES PAPYRUS

La communication que j'ai l'honneur — ou plutôt le courage — de vous présenter s'intitule „l'inexécution de contrats dans le droit des papyrus”; en italien elle devrait être intitulée, d'une façon analogue „dell'inadempimento dei contratti”; en allemand „Vertragsbruch”; en anglais „breach of contracts” — dans le droit des papyrus, bien entendu. Aux premiers temps des nos recherches l'expression: „droit des papyrus” était d'un usage général; on l'a conservée jusqu'à nos jours en dépit des objections qu'une pareille expression provoque à juste titre: nous savons très bien qu'un pareil droit n'a jamais existé; ce sont des ordres, des systèmes juridiques bien différents qui se manifestent et s'entremêlent dans les papyrus. Une telle désignation s'impose cependant; elle se justifie par la nature des sources qui ne doivent jamais être envisagées d'une manière isolée, mais qui forment la base essentielle des recherches, et imposent une certaine méthode. Cette méthode des recherches juridiques relatives aux papyrus se caractérise avant tout par le fait qu'en face d'une grande richesse de documents nous avons régulièrement une information extrêmement maigre quant aux

* L'article que nous publions ici avec l'aimable autorisation de la veuve de l'auteur, Mme Ruth Schwarz, reproduit le texte d'une conférence faite par A.B. Schwarz, le 2 Septembre 1949, au Congrès Papyrologique de Paris. L'auteur décédé ne destinait pas ce manuscrit à la publication; sans doute l'aurait-il remanié, si cela lui avait été possible, en ajoutant un plus grand nombre de références. Nous croyons cependant pouvoir assumer la responsabilité de la présente publication: le texte comporte des idées précieuses, méritant une discussion; elle ne devraient pas rester inconnues du monde savant.

Parmi les papiers laissés par A. B. Schwarz se trouvaient deux versions manuscrites de la conférence; nous avons choisi la plus élaborée et la plus proche indubitablement de la forme définitive projetée par l'auteur. C'est cette copie que nous reproduisons ici avec quelques retouches de pure forme. Une fois seulement une lacune du texte a été complétée à l'aide de l'autre version: nous sommes persuadé qu'un complément de ce genre aurait été envisagé par l'auteur lui-même.

Nous sommes obligés à MM. Joseph Modrzejewski et Pierre Braun qui nous ont aidé dans la préparation du manuscrit pour la publication. [H. J. Wolff]

principes juridiques appliqués. Dans la papyrologie, comme dans d'autres domaines de recherches de l'histoire du droit où les documents de la pratique dominent — p.e.x. recherches sur les documents cunéiformes ou médiévaux — il y a un élément à même de donner des précisions sur les principes juridiques: ce sont les clauses des documents, les formulaires qui, à toutes les époques, se conservent avec une ténacité remarquable à travers des siècles, qui suivent lentement et prudemment le changement des besoins et les conditions juridiques et sociales de longues époques et qui, grâce à leur caractère si conservateur, donnent des renseignements sur les origines et sur les points de départ de l'évolution juridique d'un passé parfois très lointain. Ainsi, l'analyse des clauses des documents, la comparaison des formules voisines mais différentes, l'observation minutieuse de leur application ont-elles aidé à pénétrer dans les différentes matières juridiques et à obtenir des résultats de portée générale; cela vaut, par exemple, pour le droit de la vente, l'hypothèque, les différents contrats, les dispositions à cause de mort, la procédure et bien d'autres problèmes. Mais dans aucune matière les clauses d'une masse incomparable de documents ne témoignent — me semble-t-il — avec une évidence aussi incontestable que pour celle sur laquelle je me permets d'attirer votre attention: l'inexécution des contrats.

La notion de contrat qui se manifeste dans les papyrus gréco-égyptiens est vaste. C'est avant tout la notion de *syngraphé*, mais aussi des concepts plus ou moins analogues, comme ceux de *synallagma*, *synthéké* ou *synallaxis*, qui désignent aussi bien les conventions par lesquelles on fait une promesse que les actes translatifs et renonciatifs: le transfert de la propriété, le partage, la remise de la dette au moyen d'une quittance dispositive, donc ces deux sortes d'actes que l'on distingue dans la théorie juridique allemande comme „*Verpflichtungsgeschäft*” et „*Verfügungsgeschäft*”, soit „acte obligatoire” et „acte de disposition”. Il est vrai que ces actes de disposition entre vifs, donc actes translatifs et renonciatifs, se font également sous la forme d'une promesse, telle la promesse si célèbre de ne plus faire valoir un droit, de *μη ἐπελεύσεσθαι*; il en résulte qu'en général les contrats, ceux qui obligent de même que ceux qui disposent, contiennent un élément obligatoire. Malgré quelques exceptions, la grande masse de tous ces contrats fixent les conséquences en cas d'inexécution, ce qui devait arriver *ἐὰν δὲ μή* — —, c'est-à-dire si la partie obligée ne respectait pas les termes du contract.

Deux types de clauses d'inexécution peuvent et doivent être nettement distingués.

Le premier se trouve dans des contrats par lesquels on promet une somme d'argent ou une quantité de choses fongibles (blé, vin, huile), tels surtout les contrats de δάνειον, mais aussi ceux de dépôt irrégulier (παραθήκη), de livraison — qu'il ne faut pas confondre avec les contrats de vente — puis les contrats de mariage et les contrats de bail, dans la mesure où ils fixent l'obligation du fermier ou du preneur de payer le loyer, en prévoyant pour le cas de non-paiement ou d'inexécution la conséquence moratoire de l'ἡμιόλιον, c.-à.-d. la prestation du μεθ'ἡμιολίας, ou du double, avec la clause de προῤῥις, qui donne au créancier un droit d'exécution sur la personne et sur les biens du débiteur.

Le second type, tout à fait différent, se rattache à l'inexécution de dettes autres que celles de payer une somme d'argent ou de livrer une quantité de choses fongibles; il en va ainsi de l'obligation de faire ou de ne pas faire, p.ex. celles du fermier en dehors du devoir de payer le loyer, celle de l'entrepreneur, l'obligation de garantie, celle de βεβαίωσις du vendeur dans les ventes d'immeubles ou d'esclaves, et l'obligation de ne plus faire valoir des droits, μὴ ἐπελεύσεσθαι, dans les différentes sortes d'actes translatifs et renonciatifs, surtout à l'époque ptolémaïque. La conséquence de l'inexécution consiste dans ces cas, dans l'obligation de payer un ἐπίτιμον d'un certain montant avec ou sans dommages-intérêts: une amende fiscale (*multa*), avec la clause salvatoire καὶ μηδὲν ἦσσον κυρία ἢ συγγραφή ou κύρια τὰ προγεγραμμένα ou χωρὶς τοῦ κύρια εἶναι τὰ διωμολογημένα.

Les conséquences de l'inexécution ont été examinées en général et pour les différents types de contrats, il aura de cela bientôt cinquante ans, dans la recherche soignée qu'est la monographie de M. A. Berger, *Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden* (1911); le matériel s'est énormément enrichi depuis, mais, la nature de ces clauses étant particulièrement stéréotypée, les résultats obtenus ne sont nullement *out of date* et le livre, dont le sujet n'a pas été repris depuis d'une manière aussi pénétrante, peut rendre encore aujourd'hui de grands services. Cependant ce livre souffre d'un défaut dès le début: c'est qu'il n'a nullement fait cette distinction entre les deux types de clauses d'inexécution que nous venons d'indiquer; il caractérise comme „Strafklausel” les unes et les autres, sans remarquer qu'elles comportent des conséquences juridiques

fondamentalement différentes. Nous avons mis en relief cette différence en étudiant la distinction entre les actes authentiques et les actes privés, dans notre étude, parue en 1920¹, sans cependant reconnaître suffisamment sa portée juridique qui paraît dépasser considérablement les limites de la papyrologie.

Dans les contrats dans lesquels le débiteur promet de payer une somme d'argent ou de livrer une quantité de choses fongibles, il y a une véritable dette assurée par le droit de la *πραξις*. La conséquence essentielle du non-paiement ou de la non-livraison, est l'exécution, la *πραξις* prévue dans cette clause célèbre *πράξεως ούσης* ou *γενομένης ἐκ τε αὐτοῦ καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων* qui ne manque, pour ainsi dire jamais, dans les contrats de cette sorte. Le problème de la fonction juridique de ces clauses ne nous intéresse pas dans ce contexte; on les a envisagées particulièrement du point de vue de la procédure comme la base d'une procédure exécutoire accélérée. M. Hans Julius Wolff, dans une étude suggestive publiée il y a quelques années², leur a attribué une portée quant au fond du droit; cette possibilité, il est vrai, n'était pas ignorée antérieurement, dans la mesure où l'on admettait que ces clauses créaient ce que nous appelons en allemand la „Haftung” — l'expression française „engagement” ne me paraît pas tout à fait équivalente — et que, par conséquent, leurs fonctions concernaient, avant tout, le fond du droit et non la procédure. Une pareille hypothèse, d'ailleurs envisagée depuis longtemps, est sans doute fortement étayée par les résultats de toutes les recherches dans le domaine des différents droits anciens — germaniques, grecs, sans oublier ceux de l'ancien Orient; je ne voudrais nullement nier que les clauses contractuelles de *πραξις* aient pu avoir jadis une pareille fonction pour ainsi dire constitutive d'un pouvoir exécutoire (*Zugriff*) du créancier sur la personne et sur les biens du débiteur. Mais pour l'époque tardive à laquelle nos documents appartiennent, cet état de choses — comme je l'ai toujours soutenu dans diverses publications — me paraît peu vraisemblable: le droit de *ἀποδιδόναι*, la promesse contractuelle faite par un document authentique (*Selbstkunde*) et les clauses permanentes de ces actes n'ont formulé que ce qui se comprenait

¹ A. B. Schwarz, *Die öffentliche und die private Urkunde im römischen Ägypten* (Abh. Sächs. Akad. der Wiss., Philol.-Hist. Kl., Bd. XXXI 3).

² *Transactions of the American Philological Association* (vol. 72, 1942) maintenant *Beitr. zur Rechtsgeschichte Altgriechenlands u. des hellen.-röm. Aeg.* (1961) 102 sq.

déjà depuis longtemps. Mais eussent-elles une fonction constitutive ou seulement déclaratoire, il est évident qu'en vertu de ces clauses la personne et les biens du débiteur se trouvaient soumis à la *πρᾶξις*. C'est dire qu'il y a là une dette avec le droit de demander le paiement ou la livraison, comportant l'exécution de la créance. Il est vrai que ce vaste groupe de documents contient, outre la sanction de l'inexécution qui consiste dans le droit de *πρᾶξις*, encore un élément pénal: celui de l'*ἡμιόλιον* qui s'attache à la demeure du débiteur. Cependant cet élément n'est que de nature secondaire ou accessoire: il élargit et augmente la dette pour laquelle le créancier est à même d'entreprendre la *πρᾶξις*.

L'autre type que nous avons distingué est d'une nature tout à fait différente: dans les contrats où l'une des parties s'oblige envers l'autre à faire ou à ne pas faire quelque chose, à cultiver une ferme d'une certaine façon, à prêter la *βεβαίωσις* ou à *μη ἐπελεύσεσθαι*, il n'y a pas de *πρᾶξις*, mais l'inexécution a une conséquence de nature purement pénale: l'*ἐπίτιμον* avec ou sans *βλάβη* et *δαπανήματα ὡς ἴδιον χρέος* και εἰς τὸ δημόσιον τὸ ἴσον avec la clause salvatoire *χωρὶς τοῦ μένειν κύρια τὰ συγγεγραμμένα*. Il n'y a pas de dette à acquitter, mais, en cas d'inexécution de ce qui a été promis il y a une sorte de pénalité au profit de la partie lésée comme envers le fisc, et la promesse reste en vigueur: *καὶ μηδὲν ἦσσον κυρία ἢ συγγραφῆ*. C'est un type nettement distinct — avec un caractère propre et une terminologie spéciale: l'*ἐπίτιμον* se rencontre ici en règle générale à certaines exceptions près; il ne se rencontre jamais dans les contrats qui assurent le droit de *πρᾶξις*. De plus, il y a l'amende fiscale, et l'on parle de *παρασυγγραφεῖν* et de *παραβαίνειν*.

Ce caractère pénal se manifeste avec une clarté particulière dans la conséquence de la peine fiscale qui n'apparaît que dans ce deuxième type, mais jamais dans les contrats qui donnent le droit de *πρᾶξις*.

Nous constatons donc une différence fondamentale qui se résume de cette façon: d'une part, contrats où l'inexécution peut entraîner l'exécution forcée, d'autre part contrats où l'inexécution a pour effet une pénalité envers la partie lésée comme *ἴδιον χρέος* ainsi qu'envers le fisc, le *βασιλικόν* ou le *δημόσιον*. Cette différence pose un problème qui surgit à travers l'histoire du droit des obligations dans divers ordres juridiques: peut-on demander l'exécution de la promesse conventionnelle non tenue, ou bien son inexécution produit-elle des effets de nature pénale?

Ce problème domine l'histoire du droit germanique et, selon

l'opinion courante, l'inexécution de l'obligation y était punie. En droit romain il y a aussi des contrats dont l'inexécution produit des conséquences de nature pénale: ainsi il y a des cas où l'action par laquelle la prestation promise pouvait être demandée était précédée par des remèdes de caractère pénal. Il en était ainsi des „précurseurs” historiques du contrat réel: tel, on le sait, le dépôt au sujet duquel les XII Tables ont prévu une action au double; il en était certainement ainsi pour le commodat. M. Max Kaser dans son livre sur l'ancien *ius romain*³ avance une hypothèse, sur laquelle je n'ose pas me prononcer à la hâte, à savoir que dans le très ancien droit romain le prêt de consommation conclu sans forme ne produisait qu'une action délictuelle, celle provenant de l'acte illicite de ne pas rendre l'*aes alienum*⁴. L'*actio auctoritatis* s'attachant à la *mancipatio* était incontestablement d'une nature délictuelle; le délit était d'avoir accepté un prix pour une chose qui n'était pas sienne⁵.

Les documents gréco-égyptiens de l'époque des Lagides et du principat nous montrent, avec une clarté particulière, cette différence des contrats: d'une part, une „Haftung” résulte de l'inexécution de la promesse et, d'autre part, l'inexécution est considérée comme un acte illicite avec la conséquence pénale d'un ἐπίτιμον, d'une amende revenant tant à la partie lésée qu'au fisc. Ce sont là des vraies clauses pénales, au sens propre du mot. Il est vrai que de pareilles clauses d' ἐπίτιμον ne se trouvent pas dans tous les contrats qui obligent à faire ou à ne pas faire. Leur application essentielle sont — nous l'avons déjà dit — les actes translatifs, toutes les sortes de transfert de propriété comme aussi de cession de créance; mais elles disparaissent, avec le temps, des actes purement renonciatifs, comme p.ex. les quittances dispositives, qui les contenaient très régulièrement auparavant. Quant aux actes translatifs, ces clauses pénales s'y trouvent dans tous les contrats concernant les immeubles et les esclaves, ainsi que dans quelques-uns qui concernent des navires, sous la forme particulière d'une μισθοπρασία; elles manquent, sans exception, dans les ventes assez nombreuses d'autres meubles, notamment de bétail; et il en est de même lorsque de pareilles ventes ne sont pas conclues par un *cheirographon* sous

³ *Das altröm. Ius* (1949).

⁴ *Ibid.* 286 f., 313.

⁵ Kaser, *Ius* 136 f.; *Eigentum und Besitz* (2^{me} éd., 1956) 122 f.

seing privé, mais dans l'acte authentique d'une *ὁμολογία*. Ces ventes de bétail obligent toujours le vendeur à la garantie de *βεβαιώσις*, *βεβαιώσειν πάσῃ βεβαιώσει*, sans y attacher toutefois une sanction quelconque. Evidemment, l'absence d'une telle clause n'exclut nullement une sanction en cas d'éviction; mais la pratique négative et permanente des notaires qui, à cet égard, diffère de celle observée dans les ventes d'immeubles et d'esclaves, est néanmoins une énigme: depuis de longues années j'en cherche une solution satisfaisante, mais, je l'avoue franchement, sans la trouver. Le fait apparaît remarquable si l'on se souvient que l'*actio auctoritatis* a eu, probablement, une importance pratique particulière dans les cas d'une mancipation d'*animalia quae collo dorsove domantur*.

Ce phénomène est extrêmement difficile à expliquer: l'acheteur d'une chose mobilière a besoin de la garantie du vendeur en cas d'éviction plus que celui d'un immeuble, car la chose mobilière peut toujours être une chose volée. Peut-être le fait s'explique-t-il — l'hypothèse est hardie, je le sais — parce que la possibilité de revendication à l'égard de meubles était restreinte: un principe était peut-être en vigueur, semblable à l'art. 2279 du Code Civil français: „En fait de meubles possession vaut titre”. Il y a des indices à l'appui. On se souvient d'une requête ptolémaïque, P. Fay. 12, adressée au roi: quelqu'un se plaint de ce qu'on lui volé son manteau; les voleurs ont mis l'objet en gage et le plaignant s'était trouvé obligé, par la suite, de le racheter, c.-à.-d. de payer la dette au créancier gagiste. Nous avons là une indication. Il y en a encore d'autres: selon un paragraphe du Coutumier syro-romain un déposant dont les ustensiles et les vêtements auraient été volés au dépositaire ne devait poursuivre que celui-ci, et non pas les voleurs eux-mêmes.

Par contre, la conséquence de la *πρᾶξις*, la possibilité de renforcer au moyen d'une exécution l'accomplissement de ce qui a été promis, se manifeste avec une grande régularité; c'est là ce qui me semble être le résultat digne d'attention dans notre modeste exposé: le fait que ce sont les dettes d'argent auxquelles la sanction de la *πρᾶξις* est attachée. La dette d'argent, c'est la dette *κατ' ἐξοχήν*, c'est la vraie *ὀφείλημα*, le vrai *χρέος*, dont on devient débiteur ou créancier et qui, reconnue d'une manière formelle, à savoir par un document authentique, donne lieu à l'exécution. La dette d'argent est le prototype de l'obligation. Il est vrai que des dettes de quantités d'autres choses fongibles se trouvent traitées dans nos documents d'une manière tout à fait

analogue. Cependant, de pareilles dettes sont régulièrement converties en dettes d'argent: c'est le cas des prêts de blé ou des contrats de livraison de blé où le débiteur en demeure doit payer une certaine somme d'argent pour chaque artabe⁶. Il en va de même pour les contrats de mariage: la dette de rendre la *φερνή* en vertu du droit de *πρᾶξις* est une dette concernant la valeur pécuniaire des choses données.

Ce témoignage des papyrus selon lequel la dette d'argent est à l'origine de l'obligation purement contractuelle, peut avoir une certaine importance dans le vaste domaine de l'histoire comparée du droit des obligations. Evidemment, c'est l'ancien droit romain sur lequel se porte surtout l'attention des romanistes. Il est vrai que, pour les origines et l'époque la plus ancienne, de plus en plus étudiées récemment avec une grande énergie, les bases de nos connaissances sont encore plus hypothétiques qu'ailleurs. Le livre de M. Max Kaser sur l'ancien *ius* romain, digne d'admiration en raison de ses vues larges et de la sûreté avec laquelle il développe ses hypothèses, vient de souligner certains points qui vont dans la même direction. Des recherches récentes ont confirmé ce qui était déjà connu auparavant: le rôle de la monnaie dans l'histoire de l'économie romaine remonte aux temps les plus anciens. Dans l'ancien droit romain la *legis actio sacramento in personam* servait uniquement, comme on l'a souvent supposé, à réaliser des obligations de nature délictuelle⁷. Une sorte de *πρᾶξις* immédiate s'exerçait au moyen de la *legis actio per manus iniunctionem*. La formule de cette action nous est transmise par Gaius⁸; elle envisage une dette pécuniaire. Dans quelle mesure cette action pouvait-elle servir à l'exécution de dettes contractuelles — voilà une question des plus discutées dans l'histoire de l'ancien droit romain. Avant tout, c'est le grand problème du *nexum* sur lequel la théorie de Huschke, qui paraissait déjà définitivement ensevelie sous les coups de celle de Mitteis, est en train de revivre. M. Kaser soutient vigoureusement son caractère exécutoire et suppose qu'il en était de même quant à l'ancienne *sponsio* avant qu'elle ait été soumise à une procédure moins radicale⁹.

⁶ p. e. Mitt. Chrest. 131—133, 164: ἐὰν δὲ μὴ ἀποδώῃ... ἀποτεισάτω τὴν ἐκαστῆς ἀρτάβην.

⁷ On trouve des références dans Kaser, *Ius* 286¹⁶; cf. *ibid.* 202, 286.

⁸ 4, 21: *quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sestertium decem milia.*

⁹ Kaser, 254, 288.

Il s'agirait sans doute là de dettes pécuniaires. La nature primitive du *legatum per damnationem*¹⁰ a des traits semblables; il a été introduit afin de rendre possibles les legs d'argent pour lesquels on soutient de nouveau la nature originairement exécutoire avant le développement de l'*actio ex testamento*¹¹. On admet aussi pour les dettes délictuelles qu'une *manus iniectio* en raison de délits n'était possible que dans des cas où le montant des amendes pécuniaires était fixé¹².

Une procédure judiciaire destinée à poursuivre les dettes contractuelles comme telles ne fut établie que par des actions de la loi plus récentes. On a appris par les nouveaux fragments de Gaius de Florence que selon les XII Tables on pouvait procéder *per iudicis postulationem*, en vertu d'une stipulation; la formule qui nous est transmise concerne une dette d'argent *ex sponsione*¹³: c'était donc une action *ex sponsione certae pecuniae*¹⁴.

Mais c'est avant tout la *legis actio per conditionem* qui, selon Gaius, a été expressement introduite pour les dettes de *certa pecunia*; elle pouvait être utilisée suivant la nature abstraite de la formule pour des dettes résultant d'une *sponsio*, d'un contrat littéral, ou d'un legs *per damnationem*¹⁵. Elle ne fut étendue que par la *lex Calpurnia* aux dettes *certae rei* (les dates de la *lex Silia*¹⁶ et celle de la *lex Calpurnia*¹⁷ ne sont pas très éloignées l'une de l'autre).

Ainsi les papyrus nous révèlent le principe historique de la primordialité des obligations pécuniaires; ce principe est également attesté pour le plus ancien droit romain. Mais il y a encore d'autres exemples qui ne sauraient être énumérés ici: il suffit de mentionner l'histoire de l'obligation contractuelle en droit anglais.

† A. B. Schwarz

¹⁰ Kaser, *Ius* 154: *ist seinem Typus nach Geldvermächtnis*.

¹¹ Kaser 123 ff., 154 ff.

¹² *Ibid.* 203.

¹³ Gai. 4, 17a.

¹⁴ Kaser, 251³, se référant à Arangio-Ruiz, *BIDR.* 42 (1915) 613.

¹⁵ Kaser, 288, se référant à Arangio-Ruiz, *BIDR.* 42, 620 sq., ainsi que Levy, *SZ.* 54, 308 sq.

¹⁶ Kaser, 284⁴

¹⁷ Kaser, 288²⁸.