

# Kupiszewski, Henryk

---

## Quelques remarques sur les vocabula ἀντιχρησις, ἄρρα, παράφηρνα dans le Digeste

---

The Journal of Juristic Papyrology 18, 227-238

---

1974

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](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

QUELQUES REMARQUES SUR LES VOCABULA ANTIXPHΣΙΣ, APPA,  
ΠΑΡΑΦΝΡΗΑ DANS LE DIGESTE

A la question dans quelle mesure les droits grecs et hellénistiques ont influé sur le développement du droit romain, une réponse satisfaisante ne semble pas avoir été donnée jusqu'à nos jours<sup>1</sup>. Les causes de telle situation sont au moins doubles. Tout d'abord le droit grec et hellénistique lui-même n'a pas encore été étudié d'une façon suffisante. Beaucoup de travaux dans ce domaine, sans parler de l'oeuvre fondamentale de R. Taubenschlag, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, sont fondés sur la méthode critique élaborée par la science du droit romain et c'est pourquoi ils ne peuvent plus remplir pleinement les postulats de la science contemporaine.<sup>2</sup> D'autre part, les buts fixés par l'étude contemporaine du droit romain sont tout différents de ceux d'il y a quarante ans. Les recherches d'aujourd'hui concernant ce domaine s'efforcent de reconstruire le droit romain, à chaque étape de son développement. Le *Handbuch* de Max Kaser<sup>3</sup> constitue une preuve évidente de cette tendance, surtout dans sa division du droit romain en périodes successives du droit ancien, pré-classique, classique, post-classique et justinien. Dans chacune de ces périodes, les facteurs qui avaient déterminé la formation du droit étaient différents. Il paraît que l'étude de l'influence du droit grec et ensuite celle du droit hellénistique sur le droit romain ne peut nullement perdre de vue ces éléments de nature chronologique. A chaque période du développement de droit romain, les influences grecques se sont manifestées autrement. Nous ne pouvons plus adopter les opinions exprimées par Mitteis<sup>4</sup>, Partsch<sup>5</sup> et Taubenschlag<sup>6</sup>, et cela non seulement qu'elles soient trop hasardeuses, mais parce qu'elles représentent un point de vue trop sta-

<sup>1</sup> U. von Lübtow, *Das römische Volk* 488 s.; M. Kaser, *RPR*<sup>2</sup> 1,21; p. 178 ss. W. Waldstein, *Festgabe für Herdliczka*, 1972, p. 237.

<sup>2</sup> V. Arangio-Ruiz, *Iura* 7, 1956. p. 340; M. Amelotti, *SDHI* 21, 1956, p. 401; H. J. Wolff, *Arch. f. Pap.* 17, 1962, p. 194.

<sup>3</sup> M. Kaser, *RPR*<sup>2</sup> 1, 1970 et 2, 1959.

<sup>4</sup> L. Mitteis, *RPR* 19 n. 55.

<sup>5</sup> J. Partsch, *Nachgelassene Schriften*, p. 346 ss.

<sup>6</sup> R. Taubenschlag, *Atti del Cong. Intern. di Diritto Romano* 1, 1934, p. 284 (= *Opera minora* 1, p. 421 ss.).

tique. Les cultures romaine, grecque et hellénistique s'affrontent sérieusement vers le déclin de la République. Mais dans cette période ce sont les influences de la philosophie et de la rhétorique qui viennent en tête, et non pas les influences des institutions juridiques<sup>7</sup>. La jurisprudence de la Rome républicaine emprunte aux Stoïciens grecs l'idée de l'équité (*epikieia*)<sup>8</sup>. Sous leur influence s'est formée la doctrine du droit naturel qui devait lier tous les hommes par le *logos* indépendamment de la formation des normes du droit positif<sup>9</sup>. Par l'intermédiaire des Stoïciens la jurisprudence apprend l'art de la *definitio* et la faculté de distinguer les *genera* des *species*<sup>10</sup>. C'est cette période qui est marquée par la genèse de l'interprétation juridique<sup>11</sup>.

La réception des institutions juridiques hellénistiques s'est effectuée d'une façon plus large dans le droit romain post-classique seulement<sup>12</sup>. Dans l'Etat dont le souverain est devenu *dominus* et qui a appuyé son pouvoir sur l'armée, la jurisprudence a été vouée à la mort<sup>13</sup>. Elle n'avait plus sa raison d'être. La *civitas* évolue vers l'Etat territorial; l'Italie est devenue l'une des nombreuses provinces de *Imperium Romanum*. Le point central de la vie politique fut déplacé; quittant Rome il s'installe à Constantinople<sup>14</sup>.

Ce sont ces circonstances qui avaient créé à Rome un climat favorable à l'infiltration d'institutions hellénistiques<sup>15</sup>, dont les traditions remontaient souvent à un passé lointain. La polarisation des institutions en question, qui a trouvé sa manifestation avant tout dans les constitutions impériales<sup>16</sup>, était possible d'autant plus que même au cours des périodes antérieures, à savoir avant et après la *Constitutio Antoniniana*, ces institutions n'avaient jamais perdu leur vigueur dans la pratique locale<sup>17</sup>.

<sup>7</sup> B. Kübler, *Atti del Cong. Intern. di Diritto Romano* 1, p. 81 ss.; F. Senn, *De l'influence grecque sur le droit romain de la fin de la République* dans *Atti del Cong. Intern. di Diritto Romano* 1, p. 101 ss.; J. Stroux, *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik*, 1949, p. 97 ss.; W. Waldstein, *op. cit.*, p. 237 ss.

<sup>8</sup> M. Pohlenz, *Die Stoa. Geschichte einer geistigen Bewegung*, 1959, p. 263 ss.; J. Stroux, *op. cit.*, pp. 58 ss., 105.

<sup>9</sup> M. Pohlenz, *op. cit.*, p. 263 ss.; J. Stroux, *op. cit.*, p. 98 ss.

<sup>10</sup> F. Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, 1959, p. 73 ss.; H. J. Mette, *Ius civile in artem redactum*, 1954, 50 ss.; D. Nörr, *Romanitas* 9, 1971, p. 426 ss.; J. Stroux, *op. cit.*, p. 94.

<sup>11</sup> J. Stroux, *op. cit.*, p. 103 ss.; F. Schulz, *op. cit.*, p. 92 ss.

<sup>12</sup> M. Kaser, *RPR* 2, 1959, p. 5 ss.

<sup>13</sup> M. Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*<sup>2</sup>, 1967, p. 217 ss.; W. Kunkel, *Römische Rechtsgeschichte*, 1964, pp. 123, 128.

<sup>14</sup> A. H. M. Jones, *The Later Roman Empire* 1, 1964, p. 83 ss.

<sup>15</sup> M. Kaser, *RPR* 2, p. 6 ss.

<sup>16</sup> M. Kaser, *RPR* 2, 7 et la lit. dans les notes 19—20.

<sup>17</sup> J. Modrzejewski, *La règle de droit dans l'Égypte Romaine* dans *Proceedings of the XIIIth Intern. Congress of Papyrology*, 1970, p. 318 ss. avec la riche lit.

Le droit pré-classique et classique n'ont pas pu résister, eux non plus, contre l'influence des institutions grecques et hellénistiques. Cependant les influences étrangères sur le droit romain à cette époque, comme on l'a constaté plus d'une fois dans la littérature, étaient beaucoup plus faibles qu'elles ne le seront plus tard, et ce qui est plus important, leur réception, le cas échéant, est moins sensible. Même si les juristes classiques pouvaient emprunter parfois une institution étrangère, ils savaient si bien l'impreigner de l'esprit romain, l'adapter à leurs besoins et la faire entrer si complètement dans leur propre système juridique qu'il est extrêmement difficile aujourd'hui de déceler son origine grecque. Le *foenus nauticum*<sup>18</sup> ou le *iactus maritimus*<sup>19</sup> peuvent servir d'exemples les plus frappants à cet égard. Dans les sources du droit classique et dans le Digeste, en particulier, on se heurte à beaucoup de termes grecs comme l'*antichresis*, *arrha*, *hypothèque*, *parapherne* et d'autres<sup>20</sup>. Le but de cet article sera d'étudier quelques-uns de ces *vocabula* grecs et de voir si ces termes cachent des institutions grecques ou hellénistiques reçues par le droit romain, ou bien si ce ne sont que des dénominations grecques designant des institutions par excellence romaines. Nous tâcherons aussi de fixer à la base des textes grecs et romains, au cas où l'on constaterait la réception d'une institution, quelle fut sa fonction dans le système du droit d'origine et quelles limites de droit romain lui a imposées.

\*

Commençons par l'antichrèse. Le terme d'antichrèse dans les sources que nous connaissons actuellement est mentionné deux fois: dans le P. Gron. 11 (II de n.è.) et chez Marcien au lib. sing. ad form. hypothecariam (D. 13, 7, 33; 20, 11, 1, 1). Le papyrus en question constitue un *λόγος λυμμάτων και ἀνάλωματων ὁμοίως*. Parmi les différentes dépenses portées sur ce livre par l'auteur des comptes nous apprenons: Ἀρποκράτει ἀντιχρῆσεως ζιβ: à Hyppocratès à titre d'antichrèse douze drachmes. Quelle est la situation réelle que cache cette mention laconique? Il est impossible aujourd'hui de le savoir. Il est important pourtant que l'institution consistant à se servir d'objets d'autrui en échange de quelque chose, *χρῆσις ἀντί τινός*, est très répandue dans les droits des régions orientales du bassin de la Méditerranée. Elle est connue aussi par les droits cunéiformes<sup>21</sup>,

<sup>18</sup> F. Prongsheim, *Kauf mit fremden Geld*, 1916, p. 143 ss.; A. Biscardi, *Studi di Aldo Albertoni* 2, 1938, p. 370 s.

<sup>19</sup> S. Płodzień, *Lex Rhodia de iactu*, 1961, p. 47 ss.

<sup>20</sup> M. Fehr, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht*, 1910, p. 9 ss.

<sup>21</sup> M. San Nicolò, *Beiträge zur Rechtsgeschichte im Bereiche der keilschriftlichen Rechtsquellen*, 1931, p. 247 ss.; H. Petschow, *Neubabylonisches Pfandrecht*, 1956, p. 54 ss., p. 63 ss.

le droit hébreu<sup>22</sup> et le droit grec<sup>23</sup>. Dans les papyrus grecs d'Égypte<sup>24</sup> et aussi à Dou-ra Europos<sup>25</sup> nous rencontrons une très riche documentation de ce phénomène. Nous réservant la possibilité de revenir ailleurs sur cette institution, limitons-nous ici à en esquisser la structure juridique et à signaler les fonctions qu'elle remplissait dans la pratique et dans la vie économique.

Dans la pratique juridique l'antichrèse était liée au crédit<sup>26</sup>. Tout en protégeant les intérêts du créancier, en lui rendant possible de profiter des fruits de la chose<sup>27</sup> ou du travail d'autrui<sup>28</sup>, elle favorisait l'offre du crédit sur le marché. Elle facilitait au débiteur qui ne disposait pas de l'argent comptant, soit le paiement de la dette soit le paiement de l'intérêt<sup>29</sup>. Du point de vue économique sa fonction était de rendre possible la participation au chiffre d'affaires aux partenaires, plus faibles en général, les *προδοματικά μισθώσεις* où le bailleur recevait du locataire le loyer intégral ou en partie à l'avance, peuvent le prouver d'une façon évidente<sup>30</sup>. Dogmatiquement, l'antichrèse pouvait se former des deux manières. La chose donnée en antichrèse pouvait être en même temps chargée d'un gage<sup>31</sup>. Les papyrus mentionnent l'*hypothèque* et l'*hypallagma* comme sortes de gage<sup>32</sup>. Les profits fournis par la chose étaient destinés à satisfaire l'intérêt dû au créancier<sup>33</sup> (P. Fouad 44) ou bien l'intérêt et le capital<sup>34</sup> (ce qui est indiqué dans le P. Möller par exemple). L'antichrèse pouvait être conçue aussi de façon à ce qu'elle soit indépendante du gage. Pour restituer la somme due, payer l'intérêt du capital ou à titre d'amende pour avoir dépassé le délai, le débiteur laissait une chose en usage auprès du

<sup>22</sup> B. Cohen, *Jewish and Roman Law* 2, 1966, p. 433 ss.

<sup>23</sup> R. Dareste-B. Hausoulier-Th. Reinach, *Recueil des inscriptions juridiques grecques*, 1895, p. 116; L. Beauchet, *Histoire du droit privé*, 1897, p. 212; W. Weiss, *Pfandrechliche Untersuchungen* 1, 1909, p. 22. Voir aussi la critique de M. I. Finley, *Land and Credit in Ancient Athens*, 1951, p. 205. Pour les pap. démotiques voir E. Seidl, *Ptolemäische Rechtsgeschichte*, 1962, p. 142.

<sup>24</sup> R. Taubenschlag, *The Law of the Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*<sup>2</sup>, 1955, p. 286 ss.; A. Manig, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung*, 1910, p. 17 ss.

<sup>25</sup> P. Dura 32 (131 après J.-C.); R. Taubenschlag, *JJP* 3, 1949, p. 58.

<sup>26</sup> J. Partsch, *Arch. f. Pap.* 5, 1913, p. 511.

<sup>27</sup> R. Taubenschlag, *Law*<sup>2</sup>, p. 288 ss.

<sup>28</sup> A. Samuel, *JJP* 13, 1961, p. 33 ss.

<sup>29</sup> A. Manig, *op. cit.*, p. 18 ss.; J. Partsch, *Arch. f. Pap.* 5, 511 s.; R. Taubenschlag, *Law*<sup>2</sup>, p. 291.

<sup>30</sup> V. Arangio-Ruiz, *Lineamenti del sistema contrattuale nel diritto dei papiri*, 1927, p. 49 s.; J. Herrmann, *Studien zur Bodenpacht im Recht der greco-ägyptischen Papyri*, 1958, p. 229 ss.

<sup>31</sup> A. Manig, *op. cit.*, p. 32 ss.; R. Taubenschlag, *Law*<sup>2</sup>, p. 286 ss.

<sup>32</sup> J. Partsch, *Arch. f. Pap.* 5, p. 512; E. Levy, *Gesammelte Schriften* 2, 1963, p. 158 ss.; R. Taubenschlag, *Law*<sup>2</sup>, p. 287.

<sup>33</sup> Voir p. ex. P. Fouad. 44 (44 après J.-C.); L. Mitteis, *Leipziger Pap.* 37; A. Manig, *op. cit.*, p. 18 ss.

<sup>34</sup> Voir P. Möller 2 (I<sup>er</sup> s. apr s J.-C.); A. Manig, *op. cit.*, p. 28 s.

créancier ou bien se mettait à la disposition de celui-ci comme main d'oeuvre.<sup>35</sup> Ce genre d'antichrèse nous montre toute la variété des situations réelles dans lesquelles les rapports entre le créancier et son débiteur pouvaient être fondés sur cette institution.

Le fondement de l'antichrèse résidait dans le fait qu'elle faisait naître du côté de l'autorisé un droit réel, dans ces cas du moins où elle consistait en *karpeia* ou *enoikesis*<sup>36</sup>. C'est ainsi que même dans les cas où la chose donnée en antichrèse n'était pas chargée de gage, le créancier avait toutes les chances de recouvrer son dû. Après ces remarques passons aux fragments de Marcien, déjà cités. Le texte du premier fragment D.13,7,33 se présente comme suit: *Si pecuniam debitor solverit potest pigneratitia actione uti ad recipendam ἀντίχρησις: nam cum pignus sit, hoc verbo poterit uti*<sup>37</sup>.

Le cas concret résolu par Marcien est simple à reconstruire. Le débiteur, pour assurer un prêt, établit en faveur du créancier un gage antichrétique. L'antichrèse avait pour but de satisfaire les prétentions du créancier uniquement dans son intérêt. La dette payée, le créancier n'a pas rendu au débiteur la chose gagée. Marcien dit que le débiteur peut poursuivre son créancier au moyen d'une action *pigneratitia*.

L'autre énonciation du Marcien concernant l'antichrèse est la suivante: Marc. *Lib. sing. ad formulam hypot.* (D.20,1,11,1): *Si ἀντίχρησις facta sit et in fundum aut in aedes aliquis inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum is usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque: itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione uti*<sup>38</sup>.

Le juriste n'a pas ici en vue un cas concret, il exprime simplement son opinion générale. Si le créancier accorde un prêt pour une période déterminée, et s'il reçoit en guise d'intérêts, de son débiteur, la maison ou la terre en antichrèse, il pourra en user aussi longtemps que son dû ne lui aura été restitué (*donec pecunia solvetur*). Il peut toucher les profits personnellement *percipiendo habitandoque*, et il peut louer la chose. S'il venait à perdre la possession de la chose, il jouirait pour la recouvrer d'une action *in factum*.

Ainsi Marcien parle de deux versions d'antichrèse: antichrèse à gage et antichrèse sans gage<sup>39</sup>. Le problème que nous serions tenté de poser maintenant est de savoir si le droit romain avait déjà connu l'antichrèse, ou bien si Marcien ne désigne pas simplement par un terme grec une institution romaine,

<sup>35</sup> Voir les papyrus dans R. Taubenschlag, *Law*<sup>2</sup>, p. 288 n. 32 et 83.

<sup>36</sup> E. Levy, *op. cit.*, p. 160 s.; O. Eger, *Zum ägyptischen Grundbuchwesen in römischer Zeit*, 1909, p. 53 s.; J. Partsch, *op. cit.*, p. 512.

<sup>37</sup> H. Dernburg, *Das Pfandrecht* 2, 1864, p. 93; A. Manig, *op. cit.*, p. 63; M. Kaser, *RPR*<sup>2</sup> 1, p. 470 n. 4; P. Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni. Le garanzie reali*, 1963, p. 199 ss.

<sup>38</sup> Voir la bibliographie dans la n. précédente.

<sup>39</sup> H. Dernburg, *op. cit.*, p. 92 s.; A. Manig, *op. cit.*, p. 45 ss.

enfin si l'antichrèse n'avait été adoptée dans le droit romain que par ce juriste seulement. Cette question avait déjà été formulée, il y a cinquante ans, par M a n i g dans son travail *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung*<sup>40</sup>. Les résultats de cette étude ne peuvent pas nous contenter aujourd'hui pour deux raisons. Premièrement, il a eu recours, dans ses déductions sur l'antichrèse du droit romain, aux sources postérieures à Marcien<sup>41</sup>. Deuxièmement, il a pris pour point de départ que dans le droit romain chaque gage est lié au transfert de possession de la chose gagée au créancier et qu'il est *ex lege* un gage antichrétique<sup>42</sup>. Une telle conception est vouée à l'échec. Sans entrer dans l'analyse détaillée de tous les textes cités par M a n i g, bornons-nous à avancer contre sa thèse l'argument à notre avis le plus important: dans le droit romain classique, les jurisconsultes discutent vivement la question de savoir si, pour l'extension du gage sur les fruits, la *conventio expressa* est requise ou si la *conventio tacita* suffit<sup>43</sup>. Si le *pignus* était un gage *ex lege* antichrétique, la discussion au sujet de l'extension du gage sur les fruits n'aurait pas eu de raison d'être. Au moment de la perception des fruits par le créancier, ils deviendraient sa propriété. La possibilité de profiter des fruits ou de les percevoir sur la chose gagée, est fondée, à notre avis, sur l'accord des parties contractantes appelé dans la littérature *pactum antichreticum*<sup>44</sup>. Le fragment d'Ulpien D.36,4,5,21 (lib. 52 ad edictum) ne s'oppose nullement à cette opinion: *Queri poterit, an in vicem usurarum hi fructus cedant, quae in fideicommissis debentur, et cum exemplum pignorum sequimur, id quod ex fructibus percipitur primum in usuras mox, si quid superfluum est, in sortem debet imputari*. Ce fragment ne concerne pas l'origine du rapport antichrétique, il instruit seulement le lecteur de la façon dont doivent être traités les fruits à l'exécution du fidéicommis en cas de *missio in possessionem Antoniniana*<sup>45</sup>. Ulpien constante: de même que dans le gage antichrétique: *primum in usuras mox in sortem*. La thèse de M a n i g n'est pas soutenue, non plus, par les deux constitutions citées par lui à l'appui de sa théorie, et qui nous sont transmises au C.J.4,24,1<sup>46</sup>

<sup>40</sup> Voir p. 41 ss. où il a formulé la conclusion suivante: „... das römische Faustpfand ist daher ein Nutzungspfand“.

<sup>41</sup> Voir la documentation à la page 51 ss.

<sup>42</sup> Voir p. 54.

<sup>43</sup> M. C h l a m t a c z, *O extensyi prawa zastawu na owoce rzeczy w prawie rzymskim* (Sur l'extension du droit du gage sur les fruits dans le droit romain), 1910; F. M. de Robertis, *Sul problema della estensibilità del pegno ai prodotti della cosa nel diritto romano* dans *Annali Bari* 9, 1948, p. 31 ss.

<sup>44</sup> M. C h l a m t a c z, *op. cit.*, p. 6 ss.

<sup>45</sup> E. W e i s s, *Pfandrechliche Untersuchungen* 1, 41; B. B i o n d i, *Successione testamentaria e donazioni*, 1955, p. 370 ss.; G. G r o s s o, *I legati nel diritto romano*, 1962, p. 409.

<sup>46</sup> CJ 4.24. 1: Impp. Severus et Antoninus AA. Metrodoro. οί ἐκ τοῦ ἐνεχύρου ληφθέντες καρποὶ ψηφίζονται εἰς τὸ χρέος καί, ἐὰν ἱκανοὶ γένωνται πρὸς τὸ ὅλον χρέος, λύεται ἡ ἀγωγή καὶ ἀποδίδονται τὸ ἐνέχυρον. εἰ δὲ καὶ πλείονές εἰσι τοῦ χρέους οἱ καρποί, ἀποδίδονται οἱ περιτεύοντες.

et 2<sup>47</sup>, l'une grecque et l'autre latine. Comme on peut déduire des prescriptions, les constitutions sont adressées à deux Grecs, Metrodoros et Demetrios, et elles ont pour objet des relations provinciales. La troisième constitution insérée dans le même titre et adressée à un certain Victor, indique, à notre avis, l'origine conventionnelle plutôt que légale de l'antichrèse, comme le suggèrent les mots *fructos, quos (creditor) percipere debuit...*

Il y a encore une observation qui nous semble nécessaire à faire. Dans la littérature du droit romain, on rencontre souvent l'opinion que le rapport antichrétique est seulement celui qui autorise le débiteur à percevoir les fruits au lieu d'intérêt, dont le montant n'a pas été du tout fixé (la soi-disant *Ewig-satzung* dans la littérature allemande)<sup>48</sup>. Cependant, comme nous avons expliqué ci-dessus, la notion de l'antichrèse hellénistique comprend non seulement *χρήσις ἀντὶ τῶν τουτῶν τόκων* mais aussi *χρήσις ἀντὶ τῶν τόκων καὶ ὀφειλομένων*. Par conséquent nous devons recourir, nous aussi, aux sources qui parlent de la soi-disant *Totsatzung*, d'après le mot allemand.

Passant à l'analyse des sources, il faut remarquer qu'elles sont très peu abondantes pour l'époque classique. Le fragment le plus ancien nous vient de Papinian (20,1,1,3) *Pacto placuit, ut ad diem usuris non solutis fructos hypothecarum usuris compensarentur fini legitimae usurae, quamvis exordio minores in stipulatum venerint*<sup>49</sup>. Les deux parties, le prêt assuré par l'hypothèque, décident que si le débiteur n'accomplit pas à temps le paiement d'intérêts prévus, le créancier sera autorisé à satisfaire ses prétentions aux intérêts par la valeur des fruits de la chose gagée, et cela non dans le montant stipulé mais légal. On ne peut déduire de ce texte si le créancier est entré en possession de la chose gagée en concluant le contrat<sup>50</sup>, ou seulement au moment où le débiteur tarde à payer l'intérêt. L'antichrèse a ici la fonction d'amende conventionnelle du retard<sup>51</sup>. Une situation analogue, paraît-il, est présentée par Paul au D.20, 2,8<sup>52</sup>. Le fragment d'Ulpien cité ci-dessus (D.36,4,5,21) concerne l'antichrèse

<sup>47</sup> CJ 4.24.2: Imp. Alexander a Demetrio. *Quod ex operis ancillae vel ex pensionibus domus, quam pignori detineri dicis, perceptum est, debiti quantitatem relevabit.* 222.; E. Weiss *op. cit.* 42.

<sup>48</sup> P. Frezza, *op. cit.*, p. 199; W. Osuchowski, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego* (Précis du droit romain privé), 1966, p. 365; P. Jörs - W. Kunkel - L. Wenger, *Römisches Privatrecht*, 1935, p. 155.

<sup>49</sup> E. Weiss, *op. cit.*, p. 40; A. Manig, *op. cit.*, p. 61 ss.

<sup>50</sup> A. Manig, *op. cit.*, p. 61 ss.

<sup>51</sup> *Ibidem*, 65 n. 1.

<sup>52</sup> D.20.2.8. (Paul.1.2.sent.): *Cum debitor gratuita pecunia utatur, protest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere.* L'interprétation de ce fragment de E. Weiss (*op. cit.* 1,40) est suivante: ...«vielmehr möchte man die Stelle eher dahin verstehen, dass gemeint ist, der Schuldner gebrauche das Geld ohne Zins, das heisst et zahlt ihn nicht, obwohl er ihn zu zahlen hat, wie denn die Verpflichtung dazu auch damals unbestreitbar gegenüber der Unverzinslichkeit die Regel gewesen ist».

qui doit satisfaire les prétentions du créancier aux intérêts et les mettre d'accord avec le devoir de porter le surplus sur le capital. Le montant du taux d'intérêt devait être dans ce cas nettement déterminé. Enfin Modestin nous instruit que l'antichrèse pouvait n'avoir pour but que le paiement du capital (D. 13,7,39): *Gaius Seius ob pecuniam mutuam fundum suum Lucio Titio pignori dedit: postea pactum inter eos factum est, ut creditor pignus suum in compensationem pecuniae suae certo tempore possideret*<sup>53</sup>. Il convient de rappeler encore à ce propos les fragments de Paul D.13,7,39<sup>54</sup> et de Florentin D.13,7,35,1<sup>55</sup>, qui permettent au créancier de louer les terres reçues en gage<sup>56</sup>. Il n'en résulte pas cependant si le loyer obtenu de cette manière assurait le paiement des intérêts ou bien l'amortissement du capital.

Les sources que nous avons réunies permettent d'avancer les conclusions suivantes. Vers le déclin de l'époque classique, mais encore avant Marcien, l'antichrèse était déjà connue à Rome. Son infiltration dans les relations romaines était d'autant plus facile que la chancellerie impériale, comme les constitutions transmises dans C.J.4,24,1 et 2 le prouvent, s'occupait justement à cette époque des problèmes de l'antichrèse dans les provinces. D'autre part les relations économiques de l'Italie entre le II<sup>e</sup> et le III<sup>e</sup> siècles favorisaient la diffusion de cette institution. De Robertis<sup>57</sup> et Kaser<sup>58</sup> en discutant le problème de l'extension du gage sur les fruits, attirent l'attention sur le phénomène qui suit. Dans la période bien prospère de l'économie, les profits des choses ne représentent pas dans la pratique juridique une valeur considérable. Quand l'économie commençait à s'effondrer on pouvait observer un procédé opposé. Les fruits, ceux des terres en particulier, gagnent une valeur toute spéciale. Cela trouve immédiatement sa répercussion dans les règles juridiques.

Dans tous les cas où pouvait apparaître le rapport antichrétique, la chose donnant profit était chargée de gage. Cependant Marcien au D.20,1,11,1 admet une antichrèse sans gage: sa fonction consistait à satisfaire les prétentions du créancier aux intérêts. Il paraît que le rapport antichrétique formulé constitue un élément nouveau qui ne fut introduit dans le droit romain que par Marcien. Les droits hellénistiques, comme nous l'avons déjà remarqué, connaissaient l'antichrèse sur les choses sans gage: elle avait pour but l'amortissement du capital prêté. Le droit romain n'a pas adopté le *pactum antichreticum*

<sup>53</sup> A. Manig, *op. cit.*, p. 58.

<sup>54</sup> D.13.7.37 (Paul.1.5 ad Plautium): *Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia antequam conduceret debitor, non fuerit eius possessio, cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem apiscendi.*

<sup>55</sup> D.13.7.35.1 (Flot. l.8 inst.): *Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem: potest tamen et precario et pro conducto debitor re sua uti.*

<sup>56</sup> J. C. van Oven, *RHD* 26, 1958, p. 322 ss.

<sup>57</sup> F. de Robertis, *op. cit.*, p. 51 ss.

<sup>58</sup> M. Kaser, *Partus ancillae* dans *ZSS* 75, 1958, 191 ss.

ainsi conçu. Cela résulte probablement du fait que dans le droit romain le loyer, selon Ulpien, Mela et Alfenus<sup>59</sup> pouvait être payé *praenumberando*. Si les parties venaient à conclure un contrat, d'où il résultait que le débiteur obtenait un emprunt, et si le créancier était autorisé à satisfaire ses prétentions par les fruits de la chose qu'il recevait en gage, un tel contrat dépendait entièrement du contrat *locatio-conductio*.

Le vocable suivant dont nous allons traiter est *arrha*. Les études contemporaines ont consacré à cette institution une grande attention; il suffit de rappeler ici les travaux de Volterra<sup>60</sup>, Massei<sup>61</sup>, Pringsheim<sup>62</sup>, Talamanca<sup>63</sup> et Thomas<sup>64</sup>. C'est pourquoi nous nous bornerons à quelques remarques. Dans le droit grec et hellénistique selon la théorie de Partsch et de Pringsheim<sup>65</sup>, le contrat d'achat et de vente devenait effectif quand l'acheteur avait payé au vendeur le prix de la chose. Le paiement était un élément constitutif pour le contrat de vente, qui par lui-même n'engageait encore aucune des parties à des obligations. Il pouvait arriver pourtant que les parties, avant de conclure le contrat, «veulent se lier jusqu'à un certain point», comme le dit Pringsheim<sup>66</sup>. A cet effet elles pouvaient se servir d'*arrha*. Le futur acheteur versait au futur vendeur une certaine somme d'argent, qui, une fois l'achat effectué, était traitée comme acompte sur le prix. L'*arrha* est perdue par celui qui, l'ayant versée, ne verse pas le reste du prix, et elle doit être restituée (couramment au double) par celui, qui l'ayant reçue, n'accepte pas le paiement intégral par quoi la vente serait accomplie<sup>67</sup>. L'institution de l'acompte ainsi formulée dans le droit grec classique a survécu jusqu'à l'époque byzantine<sup>68</sup>. Son application n'était pas limitée à la vente: il est intéressant de constater qu'il est assez fréquent en matière de louage, notamment de louage de services, où il a une signification juridique particulière<sup>69</sup>.

Les Romains se sont familiarisés avec l'institution de l'*arrha* relativement

<sup>59</sup> D.19.2.30 pr (Alf.1.3 dig.); D.19.2.19.6 (Ulp.l.32 ad ed.) D.19.2.33 (Afr.l.8.quest.); Th. Mayer-Maly, *Locatio conductio*, 1955, p. 138 s; M. Kaser, *RPR* p. 567 n. 42.

<sup>60</sup> E. Volterra, *Studio sull'arra sponsalicia* I dans *RISG*, 1927, 624 ss.

<sup>61</sup> A. Massei, *BIDR* 48, 1942, p. 215 ss.

<sup>62</sup> F. Pringsheim, *The Sale in Greek Law*, 1950, p. 333 ss.

<sup>63</sup> M. Talamanca, *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, 1953.

<sup>64</sup> J. A. C. Thomas, *RHD* 26, 1956, p. 253 s.

<sup>65</sup> F. Pringsheim, *The Greek Law of Sale*, p. 13 ss.; *idem*, *Gegen die Annahme von "Vorstufen" des konsensualen Kaufes im hellenischen Recht* dans *Cesammelte Abhandlungen* 2, 1961, p. 373 ss.

<sup>66</sup> F. Pringsheim, *The Greek Law of Sale*, 334 ss.; L. Gernet, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, 1955, p. 209.

<sup>67</sup> F. Pringsheim, *op. cit.*, p. 335 s.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 343.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 391 ss. ...the *arra* is set off against the wages.

assez tôt<sup>70</sup>. Selon notre documentation, la société romaine en a pris connaissance par les comédies de Plaute. Mais comme le remarque Talamanca avec raison, Plaute, tout en adaptant la nouvelle comédie grecque à la scène romaine, ne s'était pas fait une juste opinion de l'*arrha* et la confondait avec *pignus*<sup>71</sup>. Depuis l'époque de Plaute, le contact des Romains avec l'institution de l'*arrha* demeure permanent. Les Grecs séjournant en Italie s'en servaient certainement. Elle se rencontrait aussi dans la pratique juridique des peuples du bassin de la Méditerranée. Enfin le procédé de diffusion de citoyenneté sur les étrangers (*peregrini*) commencé vers le déclin de la République et étendu constamment jusqu'à la *Constitutio Antoniniana*, provoqua, à ce qui nous semble, qu'elle se manifesta aussi dans les rapports juridiques parmi les Romains. Une telle évolution est aussi compatible avec les travaux de Varron qui a essayé de définir cette institution<sup>72</sup> et avec les remarques de Pline l'Ancien<sup>73</sup> et d'Aulugelle<sup>74</sup>. Le moment arriva où la jurisprudence romaine inspirée par les besoins de la pratique, a dû adopter une attitude envers cette institution étrangère. On suppose que l'*arrha* s'est manifestée dans la pratique juridique entre citoyens romains dans la première moitié du II<sup>e</sup> siècle et que Gaius fut le premier juriste qui s'est attaché à en déterminer les fonctions par rapport au contrat de vente romain. Dans D.18,1,35 (I.10 ad Ed.) nous lisons: *Quod saepe arrae nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arra conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio*<sup>75</sup>. Gaius constante dans ce fragment une application fréquente de l'*arrha* dans la pratique, mais il ne manque pas de préciser qu'elle ne change en rien les règles du contrat de vente dont l'élément constitutif fondamental demeure le *mutuus consensus* (...*non eo pertinet, quasi sine arra conventio nihil proficiat*). Gaius savait que dans le droit grec le contrat de vente ne fait pas naître l'obligation, et que si les deux parties sont déjà disposées à prendre des obligations mais ne veulent pas encore toute-

<sup>70</sup> M. Talamanca, *op. cit.*, p. 47 ss.; Massei, *op. cit.* 323 ss.; F. Pringsheim, *op. cit.* 416 ss.; M. Kaser, *RPR* I, p. 547 s. avec la riche bibliographie.

<sup>71</sup> M. Talamanca, *op. cit.*, p. 50.

<sup>72</sup> Varro, De LL.V,175: *Eadem pecunia vocabulum mutat; nam potest idem dici Dos, Arrabo, Mercus, Corollarium...Arrabo sic data, ut reliquum reddatur; hoc verbum item a graeco ἀρραβών*; Voir M. Talamanca, *op. cit.*, p. 54.

<sup>73</sup> Plinius, NH 33.6.11: *Celebratior quidem usus cum foenore coepisse debet; argumento est consuetudo vulgi, ad sponsones etiannum anulo exiliente, tracta ab eo tempore, quo nondum erat arra velocior: ut plane adfirmare possimus, nummos ante apud nos, mox anulos coepisse*. Voir M. Talamanca, *op. cit.*, p. 56 s.

<sup>74</sup> Gellius, NA 17.2.21: *Cum tantus, inquit, arrabo penes Samnites populi Romani esset. Arrabonem dixit sescentos obsides, et id maluit quam pignus dicere, quoniam vis huius vocabuli in ea sententia gravior acriorque est; sed nunc arrabo in sordidis verbis haberi coeptus ac multo videtur sordidius arra quamquam arra quoque veteres saepe dixerunt, et compluriens Laberius*. Voir l'interprétation de ce fragment de Talamanca, *op. cit.*, p. 59 ss.

<sup>75</sup> M. Talamanca, *op. cit.*, p. 70.

fois que l'achat soit parfait, elles doivent se servir d'*arrha*<sup>76</sup>. Il se méfiait de ce que la réception d'*arrha* ne transformât l'achat, qui s'appuyait sur le consentement (*consensus*), en un contrat réel. De là vient son appréhension, soulignée avec tant d'insistance.

Dans le droit romain classique l'*arrha* fut reçue sous l'influence de la pratique et occupa une place très modeste. Elle fut réduite à un pacte adjoint, ayant une fonction à peine probatoire<sup>77</sup>. Il ne pouvait pas en être autrement, puisque la vente basée sur le *consensus* était depuis longtemps largement développée et étudiée à fond par la jurisprudence, dans tous ses détails. Les actions nées de l'*emptio-venditio* protégeaient suffisamment les intérêts des partenaires, et par cela même elles garantissaient la sécurité de la pratique juridique. Dans le cas de l'*arrha*, comme dans beaucoup d'autres, la jurisprudence a su adapter l'institution reçue à ses propres besoins.

Je voudrais consacrer encore quelques mots au terme *παράφερνα*<sup>78</sup> qui est employé quatre fois dans les sources post-classiques et une fois chez Ulpien dans D.23,3,9,3: *Ceterum si res dentur in ea, quae Graeci παράφερνα dicunt quaeque Galli peculium appellant, videamus, an statim efficiuntur mariti, et putem, si sic dentur ut fiant, effici mariti, et cum distractum fuerit matrimonium, non vindicari oportet, sed condici, nec dotis actione peti, ut divus Marcus et imperator noster cum patre rescripserunt*. Ce fragment est généralement suspect d'interpolations<sup>79</sup>; mais il est à croire, que la phrase *si res dentur in ea quae Graeci παράφερνα dicunt* est authentique pour les motifs suivants. Le terme *παράφερνα* apparaît dans plusieurs papyrus du début du I<sup>er</sup> siècle après J.-C. Le dernier document dans lequel il est encore employé date de 230 A.D.<sup>80</sup> Il en résulterait que dans la deuxième moitié du III<sup>e</sup> siècle le mot *parapherna* est tombé en désuétude<sup>81</sup>. Il serait difficile de voir un jeu de hasard dans le fait qu'il ne fut employé pas une seule fois à l'époque pour laquelle la documentation papyrologique est si riche. Si notre observation est juste, les sources post-classiques ne pouvaient apprendre le terme de *parapherna* que par Ulpien. Dans le fragment qui nous intéresse Ulpien a mis le signe d'égalité entre *parapherna* et

<sup>76</sup> *Ibidem*.

<sup>77</sup> Gai.Inst.3.139: *Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit: nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae*. Voir M. Talamanca, *op. cit.*, p. 71 s.

<sup>78</sup> CJ 5.14.8; 5.14.11; Nov. 97.5; Ed. Just. 9,7. Voir à ce sujet E. Gerner, *Beiträge zum Recht der Parapherna*, 1954, 1 ss; H. J. Wolff, *Zur Geschichte der Parapherna* dans ZSS, 1955, 335 ss.; G. Häge, *Ehегüterrechtliche Verhältnisse in den griech. Pap.*, 1968, 211 s.; M. Talamanca, *Index* 2, 1971, p. 240 ss.

<sup>79</sup> *Index Interp.* 2, p. 51 s.; H. J. Wolff, *op. cit.*, p. 342 n. 25; M. Kaser, *RPR* 2 1, 330 n. 7 et 9.

<sup>80</sup> E. Gerner, *op. cit.*, 2; H. J. Wolff, *op. cit.*, p. 242.

<sup>81</sup> Sur les Papyrus de Nessana III 18 (537 après J.-C.) et 20 (558 après J.-C.) voir G. Häge, *op. cit.*, p. 211.

cette partie de biens personnels de la femme (*res extra dotem*) qui était remise à la disposition du mari, à côté de la dot. Au point de vue réel une telle comparaison est pleinement motivée. Dans l'Égypte romaine les biens de la femme mariée pouvaient se composer de *φερνή* et *παράφερνα*. Les *παράφερνα* étaient constituée des biens personnels de la femme; cependant si elles ne comprenaient pas les objets d'usage quotidien (comme vêtements, parures) elles étaient en général remis à l'administration est à la protection du mari. Celui-ci signait de plus souvent l'acte confirmant cette remise, et, le mariage une fois dissolu, il devait les rendre. La notion *res extra dotem* dans le droit romain est dans ce sens plus large, car elle pouvait comprendre aussi les biens immobiliers. Les *res extra dotem* n'étaient pas remise par principe au mari; mais si elles l'étaient, alors la situation juridique d'une telle masse de biens serait apparentée aux *παράφερνα* du droit hellénistique.

La doctrine post-classique a commencé à désigner par le terme *παράφερνα* employé par Ulpien *comparandi gratia*, soit une partie de biens de la femme, remise à l'administration du mari, soit tous les biens que la femme pouvait posséder en dehors de la dot<sup>82</sup>.

Nos recherches sur les *vocabula greca* ne sont pas encore finies. Nous devons nous garder d'avancer des conclusions de nature générale. Nous espérons que l'étude de ces termes, impliquant l'enquête sur l'origine, la nature et les fonctions de chaque institution, pourra aider à mieux saisir l'influence de la culture grecque et hellénistique sur le droit romain classique.

[Warszawa]

Henryk Kupiszewski

<sup>82</sup> E. Gerner, *op. cit.*, 60 ss.; M. Talamanca, *op. cit.*, p. 251 et n. 45 à la page 276 s.