

Un contrat dans l'Olympe homérique ...

Esmein, A. (Adhémar), 1848-1913.

Rome, P. Cuggiani, 1888.

[Find this Book Online: https://hdl.handle.net/2027/hvd.32044097714901](https://hdl.handle.net/2027/hvd.32044097714901)

Digitized by 

Original from  
HARVARD UNIVERSITY



### **Public Domain**

We have determined this work to be in the public domain, meaning that it is not subject to copyright. Users are free to copy, use, and redistribute the work in part or in whole. It is possible that current copyright holders, heirs or the estate of the authors of individual portions of the work, such as illustrations or photographs, assert copyrights over these portions. Depending on the nature of subsequent use that is made, additional rights may need to be obtained independently of anything we can address.

Generated through HathiTrust on 2026-06-04 14:10 GMT

ITALY  
480

A. ESMEIN

---

# UN CONTRAT

DANS

## L'OLYMPE HOMÉRIQUE

---

Extrait des MÉLANGES D'ARCHÉOLOGIE ET D'HISTOIRE  
publiés par l'École française de Rome, T. VIII.

---

ROME

IMPRIMERIE DE LA PAIX DE PHILIPPE CUGGIANI

*Place della Pace, 35.*

1888

Generated through HathiTrust on 2026-06-04 14:10 GMT  
<https://hdl.handle.net/2027/hvd.32044097714901> / Public Domain



Generated through HathiTrust on 2026-06-04 14:10 GMT  
<https://hdl.handle.net/2027/hvd.32044097714901> / Public Domain

Adhémar  
A. ESMEIN  
=

# UN CONTRAT<sup>e</sup>

DANS

## L'OLYMPE HOMÉRIQUE

---

Extrait des MÉLANGES D'ARCHÉOLOGIE ET D'HISTOIRE  
publiés par l'École française de Rome, T. VIII.

---

ROME

IMPRIMERIE DE LA PAIX DE PHILIPPE CUGGIANI

*Place della Pace, 35.*

1888

ANCIENT

JUN 27 1921

## UN CONTRAT DANS L'OLYMPE HOMÉRIQUE

---

Les conceptions et institutions juridiques, comme les autres produits de la nature humaine, se sont formées lentement, péniblement, progressivement. A leur première apparition dans le monde elles présentent des caractères qui les font pour nous presque méconnaissables. Cependant la science contemporaine s'efforce de reconstituer ces formations primitives, pour les suivre ensuite dans leurs transformations. Elle y réussit dans une large mesure, bien que cette recherche égale peut être en difficulté le déchiffrement d'une langue inconnue, car les points de repère sont rares et insuffisants. L'esprit moderne a surtout beaucoup de peine à se replacer dans le milieu intellectuel, si différent du nôtre, où se produisirent ces anciennes éclosions. Aussi est-ce une bonne fortune lorsqu'une légende ou un récit très ancien, met en action sous nos yeux quelque-une de ces vieilles institutions, nous montrant comment agissaient et pensaient nos lointains ancêtres.

Pour la poursuite du vol, j'ai pu utiliser précédemment un récit de la Genèse (1). Aujourd'hui c'est un passage de l'Odyssée que je voudrais étudier : il éclaire d'une vive lumière tout un côté du droit primitif des obligations.

On a écrit récemment que les premières obligations individuelles avaient été des obligations *ex delicto* (2). Je crois plu-

(1) Dans mes *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, p. 234 ssq.

(2) A. Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, 1886, p. 231 : « Gehen wir also davon aus, dass das älteste Recht Obligationen überhaupt nur als *obligationes ex delicto* kennt, dass ursprünglich Alles, was obligatorische Wirkung erzeugt, Deliktsnatur hat ».

tôt qu'elle se présentèrent sous la forme d'obligations contractuelles, mais ces premiers contrats se formèrent à l'occasion des délits (1). Cela nous reporte à cette phase du développement juridique où la vengeance privée était encore la seule répression des méfaits, mais où cependant la conscience populaire imposait déjà aux parties, dans certains cas, l'obligation morale d'accepter et de payer une composition, substituée aux représailles effectives (2). De bonne heure même la coutume, encore rudimentaire, fixa le taux des principales compositions, sans ouvrir d'ailleurs aucune voie de droit pour en assurer le paiement: l'obligation proprement dite de payer la composition ainsi fixée ne naissait que d'un engagement formel, et voici comment ce contrat, aïeul et prototype de tous les autres, dut se présenter au début.

Il faut partir du cas de flagrant délit. C'est probablement en ce cas seulement que la coutume réglementa d'abord la vengeance privée et tarifa la composition (3): alors, en effet, l'hypothèse était simple, la certitude étant complète quant au fait et quant à son auteur. L'homme qui surprenait ainsi un malfauteur agissant contre lui et qui pouvait s'en emparer, l'enchaînait sur le champ, et appelait des témoins pour constater sa prise. Il était pourtant tout prêt à relâcher son captif, moyennant le paiement de la composition fixée par la coutume. Si cette composition était payée sur le champ, évidemment, il avait pleine et entière satisfaction; mais il devait bien rarement

(1) Par contrats on entend ici les actes juridiques destinés à faire naître des obligations c'est à dire à faire crédit. Le trafic au comptant, le troc, est un fait, et non un contrat, plus ancien que toutes les institutions juridiques.

(2) Voyez, Girard, *Les actions noxales dans la Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1888, p. 42.

(3) Esmein, *Mélanges d'histoire du droit*, p. 84. — Leist, *Graeco-italische Rechtsgeschichte*, p. 298.

en être ainsi. Les compositions étaient généralement fort élevées dans les sociétés antiques, comprenant un grand nombre de têtes de bétail ou d'esclaves; ni le captif ni ses parents ne pouvaient les fournir sur le champ. D'autre part, il était difficile de retenir le malfaiteur captif jusqu'à ce paiement qui eût alors constitué sa rançon: il était utile au contraire de lui rendre la liberté pour qu'il pût réunir la composition exigée. L'offensé qui le tenait dans les liens, était donc poussé par son propre intérêt à le remettre en liberté; mais il lui fallait pour cela des garanties. Ces garanties pouvaient consister dans des gages; et de là paraît venir le rôle important que beaucoup d'anciennes législations attribuent au gage dans la formation des contrats (1). Mais il était presque aussi difficile de fournir des gages suffisants et sérieux que de fournir la composition elle-même. Aussi il semble que d'ordinaire la victime du méfait se soit contentée d'une promesse qui attestait son droit: seulement, cette promesse, elle dut émaner, non du prisonnier, mais d'un tiers qui s'engageait pour lui. Ce qui fit repousser comme insuffisant l'engagement du principal intéressé ce ne fut pas, semble-t-il, la crainte de l'insolvabilité: ce fut probablement une autre idée, produit naturel du milieu primitif. Dans ce milieu, la seule sécurité qu'avait le créancier, la seule garantie effective que lui conférait sa créance, consistait dans la bonne volonté du débiteur, et dans la honte qu'il éprouvait à nier la parole donnée devant témoins. Aucune voie de contrainte publique n'existait encore à son profit: tout au plus, s'il était le plus fort, pouvait il se venger, par un acte de violence, du manquement à la foi donnée, ou ravir au débiteur assez de bétail pour couvrir et au delà la dette. Or la bonne volonté, la honte de nier sa

(1) Franken, *das französische Pfandrecht im Mittelalter* §§ 4 et 5; Heusler, *Institutionen*, p. 230.

promesse, il ne fallait pas les attendre chez celui qui, surpris et maîtrisé, composait, les mains chargées de liens, sous l'empire de la violence. S'il promettait, sa promesse était sans valeur, comme celle que de nos jours ferait un voyageur au brigand qui l'arrête. Entre le malfaiteur et l'adversaire habile, qui l'avait surpris et saisi, il n'y avait qu'un état de guerre, où toutes les ruses étaient bonnes, et tous les mensonges légitimes. La conscience populaire des temps anciens aurait certainement absous le malfaiteur qui, délivré, se serait considéré comme libéré de sa promesse.

Il résulta de là que le premier contrat connu fut le cautionnement; et, d'autre part, dans le cautionnement primitif, il y eut en réalité, non deux débiteurs, mais un seul, c'est-à-dire la caution. C'est elle qui joua le rôle de débiteur principal, étant en premier ligne exposée aux poursuites, ou plutôt aux coups, du créancier. Cela explique certains traits, autrement incompréhensibles, des anciennes législations. Souvent les vieilles coutumes font d'un cautionnement un élément essentiel de tous les contrats; il n'y a point alors de contrat valable sans l'intervention d'une caution (1); d'autres législations font du cautionnement, un élément naturel d'un grand nombre de conventions obligatoires. Plus généralement encore la caution joue le rôle de principal débiteur (2). Tout cela c'est le contrepied des prin-

(1) R. Dareste, *Les papyrus Gréco-Egyptiens*, p. 9: « Pour qu'il y eût contrat légalement formé et obligatoire (dans le droit primitif), il fallait, en général, qu'un tiers intervînt et se portât caution. Le cautionnement qui n'est plus pour nous qu'un contrat accessoire, était alors un élément essentiel du contrat principal ». — Le même, *l'Ancien droit des Perses*, p. 16: « l'intervention d'une caution, d'un tiers, était considérée comme un élément essentiel, à défaut duquel l'obligation principale ne pouvait même pas naître ». — Esmein, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 1887, p. 52.

(2) Esmein, *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 85, 86.

cipes qui régissent nos législations modernes ; mais ces règles s'expliquent aisément, si l'on admet les idées que j'ai exposées. Il suffit de dire en effet, et cela se comprend fort bien, que le système des contrats a longtemps gardé l'empreinte profonde du type contractuel, qui le premier avait fait son apparition dans les sociétés, et sur lequel s'étaient modelés tous les autres.

Les idées que j'ai essayé de dégager, dans ce long préambule, me paraissent naïvement et clairement exprimées dans un passage de l'Odyssée, elles sont là énoncées par les personnages mêmes qui y conforment leur conduite. C'est l'épisode (VIII, 266, ssq.) où Démodocos chante les amours et les mésaventures d'Arès et d'Aphrodite.

Héphaïstos, le mari trompé, pour surprendre les coupables feint un départ et un voyage à Lemnos. Mais le divin forgeron, a fabriqué et tendu auprès de la couche nuptiale des filets d'acier aux mailles invisibles, qui saisissent et immobilisent les deux amants. Prévenu par le Soleil, qui voit tout, du succès de sa ruse, Héphaïstos retourne en toute hâte à sa maison : là il appelle tous les dieux pour leur faire constater le flagrant délit et la capture. Ils accourent en foule, sauf les déesses que la pudeur retient à leur foyer ; et tous d'une voix unanime déclarent qu'Arès doit la composition pour adultère, *μοιχάγρια ὀφέλλει*. D'ailleurs ils ne paraissent point prendre l'événement au tragique : au fond ils semblent blâmer Arès surtout de s'être laissé prendre. Un rire inextinguible court parmi eux, pendant qu'ils répètent néanmoins les dictons de la sagesse populaire sur le châtement qui, tôt ou tard, attend les coupables. Apollon et Hermeias échan- gent même des propos, où se reflète naïvement la franchise voluptueuse du génie grec. Aucun d'eux ne paraît songer à des représailles sanglantes, à l'exercice de la vengeance privée, que permettait cependant la coutume des temps antiques. Bien que les scènes de l'olympé Homérique reproduisent fidèlement ce qui

se passait sur la terre, peut être l'inviolabilité du corps des immortels écarte-t-elle toute idée de ce genre. Tout ce récit, sauf les agréments dus à la vieille et charmante poésie, reproduit fidèlement, je l'ai montré ailleurs, la poursuite de l'adultère telle qu'elle se présenta pendant des siècles à Athènes et à Rome (1). Voici maintenant le dénouement de cette tragi-comédie céleste : c'est lui qui nous intéresse surtout.

Poseidon est resté sérieux, au milieu de l'hilarité générale. Il intercède auprès d'Héphaistos pour que celui-ci, se contentant de la juste composition, délivre Arès et lui rende la liberté. Ce passage, par ses détails précis, me paraît contenir la justification de tout ce que j'ai avancé : aussi je vais en donner non seulement la traduction mais encore le texte : car la version, que je donnerai de ces quelques vers diffère assez profondément de celles qui ont cours généralement.

- Οὐδὲ Ποσειδάωνα γέλωσ ἔχε, λίσσετο δ' αἰεὶ  
 345. Ἥφαιστον κλυτοεργόν, ὅπως λύσειεν Ἄρα·  
 καὶ μιν φωνήσας ἔπεα πτερόεντα προσηύδα·  
 λῦσον· ἐγὼ δέ τοι αὐτὸν ὑπίσχομαι, ὡς σὺ κελεύεις,  
 τίσειν αἴσιμα πάντα μετ' ἀθανάτοισι θεοῖσιν.  
 Τὸν δ' αὖτε προσέειπε περικλυτὸς Ἀμφιγυήεις·  
 350. μή με, Ποσεῖδρον γαιήχοε, ταῦτα κέλευε·  
 δειλαί τοι δειλῶν γε καὶ ἔγγυαι ἐγγυάασθαι.  
 Πῶς ἄν ἐγὼ σε δέοιμι μετ' ἀθανάτοισι θεοῖσιν (2),  
 εἴ κεν Ἄρης οἴχοιτο, χρέος καὶ δεσμὸν ἀλύξας;  
 Τὸν δ' αὖτε προσέειπε Ποσειδάων ἐνοσίχθων·

(1) *Mélanges d'histoire du droit*, p. 86.

(2) L'expression μετ' ἀθανάτοισι θεοῖσιν qui revient deux fois (348, 352) a évidemment le même sens dans les deux passages. Celui que je lui donne me paraît le seul qui puisse convenir aux deux endroits.

355. Ἡφαιστ', εἶπερ γάρ κεν Ἄρης χρεῖος ὑπαλύξας  
 οἴχηται φεύγων, αὐτός τοι ἐγὼ τάδε τίσω.  
 Τὸν δ' ἠμείβετ' ἔπειτα περικλυτὸς Ἀμφιγυήεις·  
 Οὐκ ἔστιν οὐδὲ ἔοικη τερὸν ἔπος ἀρνήσασθαι.  
 ὦς εἰπὼν δεσμῶν ἀνίει μένος Ἡφαιστοιο.

“ Mais le rire ne gagna point Poseidon, et il suppliait instamment Héphaïstos, l'habile ouvrier, de délivrer Arès, et s'adressant à lui il prononça ces paroles ailées : “ Délivre le, et je te promets qu'à ton commandement il te paiera tout ce qui t'est dû, d'après la coutume des dieux immortels „. L'illustre boiteux des deux pieds lui dit : “ Ne me commande pas cela, ô Poseidon qui ébranles la terre. *Les promesses des faibles sont de faibles promesses.* Comment pourrais-je te prendre pour débiteur d'après la coutume des dieux immortels, si Arès en s'enfuyant se libérait à la fois de la dette et de mes liens ? „ Poseidon qui ébranle la terre lui dit alors : “ Héphaïstos, si Arès s'enfuit, se délivrant de sa dette, moi je te paierai la composition „. L'illustre boiteux des deux pieds lui répondit : „ on ne peut ni ne doit refuser ta parole „. Et disant cela, la force d'Héphaïstos fit tomber les liens „.

Voilà bien dans la bouche des dieux Homériques toute la suite d'idées que je reconstituais d'abord par hypothèse. Héphaïstos relâche son captif sur une simple promesse ; mais il ne veut point de la promesse d'Arès, il faut qu'un tiers s'engage à sa place. Évidemment, il n'y a point en jeu une question de solvabilité. Nous sommes chez les dieux immortels qui dispensent tous les biens, δωτῆρες ἐάων : tous sont riches et puissants, et Arès, si l'on peut parler ainsi, est aussi solvable que Poseidon. Ce qui fait que le mari trompé ne veut point se contenter de la promesse d'Arès, c'est qu'il sait bien, qu'une fois libre, celui-ci s'enfuira et ne tiendra aucun compte de sa dette : Il la re-

niera parce qu'il n'aura pas promis en pleine possession de sa liberté et de sa force; il aura promis parce qu'il est sans force, pris aux filets d'Héphaïstos: *les promesses des faibles sont de faibles promesses.*

Il est vrai que le sens si satisfaisant que je donne au vers 351, ne répond pas à la traduction généralement reçue. On traduit d'ordinaire: *les cautions des mauvais sont mauvaises*; (1) on encore: " la caution des méchants est une méchante caution ", (2). D'autres traductions conservent à δειλός sa signification ordinaire de *faible* (3), mais toutes s'accordent pour donner à ἐγγύη le sens de *caution*. En effet, c'est bien le sens qu'a ce mot dans les textes juridiques; mais ces textes sont bien plus récents que le nôtre. On ne songe pas qu'à l'époque ancienne, à laquelle nous nous plaçons, les cautionnements ne se distinguaient pas encore des autres promesses: par suite un même mot devait servir à désigner les unes et les autres (4); on ne connaissait qu'une seule classe de débiteurs, tous étaient des débiteurs principaux.

Le sens de caution est inadmissible dans notre passage. On ne comprend point d'abord pourquoi les cautions des faibles ou des méchants seraient nécessairement faibles ou méchantes. Mais surtout la suite des idées proteste contre cette traduction. Ce que repousse d'abord Héphaïstos ce ne peut être le cautionnement de Poseïdon, car il va l'accepter sans difficulté un instant

(1) *Odyssée*, traduction nouvelle par Leconte de Lisle, Lemerre, 1868, p. 117.

(2) Homère, traduction Giguët, Paris, Hachette, p. 449.

(3) Voyez la traduction latine, qui accompagne le texte grec dans l'Homère de Didot: «*Debiles utique pro debilibus etiam sponsiones ad spondendum*».

(4) C'est ainsi qu'en latin le mot *sponsio* a désigné à la fois, et pour les mêmes motifs, la promesse d'un débiteur principal et celle d'une caution.

après : ce qu'il écarte comme insuffisant c'est l'engagement d'Arès lui-même (car d'abord Poseidon ne lui offre pas autre chose), et pour justifier son refus il émet cet apophthegme, sans doute populaire : « les promesses des faibles sont de faibles promesses. »

Mais comment se fait-il que les premières paroles d'Héphaïstos (v. 347-348) ne contiennent aucun engagement de sa part, tandis que les secondes (v. 355-356) en renferment un efficace et suffisant ? Aux yeux d'un littérateur les unes et les autres doivent présenter un sens bien voisin, et l'on s'explique mal la différence profonde qu'Héphaïstos établit entre elles. Cette différence s'explique par une règle bien connue des romanistes, et qui même est inscrite encore dans notre Code civil, comme un vestige du passé. On ne peut promettre pour autrui, dit l'art. 1124 C. civ. ; et le texte d'Homère montre que la pensée qui dicta cet axiome appartient aux conceptions primitives de l'humanité et ne fut point particulière aux romains. Dans sa première apostrophe à Héphaïstos, Poseidon promet purement et simplement le fait d'autrui. Il promet qu'Arès satisfera par une juste composition le mari trompé, il ne s'engage donc pas lui-même et par suite ne se porte pas caution (1). Lorsqu'il prend la parole pour la seconde fois, il promet de payer la composition ; et, comme alors il s'engage lui-même, Héphaïstos ne fait plus de résistance et accepte l'engagement.

Cela montre que, par un certain côté tout au moins, le formalisme, dans les obligations, s'imposa jadis aux Grecs comme aux Romains. L'explication par laquelle ces derniers justifiaient

(1) Un texte d'Hermogénien, l'un des derniers jurisconsultes de l'époque classique, contient encore, pour le droit romain, l'application très-nette de cette règle. L. 65. Dig. de *fidejuss.* XLVI, 1 : « Sicut reus principalis non alias quam si de sua persona promittat obligatur, ita fidejussores non alias tenentur quam si se quid daturos vel facturos promittant: *nam reum principalem daturum vel facturum aliquid frustra promittunt, quia factum alienum inutiliter promittitur* ».

la règle: *nemo alienum factum promittere potest*, résidait en effet dans une interprétation étroite des paroles prononcées par le promettant. Il n'avait pas pu engager autrui, et il n'avait pas déclaré s'engager lui-même (1). Les Grecs connaissaient-ils aussi le formalisme des contrats en ce sens que seules certaines paroles, prononcées dans un certain appareil, pouvaient former un engagement, une simple manifestation de volonté étant insuffisante pour cela? Cela est très probable, quoique le génie grec se soit assez tôt débarrassé de ces entraves, si bien que le droit attique n'en garde plus aucune trace. Mais le passage de l'*Odysée* que j'ai étudié ne permet point de dire s'il en était ainsi, à l'époque où il fut rédigé. Ce qu'il exclut certainement c'est une forme semblable à celle de la stipulation romaine, c'est-à-dire une interrogation du créancier à laquelle s'applique une réponse adéquate du débiteur. Quant à trouver une formule technique dans la phrase que prononce Poseidon, cela paraît impossible; elle y est peut-être, mais faute d'éléments de comparaison, on ne saurait la dégager.

Un autre point peut encore attirer l'attention. Il est de la nature des contrats, dans les systèmes anciens, d'avoir un objet précis et rigoureusement déterminé d'avance. C'est ainsi que dans le vieux droit romain, soit dans le *nexum*, soit dans la *sponsio*, l'objet dû était nécessairement une somme d'argent déterminée, *certa pecunia*. Ici ce *certum* manque, dans la promesse de Poseidon. Mais il n'y a là, je le crois, qu'une apparence trompeuse. Tout dans notre récit montre que la coutume avait déjà fixé le taux de la composition pour adultère, *μοιχάγρια*: elle avait dé-

(1) En droit romain le règle ne s'appliquait pas dans les contrats de bonne foi, l. 21, D. XXXIV, 5; l. 80, D. XLV, 1. Aussi on se demande quelle portée elle peut bien conserver encore dans notre droit, qui ne connaît que les contrats de bonne foi, Code civil, art. 1184, 1156 et suiv.

terminé, non la somme d'argent, mais sans doute le nombre des têtes de bétail ou des esclaves qui représentaient alors cette composition. Il suffisait de se référer à ce tarif coutumier, comme le fait le dieu, pour que la promesse eût un objet certain.

---