Les garanties bancaires dans la législation de Justinien

par Antonio Díaz-Bautista
(*Murcia*)

L'historien connaît bien l'importance revêtue par la figure du banquier dans le trafic commercial de l'Antiquité, sa position éminente dans la société et son influence politique (1). En cela, comme pour tant d'autres aspects de la vie, rien n'a changé depuis lors. Néanmoins il n'est pas facile de comprendre pleinement l'activité du banquier antique. Si les complexités des affaires bancaires se montrent aujourd'hui mystérieuses pour ceux qui sont éloignés du monde des finances, elles n'en seront encore que plus obscures à une époque où nous n'arrivons à les contempler qu'au travers d'indices.

Les affaires des banques reposent en grande partie sur des pratiques stéréotypées, largement répétées, qui sont fréquemment sous-entendues dans les normes qui les concernent, et qui peuvent être mises en hypothèse seulement en comprenant des renseignements économiques, sociaux et culturels qui dessinent le réseau compliqué du commerce. Mais il est évident qu'un propos aussi large dépasse les limites de ce travail et surtout les forces de l'auteur. Aussi va-t-on essayer de faire l'analyse

(Quand on signale quelque texte avec la référence de la page et de la ligne, on utilise toujours les *Novellae* éditées par Schöll et Kroll, *Corpus Iuris Civilis*, vol. III, 1954).

(1) *Vid.* Bogaert, *Banques et banquiers dans les cités grecques*, 1968; Giangreco Pessi, « *Argentarii* » *e trapeziti nel teatro di Plauto*, AG 201 (1981), pp. 39 seqq., montre aussi l'ironie et le mépris de la société romaine pour les banquiers.

d'une seule institution bancaire de garantie, l'ἀντιφώνησις, à l'époque de Justinien et au travers des données fournies par les textes juridiques.

Cette institution, l'une des formes caractéristiques de l'activité bancaire à Byzance, nous apparaît avec cet entrecroisement de l'héritage grec et romain qui va modeler la vie juridique byzantine de ce temps-là. Les sources juridiques lui accordent de l'attention, mais les textes sont entachés, sur ce point, d'évidentes obscurités qui font penser à une mauvaise transmission.

Quelques Novelles et Édits de Justinien nous fournissent des informations sur les rapports entre la corporation des banquiers et le pouvoir, avec l'évidente pression que le « pouvoir de fait » des maîtres du crédit exerçait sur l'Empereur hiératique et tout-puissant que nous montrent les mosaïques (2). Justinien ne s'est pas gêné pour faire l'éloge des banquiers dans ses lois: il souligne qu'ils sont utiles à la communauté avec leurs contrats, qu'ils s'exposent à beaucoup de dangers, et il répète souvent cette argumentation (3).

(2) Les ordonnances relatives aux banquiers, malgré l'incertitude de leurs dates, s'insèrent dans la période entre 535 et 545. Il est facile de supposer que Justinien avait à cette époque de grands besoins d'argent pour les frais de ses campagnes militaires (le début de la « guerre gothique » pour la reprise de l'Italie se situe en 535, *vid.* ZAKYTHINOS, *Byzantinische Geschichte*, 1979, pp. 40 seqq.), et pour ses constructions monumentales (Sainte Sophie fut inaugurée en 537, et d'autres œuvres publiques furent bâties, *vid.* PROCOPE, Περὶ κτισμάτων, éd. par J. HAURY, III, 2, 1913).

(3) Il souligne que les banquiers sont utiles à beaucoup (Nov. 136 PR, p. 691, ligne 11) ; ils ont soin des contrats communs (*Ibid.* ligne 23) ; ils sont utiles à la communauté avec leurs contrats en s'exposant à beaucoup de dangers (*Ibid.* p. 692, lignes 21-23) ; ils dépensent sur leur avoir, et il n'est pas juste qu'ils n'aient pas de préférence sur les biens hypothéqués (*Ibid.* lignes 30-31) ; ils sont prêts à aider presque tous ceux qui ont besoin d'eux (*Ibid.* p. 693, lignes 16-17) ; ils ne rendent pas service à un nombre réduit de personnes mais à presque toute la république (Éd. 7,4, p. 765, lignes 27-28) ; les contrats les plus importants et nécessaires sont toujours accordés par le collège des banquiers (Éd. 7,8,1, p. 767, lignes 20-21) ; ils méritent bien que leur foi soit acceptée pour eux-mêmes comme elle admise quand ils la prêtent pour d'autres

En plus des problèmes posés par l'ἀντιφώνησις, la Nov. 136 et les Édits 7 et 9 nous rendent compte de maintes demandes adressées à Justinien par les banquiers, et accueillies presque toujours avec complaisance par l'Empereur (4).

L'activité bancaire se manifestait déjà à Byzance comme un domaine du trafic juridique exigeant, à plusieurs égards, un traitement légal différent du régime général. On trouve dans les textes des allusions expresses à certains caractères de la façon d'agir des banquiers qui, bien plus tard, fourniront des éléments pour la construction du Droit Commercial, à savoir la célérité des contrats (5), la tendance à l'abstraction exigée par le trafic (6), la reconnaissance de l'onérosité comme inhérente à leurs affaires (7), le besoin d'obtenir des voies rapides et sûres pour l'exécution des crédits (8). Toutes ces circonstances sont des traces d'une spécialisation embryonnaire de la matière commerciale bien plus ancienne qu'on ne l'admet souvent. Mais il faut attirer spécialement l'attention sur la demande que nous rapporte l'Éd. 9,8, tendant à ce que tous les litiges relatifs aux banquiers soient portés devant la juridiction

(Éd. 7,5, p. 766, lignes 1-2) ; ils veillent à l'utilité commune (Éd. 9,2 pr., p. 773, lignes 22-23) ; ils s'obligent pour tous et se montrent utiles à chacun (Éd. 9,8, p. 776, lignes 15-16).

(4) Ainsi sur les taux d'intérêt et l'accumulation des intérêts *ultra duplum* (Nov. 136,4 ; 136,5,1 ; Éd. 9,5 ; 9,6) ; sur l'interposition des femmes ou d'« hommes de paille » pour provoquer l'insolvabilité (Éd. 9,7) ; attribution de leurs affaires à une juridiction spéciale (Éd. 7,6 ; Éd. 9,8) ; difficultés pour l'*exceptio non numeratae pecuniae* de leurs débiteurs (Nov. 136,5 pr.) ; inexigibilité envers le banquier de la preuve de la cause exprimée dans le document de prêt (Nov. 136,6) ; transmissibilité des dettes aux héritiers de leurs clients (Éd. 9,3) ; et surtout des privilèges pour l'exécution des charges et des biens de leurs débiteurs, peu importe qu'ils fussent engagés, hypothéqués ou non (Nov. 136, 2-3 ; Éd. 9,4).

(5) Éd. 7,4, p. 765, lignes 18-19.

(6) L'exemple le plus remarquable est la réglementation des καθαραὶ ἀντιφωνήσεις sur laquelle traite ce travail.

(7) Éd. 9,2 pr., p. 773, lignes 20-21.

(8) Nov. 136,3 ; Éd. 7,3 ; 7,4 ; 7,7. Quoique Justinien ait dénié, dans la Nov. 136,5 pr., la concession aux banquiers d'une hypothèque générale sur les biens de leurs débiteurs par prêt, il l'accorda plus tard dans l'Éd. 7,2,1.

du Préfet de la Ville « sous la forme de juge spécial » (κατὰ τὸ τοῦ ἰδικοῦ δικαστοῦ σχῆμα), en se fondant sur la difficulté de la matière bancaire et sur la haute connaissance de la loi chez ce fonctionnaire, lui permettant de trouver une solution à tout ce qui pourrait paraître compliqué et inintelligible pour les autres. L'Empereur accueille cette demande pour toutes les causes d'obligations, tant si les banquiers sont demandeurs que lorsqu'ils sont défendeurs. Et il ne s'agit pas de la seule attribution des affaires bancaires à une juridiction spéciale: d'après l'Éd. 7 de 542, elles étaient placées, indistinctement, sous la juridiction du *comes sacrarum largitionum* (9) et du destinataire même de l'Édit, Iulianus (10).

Les sources nous apprennent qu'il existe deux formes principales d'activité des banquiers à Byzance: l'une de donner et de recevoir des prêts (δανείσματα), la seconde de garantir aux autres (ἀντιφωνεῖν) (11). Il est curieux qu'on place toujours, avec insistance, la fonction de garantie à côté du prêt. Donner ou recevoir de l'argent en prêt a toujours été le noyau central de l'activité bancaire, mais à Byzance il devait aussi comporter la garantie du client, en accord avec la très large application des garanties personnelles dans la tradition juridique grecque. Il est possible que le mystérieux personnage appelé ἀριθμητής par la Nov. 73 (12) ne soit qu'un banquier qui accompagne son client pour payer en son nom la somme à prêter (13).

De fait, l'ἀντιφώνησις remplaçait souvent le prêt, et elle était une forme de financement pour celui qui manquait d'argent mais désirait contracter une dette, par exemple pour l'achat à tempérament de certains biens. Mais pour que la garantie du banquier fonctionne de cette façon, il faut que l'acceptation de

(9) Ce Πέτρος, *Comes sacrarum largitionum*, ex consul et patrice, est Pierre Barsymès (Van der Wal, *Manuale Novellarum Justiniani*, 1964, p. 158). Il faut noter que Barsymès était banquier.

(10) Iulianus, avocat de Constantinople (*Ibid.*, p. 156).

(11) Nov. 136 PR, p. 691, ligne 11; Éd. 9,5, p. 774, lignes 28-29.

(12) Nov. 73, 7,1, p. 367, lignes 22 et 24-25; Nov. 73, 7,2, p. 367, ligne 36.

(13) Van der Wal, *op. cit.*, parag. 22, p. 15, n. 7, accueillant l'opinion de Cujas.

la dette par le banquier soit définitive et abstraite. Le créancier admettra plus facilement la garantie dans la mesure où il sera sûr d'encaisser sa créance sans devoir prouver préalablement la cause de sa réclamation, et sans que le débiteur ne puisse y opposer des exceptions fondées sur la cause; en somme, il souhaite que la garantie par ἀντιφώνησις soit καθαρά.

Le mot ἀντιφώνησις est la substantivation du verbe ἀντιφωνέω signifiant, en général, « répondre » à une formulation préalable; au sens juridique on peut l'utiliser pour désigner une garantie, c'est-à-dire le fait de répondre pour autrui. Mais il est important de constater que ce terme apparaît seulement dans les Novelles, et non dans les autres parties de la Compilation (14), et même il ne semble pas être une expression traditionnelle en Droit grec (15).

Les auteurs modernes traduisent ἀντιφώνησις par *constitutum* (16), bien que le développement, au moins d'une de ses modalités, corresponde davantage au *receptum argentarii*. Ceci provient de la fusion opérée par Justinien entre les deux institutions. Néanmoins il ne résulte pas clairement si, déjà avant ce moment, ἀντιφώνησις équivalait toujours à *constitutum*, comme le croit MITTEIS (17) à la lumière des papyrus, tandis que le *receptum argentarii* était appelé ὑπόσχεσις et προσφώνησις, mais que ce dernier mot pouvait être utilisé aussi pour le constitut normal.

Le fragment De actionibus (18), généralement considéré comme

(14) On ne trouve pas ce mot chez BORTOLUCCI, *Index verborum graecorum quae in Institutionibus et Digestis occurrunt*, 1906; ni chez MAYR, *Vocabularium Codicis Iustiniani* II, 1925.

(15) Elle n'apparaît pas dans la liste des termes grecs insérée par BEAUCHET, *Histoire du Droit privé de la République Athénienne*, 1887, t. IV, pp. 565 seqq.

(16) SCHÖLL et KROLL, *cit.* TAUBENSCHLAG identifie *constitutum* et ἀντιφώνησις, *Geschichte der Rezeption des römischen Privatrechts in Aegypten*, Studi Bonfante I (1930), p. 431, et *The Law of Greco-Roman Egypt in the light of the papyri*, 1955, p. 415.

(17) *Receptum argentarii*, SZ 29 (1908), pp. 479-480.

(18) Publié la première fois par HEIMBACH *junior* dans *Observationes Iuris Graeco-Romani I*, 1830, et puis, dépouillé des gloses par VON

antérieur à Justinien [19], édicte l'actio *de pecunia constituta* κατὰ τοῦ ἀντιφωνήσαντος [20], mais cela ne prouve rien, parce qu'il est possible que cette petite œuvre soit postérieure à Justinien [21] ou, du moins, qu'elle ait subi un remaniement au temps de cet Empereur [22].

Pour sa part, l'*Authenticum* traduit ἀντιφώνησις par *sponsio* [23], ce mot ne pouvant pas avoir le sens technique du droit classique [24], mais une floue signification post-classique de promesse [25] ; pour le rédacteur anonyme, l'idée d'ἀντιφώνησις

LINGENTHAL, *De actionibus. Ein Überbleibsel antejustinianischer Jurisprudenz*, SZ 14 (1893), pp. 88 seqq. Vid. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*, 2e éd. 1912, p. 363, où il est considéré comme *wissenschaftlich unbedeutend*.

(19) VON LINGENTHAL, *cit.* p. 96, le date au temps de Zénon (474-491), se fondant sur l'allusion à l'*actio rei uxoriae* à côté de l'*actio ex stipulatu* (§ 13), rassemblées par Justinien l'an 530 (CJ. 5,13), et sur l'*actio furti oblati* (§ 26) déclarée désuète par Inst. 4,1,4. Il est aussi antérieur à Justinien pour PARTSCH, *Studien zur negotiorum gestio* I, 1913, pp. 24 et 25, n. 1, même en ce qui concerne les garanties du procès (§ 6) qui restaient douteuses pour VON LINGENTHAL.

(20) § 34.

(21) SEGRÈ la met en rapport avec la Paraphrase de Théophile, *La denominazione di actio confessoria in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto e delle servitù*, dans Mélanges P.F. Girard, t. II, 1912, pp. 544 seqq.

(22) FERRINI, *Sull'opusculo greco intitolato « de actionibus »*, Opere I, 1929, pp. 365-370, souligne que le § 32 suppose la fusion des legs et fidéicommis (p. 366), et le § 34 celle de l'*actio de pecunia constituta* et de l'*actio recepticia* (p. 366) ; il estime également interpolés les §§ 12, 20 et 30. COLLINET, *La procédure par libelle*, 1932, p. 509, considère ajoutés tous les paragraphes commençant par περί et par κατά. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, 1953, pp. 549-550 admet aussi le remaniement du texte.

(23) Il la traduit une fois seulement par *...pecuniam constituerit vel spoponderit* (Nov. 115,6, p. 548, ligne 7) et une autre fois par *quae... fideiussa* (Nov. 147,2, p. 720, lignes 27-28).

(24) Dans le Droit de Justinien, la *sponsio* n'existait plus comme forme la plus ancienne de caution stipulatoire (Gai. 3,115-123 ; 3,177-178 ; 4,137), et l'ἀντιφώνησις ne se rapproche évidemment pas de cette affaire-là.

(25) Cela renforce l'idée que l'*Authenticum* a été rédigé en Italie par un mauvais connaisseur de la terminologie juridique. Vid. TAMASSIA, *Per*

comme « réponse » a pu lui rappeler la *sponsio* stipulatoire du promettant à la demande du stipulant.

En somme, il n'est pas possible d'accorder sur ce point une importance transcendante à la question terminologique, puisque la langue grecque ne possédait pas la tranchante exactitude du latin juridique classique, que la mentalité orientale de ce temps n'avait pas le respect inébranlable des juristes classiques pour les catégories conceptuelles, et, enfin, que les rédacteurs des sources étaient dégagés des caprices ou des préférences arbitraires pour l'un ou l'autre vocable. Il est préférable de faire attention, plutôt qu'à la terminologie, au contenu juridique de l'institution, en l'interprétant à partir du texte grec des constitutions.

L'ἀντιφώνησις est mentionnée d'une façon générique et rassemblée avec les autres formes de garantie dans la Nov. 4, qui prévoit l'application de ses règles, avec une accablante répétition, aux ἐγγυηταί, μανδάτωρες, ἀντιφωνηταί et aussi aux βεβαιωταί, garants de l'achat. Ce rassemblement, qui se trouve aussi dans d'autres Novelles, pourrait donner à penser que ces mots sont des synonymes, la multiplicité terminologique dérivant seulement du souvenir des institutions jadis différentes et maintenant identiques. Mais si cette identification a été soutenue pour l'ἐγγύη et le *mandatum pecuniae credendae* au temps de Justinien (26), elle est tout à fait inapplicable à l'ἀντιφώνησις, dont la réglementation dans les Novelles présente des traits particuliers. Il faut remarquer que le mot ἐγγύη ne désigne pas seulement, dans la langue des Novelles, le type le plus simple de garantie, correspondant, non entièrement, à la *fideiussio* romaine, mais qu'il est utilisé aussi pour se référer à la garantie personnelle en général (27) : dans ce dernier sens,

la storia dell'Autentico (1897-98), Scritti di Storia Giuridica II, 1967, pp. 109-158.

(26) Levy, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, 1956, pp. 198-199.

(27) Nov. 14 PR ; Nov. 51 PR ; Éd. 13,9 ; Nov. 4,1 ; Nov. 22,44,5 ; Nov. 22,44,7 ; Nov. 22,45 pr. ; Nov. 22,45,2 ; Nov. 94 Epil. ; Nov. 108 PR 1 ; Nov. 108,2 ; Nov. 53,2 ; Nov. 53,3,2 ; Nov. 112,2 pr. ; Nov. 115,3,8 ; Nov.

l'ἀντιφώνησις est une ἐγγύη spéciale, une sous-espèce dans le genre.

Les références à l'ἀντιφώνησις isolée des autres formes de garantie apparaissent dans la Nov. 136 et dans l'Éd. 9, tous les deux ayant une date incertaine (28) et consacrés à la régle-

115,5,1; Nov. 117,1; Nov. 123,2,1; Nov. 123,6; Nov. 119,5; Nov. 123,21,2; Nov. 123,22; Nov. 124,4; Nov. 134,9,1.

(28) VAN DER WAL, *cit.* p. 11, souligne la difficulté de fixer la chronologie des Novelles.

L'*Epitome Athanasii* et le *Codex Marcianus* datent la Nov. 136 aux Kalendes d'avril du consulat de Bélisaire, soit 535; ceci est interprété comme *post Belisar. vo. cons.*, c'est-à-dire 536, par ZACHARIÄ, qui ajoute comme date probable le 18 mars (*XV k. Apr.*). D'autres manuscrits indiquent 541, année du consulat de Basile, le *Codex Vercellensis* de l'*Epitome Iuliani* fixant pour date le 1 avril, et l'*Epitome Theodori* le mois de mars (SCHÖLL et KROLL, notes p. 694). Étant donné que les copistes ont facilement pu confondre entre Bélisaire et Basile, il est donc permis d'hésiter, pour la Nov. 136, entre 535, 536 et 541. Mais elle doit en tout cas être postérieure à la Nov. 4, dont l'année semble être indubitablement 535 — même si les sources diffèrent quant au jour: *XVII k. April.* (16 mars) ou *XVII k. Iul.* (15 juin) —, parce que la Nov. 136 est présentée comme faisant suite à une protestation du collège des banquiers contre la Nov. 4, et qu'elle corrige certains aspects de celle-ci en arrivant à une transaction.

Il n'est pas possible de situer la Nov. 4 au 16 mars 535 (SCHÖLL et KROLL, p. 28, lignes 7-8) et la Nov. 136 au 1 avril de la même année (*ibid.*, p. 694, ligne 25), car cela laisserait à peine quinze jours entre les deux dispositions! Même si l'on proposait une date plus tardive en 535 pour la Nov. 136, il semble que cela impliquerait toujours une réaction trop rapide de la part des banquiers et surtout de l'Empereur. L'année 541 suppose un délai de six ans, qui est sans doute trop long. La date la plus raisonnable, mais aussi la moins fondée dans les textes, nous paraît être celle de 536. Mais il est fréquent que les événements de l'Histoire s'écartent des règles de la logique.

L'Édit 9 ne comporte pas d'indication de date, mais il est adressé à Tribonien *Praefectus Urbis*, et doit donc être antérieur à 545, l'année de sa mort. Selon SCHÖLL et KROLL (p. 772, note sur la ligne 6) il est sûr que Tribonien a été *Quaestor Sacri Palatii*, mais non *Praefectus Urbis*; ZACHARIÄ l'interprète comme *Quaestor* assimilé au *Praefectus Urbis*, et il croit cet Éd. 9 antérieur à la Nov. 136 (qui est pour lui de 536), parce que celle-ci est adressée au *Comes Sacrarum Largitionum*, et pas au *Praefectus Urbis* comme le dispose l'Éd. 9,8. Pour SCHÖLL et KROLL (p. 776, note sur la ligne 20) cette opinion est discutable, eu égard à

mentation des contrats bancaires (29) ; mais alors que la Nov. 136 nous parle de cette garantie en supposant son contenu, l'Éd. 9 va nous fournir quelques données sur la pratique d'une de ses modalités, probablement très fréquente, la καθαρὰ ἀντιφώνησις.

Elle apparaît donc, l'ἀντιφώνησις, dans les normes relatives aux affaires bancaires, et sa réglementation fait voir qu'elle était une forme de garantie réalisée habituellement par les banquiers. Peut-être n'y avait-il aucun empêchement à ce que cette affaire ne soit pratiquée, de manière sporadique, par des non-banquiers, mais c'est à peine si quelque trace semble l'indiquer dans les sources (30). Il y a donc lieu de penser que la καθαρὰ ἀντιφώνησις n'était pas un contrat essentiellement bancaire, comme d'ailleurs le *receptum argentarii*, mais elle était normalement particulière aux banquiers.

La préface de l'Éd. 9 expose comment les clients demandent aux banquiers ce qu'on appelle des καθαραὶ ἀντιφωνήσεις (31),

l'Éd. 7,6, qui rendait la connaissance des litiges concernant les banquiers audit *Comes* et à Julien. On peut ajouter que la Nov. 136 est adressée au *Comes*, mais qu'elle n'établit pas la compétence jurisdictionnelle de ce fonctionnaire. Il faut noter aussi que l'Éd. 7,6 nous informe du fait que, jusqu'alors, les banquiers étaient cités devant des tribunaux différents parce qu'ils contractaient avec plusieurs personnes (p. 766, lignes 7-8) ; cela montre qu'une attribution préalable de compétence jurisdictionnelle n'était déjà plus observée, mais une telle attribution avait dû exister puisque l'Empereur tente de la rétablir (καὶ ἐν τούτῳ τῷ μέρει τὴν προτέραν ἡμῶν περὶ αὐτοὺς μιμούμεθα προμήθειαν). En somme, il est possible que l'attribution des litiges des banquiers au Préfet de la Ville, prévue par l'Éd. 9,8, soit antérieure à l'Éd. 7, et n'ait pas été observée, ou au contraire, qu'elle soit postérieure: ce serait alors la disposition de l'Éd. 7 qui serait tombée en désuétude, probablement après que le banquier Barsymès ait cessé une première fois d'être *Comes Sacrarum Largitionum* pour devenir Préfet du Prétoire pour l'Orient (en 543), et l'Éd. 9,8 introduirait un changement de compétence.

(29) La rubrique est également identique pour les deux: Περὶ ἀργυροπρατικῶν συναλλαγμάτων.

(30) La Nov. 136 PR rapporte la possibilité de ce que les banquiers, comme créanciers acceptent ce cautionnement d'autrui par leurs débiteurs, εἰ δὲ ἀντιφωνήσεις παρ' ἑτέρων λάβοιεν.

(31) P. 772, lignes 10-11.

c'est-à-dire des constituts ou promesses pures ou fermes, en somme des garanties abstraites. VAN DER WAL juge obscur le sens de cette expression, qui se trouve aussi dans deux papyrus (32), et il suppose qu'il s'agit de constituts sans mention de cause, comparables aux *cautiones quae indiscrete loquuntur* dont nous parlent un fragment de Paul (D. 22,3,25) et une constitution de Justin (CJ. 4,30,13). On peut admettre que les καθαραὶ ἀντιφωνήσεις soient des constituts sans mention de cause, bien que cela paraisse une aberration dans une affaire essentiellement causale comme le constitut, mais nous ajoutons, non seulement sans mention de cause, mais aussi indépendants de celle-ci. En ce qui concerne le recours aux *cautiones quae indiscrete loquuntur* à partir des textes invoqués par cet auteur, c'est seulement dans un sens très large que nous serions enclins à l'admettre. Le premier texte proposé (33) suppose l'allégation de la part du débiteur que le document a été écrit *indebite*, c'est-à-dire reflétant une dette inexistante, ou qu'il est confus dans sa rédaction (*indiscrete*), en rejetant alors la preuve de l'existence de la dette sur celui en faveur de qui le document a été fait — le créancier —; mais si le document exprime la cause et qu'il a été rédigé par le débiteur, celui-ci devra apporter des preuves très évidentes qu'il a promis lui-même indûment. Une pareille solution est adoptée dans la Nov. 136,5. Le deuxième de ces textes (34) ne fait que confirmer

(32) *Cit.*, p. 105, n. 1; les PP. Flor. 280 et 343 ne m'ont pas été accessibles.

(33) Paul, *3 quaest.* D. 22,3,25,4 *Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est, sin autem cautio indebite exposita esse dicatur et indiscrete loquitur, tunc cum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, nisi ipse specialiter qui cautionem exposuit causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit: tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit sese haec indebite promisisse.*

(34) CJ. 4,30,13, Iustinus, sans date, *Generaliter sancimus, ut, si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscumque pecuniis ex antecedente causa descendentibus eamque causam specialiter promissor ediderit, non iam ei licentia sit causae probationes stipulatorem exigere, cum suis adquiescere deceat, nisi certe ipse e contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta religionem iudicis possit instruere, quod in alium quem-*

la solution donnée pour la seconde hypothèse du texte de Paul: promesse de payement écrite avec l'indication expresse de la cause par le promettant. Il est clair que, les affaires décrites dans ces textes étant causales, elles ne peuvent pas être considérées comme abstraites et par suite être comparées aux καθαραὶ ἀντιφωνήσεις. La première partie du texte de Paul suit la réforme de Caracalla (35), montrant la tendance post-classique à la « causalisation » de la *stipulatio*, en imposant la preuve de la dette au créancier lorsque le débiteur allègue que la promesse inscrite dans le document a été faite indûment (*sin autem cautio indebite exposita esse dicatur*), sans même préciser si cette contestation était intervenue par la voie de l'*exceptio doli* ou *non numeratae pecuniae* contre la demande du créancier, ou moyennant la *querella* préalable. En conclusion, les deux textes cités se situent exactement à l'opposé des καθαραὶ ἀντιφωνήσεις, parce qu'il s'agit, soit de promesses de type causal, soit de promesses se causalisant tout de suite après l'opposition du débiteur. Il faut ajouter que ces textes nous parlent de cautions dans le sens de documents, et non de cautionnements en tant que garanties.

L'ἀντιφώνησις pure du banquier consistait dans l'acceptation par lui d'une dette, actuelle ou future, de son client, et l'engagement de la payer dans un délai fixé. Les personnes qui y participaient étaient au nombre de trois: le client du banquier, c'est-à-dire le débiteur, ou celui qui allait le devenir par une dette concrète, et qui ne disposait pas de l'argent ou des biens pour le payement (36); le créancier de cette dette; et le banquier qui acceptait de la payer dans un délai déterminé. La naissance de l'affaire s'articule en deux temps: un ordre du client au banquier, et ensuite l'acceptation de la dette par celui-ci. L'objet de l'ἀντιφώνησις est la dette assumée par le banquier, laquelle

quam modum et non in eum quem cautio perhibet negotium subsecutum sit. nimis enim indignum esse iudicamus, ut, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare testimonioque proprio resistere.

(35) CJ. 4,7,1 (sans date) et 4,30,3 (215)-4 (sans date).

(36) Éd. 9 PR., p. 772, ligne 10.

peut être, comme il est souligné, une obligation déjà née ou future (37), et consistant en argent ou en biens (38). Cette dernière circonstance, maintes fois répétée dans l'Éd. 9, se rapporte aux justifications données par Justinien dans sa constitution réformatrice de 531 remplaçant l'*actio recepticia*, qui servait pour une dette quelconque, par l'*actio de pecunia constituta*, dont le nom semblait se référer uniquement à des dettes d'argent (39). Il n'y a pas de référence expresse à la forme suivant laquelle le banquier devait faire sa promesse au créancier; néanmoins on doit penser à un compromis rédigé par écrit et par suite constatable. Par contre, la préface de l'Éd. 9 nous rapporte que la demande du client au banquier était faite quelquefois par écrit (40), et quelquefois, par confiance envers le contractant, sans aucun écrit (41), ce qui entraînait pour les banquiers de sérieux problèmes au moment du remboursement.

(37) *Ibid.*, ligne 9, τινὰς ἐποφλήσαντας ἢ καὶ ἐποφείλοντας.

(38) *Ibid.*, ligne 10, ἀπαιτουμένους χρυσίον ἢ πράγματα.

(39) CJ. 4,18,2,1 (b) *Et neminem moveat, quod sub nomine pecuniae etiam omnes res exigi definimus, cum et in antiquis libris prudentium, licet pecunia constituta nominabatur, tamen non pecuniae tantum per eam exigebantur, sed omnes res quae pondere numero mensura constitutae sunt.* (c) *Sed et possibile est omnes res in pecuniam converti. si enim certa domus vel certus ager vel certus homo vel alia res quae expressa est in constituendis rebus ponatur, quid distat a nomine ipsius pecuniae?* (d) *Sed ut et subtilitati eorum satisfiat, qui non sensum, sed vana nominum vocabula amplecti desiderant, ita omnes res veniant in constitutam, tamquam fuisset ipsa pecunia constituta, cum etiam veteres pecuniae appellatione omnes res significari definiunt et huiusmodi vocabulum et in libris iuris auctorum et in alia antiqua prudentia manifestissime inventum est.*

(40) Éd. 9 PR., p. 772, ligne 11: καὶ ποτὲ μὲν αὐτὸ τοῦτο ἐν ὁμολογίαις συγγράφειν, le mot τοῦτο étant rapporté à la phrase antérieure αἰτεῖν αὐτοὺς καθαρὰς ἀντιφωνήσεις ὑπὲρ αὐτῶν ὑπεισιέναι, c'est-à-dire à la demande du client.

(41) P. 772, lignes 11-12, ποτὲ δὲ διὰ τὴν ἐκ τοῦ συμβάλλοντος πίστιν καὶ ἀγράφως αὐτοῖς ἐντείλασθαι τοῦτο ποιεῖν. L'adverbe ἀγράφως est rapporté à ἐντείλασθαι, la commande, et non à ποιεῖν, l'assomption, comme semble le permettre la traduction de Schöll et Kroll (*etiam ut sine scripto hoc faciant ipsis mandare*); je préfère *etiam sine scripto mandare ut hoc faciant*. Dans le chapitre 1, il est disposé que la commande (ἐντολή) doit être écrite (p. 773, ligne 7).

Justinien dispose dans l'Éd. 9,1 que les banquiers n'accepteront pas d'ἀντιφωνήσεις sans que toute l'affaire ne soit écrite et définie en toute clarté (42), afin de ne pas tomber en ruine (43). Mais bien que cette règle se montre tranchante, les ἀντιφωνήσεις reposant sur des demandes non écrites ne sont pas privées d'effets juridiques, mais elles sont soumises, en ce qui concerne le remboursement, à un régime moins favorable pour les banquiers. En tout cas, cette demande doit contenir la fixation du délai pour le payement (44).

Le banquier est tenu de payer au créancier la dette de son client. Mais cette promesse est pure (καθαρά), c'est-à-dire abstraite, elle est donc détachée de l'obligation du débiteur principal qui en est la cause. En exigeant du banquier l'accomplissement de son obligation, le créancier ne doit pas prouver l'existence de l'obligation du débiteur principal, et, par conséquent, le banquier ne peut pas opposer au créancier des exceptions dérivées de l'affaire sous-jacente (45). Nous ne sommes donc pas en présence d'un garant accessoire, d'un débiteur ajouté, comme le *fideiussor* romain, auquel étaient transmises les

(42) σαφῶς διορίζουσα, p. 773, ligne 8.

(43) *Ibid.*, lignes 8-9.

(44) On accorde des effets seulement aux ἀντιφωνήσεις venant d'ordres non écrits, quand le temps est fixé, εἰ δέ γε κατά τινα τρόπον ἔγγραφον μὲν μὴ γένοιτο, χρόνος δὲ ὁρισθείη (Éd. 9,1, p. 773, ligne 9) ; ce délai concerne le payement au créancier, parce que le délai du remboursement vient à la suite de celui-là, comme l'on peut déduire de la réglementation édictée.

(45) Cette interprétation ne trouve pas seulement son appui dans l'adjectif καθαρά = pure, qui qualifie toujours l'ἀντιφώνησις dans cet Édit, mais aussi dans ce que décrit la Préface (p. 772, ligne 28 et p. 773, lignes 1-2) : quoique la demande ait été faite, ou se fasse au futur, de manière complètement pure, de sorte que l'argent ou les biens soient payés dans le délai fixé, sans qu'aucune condition ne soit ajoutée (εἴπερ ὅλως καθαρὰ γέγονεν ἢ γενήσεται ἡ ἐντολή, ὥστε τὸ χρυσίον ἢ τὰ πράγματα ῥητῆς εἴσω προθεσμίας καταβάλλειν, αἱρέσεως οὐδεμιᾶς προσκειμένης). L'abstraction de l'affaire se confirme quand on voit la libération des débiteurs par l'assurance de la dette (*vid. infra* n. 55) et le payement par le banquier sans exiger des preuves de la naissance de la dette (*vid. infra* n. 56).

exceptions du débiteur principal (46), mais d'un garant indépendant comme l'était tout ἐγγυητής dans la tradition grecque (47), et comme le banquier romain qui avait accepté un *receptum* (48). Mais cette indépendance du banquier καθαρὸς ἀντιφωνητής était encore plus accusée que celle du simple ἐγγυητής, parce que celui-ci devait payer si la personne pour laquelle il avait donné sa garantie n'observait pas la conduite prévue (49), tandis que le banquier était tenu, dans ce cas, à payer une dette qui n'était pas exigée normalement au débiteur principal (50).

Cette possibilité, qui semble se déduire des textes, du fait que le créancier pouvait agir contre le banquier ἀντιφωνητής sans l'avoir fait préalablement contre le débiteur principal, allait à l'encontre de ce qui était établi par la Nov. 4 pour toutes les garanties personnelles, contraignant le créancier à suivre l'ordre normal, et à épuiser les biens du débiteur principal plutôt que de se retourner contre le garant (51). Mais les ἀντιφωνήσεις des banquiers étaient expressément exclues de cette norme (52).

(46) Inst. 4,14,4; CJ. 8,35,11; D. 44,1,7,1; D. 44,1,19; D. 46,1,32; D. 2,14,21,5; D. 2,14,27,1-2; D. 17,1,29 pr.; D. 34,3,5 pr.; D. 46,3,95,12; D. 2,15,7,1; D. 46,1,68,2; D. 46,1,15 pr.; D. 46,1,46 pr.; CJ. 4,30,12; CJ. 4,30,15; D. 16,1,16,1; D. 16,1,19,5; D. 14,6,7,1; D. 14,6,9,3; D. 39,5,24; D. 44,1,8; D. 12,2,28,1.

(47) Beauchet, *cit.* t. IV, p. 462; Frezza, *Le garanzie personali*, 1962, p. 33; Wolff, H.J., *Griechisches Recht, s.v. Recht*, dans Lexikon der Alten Welt (Artemis) 1965, col. 2527; Partsch, *Griechisches Bürgschaftrecht*, 1909, pp. 27 seqq.; Cantarella, *La fideiussione reciproca*, 1965, p. 48.

(48) CJ. 4,18,2,1 et D. 13,5,27; D. 46,1,30, restituant *recipere* au lieu de *constituere* ou *fideiubere*. *Vid. infra* nn. 81 et 82.

(49) Dans la dogmatique actuelle on pourrait dire que l'obligation de l'ἐγγυητής était soumise à une condition potestative négative à la discrétion d'un tiers.

(50) On peut le déduire de la libération des débiteurs par l'ἀντιφώνησις et du payement par le banquier sans exiger des preuves de la naissance de l'obligation.

(51) Chapitre 1.

(52) Nov. 4,3,1, p. 27, lignes 43-45. On peut douter du sens de la phrase δηλαδὴ τῶν ἀργυροπρατικῶν ἀντιφωνήσεων διὰ τὸ χρήσιμον τῶν συναλλαγμάτων ἐπὶ τῆς νῦν μενουσῶν τάξεως, parce qu'elle peut signifier soit que ces ἀντιφωνήσεις seront soumises à l'ordre nouveau (l'*Authenticum* traduit

Ceci donna lieu à une protestation des banquiers, qui réclamèrent aussi l'exclusion de cette règle pour les garants de leurs propres débiteurs. Justinien, dans la Nov. 136,1, accorda la possibilité d'un pacte exprès de renoncement (53), venant à configurer le véritable « bénéfice de discussion ». Bien que les banquiers se soient plaints, selon la préface de cette Novelle, parce qu'ils ne pouvaient pas se prévaloir de la discussion quand ils étaient garants pour leurs clients (54), nous pensons que leur souci principal était l'opposition par les garants de leurs débiteurs de la règle édictée par la Nov. 4. Quand les banquiers étaient les garants, le créancier s'adressait normalement en premier lieu à eux, en raison de leur solvabilité et du caractère abstrait de leur promesse.

L'abstraction de la promesse du banquier se confirme si l'on regarde ce que relate la préface de l'Éd. 9: les débiteurs reçoivent les documents (συγγραφαί), reconnaissances (ὁμολογίαι) et quittances (διαλύσεις) parce qu'ils ont réalisé l'assurance de la dette par l'ἀντιφώνησις (55). C'est-à-dire: au moins dans la pratique, les créanciers libéraient les débiteurs principaux aussitôt que le banquier avait assumé la dette; une promesse abstraite venant de quelqu'un d'aussi solvable comme le banquier, équivalait pour les créanciers à un payement différé.

En plus, la préface de l'Éd. 9 nous rapporte que, lorsque les banquiers assumaient les dettes de leurs clients, ils payaient « avec insouciance » (ἀμελητί) (56) l'argent ou les biens au créancier, sans exiger aucune preuve de ce que celui-ci ait donné réellement à son tour de l'argent ou des biens au débiteur, à moins que le débiteur n'ait insisté sur l'apport de cette preuve

in ordine moderno mansuris), soit qu'elles resteront conformes à l'ordre existant (SCHÖLL et KROLL traduisent ambigument *in eo qui nunc est ordine mansuris*). Mais la Nov. 136 PR rapporte que le collège des banquiers était exclu de la Nov. 4, ἐξηρῆσθαι δὲ ταύτης τῆς νομοθεσίας τὸ κατ' αὐτοὺς σύστημα.

(53) Nov. 136,1, p. 691, ligne 21.

(54) Nov. 136 PR, p. 691, ligne 15.

(55) ὡς τὸ ἀσφαλὲς διὰ τῆς ἀντιφωνήσεως πεποιηκότων, p. 772, ligne 16.

(56) P. 772, ligne 17.

comme un préalable au payement (57). Et puis, à l'heure du remboursement, les banquiers encouraient des protestations de la part de leurs clients, parce que ceux-ci exigeaient les preuves de ce que vraiment le créancier leur avait donné quelque chose et qu'ils étaient donc tenus à sa restitution ou au payement du prix (58). En fait, il ne s'agissait pas là d'une négligence du banquier, mais de l'impossibilité pour lui de se soucier d'une telle circonstance: l'ἀντιφώνησις étant abstraite, le banquier ne pouvait opposer au créancier aucune exception le contraignant à la preuve de l'existence de la dette.

Cette interprétation est différente de celle de VAN DER WAL. Pour cet auteur, le débiteur ne peut pas alléguer comme preuve de l'extinction de sa dette le fait que le créancier lui ait rendu le billet après le payement avancé par le banquier (59). Nous croyons que le débiteur n'obtenait pas le billet après le payement, mais aussitôt que le banquier avait assumé la dette et que par conséquent l'assurance était faite (60). En outre, il faut supposer que, si le banquier avait effectué lui-même le payement, il se serait sûrement soucié d'en obtenir la preuve. On n'imagine pas un banquier, à aucun moment de l'Histoire, faisant un payement sans recevoir des preuves suffisantes. VAN DER WAL ajoute à son interprétation que « probablement, ce résumé ne représente pas fidèlement la pensée du législateur ».

Le problème pour les banquiers ne se situait pas dans le payement, qui était sans doute accepté, mais bien dans le remboursement que le débiteur était tenu de faire à la banque. Si

(57) *Ibid.* lignes 19-21, καὶ ἁπλῶς οὕτω γίνεσθαι τὰς ἀντιφωνήσεις, οὐκ ἐντελλομένων αὐτῶν (καὶ) μὴ ἄλλως τὸ χρυσίον ἢ τὰ πράγματα καταβάλλειν, πρὶν ἂν ὁ τὴν ἀντιφώνησιν λαμβάνων ἀπόδειξιν τῶν χρημάτων ἢ τῶν πραγμάτων ποιήσαιτο ἢ κατάθοιτο ταῦτα εἰληφέναι.

(58) *Ibid.*, lignes 21-23, καὶ αὐτοὺς μὲν παρέχειν τὸ χρυσίον ἢ τὰ πράγματα, ὕστερον δὲ ἀμφισβητήσεις ἔχειν ἐκείνων ἀποδείξεις ζητούντων τοῦ τὸ χρυσίον ἢ τὰ πράγματα δεδόσθαι.

(59) *Cit.*, pp. 104-105, parag. 870, n. 1.

(60) *Vid. supra* n. 55, le texte ne dit pas que les débiteurs obtiennent les billets par le payement fait par le banquier, mais par l'assurance (ἀσφαλής) de la dette par l'ἀντιφώνησις.

l'obligation assumée par le banquier n'était pas venue à naître, le banquier devait néanmoins la payer en tout cas, puisqu'il ne pouvait y opposer ni la *querella,* ni l'*exceptio non numeratae pecuniae,* ni aucune autre exception. Mais le client pouvait refuser le remboursement en alléguant l'inexistence de la dette, et en chargeant le créancier — en l'occurrence le banquier — de la preuve de son obligation, selon la pratique post-classique issue de la réforme de Caracalla (61). Évidemment, les banquiers ne disposaient pas de ces preuves, et il n'était probablement pas facile de les obtenir du créancier primitif, qui avait déjà encaissé son dû et n'avait donc plus aucun intérêt pour l'affaire. Le banquier pourrait seulement se retourner contre le créancier en démontrant l'inexistence de la dette, en exerçant soit la *condictio indebiti* (62) après le payement, soit la *condictio*

(61) CJ. 4,7,1 ; 4,30,3-4.

Ce cas est envisagé pour le *fideiussor* dans Ulp. 7 *disp.* D. 17,1,29 pr., qui transmettait l'*exceptio non numeratae pecuniae* au garant, et admettait l'*actio mandati* de celui-ci pour le remboursement, si ledit garant ne savait pas que la dette n'était pas venue à naître, ou si le débiteur ne l'avait fait savoir; mais le texte rejetait le remboursement si le garant connaissait l'inexistence de l'obligation et n'avait pas opposé l'*exceptio* par négligence (*dissoluta enim neglegentia prope dolum est*). Le banquier καθαρὸς ἀντιφωνητής n'étant pas un véritable *fideiussor*, il ne pouvait pas opposer l'*exceptio* correspondante au débiteur, mais probablement que la résistance des débiteurs au remboursement se fondait sur une interprétation maladroite de ce texte.

(62) Même cette *condictio indebiti* pouvait rencontrer des difficultés: Cels. 6 *dig.* D. 12,6,47 *Indebitam pecuniam per errorem promisisti: eam qui pro te fideiusserat solvit. ego existimo, si nomine tuo solverit fideiussor, te fideiussori, stipulatorem tibi obligatum fore: nec exspectandum est, ut ratum habeas, quoniam potes videri id ipsum mandasse, ut tuo nomine solveretur: sin autem fideiussor suo nomine solverit quod non debebat, ipsum a stipulatore repetere posse, quoniam indebitam iure gentium pecuniam solvit: quo minus autem consequi poterit ab eo cui solvit, a te mandati iudicio consecuturum, si modo per ignorantiam petentem exceptione non summoverit.* On peut penser que le banquier καθαρὸς ἀντιφωνητής (peut-être considéré comme *fideiussor*, dans le sens générique de ce terme dans le Droit de Justinien) effectuait le payement en son propre nom parce qu'il avait assumé la dette et fait lui-même la promesse, mais celle-ci étant abstraite, il ne pouvait pas opposer au créancier l'*exceptio* dont nous parle la dernière phrase du texte, qui se

liberationis (63) préalablement.

De manière générale, le vieux problème du remboursement du garant avait été résolu par la Nov. 4 de 535, en obligeant le créancier à la cession des actions qu'il avait contre le débiteur principal, lorsqu'il avait exigé le payement de la dette au garant, après l'avoir tenté auparavant sans succès contre ledit débiteur principal (64). Mais le souci du banquier ἀντιφωνητής d'obtenir une voie efficace pour le remboursement nous montre que ce système n'était pas applicable aux ἀντιφωνήσεις assumées par lui. Il est probable que l'exclusion des ἀντιφωνήσεις bancaires de la réglementation établie par la Nov. 4 empêchait cette cession d'actions; mais il faut noter également que, puisque les débiteurs étaient libérés par leurs créanciers aussitôt que le banquier avait assumé les dettes, les créanciers n'avaient plus d'actions à céder, car ils avaient renoncé préalablement à l'exigence du payement. En conséquence, le remboursement dérivé des καθαραὶ ἀντιφωνήσεις des banquiers trouvait son fondement dans l'*actio mandati,* comme il était de tradition pour la *fideiussio* (65). La cession d'actions prévue par la Nov. 4 en faveur de celui qui τὴν ἀντιφώνησιν ὑπῆλθε devait se rapporter aux ἀντιφωνήσεις non bancaires et non καθαραί, dont la structure restait causale.

réfère au véritable *fideiussor*. Mais si le payement avait été fait au nom du débiteur, la *condictio indebiti* du banquier serait inopérante. En plus: quoique le banquier ait su que la dette n'existait pas, il devait la payer, mais alors il ne pouvait pas répéter le payement: Pomp. *5 ad Q. Muc.* D. 12,6,50 *Quod quis sciens indebitum dedit hac mente, ut postea repeteret, repetere non posse.* Il nous semble plus difficile d'assimiler le payement indu par le banquier à une donation (Iul. *44 dig.* D. 41,4,7,2 *in fine*), en raison de l'onérosité inhérente aux affaires bancaires et de la possibilité d'une *condictio ex causa furtiva* contre le créancier ayant encaissé l'indu sciemment (Scaev. *4 quaest.* D. 13,1,18).

(63) Iul. *8 dig.* D. 12,7,3; Paul. *5 ad Sab.* D. 19,1,5,1 *in fine*; CJ. 2,5,1 Diocl. et Max. 293-304.

(64) Nov. 4,1, p. 25, lignes 29-32 ... ὁ ἀντιφωνητὴς ἀγωνιζέσθω τὴν δίκην καὶ τὸ χρέος ἐκτινυέτω, τὰς κατὰ ... τὴν ἀντιφώνησιν ὑπῆλθε, παρὰ τοῦ δανείσαντος ἐκχωρούμενος ἀγωγάς.

(65) Ulp. *31 ed.* D. 17,1,6,2; Pap. *9 quaest.* D. 17,1,53; Ulp. *10 disp.* D. 50,17,60.

Le problème pouvait se compliquer lorsque, tel que le rapporte la préface de l'Éd. 9, les banquiers « fatigués » cédaient leurs actions, et qu'alors les débiteurs se refusaient à rembourser les cessionnaires sous prétexte du manque de preuves quant à l'existence de la dette (66). Les banquiers se demandaient comment il était possible que les débiteurs arrivent à être garantis et libérés, si ce n'était parce qu'il y avait des preuves de la naissance de la dette (67). Le collège des banquiers pria l'Empereur de faire ordonner que tout débiteur qui aurait réussi à obtenir une ἀντιφώνησις d'un banquier sans y avoir rien ajouté de plus (68), serait tenu d'effectuer le remboursement au banquier ou aux cessionnaires, sans qu'il faille attacher d'importance si la demande avait été faite par écrit ou non (69). Mais une telle requête se heurtait à la tendance du droit post-classique oriental vers la primauté de la forme écrite (70). C'est pour cela que le chapitre 1 de l'Éd. 9 établit, comme nous l'avons souligné, un double système, applicable aux ἀντιφωνήσεις déjà passées et à celles qui seraient conclues à l'avenir. On peut déduire du texte que, si la demande du client avait été formulée par écrit, ledit client était tenu sans plus au remboursement, le juge devant suivre ce qui était dans le document (71). Par contre, si cette demande n'était pas écrite, il fallait recourir aux moyens généraux de preuve établis par la loi (72), pour constater si la garantie avait été accordée par la volonté du débiteur et celle d'un préposé du banquier (73) ; mais dans cette hypothèse il fallait que le délai convenu se soit écoulé, plus deux mois, et que le débiteur ait gardé le silence et n'ait exercé aucune plainte (74). Une fois la demande d'ἀντιφώ-

(66) Éd. 9 PR, p. 772, lignes 26-28.

(67) *Ibid.*, lignes 24-26. Nous estimons cette interprétation comme possible, mais dans la ligne 24 il manque des mots.

(68) Éd. 9 PR., p. 773, ligne 2, αἱρέσεως οὐδεμιᾶς προσκειμένης...

(69) Éd. 9 PR., p. 772, ligne 28, et p. 773, lignes 1-4.

(70) Il y a beaucoup d'exemples: CJ. 8,17,11,1 ; 4,2,17 ; 4,29,23,1 ; 8,37,14 ; Inst. 3,15,1 ; 3,19,12,17 ; 3,21(22).

(71) Éd. 9,1, p. 773, ligne 15.

(72) *Ibid.*, ligne 16.

(73) *Ibid.*, lignes 12-13.

(74) *Ibid.*, lignes 10-11. Cette plainte (μέμψις) était sans doute la

νησις prouvée d'après l'écrit ou d'une autre façon, avec les circonstances indiquées, le client serait tenu au remboursement envers le banquier, ou ses héritiers, ou les cessionnaires, sans pouvoir y opposer aucune objection (75). En somme, quand la demande avait été fixée par écrit, le remboursement serait aussi abstrait que la promesse du banquier, mais si elle n'avait pas été écrite, on retardait ce caractère abstrait jusqu'après le moment où le banquier aurait payé la dette. Si le débiteur, avant l'écoulement de ce délai, faisait savoir quelque chose sur l'inexistence de la dette, on doit supposer qu'il y aurait des moyens pour que le banquier puisse refuser le payement, bien que le texte ne nous informe pas sur ce point (76).

Le débiteur principal, comme nous le signale le début du chapitre 2 de l'Éd. 9, est aussi tenu de payer au banquier la rétribution prévue, par écrit ou sans écrit, ce pacte étant prouvé par des documents ou par des témoins. On ajoute qu'aucune loi ne contraint à réaliser cette opération gracieusement (77), et que la volonté de gain est normale dans l'activité

querella non numeratae pecuniae du client contre le banquier; elle ne serait pas possible contre le créancier, le client ayant reçu de la part de celui-ci une libération de la dette par l'ἀντιφώνησις.

(75) *Ibid.*, lignes 11-14 ... καὶ μὴ δύνασθαι ... τὸν τοιοῦτον ἀντιτίθεσθαι λόγον.

(76) Peut-être la *condictio liberationis, vid. supra* n. 63. S'il fut accordé d'autres recours au banquier, voire l'*exceptio non numeratae pecuniae* pour causaliser sa promesse, ce n'est pas transmis dans les textes.

(77) Éd. 9,2, p. 773, lignes 20-21. VAN DER WAL, *cit.*, p. 105, n. 3, croit qu'il s'agit probablement d'une interprétation erronée de la règle « *mandata gratuita esse debent* ». C'est fort possible, parce que la gratuité du mandat est soulignée par Gai. 3,162, Paul. *31 ed.* D. 17,1,1,4, Iav. *7 Cass.* D. 17,1,36,1 et surtout Inst. 3,26(27),13, mais elle n'est pas une règle absolue. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in Diritto romano*, 1963, pp. 114 seqq., montre comment le *procurator*, étant d'une certaine manière un employé du principal, devait recevoir des aliments (Ner. *1 resp.* D. 38,1,50,1), qui pouvaient consister en un revenu périodique d'argent (*salarium*), l'affaire ne devenant toutefois pas une location. Il était possible aussi d'accorder un *salarium* au *procurator ad litem* (Pap. *3 resp.* D. 17,1,7) et en général à tous ceux qui avaient fait une gestion d'affaires (CJ. 4,35,1), mais le remboursement des dépenses était exigé par l'*actio mandati*, et le payement du *salarium* par l'*extraordinaria cognitio*; enfin on admet l'*actio mandati* pour le payement de l'*honor*

des banquiers. Si le texte ne va pas jusqu'à établir une présomption *iuris tantum* d'onérosité, il souligne du moins le caractère inhabituel de la gratuité.

Sans doute la fonction remplie par la καθαρὰ ἀντιφώνησις est-elle la même que celle du *receptum argentarii* romain. Quoique cette institution n'ait pas été reçue dans la compilation de Justinien, et que par conséquent il nous manque quelques données sur son développement, il semble évident qu'il y avait une acceptation, probablement non formelle (78), par le banquier d'une dette d'autrui (79), portant sur n'importe quel objet (80), le banquier étant obligé face au créancier par le seul fait de l'acceptation (*receptum*), indépendamment de l'existence de l'obligation principale (81). Le créancier pouvait se retourner contre le banquier avec l'*actio recepticia*, action *in factum*, perpétuelle, transmissible activement et passivement, n'étant

remunerandi gratia (Ulp. *31 ed.* D. 17,1,6 pr., altéré lors de la disparition de l'ancienne distinction entre l'*ordo iudiciorum privatorum* et l'*extraordinaria cognitio*). Watson, *Contract of mandate in Roman Law*, 1961, pp. 102 seqq., accueille l'opinion d'Arangio-Ruiz dans ses lignes générales et apporte quelques nuances à l'interprétation des textes. Nous devons ajouter que le texte emploie, pour se référer à la rétribution, le mot θεραπεία ayant un sens de rémunération honorifique plus que de véritable prix, et la demande du client au banquier est toujours indiquée comme ἐντολή, c'est-à-dire mandat. Aussi pensons-nous que le remboursement était assuré par l'*actio mandati* et non par l'*actio locati*.

(78) Le caractère formel du *receptum argentarii* a été soutenu par Schlossmann, *Litis contestatio*, 1905, p. 178, et Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, t. 2, 1901, pp. 758 seqq. L'opinion contraire, aujourd'hui la plus répandue, se trouve e.a. chez Lenel, *E.P.*, p. 50.

(79) Lenel, *Loc. cit.*

(80) Frezza, *cit.*, p. 277, le déduit des scrupules manifestés par Justinien dans CJ. 4,18,2, en refondant l'*actio recepticia* avec celle *de pecunia constituta* dont le nom semblait exiger l'argent comme objet; *vid. supra* n. 39.

(81) Nous avons surtout l'appui des mots utilisés par Justinien dans CJ. 4,18,2,1: ... (*cum secundum antiquam recepticiam actionem exigebatur et si quid non fuerat debitum*)... Et aussi Gai. *5 ed. prov.* D. 46,1,30 (en restituant *recipere* au lieu de *fidelubere*); Ulp. *14 ed.* D. 13,5,27 (en restituant *recipere* au lieu de *constituere*). Pour Frezza, *cit.*, pp. 280-281, Paul. *13 ed.* D. 13,5,12 ne serait qu'une exception à la règle générale fondée sur la volonté du banquier.

pas tenu de prouver l'existence de la dette assumée, et sans que le banquier ne puisse lui opposer d'exceptions dérivées de l'affaire sous-jacente, même pas l'ordre de non-payement donné par le débiteur (82).

Une constitution de Justinien de l'an 531, CJ 4,18,2, supprima cette institution comme désuète, *Recepticia actione cessante, quae sollemnibus verbis composita inusitato recessit vestigio,* et la fusionna avec l'*actio de pecunia constituta,* dont le cadre fut élargi pour y accueillir certains aspects du *receptum* difficilement admissibles selon les règles du *constitutum* (83). On ne va pas considérer ici toutes les questions posées par cette constitution; nous mettrons l'accent seulement sur le point où Justinien trouve une justification fondamentale pour la réforme: l'abstraction à travers laquelle l'*actio recepticia* servait pour obtenir le payement de dettes inexistantes, *cum secundum antiquam recepticiam actionem exigebatur et si quid non fuerat debitum*; et pour l'Empereur cela est absurde et injuste, *cum satis absurdum et tam nostris temporibus quam iustis legibus contrarium est, permittere per actionem recepticiam res indebitas consequi et iterum multas proponere condictiones, quae et pecunias indebitas et promissiones corrumpi et restitui definiunt.*

Beaucoup de choses sont déroutantes dans cette constitution, qui demeure aujourd'hui énigmatique, malgré les brillantes subtilités de ceux qui ont tenté d'en trouver un éclaircissement. On est fort surpris par le deuxième paragraphe, qui admet ceci: *His videlicet, quae argenti distractores et alii negotiatores indefense constituerint, in sua firmitate secundum morem usque adhuc obtinentem durantibus.* Il est donc permis aux banquiers (*argenti distractores,* c'est-à-dire les ἀργυροπρατικοί byzantins) et aux autres commerçants, de faire des *constituta indefense,* sans possibilité de se défendre au moyen d'exceptions. Il y a

(82) Ulp. *14 ed.* D. 13,5,27 cit.; cette opinion a prévalu contre celle de Labéon qui donnait au banquier une *exceptio in factum.*

(83) Archi, *Contributi alla critica del Corpus Iuris. II. Riforme giustinianee in tema di garanzie personali,* BIDR 65 (1962), pp. 141 seqq., fait un résumé systématique de ces points.

une réelle inconséquence à qualifier le *receptum* abstrait de désuet, et tout de suite après de reconnaître que jusqu'alors on pratiquait quelque chose de très semblable. A notre avis, on ne doit pas y voir, comme le font quelques auteurs (84), une disposition de pur droit transitoire à l'égard du passé, mais une règle exceptionnelle concernant le futur. Le mot *constituerint* peut être futur du subjonctif (85), et, surtout, il faut noter que l'Éd. 9, quelques années plus tard (86), signale la pratique des καθαραὶ ἀντιφωνήσεις, qui étaient des promesses abstraites passées par les banquiers *indefense*.

Astuti a rejeté l'identification entre le *receptum argentarii* romain et les affaires bancaires décrites dans la préface de l'Éd. 9, sans apporter de raisons sur ce point (87). Selon notre interprétation du texte, le *receptum argentarii* et la καθαρὰ ἀντιφώνησις des banquiers byzantins sont presque identiques. Pour ce qui est substantiel — la structure et l'abstraction — ils sont la même chose; nous trouvons seulement quelques différences accidentelles.

En premier lieu, la fixation du délai nous apparaît dans la καθαρὰ ἀντιφώνησις comme un élément essentiel (88), tandis qu'elle n'avait probablement pas ce caractère dans le *receptum*, encore que cette fixation pourrait fort bien avoir été normale dans la pratique. En plus, depuis l'intégration du *receptum* dans le cadre du *constitutum*, il devenait logique d'exiger cette détermination préalable du temps dans une institution appelée ἀντιφώνησις, c'est-à-dire constitut, où le délai était essentiel.

En deuxième lieu, la possibilité, qui existait autrefois, de

(84) Astuti, *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituto di debito II*, 1941, p. 290, rassemblant dans la n. 19 une abondante bibliographie. Archi, *cit.*, p. 140.

(85) Frezza, *cit.*, p. 284, interprète cette norme comme permettant aux banquiers de continuer à accorder des constituts abstraits.

(86) Comme l'Éd. 9 est adressé à Tribonien, dont la mort est fixée en 545, il pourrait être daté jusque quatorze ans plus tard.

(87) *Cit.*, pp. 298, 302-303, bien qu'il reconnaisse la similitude entre les deux affaires.

(88) Éd. 9 PR., p. 772, lignes 12-14; p. 773, lignes 1-2; Éd. 9,1, p. 773, ligne 9.

faire naître l'obligation du banquier sans, ou même contre la volonté du débiteur (89), a disparu; la καθαρὰ ἀντιφώνησις peut résulter seulement de la volonté du client, et pour obtenir le remboursement il faudra prouver cette volonté (90). En conséquence on doit penser qu'en Droit byzantin, le remboursement s'effectuera toujours par la voie de l'*actio mandati* (91) et jamais par celle de l'*actio negotiorum gestorum contraria* comme il était possible autrefois dans le *receptum*. Mais il faut remarquer qu'au temps de Justinien l'exercice de l'*actio negotiorum gestorum contraria* par le banquier serait compliquée par la nécessité de prouver l'*animus aliena negotia gerendi* et pas seulement, comme jadis, le fait objectif de l'intervention.

En troisième lieu, dans la καθαρὰ ἀντιφώνησις, le créancier donnait au débiteur les quittances de la dette aussitôt que le banquier avait fait sa promesse (92). Cela semble indiquer une novation avec changement du débiteur, une *expromissio* en accomplissement du *iussus* donné par le client au banquier. Pour se référer à l'acceptation de la dette par le banquier, le texte emploie le verbe ὑπεισιέναι — « succéder » —, qui apparaît dans d'autres passages de la compilation avec le sens de « se subroger » (93). Certes, cette libération du débiteur par l'assurance de la dette, qui n'existait pas dans le *receptum argentarii* où le débiteur restait obligé envers le créancier après la promesse du banquier (94), pourrait n'être qu'un acte volontaire de complaisance de la part du créancier, et n'être donc pas exigible. Mais il faut aussi tenir compte de la dégénération des

(89) Ulp. *14 ed.* D. 13,5,27; Gai. *5 ed. prov.* D. 46,1,30 (En rapport avec la règle générale posée par Gai. *eod.* D. 46,3,53).

(90) Ou la demande a été écrite, et elle suffit à démontrer la volonté du débiteur, ou elle n'a pas été écrite et l'on doit prouver la volonté du client et celle du préposé du banquier: Éd. 9,1, p. 773, lignes 12-13.

(91) L'*actio mandati* et non l'*actio locati*, comme ce serait pensable en supposant une rétribution, *vid. supra* n. 77.

(92) *Vid. supra* n. 55.

(93) CJ. 1,3,41(42),1, Justinien 528, en faisant référence aux évêques qui se subrogent aux Apôtres.

(94) Gai. *5 ed. prov.* D. 13,5,28, en restituant *recipere* au lieu de *constituere*.

catégories conceptuelles en ce temps, et surtout de l'assimilation du *constitutum* et de la *stipulatio* (95). Si la promesse du banquier était valable comme *stipulatio,* son effet novatoire est évident. En plus, la novation peut être réalisée, dans le Droit de Justinien, au moyen de n'importe quel mode d'obligation, car elle ne dépend plus de la forme mais de l'intention ou *animus novandi* manifesté expressément (96). Si cet *animus novandi* venait à être déclaré dans la promesse du banquier καθαρὸς ἀντιφωνητής — et nous ne savons pas comment cette promesse était faite —, il y aurait alors un *receptum argentarii* novatoire, inconnu en Droit classique.

Mais il reste la question de savoir pourquoi Justinien a fait disparaître le *receptum,* qui n'allait pas à l'encontre des traditions grecques, et bien au contraire, était peut-être d'origine grecque (97), et d'une certaine manière pratiqué à Byzance. Partsch a soutenu la correspondance de *recipere* avec ἀναδέχεσθαι et ἐγγυᾶσθαι, et donc de *receptum* avec ἀναδοχή et ἐγγύη (98). Cette thèse a été accueillie par Collinet, qui croit que les banquiers grecs avaient adopté le *constitutum* ou ἀντιφώνησις en le rapprochant de l'ἀναδοχή; les rédacteurs de la constitution réformatrice et de la *Paraphrase* de Théophile, ne trouvant pas l'*actio recepticia,* crurent qu'elle était une formule ancienne, « quiritaire », et donc formelle, et ils la supprimèrent (99). Cette subtile argumentation suppose trop d'erreurs chez les juristes byzantins et n'explique pas pourquoi on a maintenu comme règle le caractère causal du *constitutum,* ni pourquoi les Novelles parlent de l'ἀντιφώνησις comme de quelque chose de différent de l'ἐγγύη, sans faire jamais mention de l'ἀναδοχή. Cuq invoque l'absence d'un terme grec servant pour traduire

(95) Cette assimilation est mise en relief par Astuti, *cit.,* pp. 313 seqq.; elle est pour lui le dessein principal de la constitution réformatrice de CJ. 4,18,2.

(96) CJ. 8,41,8 Justinien 530; Inst. 3,29,3.

(97) Partsch, *Der ediktale Garantievertrag durch receptum,* SZ 29 (1908), pp. 417 seqq. Mitteis, *Trapezitika,* SZ 19 (1898), pp. 198 seqq.

(98) *Ibid.*

(99) *Études historiques sur le Droit de Justinien,* t. 1, 1912, pp. 276 seqq.

le latin *recipere*, et suggère que l'on recourait à ἀντιφώνησις pour se référer à la fois au *receptum* et au *constitutum* (100), mais cela n'explique pas la disparition du caractère abstrait du *receptum*. ASTUTI, et d'une certaine manière FREZZA, voient la constitution de 531 comme éloignée des exigences pratiques et destinée uniquement au remaniement du *constitutum*, non seulement *debiti alieni* mais aussi *debiti proprii*, comme promesse de payement, cherchant à le refondre avec la *stipulatio* et à rapprocher ainsi l'ordre civil et prétorien (101). ARCHI, avec une analyse minutieuse de la constitution, y voit un reflet des controverses des écoles byzantines sur certains points douteux du *constitutum*, rappelant les polémiques des grands juristes classiques qu'ils commentaient (102).

Pour notre part, nous n'entrerons pas dans la discussion sur cette constitution dans toute sa complexité suggestive. Malgré les apports des romanistes, le sens de cette loi reste obscur. Peut-être appartiendra-t-il longtemps au secret de l'Histoire de savoir si Justinien, en déclarant le *receptum* désuet et obsolète, a agi en accord avec la réalité, ou commis une pénible erreur, ou enfin proféré un grossier mensonge. Cependant, sur le point qui nous intéresse, il faut être attentif, à notre avis, à deux circonstances: d'abord la pression exercée par les banquiers, et ensuite l'aversion de Justinien pour les actes à caractère abstrait.

Nous avons remarqué comment Justinien se répand en éloges sur l'activité des banquiers, et comment ceux-ci lui adressent de nombreuses demandes, qui sont généralement accueillies dans leur intégralité. La constitution de 531 a pu être suscitée par de telles pressions. Il est très probable que les banquiers byzantins ont pratiqué, en accord avec la tradition grecque, une garantie abstraite pour les dettes de leurs clients (ἐγγύη ou ἀναδοχή). Mais connaissant les travaux des compilateurs, ils craignirent que l'inclusion de l'*actio recepticia* dans le Digeste pût consacrer dans tous les cas leur responsabilité pour toutes

(100) *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 1928, p. 514.
(101) ASTUTI, *cit.*, pp. 313-314; FREZZA, *cit.*, pp. 283-284.
(102) *Cit.*, p. 148.

les dettes qu'ils assumaient au nom de leurs clients. C'est pourquoi ils profitèrent de l'occasion pour se libérer de cette forme abstraite, priant l'Empereur de faire disparaître l'*actio recepticia* romaine — par ailleurs probablement inconnue sous ce nom —, et d'assurer la causalisation de leurs promesses dans le cadre du *constitutum* (ἀντιφώνησις). Mais en même temps, ils savaient que la réalité sociale exigeait des garanties bancaires pures et abstraites, des promesses conclues *indefense*, et ils étaient prêts à les accepter dans les cas où, à leurs yeux, ce serait convenable. De là peut venir la règle exceptionnelle du deuxième paragraphe de la constitution. Avant cette disposition, et selon la tradition romaine, le banquier s'engageant pour autrui le faisait normalement *indefense* (103). Après cette constitution l'affaire est en principe causale, mais elle peut devenir abstraite si le banquier le désire. Quelques années plus tard, on en arrive, avec l'Éd. 9, jusqu'à obtenir aussi l'abstraction dans le remboursement.

D'autre part, l'aversion de Justinien pour les opérations abstraites s'insère dans une longue tradition post-classique de tendance moralisatrice, qui voit de l'injustice dans les obligations dont l'exigibilité ne repose pas sur la preuve de la cause. Dans la bipolarité entre Justice et Sécurité, qui forme le monde du Droit, la causalisation sert la Justice, l'abstraction sert la Sécurité. Il n'y a rien d'étonnant à ce que les desseins de grandeur de Justinien l'aient porté à préférer la première, quoique les exigences de la « praxis » l'aient forcé à faire des concessions à la seconde.

(103) Il est possible qu'en Droit classique, le banquier ait pu aussi configurer le *receptum* comme causal en se référant dans sa promesse à la dette du client, *vid.* LENEL, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, SZ 2 (1881), pp. 65-66.