



## Études balkaniques

Cahiers Pierre Belon

10 | 2003

Le droit romano-byzantin dans le Sud-Est européen

---

### *Constitutum debiti alieni* au XVII<sup>e</sup> siècle. Une sentence du patriarche Kallinikos II

*Constitutum debiti alieni in 17th c. A Sentence of Patriarche Kallinikos II*

Elefthéria Papagianni

---



#### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/etudesbalkaniques/315>

ISSN : 2102-5525

#### Éditeur

Association Pierre Belon

#### Édition imprimée

Date de publication : 1 janvier 2003

Pagination : 93-105

ISBN : 2-910860-10-8

ISSN : 1260-2116

#### Référence électronique

Elefthéria Papagianni, « *Constitutum debiti alieni* au XVII<sup>e</sup> siècle. Une sentence du patriarche Kallinikos II », *Études balkaniques* [En ligne], 10 | 2003, mis en ligne le 13 mars 2014, consulté le 06 mai 2019.

URL : <http://journals.openedition.org/etudesbalkaniques/315>

---

Ce document a été généré automatiquement le 6 mai 2019.

Tous droits réservés

---

# Constitutum debiti alieni au xvii<sup>e</sup> siècle. Une sentence du patriarche Kallinikos II

*Constitutum debiti alieni in 17th c. A Sentence of Patriarche Kallinikos II*

Elefthéria Papagianni

---

- 1 Si un chercheur en droit byzantin est obligé de décrire en un mot la relation entre sa propre matière et le droit romain, il pourrait bien parler d'une évolution où la tradition fait concurrence à l'innovation. Cette situation peut s'expliquer, si l'on pense que la codification justinienne, qui marque le point de départ pour la formation du droit de l'Empire de l'Est, reproduit dans la majorité des cas des dispositions romaines, surtout pour des raisons d'idéologie politique. Même les *Novelles de Justinien* où l'influence de la morale chrétienne et des pratiques juridiques orientales est plus claire, peuvent plus facilement être considérées comme la dernière étape d'un développement que comme un droit neuf. Jusqu'à un certain point, on pourrait attribuer ce rôle à l'*Ecloga* isaurienne, mais ce manuel juridique, bien qu'il ait eu influencé l'évolution, surtout au domaine du droit pénal, ne resta pas longtemps en vigueur<sup>1</sup>. En tout état de cause, l'« ἀνακᾶθαρσις » de l'époque de la dynastie macédonienne, c'est à dire le retour au droit justinien, fut l'action décisive pour le choix d'un droit qui garderait sa substance romaine<sup>2</sup>.
- 2 La chute de Constantinople ne marqua pas la fin de l'application du droit byzantin. L'Église, en profitant de ses « Privilèges », se chargea de la juridiction pour les affaires privées des sujets chrétiens du Sultan. Cette juridiction des tribunaux ecclésiastiques pour les affaires de droit privé fut très ancienne. Elle existait déjà avant le XI<sup>e</sup> siècle, pendant lequel l'empereur Alexis I<sup>er</sup> Comnène leur accorda la compétence judiciaire pour les donations et des légations pour « les matières pieuses », pour les affaires de droit matrimonial et, probablement, pour les procès concernant la libération des esclaves et la revendication de personnes libres comme esclaves. Mais l'Église ne se borna pas à ce cadre assez restreint. Au contraire, elle arriva à étendre la sphère de son activité. L'histoire se répéta après 1453, quand les « Privilèges » ont acquis une fonction de

tribunaux ecclésiastiques limitée aux affaires de droit familial et successoral qui en effet s'élargit et arriva à comprendre toutes les questions que pouvait régler le droit privé<sup>3</sup>.

- 3 Dans le cadre de cette juridiction les juges ecclésiastiques de l'époque de l'occupation ottomane appliquaient principalement le droit byzantin<sup>4</sup>. Toutefois, comme on l'a souligné ci-dessus, le fondement de ce droit était le droit romain, c'est-à-dire un droit qui s'était développé dans une société beaucoup plus ancienne et tout autrement structurée que celle de l'Empire d'Orient, mais qui fut reçu dans l'ordre légal byzantin pour servir l'idée de la continuité de l'Empire. Le résultat de cette politique était que le droit théoriquement positif contenait beaucoup de règles contradictoires et les lois abrogatives étaient très rares<sup>5</sup>. De plus, des lois abrogées réapparaissaient souvent dans des textes postérieurs. C'était à l'aide de cet instrument, marqué par l'âge en même temps qu'ambigu, que devaient juger les prélats de l'Église captive, qui n'étaient pas des juristes « de métier ». Il me semble donc utile de présenter comment un patriarche de Constantinople, Kallinikos II, trouva, comprit et appliqua une règle juridique romaine, qui avait perdu beaucoup de sa fonction pratique dès le VI<sup>e</sup> siècle, dans une sentence de 1694<sup>6</sup>.

- 4 Selon le document<sup>7</sup>, un habitant de Kastoria, Phylaktos, voulait emprunter de l'argent à l'archonte Spéliotès. Celui-ci lui avait refusé, car il croyait qu'il manquait d'expérience pour l'entreprise commerciale qu'il voulait financer avec ce capital. Spéliotès fut finalement persuadé de donner l'argent à Phylaktos par l'intermédiaire d'un de ses compatriotes, Michel fils de Démétrius, qui se porta caution pour lui. Le cautionnement fut incorporé dans la (χρεωστικῆ) ὁμολογία de Phylaktos ; c'est-à-dire dans le document qui, pendant la période post-byzantine, était indispensable pour la validité des contrats d'emprunt<sup>8</sup>. Après la conclusion du contrat Phylaktos et Michel voyagèrent pour des raisons commerciales. Le premier, comme l'avait soupçonné son créancier, a échoué dans ses entreprises et a perdu tout son capital ; tandis que le second mourut à l'endroit où il faisait du commerce et ses confrères de la région gardèrent ses biens en attendant l'apparition de ses héritiers. Spéliotès eut alors peur de perdre son argent et se présenta au patriarche probablement pour se procurer une sentence favorable qu'il pourrait utiliser pour assurer le remboursement de son capital.)

- 5 La sentence de Kallinikos II, adressée au métropolite de Moldavie et Valachie<sup>9</sup>, fut conforme aux désirs de Spéliotès d'après l'argumentation suivante :

ἐγένετο ὁμως ὁ Μιχάλης οὐχ ἀπλῶς ἐγγυητῆς αὐτῷ ἀλλὰ καὶ χρεώστης καὶ καθολικὸς πληρωτῆς ὑπὲρ τῶν ἄσπρων ἐκείνων, ὑποσχεθεὶς ὀψέποτ' ἂν οὐκ ἐδυνήθη ὁ κὺρ Σπηλιώτης λαβεῖν τὰ ἄσπρα αὐτοῦ παρὰ τοῦ Φυλακτοῦ, ἀπολογεῖσθαι ἐκεῖνον καὶ ἐμποιεῖν τὴν πληρωμὴν καὶ ἐξόφλησιν τῶν ἄσπρων καθὼς διαλαμβάνει ἢ ἐν ταῖς χερσὶ τοῦ κὺρ Σπηλιώτου ἐμμάρτυρος καὶ ἐσφαγισμένη ὁμολογία τοῦ Φυλακτοῦ (...). Ἄλλ' οὖν οἱ ἱεροὶ νόμοι ρητῶς διακελεύουσι τοὺς τοιουτοτρόπως γινομένους ἐγγυητὰς καὶ μετὰ θάνατον ἐκ τῆς περιουσίας αὐτῶν ἀποπληροῦσθαι τὰ περὶ ὧν ἐνόχιοι ἐγένοντο, ὡς ἴδια λογιζόμενα χρέη, ὅταν ὁ καθολικὸς χρεώστης ἐν τελείᾳ στερήσῃ καὶ δυστυχία καταστήσῃ<sup>10</sup>.

Le patriarche ordonna alors aux commerçants qui gardaient la fortune du défunt de mettre à part la somme de l'emprunt et de la rembourser au représentant de Spéliotès<sup>11</sup>.

- 6 Kallinikos II déclare expressément que sa décision se basa sur les « lois sacrées » ; c'est-à-dire sur la législation byzantine impériale. L'opinion dominante<sup>12</sup> chez les chercheurs en droit post-byzantin est que pour arriver à cette législation les juges ecclésiastiques puisaient surtout dans le *Nomokanon* de Manuel Malaxos et plus tard dans la traduction de l'*Hexabiblos* en néo-grec, publiée en 1744, car elle les aidait à mieux couvrir les besoins de

leur compétence déjà étendue. Mais, selon une opinion plus récente, l'œuvre de Malaxos, même si elle fit partie de la bibliothèque du Patriarcat jusqu'après sa composition, n'y serait peut-être pas beaucoup consultée<sup>13</sup>. D'autre part l'*Hexabiblos*, qui se trouvait sans doute dans la bibliothèque du Patriarcat et était fréquemment utilisée<sup>14</sup>, contient un titre très détaillé sur le cautionnement<sup>15</sup>. L'hypothèse que dans le cas présent l'œuvre d'Harménopoulos fut encore une fois consultée ne manque donc pas de base.

7 D'après la sentence, le rapport juridique entre Spéliotès et Michel était plus rigide que celui d'un simple contrat de cautionnement<sup>16</sup>. Notre document décrit cependant l'obligation de Michel d'une façon qui ne conduit pas à la conclusion que la responsabilité de Michel dépassait les limites d'une caution<sup>17</sup>. Il est vrai que, toujours selon le document, les clauses du cautionnement étaient décrites dans l'*homologia* de Phylaktos que gardait Spéliotès<sup>18</sup>. On peut donc penser que c'était ce texte qui suggéra au patriarche de parler d'un contrat exceptionnel. Comme on n'a pas le texte original de l'*homologia*, on ne peut pas trancher. On a néanmoins la possibilité de reconstruire le rapport entre Spéliotès et Michel en se servant de la loi sur laquelle s'était basé le rédacteur de la sentence. Notre source souligne que les « lois sacrées » déclaraient clairement que la responsabilité des parties qui se portaient caution selon les intentions de Michel existait même après leur décès, si le débiteur principal ne pouvait pas remplir ses obligations<sup>19</sup>.

8 En puisant dans l'*Hexabiblos* on trouve l'article suivant :

Ἐὰν ὑπὲρ ἀλοτρίου χρέους ἑαυτὸν καταβαλεῖν ἀντεφώνησας, ἢ ἐπὶ τῇ ἀντιφωνήσει σου ἀγωγή οὐ μόνον κατὰ σου, ἀλλὰ καὶ κατὰ τῶν κληρονόμων τῶν σῶν διηνεκῶς ἀρμόζει<sup>20</sup>.

Il s'agit ici d'une loi de 294 qui, traduite en grec, a survécu par la voie de la grande codification du IX<sup>e</sup>-XI<sup>e</sup> siècle<sup>21</sup>. Le terme grec « ἀντιφώνησις » se rapporte au *constitutum debiti alieni* (et *proprii*) des Romains<sup>22</sup>. Il s'agissait de la convention par laquelle une personne s'engage à payer une dette préexistante, soit sa propre dette, soit la dette d'autrui comme dans l'affaire présente, dans un délai fixe. Elle était similaire à la novation, mais elle n'avait pas son effet, car l'obligation principale continuait d'exister. Cette institution du droit prétorien perdit beaucoup de son intérêt pratique, quand Justinien par une loi de 531 donna aux constituants le bénéfice de division<sup>23</sup> et en 535, avec sa Nouvelle 4, leur accorda celui de discussion, et probablement aussi celui de cession d'actions et associa le *constitutum debiti* aux autres formes du cautionnement<sup>24</sup>. Toutes les deux dispositions furent incorporées dans les *Basiliques*<sup>25</sup>. Celle de la Nouvelle 4 est en plus répétée dans l'œuvre législative des empereurs macédoniens<sup>26</sup> et les manuels juridiques postérieurs<sup>27</sup>, ainsi que dans l'*Hexabiblos* même<sup>28</sup>.

9 Désormais, le constitut est une convention condamnée à l'oubli. Mais le terme « ἀντιφώνησις » était toujours en usage. Il est à remarquer qu'à Constantinople existait une église qui conservait l'image du Christ Antiphonète. D'après la narration d'un voyageur Anglais de la fin du XI<sup>e</sup> siècle, le nom de cette image provenait de la légende d'un miracle produit au temps de l'empereur Héraclius, quand un débiteur, Théodore, pria devant elle et le Christ se porta caution pour sa dette à un juif, Abraham, qui, émerveillé, se convertit au Christianisme<sup>29</sup>. La nature conservatrice et compilatoire du droit byzantin eut en outre comme résultat le fait que des dispositions sur le constitut réapparaissaient dans des œuvres nouvelles. Toutefois, pour la réalité juridique de l'époque postérieure à Justinien ἀντιφώνησις et ἐγγύησις étaient des institutions beaucoup plus apparentées qu'auparavant<sup>30</sup>.

- 10 Dans la sentence de Kallinikos II on ne trouve pas le terme antiphonète, la situation est cependant décrite d'une manière qui présuppose que la relation entre Speliotès et Michel était celle d'un *constitutum debiti alieni*. L'hypothèse que c'était le rédacteur de l'*homologia*, probablement un « juriste » pratique de la région de Kastoria, qui au xvii<sup>e</sup> siècle se servit des règles du constitut pour mieux protéger les intérêts d'un créancier est, au moins à mon avis, invraisemblable. Cette œuvre était cependant plus facile pour les membres du synode patriarcal et ses employés. Il est bien probable que Kallinikos II, comme tout juge ecclésiastique de l'époque byzantine et post-byzantine, visait à une décision conforme au droit, tel qu'il le comprenait, sans trop se soucier des règles de droit positives<sup>31</sup>. Mais nous ne sommes plus au xiii<sup>e</sup> siècle, quand Jean Apokaukos et Démétrius Chomatianos c'est-à-dire des prélats de l'Église imprégnés de la pratique judiciaire byzantine, pour laquelle la loi était plutôt un argument qu'une règle rigide, se servaient beaucoup de l'interprétation ou même employaient leurs connaissances de culture générale pour répondre à une question juridique<sup>32</sup>. On ne doit non plus oublier que cette affaire se trouvait plutôt en marge de la compétence habituelle des tribunaux ecclésiastiques, car, étant d'une façon une cause de droit successoral, elle devait être abordée par des dispositions du droit des obligations. On peut donc supposer que dans ce cas le tribunal, pour être sûr de son raisonnement, avait besoin de le baser directement sur une loi. L'article 3.6.4 de l'*Hexabiblos* convenait absolument à ce propos, on s'en est alors servi.
- 11 Cette disposition se rapporte pourtant à la responsabilité des héritiers des constituants sans décrire la matière de l'« ἀντιφώνησις ». Comment a-t-on donc compris les règles de cette convention qui sont expliquées dans la sentence avec assez de précision ? La réponse est simple, quand on lit une scolie qui accompagne la disposition 3.6.1 de l'*Hexabiblos*<sup>33</sup> et qui décrit simplement, mais clairement la différence entre la caution et le constitut :

Διαφέρει ἐγγυητῆς, ἀντιφωνητῆς καὶ μανδάτωρ οὕτως ἐγγυητῆς μὲν ἐστίν, ὅστις ἑτέρου δανειζομένου καὶ ὑπισχνουμένου ἐγγράφως ἢ καὶ ἀγράφως ἐμπροθέσμως παρασχεῖν τὸ χρέος, ὑπισχνεῖται τὸν ὅμοιον τρόπον καὶ αὐτὸς, ὡς, εἰ μὴ ἐκεῖνος τοῦτο παράσχη, αὐτὸς ἵνα ἀποδώσῃ τοῦτο πρὸς αὐτὸν οἴκοθεν. Ἀντιφωνητῆς δὲ ἐστὶ, ὅστις ἑτέρου παρά τινος δανεισαμένου αὐτὸς εἰς ἐαυτὸν τὸ χρέος ἀναδέχεται καὶ γράμμα περὶ τοῦτου μονομερῶς πρὸς τὸν δανειστὴν ἐκτίθησιν οὕτω διαλαμβάνον· τὰ νομίματα, ἅπερ ἀπὸ σοῦ ὁ δεῖνα ἐδανείσατο, ὑπισχνοῦμαι δώσειν ἐγώ. Μανδάτωρ δὲ ἐστὶ ὁ κατ' ἐντολήν τινος ἀπελθὼν πρὸς τινα καὶ δανεισάμενος ἐξ ἐκείνου νομίματα καὶ ὑποσχεθεὶς αὐτὸς δώσειν αὐτά<sup>34</sup>.

Bien que la scolie ne soit pas un exemple de précision juridique et montre une connaissance des règles du droit des obligations très superficielle<sup>35</sup>, il est évident qu'elle devrait être très utile à Kallinikos II, pour arriver à sa sentence si favorable à Speliotès.

- 12 Mais sur ce point se pose une autre question. Comme la tradition manuscrite des scholies est partagée<sup>36</sup>, comment peut-on présupposer que la sentence se basa sur cette scolie ? On peut pourtant fonder cette conclusion sur des arguments assez plausibles. La scolie se trouve dans l'édition de l'*Hexabiblos* par G.-E. Heimbach, qui pour éditer ce texte s'était servi d'un manuscrit constantinopolitain<sup>37</sup>. Il s'agit d'un codex qui jusqu'à 1839 se trouvait dans la bibliothèque du Métochion du Saint-Sépulcre à Constantinople<sup>38</sup>, c'est-à-dire quelques mètres à côté du Patriarcat. Vers la fin du xvii<sup>e</sup> siècle, quand, patriarche de Jérusalem était Dosithée, mort en 1707, on constate une relation entre les deux bibliothèques. Dosithée même, en 1680, avait fait copier – pour composer une collection juridique qui porte son nom, une grande partie du (Méga) *Nomimon* du Patriarcat de Constantinople, c'est-à-dire d'une collection juridique officielle qui était en usage à

Constantinople dès le début du siècle et que nous ne possédons pas dans sa version intégrale<sup>39</sup>. L'hypothèse que les officiers du Patriarcat de Constantinople s'étaient servis dans ce cas d'un manuscrit de la dépendance du Saint-Sépulcre, ou que dans leur propre bibliothèque existait un tel manuscrit, pas encore identifié, se base donc plutôt sur la logique que sur l'imagination.

- 13 En tout état de cause, il reste encore une possibilité à examiner, celle d'avoir consulté le *Nomokanon* de Malaxos. Ce manuel juridique du XVI<sup>e</sup> siècle fut rédigé en deux versions : une version savante, en 1561, et une autre, en 1563, en langue populaire. La deuxième n'aborde pas le sujet de la responsabilité des ceux qui se portent caution et se limite à des questions plus intéressantes pour la pratique quotidienne des juridictions ecclésiastiques, comme le cautionnement porté par les membres du clergé ou par les femmes<sup>40</sup>. Dans la version savante, encore inédite, on trouve ces deux chapitres<sup>41</sup>, mais en plus un autre *Περὶ ἀνδρῶν ἐγγυητῶν καὶ ἀντιφωνητῶν*<sup>42</sup>. Ce chapitre, qui aurait pu se rendre utile dans le cas de Spéliotès, est composé d'extraits de l'*Hexabiblos*<sup>43</sup>. Entre eux se trouve aussi une de ses scolies ; toutefois ce n'est pas celle du codex constantinopolitain, mais une autre qui ne se rapporte pas à l'*ἀντιφώνησις*<sup>44</sup>. On ne peut donc pas supposer que les rédacteurs de notre sentence ont utilisé le texte de ce *Nomokanon*.
- 14 Cette affaire du commerçant de Kastoria peut néanmoins être utile aussi au delà de l'étude de la méthode de travail des juges ecclésiastiques pendant la période ottomane et de l'identification des sources juridiques auxquelles on se référait au Patriarcat. La sentence de Kallinikos II se fonda sur une disposition (l'article de l'*Hexabiblos* 3.6.4) qui serait incompréhensible au XVII<sup>e</sup> siècle, s'il n'existait pas la scolie à l'article 3.6.1. Cette dernière disposition reproduit le chapitre 1 de la *Novelle* 4 de Justinien<sup>45</sup>, c'est-à-dire la loi qui eut comme effet que la différence entre le rôle de ἐγγυητής, ἀντιφωνητής et μανδάτωρ ne fut plus claire déjà durant l'époque byzantine. Mais les textes étaient reproduits et les termes furent conservés. Cette méthode du droit byzantin, selon laquelle innovation ne signifie pas inévitablement abrogation, eut pour conséquence le fait que pendant la période post-byzantine circulaient des manuels juridiques très riches de contenu. Le recours des juges de l'Église aux sources du droit byzantin avait sans aucun doute un fonds idéologique ; notamment l'idée de la continuité du droit impérial comme règlement intérieur des sujets chrétiens du Sultan. Toutefois, le fait que ces juges disposaient de textes qui pouvaient couvrir, s'ils étaient exploités avec un peu d'esprit le manque d'éducation juridique spécialisée et donner une solution acceptable à presque tous les cas, fut, au moins à mon avis, un facteur considérable pour la survivance de ce droit pendant les longs siècles de l'occupation ottomane.

---

## NOTES

1. Voir Sp. TROΪANOS, *Οἱ πηγές τοῦ βυζαντινοῦ δικαίου*, Athènes-Komotini, 1999, p. 29-40, 112-119.
2. Voir Sp. TROΪANOS, « Δίκαιο καὶ ἰδεολογία στὰ χρόνια τῶν Μακεδόνων », in *Byzantina* 22 (2001-2002), p. 239-261.

3. Voir A. CHRISTOPHILOPOULOS, « Ἡ δικαιοδοσία τῶν ἐκκλησιαστικῶν δικαστηρίων ἐπὶ ἰδιωτικῶν διαφορῶν κατὰ τὴν βυζαντινὴν περίοδον », in *Epitéris Etaireias Byzantinon Spoudon* 18 (1948), p. 192-201 et Elefthéria PAPAGIANNI, « Ἡ νομολογία τῶν ἐκκλησιαστικῶν δικαστηρίων τῆς βυζαντινῆς καὶ μεταβυζαντινῆς περιόδου σὲ θέματα περιουσιακοῦ δικαίου », *Forschungen zur byzantinischen Rechtsgeschichte-Athener Reihe*, 6, Athènes, 1992, p. 1-12 (avec bibliographie).
4. Voir N. PANTAZOPOULOS, « Ἐκκλησία καὶ δίκαιον εἰς τὴν χερσόνησον τοῦ Αἴμου ἐπὶ Τουρκοκρατίας », *Epist. Epet. Scholès ton Nomikon kai Oikonomikon Epistemon*, vol. 8 = Mnemosynon P. BIZOUKIDÈS, Salonique, 1960-1963, p. 688-775 (ici : p. 715-718) ; C. PITSAKÈS, *Κωσταντίνου τοῦ Ἀρμενοπούλου Πρόχειρον Νόμον ἢ Ἐξάβιβλος*, Athènes, 1971.
5. Voir TROÏANOS, *op. cit.* (*supra* n. 1), p. 51-54.
6. Voir K. DÉLIKANÈS, Πατριαρχικῶν ἐγγράφων τόμος τρίτος, ἦτοι τὰ ἐν τοῖς κώδιξι τοῦ πατριαρχικοῦ ἀρχιεπιφυλακείου σωζόμενα ἐπίσημα ἐκκλησιαστικὰ ἔγγραφα τὰ ἀφορῶντα εἰς τὰς σχέσεις τοῦ οἰκομενικοῦ πατριαρχείου πρὸς τὰς ἐκκλησίας Ρωσσίας, Βλαχίας καὶ Μολδαβίας, Σερβίας, Ἀχριδῶν καὶ Πεκίου 1564-1863..., Constantinople, 1905, n° 170, p. 359-361.
7. Voir DÉLIKANÈS, *op. cit.*, n° 170 p. 359<sup>21</sup>-360<sup>20</sup>.
8. Voir PAPAGIANNI, *op. cit.* (*supra* n. 3), p. 99-102 (avec bibliographie).
9. Ce fut probablement dans les Principautés Danubiennes que mourut Michel ; le métropolitain de ces régions relevait en ce temps-là de Constantinople, voir PANTAZOPOULOS, *op. cit.* (*supra* n. 4), p. 707-708.
10. DELIKANES, *op. cit.*, n° 170 p. 360<sup>1-7, 16-20</sup>.
11. DÉLIKANÈS, *op. cit.*, n° 170 p. 360<sup>21-32</sup> : « Τοῦτου χάριν γράφοντες ἀποφαινόμεθα Συνοδικῶς (...) ἵνα οἱ πραγματευταὶ ἐκεῖνοι οἱ παραλαβόντες καὶ διαφυλάττοντες τὴν περιουσίαν τοῦ ἐγγυητοῦ ἐκείνου ἀποθανόντος Μιχάλη τοῦ Δημητρίου, ἅμα τῷ ἐκζητῆσαι τὰ ἄσπρα ἐκεῖνα τὸν ἀποκαταστάνα γνήσιον καὶ καθολικὸν Ἐπίτροπον τοῦ ἀρχοντος κὺρ Σπηλιώτου διὰ μαρτυρικοῦ γράμματος (...), ἐξελέμενοι ἐκ τῆς περιουσίας τοῦ Μιχαήλ τὰ προρρηθέντα ἑξακόσια ἑννενήκοντα πέντε ἐκεῖνα γρόσια ἐγχειρίσωσι ταῖς χερσὶ ἐκείνου σῶα καὶ λάβωσι τὴν μαρτυρίαν καὶ ἀπόδειξιν τῆς καθολικῆς ὁμολογίας εἰς ἀσφάλειαν, ὑποταχθέντες τῇ δικαίᾳ τῆς Ἐκκλησίας ἀποφάσει ».
12. Voir *supra* n. 4.
13. Voir D. APOSTOLOPOULOS, Ἀνάγλυφα μιᾶς τέχνης νομικῆς. Βυζαντινὸ δίκαιο καὶ μεταβυζαντινὴ "νομοθεσία", Ἐθνικὸ Ἴδρυμα Ἑρευνῶν, 69. Θεσμοὶ καὶ Ἰδεολογία στὴ νεοελληνικὴ κοινωνία], Athènes, 1999, p. 172-175.
14. Voir APOSTOLOPOULOS, *op. cit.*, p. 164, 166, 168, 171.
15. Voir l'édition de G.-E. HEIMBACH, *Konstantin Harmenopoulos Manuale Legum sive Hexabiblos cum Appendicibus et Legibus Agrariis*, Leipzig 1851 (réimpr. Aalen 1969), (*infra* : H.), Lib : III. Tit. VI : « Περὶ ἐγγυητῶν καὶ ἀντιφωνητῶν ».
16. DÉLIKANÈS, *op. cit.*, n° 170 p. 360<sup>1-3</sup> : « ...ἐγένετο ὁμως ὁ Μιχάλης οὐχ ἀπλῶς ἐγγυητῆς αὐτῷ ἀλλὰ καὶ χρεώστης καὶ καθολικὸς πληρωτῆς ».
17. DÉLIKANÈS, *op. cit.*, n° 170 p. 360<sup>3-5</sup> : « ...ὑποσχεθεὶς ὀψέποτ' ἂν οὐκ ἐδυνήθη ὁ κὺρ Σπηλιώτης λαβεῖν τὰ ἄσπρα αὐτοῦ Φυλακτοῦ, ἀπολογεῖσθαι ἐκεῖνον καὶ ἐμποιεῖν τὴν πληρωμὴν καὶ ἐξόφλησιν... ».
18. DÉLIKANÈS, *op. cit.*, n° 170 p. 360<sup>6-7</sup> : « ...καθὼς διαλαμβάνει ἡ ἐν ταῖς χερσὶ τοῦ κὺρ Σπηλιώτου ἐμμάρτυρος καὶ ἐσφαγισμένη ὁμολογία τοῦ Φυλακτοῦ... ».
19. DÉLIKANÈS, *op. cit.*, n° 170 p. 360<sup>16-20</sup> : « Ἄλλ' οὖν οἱ ἱεροὶ νόμοι ρητῶς διακελεύουσι τοὺς τοιουτοτρόπως γινομένους ἐγγυητὰς καὶ μετὰ θάνατον ἐκ τῆς περιουσίας αὐτῶν ἀποπληροῦσθαι τὰ περὶ ὧν ἐνόχοι ἐγένοντο, ὡς ἴδια λογιζόμενα χρεῖ, ὅταν ὁ καθολικὸς χρεώστης ἐν τελείᾳ στερῆσει καὶ δυστυχίᾳ καταστήσῃ ».
20. H. 3.6.4.
21. C. 4.18.1: « Si pro alieno debito te soluturum constituisti, pecuniae constitutae actio non solum adversus te, sed etiam adversos heredes tuos perpetuo competit » = B. 26.3.1 = SBM A 50.2, voir aussi

*Synopsis Minor* A 120. La disposition du Code Justinien (=C.) est citée selon l'édition de P. Krueger (Berlin 1877), celles de *Basiliques* (=B.) selon l'édition des H.-J. Scheltema-D. Holwerda-N. van der Wal (Groningen, 1955-1988) et celles de la *Synopsis Basilicorum Maior* (=SBM) et de la *Synopsis Minor* selon la réimpression de l'édition de Zachariae von Lingenthal par J. et P. Zépos, *Ius Graecoromanum*, Athènes, 1931 (*infra* : JGR), vol. V et VI.

22. Sur le pacte de constitut, voir R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit Romain*, vol. II (Les Obligations), Paris 1954 (réimpr. Aalen, 1977), p. 200-201 ; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, vol. I, [Handbuch der Altertumswissenschaft, III.3,1.] München <sup>2</sup>1971, p. 583-584 et vol. II, [Handbuch der Altertumswissenschaft, III.3,2.] München <sup>2</sup>1975, p. 383, 461 ; R. Villers, *Rome et le droit privé*, Paris, 1977, p. 431-432 ; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* ; South Africa-München 1990 (réimpr. 1992), p. 512-513. Voir aussi pour un autre avis sur la fonction du *constitutum debiti alieni* L. WALKENS, *Pecunia Constituta, Viva vox iuris romani*. in *Essays in Honour of Johannes Emil Spruit* (éd. L. de LIGT, J. de RUITER, E. SLOB, J. M. TEVEL, M. van de VRUGT, L.C. WINKEL), Amsterdam, 2002, p. 171-180.

23. C. 4.18.3 : « *Divi Hadriani epistulam, quae de periculo dividendo inter mandatores et fideiussores loquitur, locum habere in his qui pecunias pro aliis simul constituunt necessarium est. Aequitatis enim ratio diversas species actionis excludere nullo modo debet* ».

24. Nov. 4 « Περὶ τοὺς δανειστὰς πρότερον χωρεῖν κατὰ τῶν πρωτοτύπων χρεωστῶν, καὶ ἐν δευτέρᾳ τάξει, ἀπόρων τούτων εὐρεθέντων, κατὰ τοῦ μανδάτωρος ἢ τοῦ ἐγγυησαμένου ἢ ἀντιφωνήσαντος χωρεῖτω, μηδὲ ἀμελήσας τοῦ δανεισαμένου τὰς παρενθήκας διανοχεῖτω, ἀλλὰ χωρεῖτω πρῶτον ἐπὶ τὸν τὸ χρυσίον εἰληφότα καὶ τὸ δάνεισμα πράξαντα. Καὶ εἰ μὲν ἐκεῖθεν ἀπολάβοι, τῶν ἄλλων ἀπεχέσθω (...) Καὶ οἱ μὲν παρόντες αὐτῷ τύχοιεν ἀμφοτέροι, ὃ τε πρωτότυπος ὃ τε ἐγγυησάμενος ἢ μανδατωρεύσας ἢ ἀντιφωνήσας, ταῦτα ἐκ παντὸς φυλαττέσθω τρόπου. Εἰ δὲ ὁ μὲν ἐγγυητὴς ἢ ὁ μανδάτωρ ἢ ὁ τὴν ἀντιφώνησιν ὑπελθὼν παρείη, τὸν δὲ πρωτότυπον ἀπεῖναι συμβαίνει, πικρὸν ἐστὶ τὸν δανειστὴν πέμπειν ἀλλαχόσε, παρὸν εὐθὺς τὸν ἐγγυητὴν ἢ τὸν μανδάτωρα ἢ ἀντιφωνητὴν εἰσπράττειν. Ἄλλα τοῦτο δὴ θεραπευτέον ἡμῖν τὸν ἐγχωροῦντα τρόπον. (...) Ἐνδεικνύτω τοίνυν τὸν ἐγγυητὴν ἢ ἀντιφωνητὴν ἢ μανδάτωρα, καὶ ὅγε τῷ πράγματι καθήμενος δικαστὴς διδόντω καιρὸν τῷ ἐγγυητῇ, ταῦτόν δ' εἰπεῖν ἀντιφωνητῇ δὲ καὶ μανδάτωρι, βουλομένοις τὸν πρωτότυπον ἀγαγεῖν, ἐφ' ᾧ τε ἐκεῖνον πρότερον ὑπομείναι τὴν εἰσαγωγὴν, οὕτω τε αὐτοὺς ἐν καταλοίπῳ πεφυλάχθαι βοήθεια· καὶ ἀμυνέτω γε τῷ ἐγγυητῇ καὶ τῷ ἀντιφωνητῇ καὶ μανδάτωρι πρὸς τοῦτο καὶ ὁ τοῦ δικάζειν κύριος (...), ὥστε αὐτὸν ἀχθέντα τῆς ἐν τῷ τέως ἐναγωγῆς ἀπαλλάξαι τοὺς ὑπὲρ αὐτοῦ διανοχλουμένους. Εἰ δὲ ὁ χρόνος ὁ ἐπὶ τοῦτο ταχθεὶς ἐξήκοι (δεῖ γὰρ καὶ χρόνον ὀρίζειν τὸν δικάζοντα) τῆνικαῦτα [ἢ] ὁ ἐγγυητὴς ἢ ὁ μανδάτωρ ἢ ὁ ἀντιφωνητὴς ἀγωνιζέσθω τὴν δίκην καὶ τὸ χρέος ἐκτινύτω, τὰς κατὰ τοῦ ἐγγυηθέντος ἢ ὑπὲρ οὗ τὰς ἐντολὰς ἔγραψεν ἢ τὴν ἀντιφώνησιν ὑπῆλθε παρὰ τοῦ δανείσαντος ἐκχωρούμενος ἀγωγὰς » (citée selon l'édition de R. SCHOELL-G. KROLL [Berlin 1895], *infra* : N.).

25. C. 4.18.3 = B. 26.3.3 ; N. 4.1 = B. 26.2.1 (cf. SBM E 1.24).

26. Eis. 28.11 = Pr. 16.10 (JGR, vol. II).

27. Eis. Aucta 22.10 ; Epitome 19.5 (JGR, vol. VI et IV).

28. H. 3.6.1.

29. Voir S.-G. MERCATI, *Sanctuari e reliquie constantinopolitane secondo il codice ottoboniano latino 169 prima della conquista Latina (1204)*, in *Rendiconti della Pontificia Accademia Romana di Archeologia* 12 (1936) = *Idem, Collectanea byzantina*, vol. II, Bari 1970, p. 464-489 (ici : p. 482) : « *Hec audientes Patriarcha et imperator glorificaverunt deum qui facit mirabilia magna solus. Abramium quidem baptizavit Sergius patriarcha (...). Theodorus autem omnem substantiam suam dedit pauperibus et argentum totum dedit in sanctam Sophiam et in ecclesiam Salvatoris que vocatur Antiphontis (l. Antiphonitis), hoc est 'fideiussor'* ». Sur l'église et l'image d'Antiphonètès voir l'exposé détaillé de T. PAPAMASTORAKIS, *The Empress Zoe's Tomb*, in *The Empire in Crisis (?) Byzantium in the 11th*

*Century (1025-1081)*, [National Hellenic Research Foundation. Institute for Byzantine Research. International Symposium, 11.] Athènes 2003, p. 497-511 (ici : p. 502-510).

30. Il est, par exemple, remarquable que selon la Peira, la collection qui se base sur la jurisprudence du tribunal le plus élevé de l'Empire, la différence entre cautionnement et constitut consiste surtout en ce que dans la deuxième des conventions on peut se porter caution non seulement pour l'obligation d'autrui, mais aussi pour sa propre obligation, voir PEIRA 65. 4 : « Ὅτι ἐγγύη μὲν ὑπὲρ ἑτέρου γίνεται, ἀντιφωνεῖ δὲ τις καὶ ὑπὲρ αὐτοῦ καὶ ὑπὲρ ἑτέρου » (p. 240).

31. Cf. PAPAGIANNI, *op. cit.* (*supra* : n. 3), p. 11-12.

32. Sur ce sujet voir notamment D. SIMON, *Die Rechtsfindung am byzantinischen Reichsgericht*, Frankfurt am Main 1973 ; *Idem.*, *Byzantinische Provinzialjustiz*, in *Byzantinische Zeitschrift* 79 (1986) 310-313 ; *Idem.*, « Περὶ τῆς ἀξίας τοῦ βυζαντινοῦ δικαίου », *Ellenike Dikaiosyne* 30 (1989), p. 274-281.

33. Il s'agit du verset qui répète la disposition de la Nouvelle 4, voir *supra* n. 24 et 28.

34. Cité d'après la dernière édition par Marie-Thérèse Fögen, *Die Scholien zur Hexabiblos im Codex vetustissimus Vaticanus Ottobonianus gr. 440*, in *Fontes Minores IV [Forschungen zur byzantinischen Rechtsgeschichte, 7.]* Frankfurt am Main 1981, p. 256-345 (ici : p. 319-320).

35. Surtout sur la notion du « μανδάτωρ » voir PITSAKIS, *op. cit.* (*supra* n. 4), p. 197 n. 1 et Fögen, *op. cit.*, p. 320.

36. Sur les scolies de l'*Hexabiblos* voir PITSAKIS, *op. cit.* (*supra* n. 4), p. με'-μζ' ; *Idem.*, « Κριτικὲς παρατηρήσεις στὸ κείμενο τῆς Ἑξαβίβλου », in *Epétérís Kentrou Ereunes Istorias tou Ellénikou Dikaiou* (de l'Académie d'Athènes) 18 (1971[1973]) 249-270 (ici : p. 255 n. 14) ; Fögen, *op. cit.*, p. 276-297.

37. Sur cette édition code C., voir HEIMBACH, *op. cit.* (*supra* n. 15), p. V-VI, XXI, 418.

38. Maintenant à Cracovie, Biblioteka Jagiellońska, n° 28/266 ; voir L. BURGMANN, M.-Th. FÖGEN - A. SCHMINCK - D. SIMON, *Repertorium der Handschriften des byzantinischen Rechts. [Forschungen zur byzantinischen Rechtsgeschichte, 20.]* Frankfurt am Main 1995, n° 92 p. 117.

39. Voir D. APOSTOLOPOULOS, « Τὸ "Μέγα Νόμιμον" καὶ ὁ Δοσίθεος Ἱεροσολύμων », *Mésaionika kai Néa Ellénika* 5 (1996) = Mneme Léandrou Branousse, p. 283-293 (ici : p. 285-286, 291-293) et *Idem*, *op. cit.* (*supra* n. 13), p. 182-186.

40. Voir D. GHINÈS - D. PANTAZOPOULOS, « Νομοκάνων Μανουήλ νοταρίου τοῦ ἐκ Ναυπλίου τῆς Πελοποννήσου μετενεχθεὶς εἰς λέξιν ἀπλήν διὰ τὴν τῶν πολλῶν ὠφέλειαν », in *NOMOS, Epist. Epet. Tmem. Nomikès (...)* Panépistimiou Thessalonikès, vol. 1, Salonique 1982 ch. ΡΣΕ : « Περὶ κληρικῶν, ἐὰν σεύουσαν ἐγγυνταί, καθήρονται » (p. 173-174) et ch. ΦΜΖ' : « Περί γυναικός, ὁποῦ νὰ ἐσεύνη ἐγγυήτρια » (p. 363-364).

41. Voir *cod. Vatic. Ottob. gr. 97*, foll. 184r-185v, 433v-434r (ch. ροβ' ; ου').

42. Ch. υβ' ; voir *cod. Vatic. Ottob. gr. 97*, foll. 432v-433v.

43. H. 3.6.1,2,3,4.

44. Il s'agit d'une scolie à l'article H. 3.6.3, voir HEIMBACH, *op. cit.* (*supra* : n. 15), p. 420.

45. Voir *supra* n. 33.

---

## RÉSUMÉS

Après la conquête ottomane, le droit byzantin a continué à être appliqué dans les affaires dites de droit privé par les tribunaux ecclésiastiques. Dès cette époque, cependant, ce droit d'origine

romaine était en partie désuet et demandait de nombreuses adaptations. Une sentence de Kallinikos II en 1694 concernant une affaire d'usure montre ainsi comment on trouvait, comprenait et appliquait une règle juridique romaine qui avait perdu sa fonction pratique dès le VI<sup>e</sup> s.

After the Ottoman conquest, Byzantine law continued to be applied in private law by ecclesiastical courts. From that time, however, this law of Roman origin was partly outdated and required numerous adaptations. A Kallinikos II's sentence in 1694, concerning an usury affair, shows how one could find out, understand and enforce a Roman judicial rule which had lost its practical function since the 6<sup>th</sup> c.

AUTEUR

ELEFTHÉRIA PAPAGIANNI

Université d'Athènes