

CHAPITRE I

NATURE JURIDIQUE DU CONTRAT DE DEPOT IRREGULIER DE MONNAIE

1

UNE PRECISION TERMINOLOGIQUE : LES CONTRATS DE PRÊT (MUTUUM ET COMMODAT) ET LES CONTRATS DE DEPOT

Selon le *Dictionnaire* de la Real Academia Española, le *prêt* est la chose ou l'argent qui est remise à une autre personne pour qu'elle en use et la restitue ensuite.⁸ On considère traditionnellement qu'il existe deux types de prêt : le prêt à *usage*, dans lequel seul se transfère l'usage de la chose prêtée, et qui comporte l'obligation de la rendre une fois qu'on en a usé ; et le prêt de *consommation*, dans lequel la propriété de la chose prêtée est transférée ; celle-ci est remise pour être consommée, de sorte que l'obligation de restitution consiste à remettre une chose de même quantité et qualité que celle qui a été reçue et consommée.⁹

Le commodat

On appelle *commodat* (du latin *commodatum*) le contrat réel et de bonne foi par lequel une personne –le commodant- remet à une autre –le commodataire- une chose déterminée afin qu'il en use gratuitement pendant une certaine période, au terme de laquelle il devra la rendre, c'est-à-dire qu'il devra rendre cette même chose.¹⁰ Le contrat est dit « réel » parce qu'il exige la remise de la chose ; un exemple de ce contrat : je prête ma voiture à un ami pour qu'il fasse un voyage. Il est clair que, dans ce cas, le commodant reste propriétaire de la chose prêtée, et que l'obligation de celui qui la reçoit est d'en user correctement et de la rendre (la voiture prêtée) à l'expiration du délai préétabli (fin du voyage). Les obligations de mon ami, le commodataire, sont de conserver la chose (la voiture) diligemment, d'en faire un usage approprié (respecter le code de la route et traiter la voiture comme s'il en était le propriétaire) et la rendre à l'expiration du commodat (fin du voyage).

⁸ *Diccionario de la Real Academia Española*, Espasa Calpe, Madrid 1992, p.1179, première acception du mot "prêter".

⁹ Manuel Albaladejo, *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, vol. II, *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, Librería Bosch, Barcelona 1975, p. 304.

¹⁰ Juan Iglesias, *Derecho romano: Instituciones de derecho privado*, 6^o édition revue et augmentée, Ediciones Ariel, Barcelone 1972, pp.408-409.

Le mutuum

Même si le commodat a une certaine importance pratique, le prêt de choses *fongibles*¹¹ et consommables, comme l'huile, le blé et, surtout, l'argent, a une plus grande importance économique. On appelle *mutuum* (mot latin) le contrat par lequel une personne -le prêteur- remet à une autre -l'emprunteur- une certaine quantité de choses fongibles, à charge pour celui-ci de restituer, au terme d'un délai déterminé, une quantité équivalente quant à sa nature et à sa qualité (en latin le *tantundem*). Un exemple typique de *mutuum* est donné par le contrat de prêt d'argent, bien fongible par excellence. En vertu de ce contrat, on remet aujourd'hui une quantité d'unités monétaires à une autre personne, et on transfère ainsi la propriété et la disponibilité de l'argent de celui qui concède le prêt à celui qui le reçoit. Celui-ci a la faculté de consommer l'argent prêté ou d'en disposer comme du sien propre, et se compromet à restituer, au terme d'un certain *délai*, le même nombre d'unités monétaires que celles qu'on lui a prêtées. Dans le *mutuum*, prêt de biens fongibles, il y a donc un échange de biens « présents » contre des biens « futurs ». C'est pourquoi, à la différence de ce qui se passe dans le commodat, l'établissement du *pacte d'intérêts* est normale dans le *mutuum* ; car, en vertu de la catégorie de la préférence temporelle (selon laquelle, en égalité de circonstances, on préfère toujours les biens présents aux biens futurs), les hommes ne seront, en général, disposés à renoncer aujourd'hui à une certaine quantité d'unités d'un bien fongible qu'en échange d'un nombre supérieur d'unités de biens fongibles dans le futur (à l'expiration du délai). Par conséquent, la différence entre le nombre d'unités remises originellement et celles reçues de l'emprunteur à la fin du délai est, précisément, l'intérêt. En résumé, le prêteur assume, dans le *mutuum*, l'obligation de remettre la quantité d'unités préétablie à l'emprunteur, à moins que la remise ne fasse partie du contrat lui-même. L'emprunteur qui reçoit le prêt assume l'obligation de restituer l'équivalent de la même espèce et qualité (*tantundem*), au moment le *mutuum* prend fin. Il est également tenu au paiement d'intérêts, pourvu que ceux-ci, comme c'est l'habitude, aient été fixés. L'obligation essentielle dans le prêt de biens fongibles ou *mutuum* est de restituer, une fois écoulé le délai du prêt, l'équivalent de ce qu'on a reçu et de la même espèce et qualité, même si son prix a varié. Cela signifie que l'emprunteur, n'étant obligé qu'à la restitution du *tantundem* au terme d'un certain délai, bénéficie temporairement de la condition de *propriétaire* de la chose et donc de la pleine disposition de celle-ci. De plus, l'existence d'un *délai déterminé* est un élément essentiel du prêt ou *mutuum*, car il établit la période de temps pendant laquelle la disponibilité et propriété de la chose sera de l'emprunteur, ainsi que le moment à partir duquel celui-ci sera obligé de restituer le *tantundem*. *On ne peut pas concevoir l'existence du contrat de mutuum ou prêt sans que soit établi, de façon explicite ou implicite, un délai déterminé.*

¹¹ Sont *fongibles* les choses qui peuvent être remplacées par d'autres de la même catégorie. C'est-à-dire celles qu'on ne considère pas individuellement, mais en fonction de leur quantité, poids ou mesure. Les romains disaient qu'étaient fongibles les choses *quae in genere suo functionem in solutione recipiunt*, c'est-à-dire les *res quae pondere numero mensurave constant*. Les choses consommables sont souvent fongibles.

Le contrat de dépôt

Alors que les contrats de prêt (dans leurs deux versions de commodat et mutuum) supposent la transmission de la disponibilité de la chose, qui passe du prêteur à l'emprunteur pendant un certain temps, il existe un autre contrat, le contrat de dépôt, dont la caractéristique essentielle est *que la disponibilité ne se transmet pas*. En effet, le contrat de dépôt (en latin *depositum*) est un contrat de bonne foi par lequel une personne –le déposant- remet à une autre –le dépositaire- une chose meuble, pour qu'elle la garde, veille sur elle et la lui rende au moment quelconque où il la lui réclamera. Le dépôt a donc toujours lieu dans l'intérêt du déposant ; il a pour but essentiel la *garde* ou *surveillance* de la chose et maintient, tant qu'il dure, la complète disponibilité de la chose en faveur du déposant, de sorte que celui-ci peut réclamer sa restitution à *n'importe quel moment*. L'obligation du déposant est, mis à part la remise de la chose, de rembourser les frais du dépôt à celui qui le reçoit (si le remboursement a été prévu, car, sinon, le contrat sera gratuit). L'obligation du dépositaire est de garder la chose reçue et de veiller sur elle avec la diligence propre d'un bon père de famille, et de la restituer au déposant *au moment même* où il la lui réclamera. Il est clair qu'à la différence du prêt, *il n'y a pas*, dans le dépôt, de *délai* pendant lequel la disponibilité de la chose se trouve transférée ; celle-ci est, au contraire, constamment surveillée et disponible pour le déposant, et le dépôt prend fin dès qu'il réclame la restitution de la chose au dépositaire.

2

LE CONTRAT DE DEPOT DE CHOSES FONGIBLES OU CONTRAT DE DEPOT « IRREGULIER »

Il est souvent intéressant, dans la vie courante, de déposer non pas des corps certains (comme pourraient l'être un tableau, un bijou ou un coffre scellé rempli de monnaies), mais des biens fongibles (comme peuvent l'être des hectolitres d'huile, des mètres cubes de gaz, des quintaux de blé ou des millions d'euros). Le dépôt de biens fongibles reste, sans aucun doute, un dépôt, dans la mesure où il conserve, comme élément essentiel, la pleine disponibilité de la chose déposée en faveur du déposant de même que l'obligation de garde et de surveillance avec la plus grande diligence de la part du dépositaire. La seule différence qui le distingue du dépôt régulier ou de corps certains est que, dans le cas de dépôt de choses fongibles, celles-ci sont indissolublement mélangées à d'autres de même genre et qualité (ainsi, par exemple, dans le magasin de grains ou de blé, dans le dépôt d'huile, ou dans la caisse du banquier). Ce mélange indistinct entre différentes unités déposées, de même genre et qualité, permet de considérer qu'il se produit, dans le dépôt de biens fongibles, un transfert de « propriété » de la chose déposée. Car, lorsque le déposant va retirer ce qu'il a déposé, il doit se contenter, naturellement, de recevoir l'équivalent exact, en quantité et qualité de ce qu'il a déposé originellement, mais il ne recevra, en aucun cas, les unités spécifiques qu'il a remises, car leur

caractère fongible ne permet pas de les individualiser, une fois mêlées indistinctement au reste du stock du dépositaire. C'est pourquoi, on a appelé le dépôt de biens fongibles, qui conserve les caractéristiques essentielles du contrat de dépôt, mais dont varie un des éléments caractéristiques (dans le contrat de dépôt régulier ou de corps certain, la propriété ne se transmet pas ; le déposant la conserve, tandis que dans le dépôt de biens fongibles, on peut considérer que la propriété est transférée au dépositaire) « dépôt irrégulier ».¹² Cependant, il faut insister sur le fait que l'essence du dépôt demeure inaltérée et que le *dépôt irrégulier* participe pleinement de la nature essentielle de tout dépôt, qui consiste en l'obligation de garde ou surveillance. En effet, il existe toujours, dans le dépôt irrégulier, une *disponibilité immédiate* en faveur du déposant qui peut, à tout moment, aller à l'entrepôt de blé, au dépôt d'huile ou à la caisse de la banque et retirer l'équivalent des unités qu'il a remises originairement. Ce sera l'équivalent exact tant en quantité qu'en qualité du bien remis ou, comme disaient les romains, le *tantundem iusdem generis, qualitatis et bonitatis*.

Fonction économique et sociale des dépôts irréguliers

Les dépôts de biens fongibles, comme l'argent, appelés aussi dépôts irréguliers, remplissent une importante fonction sociale, que ne peuvent pas remplir les dépôts réguliers entendus comme dépôts de corps certains. Ainsi, il serait très coûteux et peu sensé de déposer l'huile dans des récipients séparés et numérotés (c'est-à-dire sous forme de dépôts fermés non translatifs de la propriété), ou de mettre les billets dans une enveloppe fermée qui indiquerait leur numérotation individuelle. Bien que nous soyons, dans ces cas extrêmes, en présence d'un dépôt régulier non translatif de propriété, on perdrait le bénéfice de l'énorme efficacité et de la réduction de coûts que suppose le traitement conjoint et indistinct des différents dépôts, sans que cela implique aucun coût ni aucune perte de disponibilité pour le déposant, qui est aussi content s'il reçoit, quand il le demande,¹³ un *tantundem* équivalent en quantité et qualité, mais dont le contenu spécifique n'est pas identique à ce qui a été remis à l'origine. Il existe, en outre, d'autres avantages en faveur du dépôt irrégulier. Dans le dépôt régulier ou de corps certains, le dépositaire ne répond pas de la perte de la

¹² Mon étudiant, César Martínez Meseguer, m'a convaincu qu'une autre solution valable au problème qui nous occupe est de considérer qu'il n'y a pas de transfert véritable de la propriété dans le dépôt irrégulier, mais que celle-ci se rapporte abstraitement au *tantundem* ou quantité de la chose déposée, et, comme telle, reste toujours attachée au déposant et ne se transfère pas. C'est cette solution, par exemple, qui est recueillie dans le cas de commixtion prévu par l'article 381 de notre Code Civil, qui admet que "...chaque propriétaire acquerra un droit proportionnel à la part qui lui correspond". Bien qu'on ait considéré traditionnellement autre chose dans le dépôt irrégulier (le transfert effectif de la propriété sur des unités physiques), il semble plus correct d'admettre que la propriété puisse être définie dans les termes plus abstraits de l'article 381 du Code Civil, auquel cas on peut considérer qu'il ne se produit pas de transfert de propriété lorsqu'on effectue un dépôt irrégulier. Ce point de vue semble être celui de Luis Díez-Picazo et Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, vol.II, Editorial Tecnos, Madrid 1989 (sixième édition), pp.469-470.

¹³ Dans le cas concret du dépôt irrégulier de monnaie, il faut ajouter à ces avantages celui qui résulte du service éventuel de caisse qu'offrent, de façon générale, les banquiers dépositaires.

chose remise dans l'hypothèse d'un cas fortuit ou de force majeure, alors que, dans le dépôt irrégulier, le dépositaire répond même du cas fortuit, de sorte que le dépôt irrégulier ajoute, d'une certaine manière, aux avantages traditionnels de disponibilité immédiate et de surveillance du dépôt, le caractère d'une *assurance*, dans l'hypothèse de perte par cas fortuit.¹⁴

Elément essentiel du dépôt irrégulier de monnaie

L'obligation de garde et surveillance, élément essentiel de tout dépôt, se concrétise, dans le dépôt irrégulier, par une obligation de maintenir sans cesse une disponibilité complète du *tantundem* en faveur du déposant. Autrement dit, de même que dans le dépôt régulier le corps certain déposé doit être gardé constamment, avec diligence et *in individuo*, dans le dépôt de biens fongibles, c'est le *tantundem* -ou équivalent en quantité et qualité de ce qui a été déposé- qui doit être gardé constamment, surveillé et maintenu à disposition du déposant. Cela signifie que *la surveillance dans les dépôts irréguliers consiste dans l'obligation de tenir à disposition du déposant une quantité et qualité égale à celle qui a été remise*. Ce « tenir constamment à disposition du déposant une quantité et qualité de choses égale à celle qui a été reçue », même si elles sont renouvelées ou remplacées, équivaut pour les choses fongibles à ce que représente pour les non fongibles l'existence de la chose *in individuo*. Autrement dit, le propriétaire de l'entrepôt de blé ou du dépôt d'huile pourra disposer de l'huile ou du blé mêmes qu'on lui a remis, soit pour son propre usage, soit pour le restituer à un autre déposant, *pourvu qu'il en maintienne à la disposition du déposant originaire une quantité et qualité égale à celle qui a été déposée*. La même règle s'applique dans le cas du dépôt de monnaie. Si je te donne en dépôt un billet de 500 euros, on peut considérer que je te transfère la propriété de ce même billet, que tu pourras utiliser pour tes propres dépenses ou pour en faire quelque autre usage, pourvu que tu conserves une quantité équivalente, de 500 euros, (sous la forme d'un autre billet ou de cinq billets de cent euros) afin de pouvoir me payer immédiatement et sans pouvoir alléguer aucune excuse, au moment précis où je te réclamerai le remboursement.¹⁵

¹⁴ Comme l'indique justement Pasquale Coppa-Zuccari, " a differenza del deposito regolare, l'irregolare gli garantisce la restituzione del *tantundem* nella stessa specie e qualità, sempre ed in ogni caso... Il deponente irregolare è garantito contro il caso fortuito, contro il quale il depositario regolare non lo garantisce; trovasi anzi in una condizione economicamente ben più fortunata che se fosse assicurato." Voir Pasquale Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, Biblioteca dell' Archivio Giuridico Filippo Serafini, vol. VI, Modène 1901, pp.109-110.

¹⁵ Coppa-Zuccari a peut-être exprimé mieux que quiconque ce principe essentiel du dépôt irrégulier, lorsqu'il a dit que le dépositaire "risponde della diligenza di un buon padre di famiglia indipendentemente da quella che esplica nel giro ordinario della sua vita economica e giuridica. Il depositario invece, nella custodia delle cose ricevute in deposito, deve spiegare la diligenza, *quam suis rebus adhibere solet*. E questa diligenza diretta alla conservazione delle cose proprie, il depositario esplica: in rapporto alle cose infungibili, con l'impedire che esse si perdano o si deteriorino ; il rapporto alle fungibili, col curare di averne sempre a disposizione la medesima quantità e qualità. Questo *tenere a disposizione* una eguale quantità e qualità di cosa determinate, si rinnovellino pur di continuo e si sostituiscano, equivale per le fungibili a ciò che per le infungibili è l'esistenza della cosa *in individuo*." Pascuale Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, op. cit., p. 95. Cette même thèse est citée par Joaquín Garrigues dans ses *Contratos*

En somme, conformément à la logique immanente à l'institution du dépôt irrégulier, se matérialise dans l'exigence de tenir constamment à la disposition du déposant un *tantundem* égal au dépôt originaire. Et cela, dans le cas concret de la monnaie, bien fongible par excellence, signifie que l'obligation de garde exige de maintenir à tout moment, à la disposition du déposant, un coefficient de caisse de 100 pour cent.

Conséquences de la non exécution de l'obligation essentielle dans le dépôt irrégulier

La non exécution de l'obligation de garde dans le dépôt engendre, et c'est logique, l'obligation d'indemniser le déposant ; et si la non exécution est dolosive et consiste dans l'utilisation à des fins personnelles de la chose déposée, elle suppose la commission d'un délit d'*appropriation indue*. Ainsi, dans le dépôt régulier, si celui qui reçoit, par exemple, un tableau en dépôt s'en sert ou le vend pour son propre compte, il commet un délit d'appropriation indue. On considère que le dépositaire qui, dans le dépôt irrégulier de biens fongibles, utilise dans un but lucratif et pour son propre compte les quantités déposées, sans maintenir constamment à la disposition du déposant le *tantundem* équivalent, commet le même délit. Cela se produirait si l'entrepositaire d'huile ne conservait pas une quantité égale à celle qui a été déposée, ou si celui qui a reçu l'argent en dépôt l'utilisait pour lui (en le dépensant à son profit ou en le prêtant), mais sans maintenir, à tout moment, un coefficient de caisse de 100 pour cent.¹⁶ Ainsi, le pénaliste Antonio Ferrer Sama a expliqué que si le dépôt a consisté en une quantité d'argent et en l'obligation de restituer l'équivalent (dépôt irrégulier) et le dépositaire investit cette quantité pour son propre compte, et donc en dispose, il faudra « distinguer, sur le plan de sa responsabilité pénale, deux hypothèses : soit, il est suffisamment solvable pour pouvoir restituer à tout moment la quantité reçue en dépôt, soit *il ne dispose pas de numéraire propre lui permettant de faire face à son obligation de restitution au*

bancarios, Madrid 1975, p. 365, et défendue également par Juan Roca dans son article sur le dépôt de monnaie (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigés par Manuel Albaladejo, tome XXII, vol.1, Editorial Revista del del Derecho Privado EDESA, Madrid 1982, pp. 246-255), et dans lequel il aboutit à la conclusion que l'obligation de garde consiste précisément, dans le dépôt irrégulier, en ce que le dépositaire "doit tenir, à tout moment, à la disposition du déposant la quantité déposée, et doit donc garder le nombre d'unités de l'espèce nécessaires pour restituer la quantité, *quand elle lui sera réclamée* " p.251). C'est-à-dire que dans le cas du dépôt irrégulier de monnaie, l'obligation de garde se concrétise par l'exigence de maintenir constamment un coefficient de caisse de 100 pour cent.

¹⁶ D'autres délits connexes sont commis lorsque le dépositaire falsifie le nombre de certificats ou de talons de dépôt. Ce serait le cas de l'entrepositaire d'huile qui émettrait de faux talons de dépôt pour qu'ils soient négociés par des tiers et, en général, celui de tout dépositaire de bien fongible (y compris la monnaie) qui émettrait des certificats ou des talons pour une somme supérieure à la quantité effectivement déposée. Il est évident que nous serions, dans ce cas, en face des délits de *falsification de document* (pour l'émission du faux certificat) et d'*escroquerie* (si on prétendait, avec ce certificat, tromper des tiers pour en tirer un profit quelconque). Nous constaterons plus loin que le processus historique d'évolution de la banque est fondé sur la commission de ces types de délits en ce qui concerne " le commerce " de l'émission des billets de banque.

moment où le déposant la lui réclame. Dans le premier cas, il n'y a pas délit d'appropriation indue... Par contre, lorsqu'il dispose de la quantité reçue sans avoir assez de numéraire pour répondre à la demande du déposant, le délit d'appropriation indue est consommé » à partir du moment même où il a disposé pour son propre compte de la quantité déposée et a cessé de disposer d'un *tantundem* équivalent à ce qu'on lui avait remis.¹⁷

Reconnaissance par la jurisprudence des principes essentiels du droit qui régissent le contrat de dépôt irrégulier de monnaie (coefficient de caisse de 100 pour cent)

La jurisprudence européenne a maintenu même au siècle dernier le principe de l'exigence d'un coefficient de caisse de 100 pour cent, en tant que concrétisation de l'élément essentiel qu'est la garde dans le dépôt irrégulier d'argent. Ainsi, un jugement du Tribunal de Paris du 12 juin 1927 condamna un banquier pour appropriation indue, parce qu'il avait utilisé, suivant la pratique bancaire habituelle, les fonds de son client reçus en dépôt. Un autre jugement du même

¹⁷ Antonio Ferrer Sama, *El delito de apropiación indebida*, Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Murcia, Editorial Sucesores de Nogués, Murcia 1945, pp. 26-27. Comme nous l'avons indiqué dans le texte et comme l'explique aussi Eugenio Cuello Calón (*Derecho penal*, Editorial Bosch, Barcelona 1972, tome II, parte especial, vol. 2, 13^o édition, pp.952-953), le délit est consommé au moment où se produit l'appropriation ou la distraction de la chose et où il naît, réellement, avec l'intention de se l'approprier - intention qui doit être appréciée par des actes externes (comme l'aliénation, la consommation ou le prêt)-, et non pas quand il est découvert, en général longtemps après, par le déposant qui, en allant reprendre son dépôt, voit avec surprise que le dépositaire ne peut pas lui rendre immédiatement le *tantundem* correspondant. Miguel Bajo Fernández, Mercedes Pérez Manzano et Carlos Suárez González, pour leur part (*Manual de derecho penal*, parte especial, "Delitos patrimoniales y económicos", Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993), concluent, eux aussi, que le délit *est consommé* au moment même où se produit l'acte de disposition, sans besoin d'autres résultats, et qu'il subsiste même quand l'objet est récupéré ou que l'auteur ne s'est pas enrichi en se l'appropriant, *et même encore si on peut faire face à la remise du tantundem au moment même où elle est réclamée* (p. 421). Ces mêmes auteurs disent qu'il existe une lacune, en matière de punition politico-criminelle, inacceptable dans le droit espagnol, alors qu'il existe dans d'autres droits des « dispositions spécifiques sur les délits sociétaires et sur l'abus de confiance, auxquelles il serait possible de rattacher les comportements illicites des banques en question de dépôt irrégulier de compte courant » (p. 429). Dans le cas concret du droit pénal espagnol, l'article qui régit l'appropriation indue et que commente Antonio Ferrer Sama est l'article 252 du nouveau Code Pénal de 1996 (art. 528 de l'ancien), et qui dit : « Seront punis des peines signalées par l'article 249 ou, éventuellement, 250 ceux qui s'approprieraient ou distrairaient, au préjudice d'autrui, des fonds, des effets, des valeurs ou toute autre chose meuble, ou tout autre actif patrimonial qu'ils auraient reçus comme dépositaires, commis ou administrateurs, ou à un autre titre d'où découlerait l'obligation de les remettre ou de les rendre, ou nieraient les avoir reçus, quand la quantité de ce qu'ils se sont approprié dépasse la somme de quatre cents euros. On imposera la moitié supérieure de la dite peine dans le cas du dépôt nécessaire ou misérable. » Enfin, le travail le plus complet sur les aspects pénaux de l'appropriation indue de fonds et qui traite in extenso la position des professeurs Ferrer Sama, Bajo Fernández et d'autres, est celui de Norberto J. de la Mata Barranco, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación : el dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida*, Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU, S. A.), Barcelona 1994, en particulier les pp. 407-408 et 512.

Tribunal, du 4 janvier 1934, se prononça dans le même sens.¹⁸ De la même manière, lors de la faillite de la Banque de Barcelone, le Tribunal de Première Instance du nord de cette capitale, reconnu, face à la réclamation des titulaires de compte courant demandant à être considérés comme titulaires d'un dépôt, que ceux-ci étaient des déposants, et admit de ce fait leur caractère de créanciers préférentiels. La sentence se fonde sur le fait que le droit des banques à utiliser l'argent en espèces des comptes courants est forcément limité par l'obligation de tenir constamment les fonds de ces comptes à la disposition de leurs titulaires, de sorte que cette limitation légale de la disponibilité empêchait d'admettre que les fonds déposés dans un compte courant puissent être considérés par la Banque comme lui appartenant exclusivement.¹⁹ Bien que le Tribunal Suprême espagnol n'ait pas eu l'occasion de se prononcer sur le cas concret de la Banque de Barcelone, une sentence du haut Tribunal espagnol du 21 juin 1928 aboutit à une conclusion similaire d'après laquelle « selon les coutumes et usages commerciaux reconnus et admis par la jurisprudence, le contrat de dépôt de monnaie consiste dans le dépôt de quantités, et que celui qui les reçoit, même s'il ne contracte pas l'obligation de conserver les mêmes espèces ou valeurs pour le déposant, *doit néanmoins tenir à sa disposition la somme reçue, afin de la lui restituer, dans sa totalité ou partiellement, au moment où il la lui réclamera ; il n'en acquiert pas la libre disposition, puisque tenu de la rendre au moment où elle est réclamée, il doit conserver constamment des espèces suffisantes pour satisfaire la réclamation* ». ²⁰

3

DIFFÉRENCES ESSENTIELLES ENTRE LES CONTRATS DE DÉPÔT IRRÉGULIER ET DE PRÊT D'ARGENT

Il est très important d'insister, dans ce paragraphe, sur les différences essentielles existant entre les contrats de dépôt irrégulier et de prêt d'argent. Car, comme nous le verrons plus tard, nombre de confusions et d'erreurs juridiques et économiques concernant le sujet qui nous occupe sont dues à l'incompréhension de ces différences.

Différence de contenu du droit de propriété transmis dans chacun des contrats

¹⁸ Ces précisions jurisprudentielles sont recueillies par Jean Escarra dans ses *Principes de droit commercial*, p.256, et Joaquín Garrigues y fait allusion aussi dans ses *Contratos bancarios*, op. cit., pp. 367-368.

¹⁹ "Dictamen de Antonio Goicoechea", dans *La Cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*, Imprenta Delgado Sáez, Madrid 1936, pp. 233-289, et en particulier les pp. 263-264. Joaquín Garrigues fait également allusion à cette sentence dans ses *Contratos bancarios*, op.cit., p. 368.

²⁰ Cette sentence est citée dans le travail de José Luis García-Pita y Lastres, « Los depósitos bancarios de dinero y su documentación », publié dans *La revista de derecho bancario y bursátil*, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, octobre-décembre 1993, pp. 919-1008, et spécialement la p. 991. Joaquín Garrigues cite aussi cette sentence dans *Contratos bancarios*, op. cit., p.387.

Il faut tout d'abord signaler que l'incapacité à distinguer clairement dépôt irrégulier et prêt est due à l'importance exagérée donnée au fait que, dans le dépôt irrégulier de monnaie ou de tout autre bien fongible, l'on puisse considérer que la propriété de la chose déposée est transférée au dépositaire, « comme » dans le prêt ou mutuum. C'est là la seule « similitude » entre ces deux types de contrats, et elle a induit en erreur de nombreux auteurs, qui les ont ainsi confondus injustement.

Nous avons vu que, dans le dépôt irrégulier, la transmission de la « propriété » était une exigence secondaire, émanant du fait que l'objet du dépôt était un bien fongible, ne pouvant être individualisé et qu'il y avait de nombreux avantages à déposer un bien se mélangeant indistinctement à beaucoup d'autres quantités fongibles du même bien. En effet, comme on ne peut pas exiger, en termes strictement juridiques et pour impossibilité physique, la dévolution des unités concrètes déposées, il semble nécessaire de considérer, puisque celles-ci ne peuvent pas être distinguées, qu'il y a « transfert » de propriété *en ce qui concerne les unités spécifiques* et individualisées déposées. De sorte que le dépositaire ou entreposeur devient « propriétaire », mais seulement en ce sens qu'il est libre de distribuer les unités spécifiques -et ne pouvant être distinguées- qu'il a reçues, pourvu qu'il maintienne à tout moment le *tantundem*. C'est là la portée du transfert du droit de propriété dans le cas du dépôt irrégulier ; il n'y a pas, comme dans le contrat de prêt, disponibilité de la chose prêtée pendant toute la durée du contrat. Par conséquent, même du point de vue de l'unique « ressemblance » (le prétendu « transfert » de la propriété) entre le dépôt irrégulier et le prêt d'argent, un tel transfert de propriété a une signification économique et juridique très différente dans les deux contrats. A tel point que, comme nous l'avons expliqué dans la note 5, il faut peut-être considérer que, dans le dépôt irrégulier, aucun transfert de propriété ne se produit, et que le déposant continue à conserver, dans l'abstrait, sa propriété sur le *tantundem*.

Différences économiques essentielles entre les deux contrats

Cette disparité de contenu juridique vient de la différence essentielle entre ces deux types de contrat ; celle-ci provient à son tour du différent *substrat économique* sur lequel ils se fondent. Ainsi, Ludwig von Mises a démontré, avec sa clarté habituelle, que le prêt « in the economic sense means the exchange of a present good against or a present service against a future good or a future service. Then it is hardly possible to include the transactions in question under the conception of credit. A depositor of a sum of money who acquires in exchange for it a claim convertible into money at any time which will perform exactly the same service for him as the sum it refers to, has exchanged no present good for a future good. The claim that he has acquired by his deposit is also a present good for him. The depositing of the money in no way means that he has renounced immediate disposal over the utility that it

commands ». Et il conclut que le dépôt « is not a credit transaction, because the essential element, the exchange of present goods for future goods, is absent. »²¹ Il n'y a donc pas, dans le dépôt irrégulier de monnaie, de renoncement à des biens présents en échange d'une quantité supérieure de biens futurs à posséder après un certain délai, mais il se produit simplement un changement dans la façon de jouir de la disponibilité de biens présents. Cette modification a lieu parce que le déposant estime souvent qu'il est plus intéressant pour lui (c'est-à-dire qu'il croit mieux atteindre ses buts) de faire un dépôt irrégulier de monnaie –qui se perd dans la masse– (nous avons déjà fait allusion aux avantages d'assurer le risque de perte par cas fortuit et de profiter du service de caisse que procurent les banques par l'opération conjointe de compte courant). En revanche, l'essence du contrat de prêt est totalement différente. Ce que l'on prétend dans le contrat de prêt c'est, précisément, *renoncer* aujourd'hui à la disponibilité de biens présents, laquelle se transmet à celui qui reçoit le prêt pour qu'il en use ; et cela dans le but d'obtenir en échange, dans le futur, à la fin du délai prévu dans le contrat, une quantité, généralement supérieure, de biens futurs. Nous disons généralement supérieure, car étant donné la catégorie logique et inhérente à toute action humaine de la préférence temporelle, d'après laquelle, à circonstances égales, on préfère toujours les biens présents aux biens futurs, il faut ajouter aux biens futurs que l'on percevra une somme différentielle sous forme d'intérêt. Sinon il serait difficile de trouver quelqu'un qui soit disposé à renoncer à la disponibilité de biens présents que suppose un prêt.

²¹ Ludwig von Mises, *The Theory of Money and Credit*, Liberty Classics, Indianapolis 1980, pp. 300-301. C'est la meilleure édition anglaise de la traduction dans cette langue par H. E. Batson de la deuxième édition allemande de *Theorie des Geldes und der Umlaufsmittel*, publiée en 1924 par Duncker & Humblot à Munich et à Leipzig. La première édition fut publiée en 1912, la seconde en 1924. Il existait deux traductions espagnoles assez médiocres de cet ouvrage : l'une d'Antonio Riaño, publiée sous le titre *Teoría del dinero y del crédito* par M. Aguilar, Madrid 1936, et une autre de José María Claramunda Bes, publiée par Ediciones Zeus (Barcelone 1961). Unión Editorial a publié, de son côté, une troisième édition espagnole nettement meilleure. Nous suivrons cette édition, qui traduit ainsi le passage cité dans le texte : le dépôt de monnaie "económicamente no es un caso de transacción crediticia. Si *crédito* en sentido económico significa cambio de bienes o servicios presentes por bienes o servicios futuros, resulta muy difícil incluir las operaciones de referencia bajo el concepto de crédito. El que deposita una suma de dinero y obtiene por ella títulos convertibles en dinero en cualquier momento que realizan para él exactamente el mismo servicio que la suma a que hacen referencia, no cambia bienes presentes por bienes futuros, pues el título que ha adquirido por su depósito es para él también un bien presente. El hecho de que haya depositado dinero no significa en modo alguno que renuncie a disponer inmediatamente de la utilidad que pueda procurarle. ("économiquement parlant, ce n'est pas une opération de crédit. Si *crédit* signifie, au sens économique, un échange de biens ou de services présents contre des biens ou des services futurs, il devient très difficile d'inclure les opérations en question dans le concept de crédit. Celui qui dépose une somme d'argent et obtient en échange des titres convertibles à tout moment en argent, qui lui rendent exactement le même service que cette somme, n'échange pas des biens présents contre des biens futurs, car le titre acquis en vertu du dépôt représente aussi pour lui un bien présent. Le fait qu'il ait déposé de l'argent ne signifie nullement qu'il renonce à disposer immédiatement de l'utilité qu'il peut lui procurer")... Donc, le dépôt "no es una transacción crediticia, pues le falta el elemento esencial: el intercambio de bienes presentes por bienes futuros" ("n'est pas une opération de crédit, car il lui manque l'élément essentiel: l'échange de biens présents contre des biens futurs"). Ludwig von Mises, *Teoría del dinero y del crédito*, Unión Editorial, Madrid 1997, pp. 242 et 243.

Du point de vue économique, la différence entre les deux contrats est donc très claire : dans l'un, le dépôt irrégulier, il n'y a pas de transfert de biens présents en échange de biens futurs, tandis que dans l'autre, si ; en conséquence, dans le dépôt irrégulier, la disponibilité de la chose n'est pas transférée ; celle-ci reste « au pouvoir » du déposant (même si on peut considérer juridiquement qu'il y a eu, d'une certaine manière, transfert de la propriété), alors que, dans le contrat de prêt, il y a transfert de la disponibilité de la part de celui qui concède le prêt à celui qui le reçoit ; par ailleurs, le pacte d'intérêts est caractéristique du contrat de prêt, tandis que, dans le contrat de dépôt irrégulier, ce même pacte est *contra naturam* et dépourvu de sens. Coppa-Zuccari, explique, avec sa perspicacité habituelle, que l'impossibilité absolue d'inclure le pacte d'intérêts dans le contrat de dépôt irrégulier est, du point de vue juridique, la conséquence immédiate du droit du déposant de retirer le dépôt à *n'importe quel moment* et de l'obligation corrélative du dépositaire de tenir constamment à la disposition du déposant le *tantundem* correspondant.²² Ludwig von Mises signale également que le déposant peut effectuer les dépôts sans demander aucun taux d'intérêt, justement parce que « the claim obtained in exchange for the sum of money is equally valuable to him whether he converts it sooner or later, or even not at all ; and because of this it is possible for him, without damaging his economic interests, to acquire such claims in return for the surrender of money without demanding compensation for any difference in value arising from the difference in time between payment and repayment , such, of course, as does not in fact exist. »²³ Car, étant donné le substrat économique du contrat de dépôt irrégulier de monnaie, qui ne suppose pas d'échange de biens présents contre des biens futurs, le maintien de la disponibilité en faveur du déposant et l'incompatibilité avec le pacte d'intérêts

²² "Conseguenza immediata del diritto concesso al deponente di ritirare in ogni tempo il deposito e del correlativo obbligo del depositario di renderlo alla prima richiesta e di tenere sempre a disposizione del deponente il suo *tantundem* nel deposito irregolare, è l'impossibilità assoluta per il depositario di corrispondere interessi al deponente." Pasquale Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, op. cit., p. 292. Coppa-Zuccari précise que cette incompatibilité entre le dépôt irrégulier et les intérêts ne concerne pas -et c'est logique- le cas tout à fait différent du versement d'intérêts moratoires lorsque le dépositaire ne rend pas l'argent au moment où on le lui réclame. C'est pourquoi, comme on le verra plus loin, on a systématiquement utilisé au Moyen Age, comme subterfuge juridique, le *depositum confessatum*, pour contourner l'interdiction canonique de l'intérêt dans les prêts.

²³ Ludwig von Mises, *The Theory of Money and Credit*, op. cit., p. 301. Dans la traduction espagnole récente: "El título obtenido por la suma de dinero depositado es para el depositante igualmente valioso, ya lo convierta más pronto o más tarde, o no lo haga en absoluto; y por eso puede, sin perjudicar sus intereses económicos, adquirir tales títulos a cambio de la entrega de dinero, sin exigir compensación por cualquier diferencia de valor derivada de la diferencia de tiempo entre el momento del pago y del reembolso, pues, de hecho, tal diferencia de valor no existe" ("Le titre obtenu contre la somme d'argent déposée a, pour le déposant, la même valeur que celle-ci, qu'il le convertisse tôt ou tard ou pas du tout; c'est pourquoi il peut acquérir, sans nuire à ses intérêts économiques, de tels titres contre remise d'argent, sans exiger de compensation pour une quelconque variation de valeur due au temps écoulé entre le moment du paiement et celui du remboursement; car, en fait, cette différence de valeur n'existe pas") (p. 242).

sont la conséquence logique et directe de la nature d'un contrat, celui de dépôt irrégulier, radicalement différente de celle du contrat de prêt.²⁴

Différences juridiques essentielles entre les deux contrats

L'élément juridique essentiel du contrat de dépôt irrégulier est la *garde* de l'argent remis. C'est là la raison ou *cause du contrat*²⁵ qui prévaudra sur toutes les autres pour les parties qui décident d'effectuer et de recevoir un dépôt irrégulier ; elle est absolument différente de la cause essentielle du contrat de prêt, qui consiste à transférer la disponibilité de la chose prêtée pour que l'emprunteur s'en serve durant une période déterminée. Il y a également deux autres différences juridiques importantes, dues à cette différence essentielle de cause dans les deux types de contrats : premièrement, dans le contrat de dépôt irrégulier, le *délai*, élément essentiel déterminant l'existence ou non d'un contrat de prêt, est absent. En effet, de même qu'on ne peut pas concevoir le contrat de prêt d'argent sans que soit établi un délai (durant lequel non seulement on transmet la propriété, mais on perd la disponibilité), au terme duquel il faut rendre le *tantundem* d'argent prêté plus les intérêts, dans le contrat de dépôt irrégulier *il n'existe aucun délai*, et la disponibilité en faveur du déposant est permanente ; il peut retirer son *tantundem* à tout moment.²⁶ La deuxième différence juridique essentielle a trait aux obligations des parties : dans le contrat de dépôt irrégulier, l'obligation dérivant de la nature du contrat consiste

²⁴ L'incompatibilité du pacte d'intérêts avec le contrat de dépôt irrégulier de monnaie ne signifie pas que celui-ci doive être un contrat gratuit. En effet, il est normal que l'on convienne, dans le dépôt irrégulier, du paiement par le déposant d'une certaine quantité en faveur du dépositaire, comme frais de garde ou de maintien de compte. Le paiement d'un intérêt explicite ou implicite est un indice rationnel qui mène à la conviction qu'il y a violation de l'obligation essentielle de garde du contrat de dépôt irrégulier, et que le dépositaire utilise l'argent des déposants à son profit, et s'approprie indûment d'une partie du *tantundem* qu'il devait maintenir à tout moment à leur disposition.

²⁵ J. Dabin, *La teoría de la causa: estudio histórico y jurisprudencial*, traduit par Francisco de Pelsmaecker et adapté par Francisco Bonet Ramón, 2^e édition, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1955, pp. 24 et ss. Des auteurs comme García-Pita ou Oscáriz-Marco, qui ne se décident pas à accepter que la conséquence logique et incontournable de leur position soit l'exigence d'un coefficient de caisse de 100 pour cent pour les dépôts à vue, reconnaissent cependant que la cause du contrat de dépôt irrégulier est la garde et qu'elle est différente de la cause du contrat de prêt. Voir José Luis García-Pita y Lastres, "Depósitos bancarios y protección del depositante", *Contratos bancarios*, Colegios Notariales de España, Madrid 1996, pp. 119-266, et en particulier les pp. 167 et 191 ; et, plus récemment, "El depósito bancario de efectivo", dans *Contratos bancarios y parabancarios*, VV.AA., Chap. XXII, Edit. Lex Nova, Valladolid 1998, pp.888-1001 ; et Florencio Oscáriz-Marco, *El contrato de depósito: estudio de la obligación de guarda*, J. M. Bosch Editor, Barcelona 1997, pp. 37 et 47.

²⁶ Les civilistes signalent unanimement le caractère essentiel du *délai* dans le contrat de prêt, à la différence du contrat de dépôt irrégulier où *il n'existe aucun délai*. Ainsi, Manuel Albaladejo insiste sur le fait que le mutuum prend fin et que la chose prêtée doit être rendue, quand ce délai a expiré (voir, par exemple, l'art. 1125 du Código Civil), et indique même que si le délai n'a pas été expressément signalé, *comme il est inséparable de la nature essentielle du contrat de prêt*, il faut toujours déduire qu'il y a eu intention d'accorder un délai au débiteur, et il faudra laisser un tiers (les tribunaux) fixer le délai correspondant (solution adoptée par l'art. 1128 du Código Civil). Voir Manuel Albaladejo, *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, vol. II, *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, op. cit., p. 317.

dans la *garde*, exercée avec la vigilance d'un bon père de famille, du *tantundem* qui devra rester constamment à la disposition du déposant²⁷, dans le contrat de prêt cette obligation n'existe pas, et l'emprunteur peut utiliser la quantité prêtée en toute liberté. La précision importante que nous avons faite plus haut à propos de la signification très différente de la « transmission de propriété » dans les deux contrats apparaît ainsi clairement. Car, de même que la « transmission » de la propriété dans le contrat de dépôt irrégulier -quoiqu'on puisse la considérer comme une exigence dérivant de la nature fongible des choses déposées- ne suppose pas le transfert simultané de la disponibilité du *tantundem*, dans le contrat de prêt, le transfert de la propriété est *total* et il y a bien transfert, du prêteur à l'emprunteur, de la pleine disponibilité du *tantundem*.²⁸ Nous présentons à la page suivante le tableau synoptique I-1, qui résume les différences que nous avons étudiées dans ce paragraphe.

²⁷ Il est évident que la disponibilité permanente en faveur du déposant vise le *tantundem*, et non pas la disponibilité concrète des unités spécifiques déposées. Autrement dit, bien qu'il y ait transfert de la propriété des unités physiques concrètes déposées et que le dépositaire dispose d'elles, il n'obtient aucune disponibilité réelle, car la disponibilité correspondant à l'utilisation des choses spécifiques reçues est compensée exactement par l'obligation où il se trouve de perdre une disponibilité équivalente d'autres unités spécifiques lui appartenant antérieurement ; cette obligation est liée à celle de toujours maintenir le *tantundem* à la disposition du déposant. On fait généralement allusion à cette disponibilité constante en faveur du déposant dans le dépôt de monnaie en utilisant l'expression "à vue", de sorte que les comptes courants ou dépôts "à vue" recueillent, grâce à cette expression, le motif essentiel et indubitable du contrat, qui n'est autre que le maintien constant de la disponibilité en faveur du déposant.

²⁸ Il faut préciser ici qu'il existe un contrat dit de "dépôt à terme" et dont les caractéristiques, aussi bien économiques que juridiques, sont celles d'un véritable prêt et non pas d'un dépôt. Il est important de souligner que cette terminologie induit en erreur et cache l'existence de ce qui est un véritable contrat de prêt, avec transfert de biens présents contre des biens futurs, perte de la disponibilité de l'argent durant un *délai* déterminé et le droit de toucher les intérêts correspondants. L'emploi de cette terminologie confuse rend plus difficile pour le public la distinction entre un véritable dépôt (à vue) et un contrat de prêt (à terme) ; elle a été sciemment et constamment maintenue par tous les agents économiques qui profitent de la confusion. Celle-ci s'aggrave encore dans les nombreuses occasions où les "dépôts" à terme (qui devraient être de véritables prêts) se transforment *de facto* en dépôts "à vue", lorsque les banques permettent d'obtenir leur remboursement à tout moment et sans pénalité.

TABLEAU I-1

DIFFERENCES ESSENTIELLES ENTRE DEUX CONTRATS
RADICALEMENT DISTINCTS

Dépôt Irrégulier de Monnaie

Prêt d'argent

Du point de vue économique :

- | | |
|---|---|
| 1. Pas d'échange de biens présents contre des biens futurs | 1. Echange de biens présents contre des biens futurs |
| 2. Disponibilité pleine et constante en faveur du déposant | 2. Transfert total de la disponibilité à l'emprunteur. Le prêteur la perd |
| 3. Absence d'intérêts, car il n'y a pas d'échange de biens présents contre des biens futurs | 3. Intérêts, car il y a échange de biens présents contre des biens futurs |

Du point de vue juridique :

- | | |
|---|---|
| 1. L'élément essentiel est la <i>garde</i> du <i>tantundem</i> , motif fondamental pour le déposant | 1. L'élément essentiel est le transfert de la disponibilité des biens présents au dépositaire |
| 2. Pas de délai de restitution ; le contrat est « à vue » | 2. Le contrat exige de fixer un <i>délai</i> pour la restitution de la chose prêtée et de calculer et de payer les intérêts |
| 3. L'obligation du dépositaire est de maintenir constamment le <i>tantundem</i> à la disposition du déposant (coefficient de caisse de 100 pour cent) | 3. L'obligation de l'emprunteur est de restituer le <i>tantundem</i> à la fin du délai, et de payer en plus les intérêts prévus |

Apparition des principes traditionnels du droit d'après Menger, Hayek et Leoni

Les principes universels et traditionnels du droit que nous avons expliqués au paragraphe précédent à propos du contrat de dépôt irrégulier ne sont pas sortis du néant, ni ne sont le résultat d'un savoir *a priori*. Car le droit, en tant qu'ensemble de normes et d'institutions auquel les comportements humains s'adaptent de façon constante, répétitive et réglée, s'est formé progressivement à partir de la coutume. C'est peut-être l'une des contributions les plus importantes de Carl Menger que d'avoir développé une théorie économique

des institutions sociales ; d'après celle-ci, elles sont le résultat d'un processus évolutif dans lequel interviennent une multitude d'individus, chacun muni de son petit bagage personnel et exclusif de connaissances, d'expériences pratiques, de désirs, de préoccupations, d'objectifs, de doutes, de sensations, etc. Il apparaît ainsi progressivement et spontanément une série de comportements réglés ou *institutions* qui rendent possible la vie en société, et pas seulement dans le domaine juridique, mais aussi dans les domaines économique et linguistique. Menger a découvert que l'apparition des institutions est le résultat d'un processus social constitué d'innombrables actions humaines et toujours dirigé par un petit groupe (relativement parlant) de personnes concrètes, capables, dans leur contexte historique spatio-temporel, de découvrir avant les autres qu'ils atteignent plus facilement leur but en adoptant certains comportements réglés. De cette manière, un processus décentralisé d'apprentissage par tâtonnements se met en marche ; et, au bout de plusieurs générations, les comportements qui coordonnent le mieux les désajustements sociaux s'imposent, de telle sorte que par l'intermédiaire d'un processus social inconscient d'apprentissage et d'imitation, le mouvement initié par ceux qui réussissent le mieux est suivi par le reste de la société. De plus, les sociétés, qui, au cours de ce processus évolutif, adoptent avant les autres les principes et les institutions les plus adéquats, ont tendance à prospérer et à s'imposer aux autres groupes sociaux. Quoique Menger développe sa théorie en l'appliquant à une institution économique concrète, celle de l'apparition et de l'évolution de la *monnaie*, il mentionne aussi qu'on peut utiliser, sans difficulté, le même schéma théorique essentiel pour expliquer l'apparition et l'évolution du *langage*, et l'appliquer également au domaine des *institutions juridiques*. On se trouve ainsi devant la réalité paradoxale suivante : les institutions les plus importantes et essentielles dans la vie de l'homme en société (morales, juridiques, économiques et linguistiques) ne sont pas des créations délibérées de l'homme lui-même, car il manque de la capacité intellectuelle nécessaire pour assimiler l'énorme volume d'information dispersée qu'elles supposent et engendrent. Par contre, ces institutions surgissent obligatoirement, de façon spontanée et progressive, à partir du processus social d'interactions humaines qui, d'après Menger, constitue justement le domaine que doit étudier la science économique.²⁹ Ces intuitions de Menger ont été développées, par la suite, par F. A. Hayek dans ses différents travaux sur les fondements de la loi et les

²⁹ Carl Menger, *Untersuchungen über die Methode der Socialwissenschaften und der Politischen Ökonomie insbesondere*, Duncker & Humblot, Leipzig 1883, et en particulier la page 182. Menger exprime impeccablement la nouvelle question à laquelle veut répondre le programme de recherche scientifique qu'il propose en économie : "Comment se fait-il que les institutions qui servent le mieux le bien commun et qui sont très importantes pour son développement soient apparues sans l'intervention d'une volonté commune et délibérée de les créer ?" (pp. 163-165). L'exposé le plus synthétique, et peut-être le plus brillant, de la théorie de Menger sur l'origine évolutive de la monnaie se trouve dans son article publié en anglais sous le titre "On the Origin of Money", *Economic Journal*, Juin 1892, pp. 239-255. Cet article a été très récemment réédité par Israël M. Kirzner dans son *Classics in Austrian Economics : A Sampling in the History of a Tradition*, William Pickering, Londres 1994, vol. 1, pp. 91-106. En espagnol, on peut consulter Carl Menger dans "Teoría del dinero", chap. VIII de *Principios de economía política*, 2^o éd., Unión Editorial, Madrid 1997, reproduit par Jesús Huerta de Soto (éd.), *Lecturas de economía política*, Unión Editorial, Madrid 1986, vol. I, pp.213-238.

institutions juridiques³⁰ et, surtout, par le professeur italien de science politique Bruno Leoni, qui a, le premier, accommodé, dans le cadre d'une théorie synthétique de la philosophie du droit, la théorie économique des processus sociaux, développée par Menger et l'École Autrichienne, et la tradition juridique romaine la plus ancienne et la tradition anglo-saxonne de la *rule of law*. En effet, le grand mérite de Bruno Leoni est d'avoir montré que la théorie autrichienne sur l'apparition et l'évolution des institutions sociales non seulement est parfaitement illustrée par le phénomène du droit coutumier, mais qu'en plus, elle avait été préalablement connue et formulée par l'école juridique classique de droit romain.³¹ Ainsi, Leoni citant Caton par l'intermédiaire de Cicéron, signale expressément que les juristes romains étaient déjà conscients du fait que le droit romain n'avait pas été l'œuvre personnelle d'un seul homme, mais de beaucoup, au cours de plusieurs siècles et de plusieurs générations, parce qu'« il n'y a jamais eu dans le monde un homme assez intelligent pour tout prévoir, et même si nous pouvions concentrer tous les cerveaux dans la tête d'un seul homme, il lui serait impossible de tenir compte de tout à la fois, sans avoir accumulé l'expérience née de la pratique au cours d'une longue période de l'histoire ».³² En somme, pour Leoni, le droit est le résultat d'une série continue d'essais, dans laquelle chaque individu tient

³⁰ F. A. Hayek, *Los fundamentos de la libertad*, 5^e éd., Unión Editorial, Madrid 1990; *Derecho, legislación y libertad*, 3 volumes, Unión Editorial, Madrid 1976-1982; et *La fatal arrogancia: los errores del socialismo*, Unión Editorial, Madrid 1990 (2^e éd., 1997).

³¹ Voir Jesús Huerta de Soto, *Estudios de economía política*, op. cit., chap.X, pp.121-128, et la deuxième édition espagnole du livre de Bruno Leoni *La libertad y la ley*, Unión Editorial, Madrid 1995, que tout juriste et tout économiste ne doit pas manquer de connaître.

³² "Nostra autem res publica non unius esset ingenio, sed multorum, nec una hominis vita, sed aliquod constitutum saeculis et aetatibus, nam neque ullum ingenium tantum extitisse dicebat, ut, quem res nulla fugeret, quisquam aliquando fuisset, neque cuncta ingenia conlata in unum tantum posse uno tempore providere, ut omnia complecterentur sine rerum usu ac vetustate". Marco Tulio Cicerón, *De re publica*, II, 1-2, The Loeb Classical Library, Cambridge, Massachusetts, 1961, pp.111-112. Il existe une bonne traduction espagnole d'Antonio Fontán, *Sobre la república*, Gredos, Madrid 1974, pp.86-87. Cependant, je considère que la traduction du paragraphe cité réalisée par Bruno Leoni (ici traduite en français) est meilleure, et c'est celle que nous reproduisons dans le texte. Voir Bruno Leoni, *La libertad y la ley*, 2^e éd., Unión Editorial, Madrid 1995, p.108. C'est la traduction espagnole du livre *Freedom and the Law* (1^o éd., D. Van Nostrand Co., 3^o éd., augmentée, Liberty Fund, Indianapolis 1991). Le livre de Leoni est exceptionnel à tout point de vue, non seulement parce qu'il montre le parallélisme, d'une part, entre le marché et le droit coutumier ou *common law* et, d'autre part, entre la législation positive et le socialisme, mais aussi parce que Leoni est le premier juriste à s'être rendu compte que l'argument de Ludwig von Mises sur l'impossibilité du calcul économique socialiste n'est qu'un cas particulier du "principe plus général selon lequel aucun législateur ne pourrait établir par lui-même, sans aucune sorte de collaboration constante du public intéressé, les normes régissant la conduite de chacun dans cette chaîne de relations qui nous unit tous les uns aux autres" (p. 28). A propos de l'œuvre de Bruno Leoni, fondateur de la célèbre revue *Il Politico* en 1950, consulter l'*Omaggio a Bruno Leoni*, édité par Pasquale Scaramozzino, Ed. A. Giuffrè, Milan 1969, et l'article "Bruno Leoni in Retrospect" de Peter H. Aranson, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, été 1988. Leoni fut un homme polyvalent et qui exerça une activité intense dans divers domaines : à l'université, au barreau, en entreprise, dans le domaine de l'architecture, de la musique et de la linguistique. Il mourut tragiquement assassiné par l'un de ses locataires, à qui il réclamait son loyer, la nuit du 21 novembre 1967, à l'âge de 54 ans.

compte de ses circonstances personnelles et du comportement des autres, et il se perfectionne au cours d'un processus sélectif et évolutif.³³

La science juridique romaine

La grandeur de la science juridique romaine classique vient, précisément, de ce qu'elle a pris conscience de ce fait important et s'est consacrée à l'étude, à l'interprétation des coutumes juridiques, à l'exégèse, à l'analyse logique, au comblement de lacunes et à l'élimination de vices ; travail d'interprétation du droit effectué avec la prudence et la modération nécessaires.³⁴ La profession du juriste classique est véritablement un *art* consacré à découvrir l'essence des institutions juridiques qui se sont formées au cours du processus d'évolution de la société. Avec cela, les juristes classiques n'ont jamais la prétention d'être « originaux » ou « malins » : ils sont, au contraire, les serviteurs d'un certain nombre de *principes fondamentaux*, et c'est là, comme l'a fait remarquer Savigny, la raison de leur grandeur ». ³⁵ Leur objectif fondamental est de découvrir les principes universels du droit, immanents à la logique des relations humaines et immuables, même s'il est vrai qu'à cause de l'évolution sociale, le besoin d'appliquer de tels principes universels, immuables par nature, à de nouvelles situations et problématiques conséquences de cette évolution se fait sentir.³⁶ De plus, les juristes romains exercent une profession privée, ce ne sont pas des fonctionnaires publics, et malgré les nombreuses tentatives de la jurisprudence officielle romaine de faire disparaître la jurisprudence libre, elle n'y est pas parvenu et n'a pas réussi non plus à lui faire perdre son immense prestige et son indépendance.

La jurisprudence ou science du droit est devenue une profession libérale à partir du III^e siècle av. J.-C. Les juristes les plus importants d'avant notre ère sont Marcus Porcius Caton et son fils Caton Licinianus, le consul Mucius Scaevola et les juristes Quintus Mucius Scaevola, Serbius Sulpicius Rufus et Alfenus Varus. Plus tard, au II^e siècle ap. J.-C., commence l'époque classique,

³³ Selon Leoni, le droit se présente comme "una continua serie de tentativi, che gli individui compiono quando pretendono un comportamento altrui, e si affidano al proprio potere di determinare quel comportamento, qualora esso non si determini in modo spontaneo". Bruno Leoni, "Diritto e politica", dans ses *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, A. Giuffrè, Milan 1980, p. 240.

³⁴ De fait, l'interprète du *ius* est le *prudens*, c'est-à-dire, l'expert en matière juridique ou *juris prudens*. C'est à lui qu'incombe de révéler le droit. Le juriste est un aide et un conseiller du particulier, et il l'instruit sur les formules des opérations ou contrats, répond à ses questions et il est l'assesseur des prêteurs et des juges. Voir Juan Iglesias, *Derecho romano : Instituciones de derecho privado*, op. cit., pp. 54-55.

³⁵ Juan Iglesias, *Derecho romano: Instituciones de derecho privado*, op. cit., p. 56. Et surtout Rudolf von Ihering, *El espíritu del derecho romano*, Clásicos del Pensamiento Jurídico, Marcial Pons, Madrid 1997, en particulier pp. 196-202 et 251-253.

³⁶ "La fonction de l'*interpretatio* -qui consiste à appliquer des principes anciens à des nécessités nouvelles et qui suppose un élargissement du *ius civile* même si de nouvelles institutions n'apparaissent pas formellement- est intimement liée à la réponse aux consultations que pouvaient réaliser non seulement les particuliers mais aussi les magistrats et les juges." Francisco Hernández-Tejero Jorge, *Lecciones de derecho romano*, Ediciones Darro, Madrid 1972, p. 30.

avec les grands juristes Gayus, Pomponius, Africanus et Marcellus, suivis, au III^e siècle, de Papinien, Paul, Ulpien, Gaius et Modestin. A partir de ce moment, le prestige des solutions trouvées par ces juristes privés est si grand, qu'elles acquièrent force de loi et, afin d'éviter les difficultés pouvant naître des différences d'opinion contenues dans les oeuvres des uns et des autres, on donne force de loi aux écrits de Papinien, de Paul, d'Ulpien, de Gaius et de Modestin, ainsi qu'à la doctrine des juristes qu'ils citent, pourvu qu'on puisse vérifier ces citations sur les originaux. En cas de désaccord entre ces auteurs, le juge devait suivre l'opinion défendue par la majorité, et s'il y avait partage égalitaire, la doctrine de Papinien devait l'emporter, de sorte que s'il ne s'était pas prononcé sur ce point, le juge était libre de décider.³⁷

C'est donc aux juristes romains classiques que revient le mérite d'avoir découvert, interprété et perfectionné, pour la première fois, les institutions juridiques les plus importantes qui rendent possible la vie en société ; et, comme nous le verrons, ils ont reconnu l'existence et compris les principes essentiels du contrat de dépôt irrégulier, ils ont défini leur contenu et leur nature comme nous les avons exposés dans les paragraphes précédents. Le contrat de dépôt irrégulier n'est pas une création intellectuelle sans contact avec la réalité ; c'est une exigence logique de la nature humaine manifestée dans de multiples actes d'interaction et de coopération sociale ; elle se matérialise en une série de principes qu'on ne peut pas violer sans provoquer de très graves conséquences affectant les relations humaines. La grande importance du droit, considéré dans son aspect évolutif, découvert et débarrassé de ses vices de logique par les experts en droit, est liée au fait qu'il est le guide automatique orientant le comportement humain, même si son caractère abstrait empêche, le plus souvent, les hommes d'identifier ou de comprendre la fonction complète et spécifique de chaque institution juridique. On n'a pu comprendre les lois des processus sociaux et, dans une certaine mesure, le rôle des différentes institutions juridiques dans la société que très tardivement et essentiellement grâce à la Science Economique. Précisément, l'un des buts de ce livre est d'analyser, du point de vue économique, les conséquences sociales de la violation des principes universels du droit concernant le contrat de dépôt irrégulier de monnaie ; nous analyserons, donc, à partir du chapitre IV une institution juridique (le contrat de dépôt bancaire de monnaie), du point de vue de la théorie économique.

La connaissance des principes universels du droit, que découvrirent les juristes romains, est possible de nos jours grâce à l'oeuvre de compilation de l'empereur Justinien, qui réalisa, dans les années 528-533 ap. J.-C., un énorme travail de codification des principaux apports de la jurisprudence romaine classique, qu'il réunit en quatre livres (les *Institutions*, le *Digeste*, le *Code* ou *Codex* et les *Novelles*), connus, depuis l'édition de Dionisio Godofredo, sous le nom de *Corpus iuris civilis*.³⁸ Les *Institutions* sont une oeuvre fondamentalement destinée à la formation des étudiants, et rédigée sur la base des *Institutions* de Gaius. Les *Digesta* ou *Pandectae*, sont une compilation jurisprudentielle de textes

³⁷ Cette force légale est acquise pour la première fois dans une constitution de l'an 426, connue sous le nom de Loi des Citations, de Théodose II et Valentinien III. Voir Francisco Hernández-Tejero Jorge, *Lecciones de derecho romano*, op. cit., p. 3.

³⁸ *Corpus iuris civilis*, édition de Dionisio Godofredo, Genève 1583.

classiques, contenant plus de neuf mille fragments d'oeuvres de divers juristes prestigieux. Les fragments d'Ulpien, qui représentent le tiers du *Digeste*, ceux de Paul, de Papinien et de Julien, prévalent sur ceux des autres juristes, au total trente neuf spécialistes de droit romain classique. On trouve dans le *Codex* les lois et les constitutions impériales présentées par ordre chronologique (équivalent du concept actuel de législation), et le *Corpus* se termine par les *Novelles* ou *Novellae*, qui contiennent les dernières constitutions impériales, postérieures au *Code*.³⁹ Après cette petite introduction, nous allons examiner maintenant comment les juristes romains classiques ont conçu l'institution du dépôt irrégulier de monnaie, l'ont considérée comme une catégorie particulière de dépôt avec les caractéristiques essentielles de celui-ci et l'ont distinguée d'autres contrats de nature radicalement différente, comme le *mutuum* ou prêt.

Le contrat de dépôt irrégulier en droit romain

Le contrat de dépôt est traité au titre III du livre XVI du *Digeste*, intitulé « De l'action de dépôt, directe ou contraire » (*Depositum vel contra*). Ulpien commence par préciser que le « dépôt est ce qu'on a donné à quelqu'un pour qu'il le garde ; il est ainsi nommé en raison de ce qui se *pose*, parce que la préposition *de* augmente le sens à celui de dépôt, pour démontrer qu'on confie à cette personne tout ce qui fait partie de la *garde* de la chose. »⁴⁰ Ce dépôt peut être régulier, quand il concerne un corps certain, ou dépôt irrégulier, s'il concerne

³⁹ Justinien ordonna qu'on fasse les modifications nécessaires sur les matériels compilés, afin d'adapter le droit aux circonstances de son époque et le rendre le plus parfait possible. On appelle ces modifications, ces corrections et ces suppressions des *interpolations* ; on les a appelées aussi *emblemata Triboniani* ou tribonianismes, en raison de leur attribution à Tribonien, responsable de la compilation. Il existe toute une discipline consacrée à l'étude de ces interpolations, à la découverte de leur contenu par la confrontation de textes, l'analyse logique, l'étude d'anachronismes e langage, etc. ; elle a permis de découvrir qu'un bon nombre d'entre elles sont même postérieures à l'époque justinienne. Voir Francisco Hernández-Tejero Jorge, *Lecciones de derecho romano*, op. cit., pp. 50-51.

⁴⁰ Ulpien, de Tyr (Phénicie), fut l'assesseur d'un autre grand juriste, Papinien, et, avec Paul, membre assesseur, sous Alexandre Sévère, du *concilium principis* et du *praefectus praetorio* ; il mourut assassiné par les prétoriens en 228. Ce fut un auteur très fécond qui se distingua davantage par ses connaissances en littérature juridique que par sa création personnelle. Bon compilateur et auteur au style clair, ses écrits sont particulièrement bien reçus dans les *Digesta* de Justinien, et forment leur noyau fondamental. Voir dans ce sens Juan Iglesias, *Derecho romano : instituciones de derecho privado*, op. cit., p. 58. La citation latine recueillie dans le texte principal est la suivante : " *Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur, praepositio enim de auget depositum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet.*" La traduction espagnole (ici traduite en français) que j'ai citée est celle du *Cuerpo de derecho civil romano : a doble texto, traducido al castellano del latino*, que l'on doit à Ildefonso García del Corral, et rééditée par Editorial Lex Nova, Valladolid, en 1988, en 6 volumes. Voir le volume 1, p. 831. A part celle-ci, il y a la remarquable traduction espagnole du *Digeste*, en trois volumes, d'Alvaro d'Ors, F. Hernández-Tejero, B. Fuentes Aca, M. García-Garrido et J. Murillo, publiée par Editorial Aranzadi à Pampelune en 1968, qui, tout en utilisant un langage plus clair et plus actuel que la traduction du siècle dernier d' Ildefonso L. García del Corral, est moins fidèle et n'a pas la fraîcheur et l'exactitude que García del Corral a su donner à la sienne qui, à notre avis, n'a pas encore été surpassée.

une chose fongible.⁴¹ En effet, grâce à Paul, nous prenons connaissance, dans le Livre XIX, titre III, numéro 31 du *Digeste*, de la différence entre le contrat de prêt ou *mutuum* et le contrat de dépôt de bien fongible ; Paul conclue que « si quelqu'un avait déposé de l'argent comptant, ne l'ayant remis dans un paquet ni fermé ni scellé, mais en le comptant, celui aux mains de qui il aurait été déposé ne doit rien d'autre que le paiement de la même quantité. »⁴² Autrement dit, il est clair que, dans le cas du dépôt irrégulier de monnaie, l'obligation est exclusivement limitée à la restitution du *tantundem*, c'est-à-dire de l'équivalent en quantité et qualité de ce qui a été initialement déposé.

De plus, pour chaque dépôt irrégulier de monnaie, on remettait à celui qui avait fait le dépôt un *certificat* ou *reçu* écrit. Nous le savons grâce à Papinien, qui évoquant, au livre XVI, titre III, paragraphe 24 du *Digeste*, un cas de dépôt irrégulier de monnaie, dit que « je te fais savoir par cette *lettre écrite de ma main*, pour que tu le saches, que j'ai en mon pouvoir les cent monnaies que tu m'as confiées et remises aujourd'hui par l'intermédiaire de l'esclave Stichus, administrateur ; lesquelles je te rendrai sur-le-champ, quand et où tu voudras ». Cette citation montre la disponibilité immédiate en faveur du déposant et comment celui-ci acquerrait un reçu ou certificat de dépôt irrégulier de monnaie, qui n'était pas seulement la preuve de sa qualité de titulaire, mais qu'il devait présenter au moment où il voudrait retirer son argent.⁴³ L'obligation essentielle des dépositaires est de maintenir constamment à la disposition des déposants le *tantundem* de ce qu'ils leur ont remis, de telle sorte que si, pour une raison quelconque, le dépositaire fait faillite, les dépositaires ont une préférence absolue, comme le souligne Ulpien (livre XVI, titre III, numéro 7, paragraphe 2

⁴¹ Cependant, comme l'indique Pasquale Coppa-Zuccari, l'expression *depositum irregolare* n'apparaît qu'avec Jason de Maino, un postglossateur du XV^e siècle, dont l'oeuvre a été publiée à Venise en 1513. Voir Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, op. cit., p. 41. Sur le traitement du dépôt irrégulier en droit romain, consulter tout le chapitre 1 de cet ouvrage important de Coppa-Zuccari, pp. 2-32. On trouve en Espagne un très bon traitement actualisé de la bibliographie concernant le dépôt irrégulier romain dans l'article de Mercedes López-Amor y García, intitulé "Observaciones sobre el depósito irregular romano", dans la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n° 74, année universitaire 1988-1989, pp. 341-359.

⁴² Il s'agit, en réalité, d'un épitomé ou résumé que fit Paul des *Digesta* d'Alfenus Varus. Alfenus Varus fut consul en 39 ap. J.-C. et l'auteur de quarante livres du *Digeste*. Paul, lui, fut disciple de Scévola et assesseur de Papinien, lorsque celui-ci était membre du conseil impérial sous Sévère et Caracalla. Homme d'une grande intelligence et d'une solide formation doctrinale, il fut l'auteur de nombreux écrits. La citation textuelle en latin est la suivante : "Idem iuris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam, neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita est, nisi tantundem pecuniae solvere." Voir Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano*, op. cit., vol. I, p. 963.

⁴³ Papinien, originaire de Syrie, fut Praefectus Praetorio à partir de l'an 203 et condamné à mort par l'empereur Caracalla en 212, pour s'être refusé à justifier l'assassinat de son frère Geta. Il partagea avec Julien l'honneur d'être le plus insigne des juristes romains, et, comme le dit Juan Iglesias, "il se signale, dans ses écrits, par sa perspicacité et son sens pratique que sert un style sobre" (*Derecho romano: Instituciones de derecho privado*, op. cit., p. 58). La version en latin de la citation du texte principal est la suivante: "centum numos, quos hac die commendasti mihi annumerante servo Sticho actore, esse apud me, ut notum haberes, hac epistola manu mes scripta tibi notum facio; quae quando volis, et ubi voles, confestim tibi numerabo." Ildefonso García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano*, op. cit., vol I, p. 840.

du *Digeste*) : « chaque fois que les banquiers sont en faillite, on a l'habitude de tenir compte en premier lieu des déposants, c'est-à-dire de ceux qui ont eu des quantités déposées, non pas celles qu'ils employaient à intérêt chez les banquiers, ou avec les banquiers, ou par eux-mêmes ; et ainsi donc si les biens avaient été vendus, on tient compte des déposants avant les privilèges, pourvu qu'on ne tienne pas compte de ceux qui ont reçu ensuite des intérêts, comme s'ils avaient renoncé au dépôt. »⁴⁴ L'énoncé de ce principe par Ulpien montre qu'on considérait l'encaissement d'intérêts incompatible avec le dépôt irrégulier de monnaie, et que, quand les intérêts étaient payés par les banquiers, cela se faisait sur la base d'un contrat tout à fait différent (dans ce cas, celui de *mutuum* ou prêt fait à un banquier, ou, comme on dit aujourd'hui, contrat de « dépôt » à terme).

Quant aux obligations du dépositaire, le *Digeste* (livre XLVII, titre II, numéro 78) mentionne expressément que celui qui reçoit une chose en dépôt et l'utilise autrement que ce pour quoi il l'a reçue, est passible de l'action de vol. Celse nous dit aussi dans le même titre (livre XLVII, titre II, numéro 67) que si on prend possession du dépôt pour frauder, on commet un vol. Paul définit le vol comme « l'appropriation frauduleuse d'une chose, pour réaliser un gain, soit de la chose même, soit aussi de son usage ou possession ; ce que la *loi naturelle* interdit de faire ».⁴⁵ On voit donc le droit romain englobait le type actuel du délit d'appropriation indue dans le type criminel du vol. Ulpien, faisant allusion à Julien, conclue aussi que « si quelqu'un avait reçu de l'argent de ma part, pour payer un de mes créanciers, et ensuite, devant lui aussi une autre somme au même créancier, l'avait payé en son nom, il commettait un vol » (*Digeste*, livre XLVII, titre II, numéro 52, paragraphe 16).⁴⁶

L'obligation de maintenir la disponibilité totale du *tantundem* est encore plus nette, de même que le délit de vol dans le cas où cette disponibilité n'est pas maintenue ; c'est ce qu'indique le *Code du Corpus iuris civilis*, livre IV, titre XXXIV, numéro 3 (sur « l'action de dépôt ») qui recueille la Constitution donnée en 239 sous le consulat de Gordien et d'Aviola ; il y est établi par l'empereur Gordien pour Austère que « si tu exerçais l'action de dépôt, tu ne réclamerais pas sans raison qu'on te paie aussi des intérêts, car le dépositaire doit t'être reconnaissant de ne pas le rendre responsable avec l'action de vol, puisque celui qui se serait servi pour son propre usage, contre la volonté de son propriétaire, sciemment et

⁴⁴ "Quoties foro cedunt numularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum, qui depositas pecunias habuerunt, non quas foenore apud numularios, vel cum numularios, vel per ipsos exercebant; et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito." Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano*, op. cit., vol. I, p. 837. Il faut noter que le terme employé ici pour désigner les banquiers n'est pas *argentarii* mais *numularii* qui survit dans l'espagnol d'aujourd'hui (*numulario* : " el que comercia o trata con dinero" (" celui qui commerce avec l'argent ")), *Diccionario de la Real Academia Española*, op. cit., p. 1030).

⁴⁵ "Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve; quod lege naturali prohibitum est admitttere." Voir Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano*, op. cit., tome III, p. 645.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 663.

volontairement, de la chose déposée se rend aussi coupable du délit de vol. »⁴⁷ Un peu plus bas, au paragraphe 8, on contemple concrètement le cas où le dépositaire utilise pour son propre bénéfice l'argent qu'on lui a remis, en le prêtant à d'autres personnes ; on insiste sur le fait que cet agissement viole le principe de garde et qu'il est passible aussi bien de l'action d'intérêt que de l'action de vol, mentionnée dans la constitution de Gordien : « Si celui qui a reçu de l'argent déposé par toi, l'a donné en mutuum en son propre nom, ou au nom d'un autre, il est certain qu'aussi bien lui-même que ses successeurs sont obligés d'accomplir leur engagement. »⁴⁸ En somme, on reconnaît la tentation qui assaille souvent ceux qui reçoivent de l'argent en dépôt, de l'utiliser pour leur propre compte ; elle est reconnue expressément dans un autre passage du *Corpus iuris civilis* (*Novelles, Constitution LXXXVIII*), où on affirme qu'il faut sanctionner correctement, pas seulement par l'action de vol, mais aussi par le paiement d'intérêts moratoires, « pour qu'à cause de cette crainte, les hommes cessent de se comporter, à l'occasion des dépôts, avec malignité, et de façon inepte et perverse. »⁴⁹

Il faut remarquer que les juristes romains ont établi que l'inaccomplissement de l'obligation de restitution immédiate de la part du dépositaire non seulement révélait la commission *antérieure* d'un délit de vol, mais aussi créait l'obligation de payer des intérêts moratoires. Ainsi, Papinien établit que « celui qui a investi pour lui l'argent qu'on lui avait remis en dépôt dans un paquet non scellé, pour qu'il restitue une quantité équivalente, doit être condamné, après le retard,⁵⁰ également aux intérêts, par l'action de dépôt. » Ce principe, de pleine justice, est celui qui explique le phénomène – étudié plus en détail dans le prochain chapitre- du *depositum confessatum* ; il consistait à utiliser, au Moyen Age, le dépôt irrégulier pour contourner l'interdiction canonique de percevoir des intérêts. On déguisait en dépôts des contrats, en réalité, de prêt ou mutuum, ce qui permettait, par le biais d'un retard délibéré, de percevoir des intérêts qui n'auraient pas été autorisés, s'il était apparu dès le début qu'il s'agissait d'un contrat de prêt ou mutuum.

Enfin, les juristes romains comprirent la différence essentielle entre le contrat de prêt ou mutuum et le contrat de dépôt irrégulier de monnaie ; on en trouve un exemple dans le *Digeste*, livre XVI, titre III, numéro 26 (extrait dû à Paul), et également dans les extraits d'Ulpien recueillis au livre XII, titre I, paragraphe 9, numéro 9 et paragraphe 10. Cependant, l'affirmation la plus nette

⁴⁷ "Si depositi experiaris, non immerito etiam usuras tibi restitui flagitabis, quum tibi debeat gratulari, quod furti eum actione non facias obnoxium, siquidem qui rem depositam invito domino sciens prudensque in usus suus converterit, etiam furti delicto succedit." Voir Ildefonso García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano*, op. cit., tome IV, p. 490.

⁴⁸ "Si is, qui depositam a te pecuniam accepit, eam suo nomine vel cuiuslibet alterius mutuo dedit, tam ipsum de implenda suscepta fide, quam eius successores teneri tibi, certissimum est." Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano*, op. cit., tome IV, p. 491.

⁴⁹ "Ut hoc timore stultorum simul et perversorum maligne versandi cursum in depositionibus homines cessent." Comme on le voit, l'usage pervers, que faisaient les dépositaires de l'argent de leurs déposants, avait déjà été mis en évidence. Voir Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano*, op. cit., tome IV, pp. 310-311.

⁵⁰ "Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus propios convertit, post moram in usuras quoque iudicio depositi condemnatus est." Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano*, op. cit., tome I, p. 841.

en ce sens est aussi d'Ulpien et se trouve dans le Digeste, livre XLII, titre V, paragraphe 24, numéro 2 ; Ulpien y conclue expressément que « prêter est une chose et faire un dépôt en est une autre », et il établit que « lors de la vente des biens d'un banquier, ceux qui ont fait un dépôt en banque en se fiant à la notoriété publique doivent bénéficier d'un traitement préférentiel, après les privilèges. Mais on ne distingue pas des autres créanciers ceux qui ont reçu, de la part des banquiers, des intérêts pour l'argent déposé ; et, à juste titre, car prêter est une chose et faire un dépôt en est une autre. »⁵¹ On voit donc, dans ce paragraphe d'Ulpien, que les banquiers faisaient deux types d'opérations différentes. D'une part, ils recevaient des dépôts, auquel cas on n'avait pas droit à des intérêts, et ils avaient alors l'obligation de maintenir constamment l'intégralité du *tantundem* à la disposition des déposants ; ceux-ci bénéficiaient d'un droit privilégié absolu en cas de banqueroute. Et, d'autre part, ils prêtaient aux banquiers (contrat de prêt ou *mutuum*), opération qui engendrait, pour le banquier, l'obligation de payer des intérêts aux prêteurs, qui ne bénéficiaient d'aucun privilège en cas de banqueroute. La netteté de la distinction que fait Ulpien entre les deux contrats et la justesse de ses solutions dans les divers cas sont remarquables.

Les principes juridiques universels qui règlent le contrat de dépôt irrégulier de monnaie avaient donc déjà été découverts et analysés par les juristes romains classiques, ce qui est naturel à une époque de développement d'une économie commerciale et financière, dans laquelle les banquiers jouaient un rôle très important. Puis, ces principes sont passés, par la suite, dans les compilations médiévales de différents pays européens, et en particulier dans les espagnoles ; et cela malgré l'involution importante qu'a supposé la chute de l'Empire Romain du point de vue économique et financier, et l'avènement du Moyen Age. Ainsi, *Las Partidas* (Loi II, Titre III, Partida V) disposent que celui qui reçoit des marchandises pour le compte d'un autre accepte un dépôt irrégulier qui lui transmet leur propriété, mais l'oblige, en échange, et selon ce que stipule l'acte correspondant, à restituer au déposant les marchandises ou la valeur signalée dans le contrat de toutes celles qui auraient disparu pendant la durée du dépôt, soit qu'elles aient été vendues avec l'autorisation du premier propriétaire, ou pour une raison imprévue.⁵² Le *Fuero Real* (Loi V, Titre XV,

⁵¹ "In bonis mensularii vendendis post privilegia potiore eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Sed enim qui depositis numis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non separantur; et merito, aliud est enim credere, aliud deponere." Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano*, op. cit., tome III, p. 386. Papinien, lui, considère qu'en cas d'inaccomplissement de la part du dépositaire, on pourra se servir, pour rendre le dépôt, non seulement de l'argent déposé se trouvant parmi les biens du banquier, mais de tous les biens du fraudeur, "dont le privilège s'exerce non seulement sur la quantité d'argent déposé se trouvant parmi les biens du banquier, mais sur tous les biens du fraudeur ; et cela est admis pour raison d'utilité publique à cause de la nécessité du recours aux banquiers. Mais la cause de la dépense faite par nécessité prévaut toujours, parce que le calcul des biens se fait après l'avoir déduite." Ce principe de la responsabilité illimitée des banquiers se trouve dans le *Digeste*, livre XVI, titre III, paragraphe 8.

⁵² Dans *Las Partidas*, on appelle les dépôts *condesijos*, et on peut lire dans la loi II que "el señorío de la tenencia de la cosa, que es dada en guarda, no pasa a aquel que la recibe, fuera de aquellas que se pueden contar, o pesar o medir cuando las recibiese si cuando las recibiese le fuese dado por cuento, o por peso o por medida, pasaría el señorío a él. Pero sería tenuto de dar aquella cosa, u otro tanto: y tal como aquello que recibió al que se lo dio en guarda" (la propriété de la

Livre III), aussi, distingue la remise « de quelques argents comptés, ou de l'or ou de l'argent en lingots » reçus d' « un autre en dépôt, au poids », auquel cas « celui qui l'a reçu peut bien en user et donner l'équivalent à celui de qui il l'avait reçu » de la remise « sous fermeture et non en comptant ou au poids », auquel cas « il ne doit pas oser s'en servir, et, s'il le faisait, qu'il paie le double à celui de qui il le tenait ». ⁵³ On voit donc que nos Codes médiévaux distinguent nettement le dépôt régulier de corps certain et le dépôt irrégulier de monnaie et affirment que, dans le second cas, il y a transfert de la propriété ; et cela, même si, sans doute à cause de l'influence croissante du *depositum confessatum*, ils ne retiennent pas les nuances importantes du *Corpus iuris civilis*, qui précise que, même s'il y a « transfert » de la propriété, l'obligation de garde subsiste, et, avec elle, l'obligation de tenir constamment à la disposition du déposant l'équivalent (*tantundem*) en quantité et qualité de la chose déposée.

On peut donc conclure que la tradition juridique romaine définit correctement l'institution du dépôt irrégulier de monnaie avec ses principes et les différences essentielles la distinguant d'autres institutions ou contrats juridiques, comme le prêt ou *mutuum*. Nous verrons, dans le prochain chapitre, comment les principes essentiels des interactions humaines concernant le dépôt irrégulier de monnaie et, en particulier, les droits de disponibilité et de propriété qu'il implique se sont progressivement corrompus au cours des siècles sous l'action combinée de banquiers et gouvernants ; nous verrons quelles sont les raisons et les circonstances qui ont permis cet état de choses. Nous étudierons au chapitre III les diverses tentatives juridiques faites pour protéger légalement les contrats qui ont été admis, contrairement aux principes traditionnels du droit ; enfin nous nous intéresserons, à partir du chapitre IV, aux conséquences économiques que tout cela a engendré.

chose qui est donnée en garde ne passe pas, quand il la reçoit, à celui qui la reçoit, sauf pour les choses que l'on peut compter ou peser ou mesurer; si, quand il les reçoit, on les lui donnait comme quantités comptées ou pesées ou mesurées, la propriété lui serait transmise. Mais il serait tenu de donner cette même chose ou l'équivalent : et dans le même état que ce qu'il a reçu, à celui qui le lui a donné en garde). Le charme et la clarté de la rédaction de ce texte de *Las Partidas* est remarquable. Voir *Las Siete Partidas*, glosées par le licencié Gregorio López, publiées en édition facsimil par le Boletín Oficial del Estado, Madrid 1985, vol. III, 5^o Partida, titre III, loi II, pp. 7-8.

⁵³ Voir l'allusion de Juan Roca Juan au *Fuero Real* dans son article sur "El depósito de dinero", dans *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, op. cit., tome XXII, vol. I, p. 249.