

44807

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

DE 6452
ADIN.

FACULTÉ DE DROIT

L' OBLIGATION DE GARDE DANS LE DROIT ROMAIN DES CONTRATS

Tome 3

Dissertation présentée en vue de
l'obtention du grade de docteur
en droit par René ROBAYE

827758020300

1987

CHAPITRE VI. LE COMMODAT

SECTION 1. LA RESPONSABILITE DU COMMODATAIRE DANS LES INSTITUTES DE GAIUS

Une recherche relative à la responsabilité contractuelle du commodataire à l'époque classique doit partir des passages des Institutes où Gaius traite de la légitimation active à l'*actio furti* ⁽¹⁾. Il s'agit, pour l'objet de ce chapitre, d'un point de départ intéressant à plusieurs titres. D'abord parce que les Institutes échappent en principe à tout soupçon d'intervention des compilateurs de Justinien et peuvent nous éclairer de façon relativement sûre quant au droit applicable au II^e siècle, ensuite parce que le commodat est un des contrats dont Gaius parle le plus clairement, enfin parce que la majorité de la doctrine veut y trouver la preuve, non seulement que le commodataire *praestat custodiam*, mais qu'en plus la *custodia* est bien un critère de responsabilité objective.

Gaius commence par poser en principe que l'*actio furti* contre le voleur n'est pas nécessairement attribuée au propriétaire, mais à celui qui a un intérêt prééminent à ce que la chose ne soit pas volée, et qui peut bien entendu être le propriétaire.

III, 203 : *Furti autem actio uel ei competit cuius interest rem saluam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit quam si eius intersit rem non perire.*⁽²⁾

⁽¹⁾ Gaius, III, 203-207.

⁽²⁾ Gaius, III, 203. Trad. : "L'action de vol appartient à celui-là même auquel il importe que la chose soit intacte, même s'il n'est pas propriétaire. C'est pourquoi elle n'appartient au propriétaire que s'il est de son intérêt que la chose ne périsse pas."

En application de ce principe, Gaius, dans le paragraphe suivant, accorde l'action de vol au créancier gagiste plutôt qu'au débiteur, bien que celui-ci reste propriétaire de la chose.

III, 204 : *Unde constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse, adeo quidem ut quamvis uel ipse dominus (id est ipse debitor) eam rem subriperit, nihilo minus creditori competat actio furti.*⁽³⁾

Le créancier, nous l'avons vu⁽⁴⁾, a un double intérêt à la conservation de la chose, d'abord parce qu'elle est la sûreté de sa créance, ensuite parce qu'il risque de voir sa responsabilité engagée en cas de non-restitution du gage. Le débiteur a, lui, un intérêt moindre du fait de son recours contre le créancier par l'action *pigneraticia directa*.

L'application par Gaius du principe de l'intérêt ("*cuius interest rem saluam esse*") au créancier gagiste montre que la légitimation active à l'*actio furti* trouve son fondement dans cet intérêt, sans qu'on puisse en conclure que le critère de responsabilité applicable au créancier soit la *custodia*. Car Gaius lui donne l'action du vol même contre le débiteur, qui ne peut évidemment pas, s'il a volé le gage, invoquer la responsabilité du créancier pour non-restitution. La légitimation active à l'*actio furti* n'est pas une preuve de la *custodia* technique.

Le même principe est ensuite appliqué par Gaius au *fullo* et au *sarcinator*, qui reçoivent également l'*actio furti* en lieu et place du propriétaire⁽⁵⁾. Enfin, dans le paragraphe suivant, la situation du commodataire est assimilée à celle du *fullo* et du *sarcinator* :

⁽³⁾ Gaius, III, 204. Trad. : "Il en résulte que le créancier peut exercer cette action si le gage lui a été soustrait, à tel point que même si la chose a été soustraite par le propriétaire lui-même (c'est-à-dire le débiteur), le créancier n'en reçoit pas moins l'action de vol."

⁽⁴⁾ Voir le chapitre V, section 2.

⁽⁵⁾ Gaius, III, 205.

III,206 : *Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum cui rem commodauimus; nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hi quoque utendo commodum percipiendo similiter necesse se habent custodiam praestare.*⁽⁶⁾

L'assimilation porte précisément sur l'attribution de l'*actio furti* et sur la responsabilité pour *custodia*, sans que la première implique nécessairement la seconde. *Fullo*, *sarcinator* et *commodataire*, les premiers parce qu'ils sont payés, le dernier parce qu'il utilise la chose, répondent de la *custodia* et peuvent recevoir l'*actio furti*.

L'exemple cité plus haut du créancier gagiste montre cependant que l'attribution de l'*actio furti* n'implique pas nécessairement la *custodia* technique dans le chef de son bénéficiaire. De même, c'est aller trop loin que de conclure, comme le fait PASTORI sur base du texte de Gaius, que le débiteur est responsable "s'il a perdu la disponibilité de la chose à la suite du vol, même survenu sans faute de sa part"⁽⁷⁾. Gaius ne dit rien de tel dans les Institutes.

Il est assez étonnant de constater que nombre d'auteurs tirent de ces paragraphes des conclusions qui vont bien au-delà de ce que Gaius déclare. Ainsi, pour V. ARANGIO-RUIZ, si Gaius déclare que le foulon, le tailleur et le commodataire sont tenus "per il solo fatto che la cosa sia stata rubata presso di loro, l'indagine eventuale del giudice dovrà limitarsi ad accertare questo punto di fatto, e cio vuol dire che la loro responsabilità è obiettiva. E non basta : se a questo criterio di responsabilità si contrappone soltanto, nell'

⁽⁶⁾ Gaius, III, 206. Trad. : "Ce que nous avons dit du foulon et du tailleur, transposons-le à celui à qui nous prêtons une chose; car de même que ceux-ci, qui reçoivent un salaire, répondent de la garde, de même ces derniers, qui se servent de la chose prêtée, doivent également répondre de la garde." La *custodia* dont il est question dans ce texte paraît être un critère de responsabilité et non une simple garde matérielle, du fait que Gaius, dans le § 207 qui suit immédiatement, oppose à la *custodia* du commodataire le dol du dépositaire.

⁽⁷⁾ F. PASTORI, *Il comodato...*, p. 188.

ipotesi del depositario, il criterio subiettivo del dolo, ciò vuol dire che a pensiero di Gaio non si presentava (almeno come istituto normale) quel termine medio della responsabilità subiettiva per colpa, che nel diritto attuale (e, come già sappiamo dagli esempi che ne abbiamo visti, anche nel diritto romano postclassico) occupa nel sistema della responsabilità contrattuale il posto d'onore"⁽⁸⁾.

La seconde affirmation, selon laquelle il n'y a que l'alternative dol-*custodia* en droit romain classique, peut être combattue facilement. Ce n'est pas parce que Gaius affirme, d'une part que le commodataire est responsable pour *custodia* (III, 206), et d'autre part que la responsabilité du dépositaire est limitée au dol (III, 207), que l'on peut tirer la conclusion que la responsabilité des autres détenteurs de la chose d'autrui ne peut être liée qu'au dol ou à la *custodia*. Si Gaius ne mentionne ici que le dol et la *custodia*, c'est tout simplement parce qu'il ne parle que du dépositaire et du commodataire. L'affirmation d'ARANGIO-RUIZ est contraire à la logique et contredite par de très nombreux textes qui mentionnent la *culpa*.

Quant à la première affirmation, selon laquelle le commodataire est responsable par le seul fait de la non-restitution sur base d'une "responsabilité objective" interdisant au juge d'aller au-delà de l'examen de ce seul fait, Gaius n'en dit manifestement pas un mot. Le contraire n'est bien entendu pas plus établi, et la seule conclusion à retenir est que ces passages des Institutes ne précisent pas l'étendue du critère de responsabilité.

On peut cependant croire que la non-restitution n'entraîne pas à elle seule la condamnation du débiteur : nous l'avons vu pour le *fullo* et le *sarcinator* ⁽⁹⁾, et même pour le transporteur maritime, dont la responsabilité est une des plus sévères sur base du *receptum*

⁽⁸⁾ V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale* ..., p. 72.

⁽⁹⁾ Voir le chapitre IV, section 2, § 2.

(10) et qui, pourtant, peut invoquer la force majeure pour échapper à la condamnation, du moins à partir de Labéon.

Gaius, lorsqu'il traite de la légitimation active à l'*actio furti*, ne peut ignorer le rôle libératoire joué par la force majeure. Il devrait donc, pour la clarté de l'exposé, préciser que le commodataire (comme le *fullo* et le *sarcinator*) reçoit l'*actio furti* en cas de non-restitution de la chose, "sauf cas de force majeure". Pourquoi ne la mentionne-t-il pas ? Il serait trop facile de répondre qu'il s'agit là d'une évidence, car les Institutes en comptent beaucoup, ce qui est normal pour un livre d'initiation, destiné avant tout à l'enseignement du droit. On objectera que Gaius n'a pas à mentionner la force majeure dans la mesure où il ne traite que de la légitimation active à l'*actio furti*. Il est vrai que le vol simple ne peut pas être rangé parmi les événements "*cui resisti non potest*", mais il peut avoir été rendu possible par un cas de force majeure susceptible de dégager la responsabilité du commodataire. On peut imaginer qu'un commodataire, surpris par l'incendie de sa maison, évacue un objet reçu en prêt en même temps que ses propres biens, mais qu'un tiers mal intentionné profite ensuite de ce que le commodataire pare au plus pressé, pour lui voler l'objet prêté. Dans cette hypothèse, il est vraisemblable que le juge tiendra compte de l'incendie, *cui resisti non potest*, pour dégager la responsabilité du commodataire, bien que la non-restitution trouve sa cause immédiate dans le vol. Si vraiment la *custodia* était une responsabilité objective entraînant la condamnation du débiteur indépendamment de son comportement dans le cas d'espèce, le minimum serait de préciser que cette règle ne vaut que sauf cas de force majeure.

Si par contre la *custodia* est, comme nous le croyons, une *culpa in custodiendo*, le silence de Gaius se comprend aisément. Il n'est pas nécessaire, lorsqu'on dit que le débiteur reçoit l'*actio furti*, d'ajouter que cette action lui est donnée "sauf cas de force majeure" : s'il y

(10) Voir le chapitre II, section 2, § 3.

a *culpa*, le commodataire, comme le montrent les textes⁽¹¹⁾, est responsable, qu'il y ait ou non force majeure. Voilà pourquoi Gaius n'en parle pas à cet endroit de son exposé.

La légitimation active à l'*actio furti* est d'ailleurs clairement analysée dans le cadre de la *culpa* par Ulpien, dans

D. 47, 2, 14, 10 in fine (ULP.) : *Neque enim, inquit, is, cuiuscumque intererit rem non perire, habet furti actionem, sed qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit: quam sententiam Celsus quoque libro duodecesimo digestorum probat.*⁽¹²⁾

D'après Ulpien, le commodataire ne reçoit l'*actio furti* contre le voleur que si la chose reçue en prêt a été volée par sa faute. Le texte est très clair. F. PASTORI⁽¹³⁾, faisant preuve d'une distraction aussi surprenante que celle que les partisans de la *custodia* objective reprochent aux compilateurs, ne dit rien de ce texte⁽¹⁴⁾. Les autres partisans de la même thèse considèrent évidemment qu'il y va d'une interpolation, comme dans

D. 47, 2, 14, 12 (ULP.) : *Quod si conduxerit quis, habebit furti actionem, si modo culpa eius subrepta sit res.*⁽¹⁵⁾

⁽¹¹⁾ Voir infra.

⁽¹²⁾ D.47,2,14,10 in fine (ULP.). Trad. : "L'action de vol, déclare-t-il, est accordée, non à celui qui a intérêt à ce qu'elle ne disparaisse pas, mais à celui qui est tenu à cause d'elle, si la chose vient à périr par sa faute. Et Celse approuve cette opinion au livre 12 *Digestorum*.

⁽¹³⁾ F. PASTORI, *Il commodato...*,

⁽¹⁴⁾ J. PARIS, lui, mentionne D.47,2,14,10, sans parler de son contenu (*La responsabilité de la custodia* ..., p. 64).

⁽¹⁵⁾ D.47,2,14,12 (ULP.). Trad. : "Si quelqu'un est locataire, il recevra l'action de vol, du moins si la chose a été volée par sa faute."

où Ulpien, à propos de la *locatio-conductio*, lie également l'attribution de l'*actio furti* à la responsabilité pour *culpa*.

V. ARANGIO-RUIZ, par exemple, trouve qu'il est inutile d'insister sur la "situation comique" du débiteur qui serait obligé de démontrer sa faute pour obtenir l'*actio furti*, "con la conseguenza che, se il ladro riesca comunque a dimostrare la propria innocenza, o se il condannato non possa pagare, il disgraziato attore si sarà adattata con le sue mani la corda che il locatore potrà stringergli intorno al collo"⁽¹⁶⁾. L'image est jolie. Pour le reste, au risque de paraître manquer de sens de l'humour, nous avouons ne pas voir ce que ces textes ont de "comique". Le débiteur n'a évidemment pas à prouver sa faute pour obtenir l'*actio furti*. Ce n'est pas la faute du débiteur qui est la condition de la légitimation active à l'*actio furti*, mais bien sa condamnation, elle même due à une non-restitution fautive de la chose. Les rapports entre débiteur et propriétaire de la chose vont se régler comme suit. Poursuivi par le propriétaire pour non-restitution de la chose^(16bis), le débiteur va essayer de prouver, non sa faute, mais très précisément le contraire : son absence de faute, car son but n'est pas d'obtenir d'*actio furti*, mais d'échapper à la condamnation. S'il y arrive, le propriétaire pourra ultérieurement, le cas échéant, agir lui-même contre le voleur. Dans le cas contraire, le débiteur est condamné à des dommages-intérêts et reçoit, en compensation pourrait-on dire, l'*actio furti*. Ulpien ne dit rien d'autre, et cette interprétation de D. 47, 2, 14, 10 et 12, outre l'avantage de ne pas invoquer une interpolation que rien d'objectif ne justifie⁽¹⁷⁾,

(16bis) C'est vraisemblablement l'hypothèse qu'avait en vue Ulpien. On ne peut en conclure cependant que le commodataire doit avoir été condamné (ou être poursuivi par le commodant) pour être autorisé à agir contre le voleur. En pratique, s'il y a vol, il est opportun d'agir le plus rapidement possible contre les suspects. Le commodataire a un intérêt personnel à l'*actio furti* dès l'instant où sa responsabilité pourrait être engagée.

(17) C. CANNATA, prudent, estime que les mots "*quod ea res culpa eius perierit*" sont "probablement" interpolés, sans pouvoir justifier l'intervention des compilateurs sinon par un prétendu "angle de vue différent" entre ces mots et le début du texte (*Ricerche sulla responsabilità contrattuale* ..., p. 43).

respecte parfaitement la leçon des Institutes de Gaius, à condition bien sûr de ne pas faire de lui l'avocat d'une théorie préétablie.

Un autre argument invoqué pour établir que la *custodia* est chez Gaius un critère de responsabilité objective, se fonde sur la comparaison entre Gaius, III, 206 et le passage correspondant des Institutes de Justinien :

Gaius, III, 206 : *Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum cui rem commodauimus; nam ut illi mecedem capiendo custodiam praestant, ita hi quoque utendo commodum percipiendo similiter necesse se habent custodiam praestare.*⁽¹⁸⁾

I. 4, 1, 16, (18) : *Quae de fullone et sarcinatore diximus, eadem et ad eum cui commodata res est transferenda ueteres existimabant : nam ut illi fullo mercedem accipiendo custodiam praestat, ita is quoque, qui commodum utendi percipit, similiter necesse habet custodiam praestare.*⁽¹⁹⁾

Pour beaucoup, les différences entre ces deux textes témoignent d'une divergence fondamentale à propos du même critère formel de responsabilité exprimé par *custodiam praestare*. Ainsi, F. PASTORI, tout en reconnaissant que *custodiam praestare* a, dans I. 4, 1, 16 "lo stesso significato che l'espressione assume nel testo gaiano", ajoute que les mots "*ueteres existimabant*" "fanno pensare che il contesto gaiano sia stato riferito da Giustiniano a guisa di rievocazione storica, ben comprensibile in un' opera istituzionale : tale è il rilievo che il testo ha nella compilazione"⁽²⁰⁾. De même, pour J. PARIS, "il s'agit là simplement

⁽¹⁸⁾ Gaius, III, 206. Trad. : voir note 6.

⁽¹⁹⁾ I.4,1,16 (18). Trad. : "Ce que nous avons dit du foulon et du tailleur peut, d'après l'opinion des anciens, être transposé au commodataire; car de même que le foulon, qui reçoit un salaire, répond de la garde, de même celui-ci, qui se sert de la chose prêtée, doit également répondre de la garde."

⁽²⁰⁾ F. PASTORI, *Il commodato* ..., p. 205.

d'une réminiscence historique; Justinien indique nettement qu'à son époque l'état du droit a changé, que la responsabilité du commodataire n'a plus la même portée : "*sed nostra prouidentia etiam hoc in decisionibus nostris emendauit*" (21).

Qu'il y ait eu une évolution est incontestable ("*nostra prouidentia hoc emendauit*"), mais la question est de déterminer l'objet précis du changement opéré par Justinien. L'attitude de PASTORI, qui ne cite pas cette phrase, et de PARIS, qui n'en mentionne que le début, est assez surprenante, car Justinien dit très clairement :

I. 4, 1, 16, (18) : *Sed nostra prouidentia etiam hoc in decisionibus nostris emendauit, ut in domini sit uoluntate, siue commodati actionem aduersus eum qui rem commodatam accepit mouere desiderat, siue furti aduersus eum qui rem subripuit, et alterutra earum electa dominum non posse ex paenitentia ad alteram uenire actionem.*(22)

d'où il résulte clairement que l'intervention des compilateurs porte, non sur le critère de responsabilité applicable au commodataire, mais sur la question délicate du concours (pour le commodant) entre l'*actio furti* (contre le voleur) et l'*actio commodati* (contre l'emprunteur). Alors qu'à l'époque de Gaius, si l'on en croit ses Institutes, le recours contre le voleur appartient au commodataire, le propriétaire ne pouvant agir que contre ce dernier par l'*actio commodati*, Justinien modifie cette règle en permettant au propriétaire soit d'agir contre le voleur par l'*actio furti*, soit d'exercer un recours contre le commodataire par l'*actio commodati* (23). Il n'y a donc pas lieu de prétendre, sur base de cette comparaison, que le

(21) J. PARIS, *La responsabilité de la custodia* ..., p. 108, n. 2. Dans le même sens, voir également G. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore* ..., p. 81, n. 1.

(22) I.4,1,16 (18). Trad. : voir note 33.

(23) Il va de soi que si le propriétaire, en connaissance de cause, a préféré intenter l'*actio furti* et obtient la condamnation du commodataire, ce dernier doit recevoir l'*actio furti* pour agir, le cas échéant, contre le voleur (voir infra).

critère de responsabilité appliqué par Gaius au commodataire a été modifié par les compilateurs.

Les conclusions qu'il est possible de tirer de la seule lecture des Institutes doivent être dictées par la prudence et ne peuvent aller au-delà de ce qu'enseigne Gaius. Celui-ci nous apprend que le commodataire répond de la *custodia* parce qu'il reçoit l'usage de la chose, et que pour cette raison, il reçoit l'*actio furti* à la place du propriétaire. Gaius ajoute que le dépositaire, par contre, ne répond pas de la *custodia* du fait qu'il est responsable seulement s'il commet un dol, et que pour cette raison, il ne reçoit pas l'*actio furti* qui est donnée au propriétaire.

On peut, de cet enseignement, tirer les conclusions suivantes.

- Le fait que le dol du dépositaire soit comparé à la *custodia* du commodataire permet de considérer que la dernière, comme le premier, est bien un critère de responsabilité et ne vise pas (ou pas seulement) une simple activité matérielle.
- Le commodataire, le *fullo* et le *sarcinator* répondent de la *custodia* technique, mais non le dépositaire.
- Le débiteur qui répond de la *custodia* reçoit l'*actio furti*, de préférence au propriétaire, et ne la reçoit que s'il est solvable.

Malgré la tentation qui anime beaucoup d'auteurs de trouver chez Gaius des arguments à l'appui d'une thèse qui reste à démontrer, on ne peut tirer les conclusions suivantes, d'ailleurs généralement fondées sur le silence du juriste.

- "Du fait que Gaius ne mentionne que le dol et la *custodia*, il ne peut exister, en droit romain classique, d'autre critère de responsabilité". Ce point n'est pas établi, d'abord parce que Gaius ne traite pas ici la thèse de la responsabilité contractuelle, mais la question de la légitimation active à l'*actio furti*. De plus, si Gaius ne mentionne que le dol et la *custodia*, c'est, nous l'avons dit, parce qu'il ne parle que du commodataire et du dépositaire⁽²⁴⁾. Le fait que l'Yser et l'Escaut traversent notre pays n'implique pas qu'ils soient les seuls à le faire.

- "Un débiteur qui reçoit l'*actio furti* de préférence au propriétaire répond de la *custodia*". Gaius ne dit rien de tel, mais seulement l'inverse. Rien ne permet d'exclure qu'un débiteur qui ne répond que de la *culpa* bénéficie lui aussi de la légitimation active à l'*actio furti*. Gaius la refuse seulement à celui qui ne répond que de son dol.

- "La *custodia* est un critère de responsabilité objective, en dehors de toute idée de faute, et engageant la responsabilité du débiteur indépendamment de son comportement concret". C'est précisément ce qu'il faudrait démontrer, et les arguments font défaut dans les Institutes. Le propos de Gaius n'est d'ailleurs pas là.

- "La légitimation active du commodataire à l'*actio furti* est absolue et n'est pas subordonnée à sa condamnation dans l'action *commodati*" (il s'agit là d'un corollaire de la conclusion précédente). A nouveau, cette conclusion ne peut être tirée des Institutes de Gaius. Elle appelle des observations plus détaillées parce qu'elle repose sur le problème du concours des actions *furti* et *commodati*, comme nous allons le voir.

Il est établi qu'à l'époque de Justinien, le propriétaire, en cas de vol de la chose prêtée, reçoit le choix d'agir, soit contre le voleur par l'*actio furti*, soit contre le commodataire par

⁽²⁴⁾ Au commodataire, il convient d'assimiler le *fullo* et le *sarcinator* qui répondent eux aussi de la *custodia*.

l'*actio commodati* (25). Justinien annonce lui-même que son intervention modifie les règles en vigueur ("*sed nostra prouidentia hoc emendauit*"). On peut en déduire qu'à l'époque classique, il n'y a pas d'alternative dans le chef du propriétaire, ce que confirme la lecture de Gaius : le propriétaire ne peut agir que contre l'emprunteur, qui est le seul à pouvoir exercer un recours contre le voleur. C'est ici que naît la controverse, sur le point de savoir si l'attribution de l'*actio furti* au commodataire est absolue ou relative, et dans quel ordre chronologique les deux recours s'exercent. Le commodataire peut-il, en d'autres termes, agir contre le voleur indépendamment du recours du propriétaire contre lui-même, ou l'exercice de l'action de vol est-il subordonné à sa propre condamnation dans l'action *commodati* intentée par le propriétaire ?

G. LUZZATTO⁽²⁶⁾ et beaucoup d'auteurs à sa suite⁽²⁷⁾ estiment que la légitimation active du commodataire à l'*actio furti* est absolue et inconditionnelle, parce qu'elle est justifiée par sa responsabilité dans le cadre de l'*actio commodati*. Cette responsabilité doit, à leurs yeux, être également absolue du fait qu'elle représente pour le commodant l'unique moyen efficace pour obtenir réparation du préjudice subi en cas de non-restitution par l'emprunteur victime d'un vol. G. LUZZATTO refuse d'admettre que la légitimation active à l'*actio furti* pourrait être subordonnée à la condamnation de l'emprunteur dans l'*actio commodati*, au motif qu'on arriverait alors à une "situation curieuse" : celle du commodataire qui, échappant à la condamnation dans l'*actio commodati* en démontrant avoir fait preuve de diligence dans la conservation de la chose, pourrait ensuite agir contre le voleur par l'*actio furti* et s'enrichir injustement⁽²⁸⁾.

⁽²⁵⁾ Cfr I.4,1,16 (18) cité plus haut.

⁽²⁶⁾ G. LUZZATTO, *op. cit.*, pp. 75-76.

⁽²⁷⁾ Voir notamment F. PASTORI, *Il commodato* ..., pp. 194-195 et, parmi les derniers, C. TARDIVO, *Studi sul commodatum*, dans *Archivio giuridico* 204 (1984), p. 273.

⁽²⁸⁾ G. LUZZATTO, *op. cit.*, p. 75, n. 2.

Cette vision des choses appelle au moins trois critiques. En premier lieu, si la situation du commodataire telle qu'elle est décrite par LUZZATTO est effectivement "curieuse" à l'époque classique, elle l'est autant sous Justinien, du moins avant que l'Empereur n'intervienne pour modifier les règles relatives au concours d'actions dans le chef du commodant. Deuxièmement, si la situation est curieuse, c'est parce que LUZZATTO la pousse au-delà de toute logique. Pour rejeter la thèse de la légitimation subordonnée, LUZZATTO lui ajoute une conséquence qui, elle, est curieuse. Dire en effet que le commodataire reçoit l'*actio furti* s'il est condamné dans l'*actio commodati* (légitimation subordonnée) n'implique pas qu'il la reçoive s'il n'est pas condamné. Dans cette dernière hypothèse, c'est évidemment le commodant qui garde le recours contre le voleur. Il n'y a donc pas de risque d'enrichissement injuste dans le chef de l'emprunteur. Troisièmement, affirmer que la légitimation du commodataire est absolue parce que sa responsabilité est absolue consiste à justifier une hypothèse par une autre. On ne peut pas tirer des Institutes de Gaius la preuve que la responsabilité pour *custodia* est absolue; il nous reste à voir qu'il en va de même pour la légitimation active, et que les Institutes semblent plutôt aller dans l'autre sens.

On prétend que la légitimation active du commodataire est inconditionnelle parce qu'elle représente "la più piana interpretazione dei testi gaiani"⁽²⁹⁾, ce qui revient à dire qu'elle l'est parce que Gaius ne la soumet à aucune condition. Mais son silence ne constitue pas un argument déterminant. Gaius, nous l'avons signalé plus haut, ne parle pas de la force majeure lorsqu'il mentionne la responsabilité pour *custodia*. On ne peut évidemment pas en déduire que la force majeure n'entre pas en ligne de compte pour apprécier la responsabilité du défendeur dans les cas d'espèce soumis au juge à son époque.

⁽²⁹⁾ F. PASTORI, *Il commodato* ..., p. 195 (note 16 de la p. 194).

Du reste, sur le problème précis de la légitimation active, le silence des Institutes n'est pas total. Gaius, lorsqu'il donne l'*actio furti* au *fullo* et au *sarcinator* auxquels il va assimiler le commodataire⁽³⁰⁾, prend soin de dire que cette action n'est pas accordée de façon inconditionnelle :

III, 205 : *Item si fullo polienda curandaue aut sarcinator sarcienda uestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non perisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi posset, si modo is fullo aut sarcinator rei praestandae sic sufficiat; nam si soluendo non est, tunc quia ob eo dominus suum consequi non potest ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem saluam esse.*⁽³¹⁾

Le *fullo* (ou le *sarcinator*) ne reçoit l'*actio furti* que "s'il peut ainsi satisfaire le propriétaire", et Gaius ajoute qu'il ne peut le faire qu'en étant solvable. En d'autres termes, l'attribution de l'*actio furti* est liée à l'indemnisation du propriétaire, car on ne peut vraisemblablement pas se contenter d'une simple promesse du foulon appuyée par son apparente surface de solvabilité. Gaius parle bien de "satisfaction" du propriétaire, ce qui ne peut se faire que par une exécution volontaire du *fullo* - peu vraisemblable si l'artisan a le sentiment d'avoir agi correctement et de ne pas être responsable du vol - ou par une exécution judiciaire, qui implique que le foulon ait été préalablement condamné.

La légitimation active est donc, aux yeux de Gaius, subordonnée à la condamnation du *foulon* dans l'*actio locati* ou du commodataire dans l'*actio commodati*. Il est d'ailleurs

⁽³⁰⁾ Gaius, III, 206.

⁽³¹⁾ Gaius, III, 205. Trad. : "Si un foulon a reçu des vêtements à nettoyer ou à apprêter, ou un tailleur des vêtements à réparer, pour un salaire déterminé, et qu'il les perd à cause d'un vol, c'est lui qui a l'action du vol et non le propriétaire, parce qu'il n'est d'aucun intérêt pour le propriétaire qu'ils n'aient pas péri, du fait que le propriétaire pourra obtenir ce à quoi il a droit, par un procès fondé sur le contrat de louage, contre le foulon ou le tailleur, du moins si le foulon ou le tailleur peut de cette manière le satisfaire; car s'il est insolvable, alors l'action de vol revient au propriétaire parce qu'il n'a pas pu obtenir de lui ce à quoi il a droit."

précisé in fine qu'en cas d'insolvabilité du débiteur - qui ne peut, encore une fois, être établie que par la non exécution ou l'impossibilité d'exécution forcée -, le propriétaire conserve l'*actio furti*. Nous sommes loin d'une légitimation "absolue et inconditionnelle". Contrairement à ce qu'affirment LUZZATTO et PASTORI, c'est précisément dans l'hypothèse où la légitimation serait absolue que l'on pourrait arriver à une "situation curieuse" en pratique : le propriétaire ne pourrait pas agir contre le voleur, n'obtiendrait par ailleurs rien de son débiteur insolvable qui, de son côté, n'aurait guère d'intérêt personnel à intenter l'*actio furti*, sachant que le bénéfice éventuel de celle-ci serait saisi par son créancier. C'est vraisemblablement le désir d'établir le caractère absolu de la responsabilité pour *custodia* qui a poussé ces auteurs à considérer, à tort, que la légitimation active est également absolue.

Le concours d'actions peut donc être réglé comme suit à l'époque classique. Victime du vol, le commodataire va avertir le propriétaire qui doit agir contre lui par l'*actio commodati*. Si le commodataire est condamné et indemnise son créancier, il reçoit l'action contre le voleur. Dans le cas contraire, le propriétaire peut intenter l'action *furti*. Il n'y a en conséquence pas de cumul des actions, mais succession chronologique : l'*actio furti*, si elle appartient au créancier, ne peut être intentée qu'après épuisement du recours contractuel.

Sous Justinien, les règles relatives à ce problème sont quelque peu modifiées, comme le montrent les Institutes,

1. 4, 1, 16 (18) : (...) *Sed nostra prouidentia etiam hoc in decisionibus nostris emendauit, ut in domini sit uoluntate, siue commodati actionem aduersus eum qui rem commodatam accepit mouere desiderat, siue furti aduersus eum qui rem subripuit, et alterutra earum electa dominum non posse ex paenitentia ad alteram uenire actionem. Sed si quidem furem elegerit, illum qui rem utendam accepit penitus liberari. Sin autem commodator ueniat aduersus eum qui rem utendam accepit, ipsi quidem nullo modo competere posse aduersus furem furti actionem, eum autem, qui pro re commodata conuenitur, posse aduersus furem furti habere actionem, ita tamen, si*

dominus sciens rem esse subreptam aduersus eum cui res commodata fuit peruenit.⁽³²⁾

Dans l'hypothèse où il a connaissance du vol⁽³³⁾, le propriétaire, contrairement à ce qui se passe à l'époque classique, a le choix entre l'*actio furti* et l'*actio commodati* mais doit être attentif au fait que l'exercice d'une action lui enlève la possibilité d'intenter l'autre, quelle que soit l'issue du recours qu'il a choisi⁽³⁴⁾. Il n'y a donc pas non plus cumul d'actions

⁽³²⁾ I.4,1,16 (18). Trad. : "(...) Mais notre sagesse a modifié cela dans nos décisions : le propriétaire a la faculté d'intenter soit l'action de commodat contre le commodataire, soit l'action de vol contre le voleur, mais une fois ce choix opéré, le propriétaire ne peut, s'il le regrette, revenir à l'autre action. S'il choisit d'agir contre le voleur, le commodataire est entièrement libéré. Si le commodant agit contre le commodataire, il ne peut en aucune manière exercer l'action de vol contre le voleur et c'est le commodataire qui peut avoir l'action de vol pour agir contre le voleur, tout ceci du moins si le propriétaire, sachant que la chose a été volée, a préféré agir contre le commodataire."

⁽³³⁾ S'il n'a pas connaissance du vol et qu'il agit contre l'emprunteur, le propriétaire a toujours la possibilité, lorsqu'il découvre le vol, d'abandonner l'*actio commodati* pour agir contre le voleur, sauf s'il a déjà été indemnisé par l'emprunteur qui, dans cette hypothèse, reçoit l'*actio furti*. Cfr la suite de I.4,1,16 (18) : *Sin autem nescius et dubitans rem non esse apud eum commodati actionem instituit, postea autem re comperta uoluit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem peruenire, tunc licentia ei concedatur et aduersus furem uenire nullo obstaculo ei opponendo, quoniam incertus constitutus mouit aduersus eum qui rem utendam accepit commodati actionem (nisi domino ab eo satisfactum est : tunc etenim omnimodo furem a domino quidem furti actione liberari, suppositum autem esse ei, qui pro re sibi commodata domino satisfecit)*. Trad. : "Mais si c'est dans l'ignorance, ne sachant pas que la chose n'était plus chez le commodataire, qu'il a agi contre lui, et que par la suite, découvrant où est la chose, il veut abandonner l'action de commodat et intenter l'action de vol, il pourra le faire et agir contre le voleur sans que rien s'y oppose, parce que c'est dans l'incertitude qu'il a poursuivi le commodataire par l'action de commodat (à moins qu'il n'ait été satisfait par ce dernier : dans ce cas le voleur est dégagé de l'action de vol à l'égard du propriétaire mais peut être poursuivi par le commodataire qui a indemnisé le propriétaire)."

⁽³⁴⁾ Il y a là une différence par rapport aux règles en vigueur à l'époque de Gaius : l'insolvabilité éventuelle du commodataire n'entre pas en ligne de compte. Cette solution peut paraître dure pour le propriétaire mais se trouve justifiée par le choix qui lui est laissé : à lui d'agir avec prudence. Cfr I.4,1,16 (18) in fine : *Cum manifestissimum est, etiam si ab initio dominus actionem instituit commodati ignarus rem esse subreptam, postea autem hoc ei cognito aduersus furem transiuit, omnimodo liberari eum qui rem commodatam accepit, quemcumque causae exitum dominus aduersus forem habuerit : eadem definitione optinente, siue in partem siue in solidum soluendo sit is qui rem commodatam accepit*. Trad. : "Il est tout à fait évident que si au départ le propriétaire a exercé l'action de commodat en ignorant le vol et par la suite agit en connaissance de cause contre le voleur, le commodataire est de toute façon libéré, quelle que soit pour le propriétaire l'issue du recours contre le voleur; il en va de même (dans l'autre cas), que le commodataire soit partiellement ou totalement solvable."

sous Justinien et la légitimation active reste subordonnée à l'exercice de l'*actio commodati* par le propriétaire.

Le propos de Gaius dans les Institutes était essentiellement de traiter le problème de la légitimation active du commodataire en cas de vol de la chose prêtée, sans véritablement se prononcer sur la nature de sa responsabilité pour *custodia*. De même, les Institutes ne permettent pas de dire si la *custodia* s'applique à d'autres hypothèses que le vol de la chose prêtée⁽³⁵⁾. C'est à travers la lecture des sentences de Gaius et des autres juristes reprises au Digeste qu'il est possible de dessiner les contours de la responsabilité contractuelle du commodataire.

⁽³⁵⁾ Gaius traite également de l'hypothèse où la chose prêtée est utilisée par le commodataire contrairement à la volonté du propriétaire (III, 196-197), mais s'occupe de cette question dans le cadre de l'*actio furti* et non comme un problème de *custodia*. Sur cette question, voir V. POLACEK, *Commodato e furto* ..., pp. 163 sv.

SECTION 2. NATURE ET ETENDUE DE LA *CUSTODIA* DANS LES TEXTES DU DIGESTE

La responsabilité pour *custodia* en général, et celle du commodataire en particulier, ne semblent pas avoir intéressé Gaius, sinon de façon incidente lorsqu'il traite de la légitimation active à l'*actio furti*. Fort heureusement pour la résolution du problème qui nous occupe, les textes du Digeste sont plus explicites que les Institutes de Gaius. Relativement à la *custodia*, deux questions essentielles se posent. La première a trait à la mesure de ce critère de responsabilité. Il s'agit de déterminer si la *custodia* est, comme on l'affirme généralement, une responsabilité objective engageant le commodataire par le seul fait de la non-restitution de l'objet prêté, sauf cas de force majeure, ou si, au contraire, elle implique que le juge, dans chaque cas d'espèce, analyse le comportement du commodataire pour déterminer s'il est ou non responsable du dommage subi par le propriétaire.

La seconde question concerne l'étendue de la *custodia* et son domaine d'application. S'agit-il seulement, comme le prétend F. PASTORI, d'une responsabilité pour le vol de la chose prêtée, ou couvre-t-elle d'autres hypothèses que la soustraction opérée par un tiers ?

Ces deux questions sont en fait étroitement mêlées. Elles seront envisagées conjointement dans cette section, parce que les textes qui permettent d'y répondre sont souvent les mêmes.

§ 1 - Principe de la responsabilité pour *custodia*

La responsabilité pour *custodia* est de règle dans le commodat. Plusieurs textes du Digeste confirment ce qu'enseigne Gaius : l'emprunteur, parce qu'il jouit de l'usage de la

chose prêtée, *praestat custodiam*, sans qu'il soit besoin d'une convention à cet effet. Ulpien précise que la *custodia* est de règle, sauf si les parties l'ont écartée, dans

D. 13, 6, 5, 14 (ULP.) : *Si de me petisses, ut triclinium tibi sternerem et argentum ad ministerium praeberem, et fecero, deinde petisses, ut idem sequenti die facerem et cum commode argentum domi referre non possem, ibi hoc reliquero et perierit : qua actione agi possit et cuius esset periculum ? Labeo de periculo scripsit multum interesse, custodem posui an non : si posui, ad me periculum spectare, si minus, ad eum penes quem relictum est. Ego puto commodati quidem agendum, uerum custodiam eum praestare debere, penes quem res relictæ sunt nisi aliud nominatim conuenit.*⁽¹⁾

L'opinion de Labéon, rapportée par Ulpien dans ce texte, souligne doublement le lien étroit qui existe entre l'activité de garde et la responsabilité du même nom. D'abord parce que le commodataire ne répond pas de la *custodia* technique si c'est le propriétaire qui assure lui-même la *custodia* matérielle (par l'entremise d'un préposé), ensuite parce que cette exonération tacite de responsabilité montre clairement, a contrario, qu'on attend d'un débiteur qui "*praestat custodiam*", qu'il assure une garde matérielle⁽²⁾. Tout ceci porte à croire que le juge doit, dans chaque cas d'espèce où le défendeur répond de la *custodia*, prendre en compte son comportement effectif pour voir s'il a correspondu à ce qu'attendait le cocontractant.

C'est dans cette seule optique qu'il est possible de comprendre cet autre texte où Ulpien rappelle que le commodataire répond d'une garde attentive (*custodia diligens*):

(1) D.13,6,5,14 (ULP.). Trad. : "Tu m'as demandé de garnir une salle à manger et de te fournir l'argenterie nécessaire et je l'ai fait; ensuite tu m'as demandé d'en faire autant le lendemain et comme il ne m'était pas facile de rapporter l'argenterie chez moi, je l'ai laissée où elle était et elle y a disparu : par quelle action agir et qui va supporter la perte ? Sur la question de la perte, Labéon a écrit qu'il faut distinguer si j'ai mis un gardien ou non : si j'ai mis un gardien, la perte est pour moi, dans le cas contraire elle est pour celui chez qui l'objet est resté. Je pense quant à moi qu'on pourra agir par l'action de commodat, et qu'il est vrai que celui chez qui les objets sont restés doit répondre de la garde, sauf convention contraire."

(2) Sur l'importante distinction à faire entre la surveillance passive et la surveillance active, voir le chapitre VIII, section 2.

D. 13, 6, 5, 5 (ULP.) : *Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare.*⁽³⁾

Ce texte a évidemment subi les assauts de la critique, malgré la simplicité de sa construction et sa correction grammaticale. Pour F. PASTORI, la *custodia* est ici accompagné de la *diligentia*, "la quale si presenta come figura di responsabilità aggiunta (*etiam diligentem*) alla prima"⁽⁴⁾. La grammaire latine plaide contre cette hypothèse d'interpolation : la *diligentia* n'est pas ajoutée à la *custodia* dans la mesure où nous avons affaire à l'adjectif *diligens* (-*entis*) et non au substantif *diligentia*. Le bon sens également : si les compilateurs avaient voulu remplacer un critère objectif par un critère subjectif de responsabilité, ils auraient simplement supprimé "*custodiam*" pour y substituer "*diligentiam*", et non ajouté "*diligentem*".

Dans le même sens et sans autre argument que le postulat selon lequel la *custodia* ne peut être qu'une responsabilité objective à l'époque classique, V. ARANGIO-RUIZ⁽⁵⁾ et G. LUZZATTO⁽⁶⁾ estiment également que ce texte porte la marque des compilateurs.

L'interprétation subjective que nous donnons de la *custodia* dans D. 13, 6, 5, 5 peut être renforcée par la lecture de

D. 13, 6, 5, 9 (ULP.) : *Usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est, ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat : ut puta equam tibi*

⁽³⁾ D.13,6,5,5 (ULP.). Trad. : "Il doit exactement répondre de la garde attentive de la chose prêtée."

⁽⁴⁾ F. PASTORI, *Il commodato* ..., p. 207.

⁽⁵⁾ V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale* ..., p. 104.

⁽⁶⁾ G. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore* ..., p. 107.

commodauit, quam pullus comitabatur : etiam pulli te custodiam praestare debere ueteres responderunt.⁽⁷⁾

La question posée dans ce texte est de déterminer jusqu'où s'étend la responsabilité du commodataire, et plus précisément si elle s'applique aux accessoires de la chose prêtée. Dans le cas d'espèce, une jument a été prêtée avec son poulain. Ulpien, confirmant la solution antérieure, estime avec bon sens que la responsabilité de l'emprunteur s'étend au poulain⁽⁸⁾. Alors que la dernière phrase de ce texte parle de "*custodiam praestare*", la première ligne mentionne la *diligentia*.

Comme pour D. 13, 6, 5, 5, beaucoup d'auteurs estiment que cette *diligentia* constitue un critère ajouté à l'ancienne responsabilité pour *custodia* par les compilateurs⁽⁹⁾. De nouveau, les arguments font défaut. De plus, l'hypothèse selon laquelle les compilateurs auraient, au début du texte, remplacé "*custodia*" par "*diligentia*", est surprenante quand on constate que la mention de la *custodia* subsiste dans la phrase suivante. Si les compilateurs

⁽⁷⁾ D.13,6,5,9 (ULP.). Trad. : "L'emprunteur doit répondre d'une diligence telle qu'elle doit s'étendre à la chose qui suit l'objet emprunté : par exemple, je t'ai prêté une jument accompagnée de son poulain : les anciens ont pensé que tu devais répondre également de la garde du poulain."

⁽⁸⁾ La solution donnée par Ulpien est confirmée par D.47,2,14,15 (ULP.) : *Non solum autem in re commodata competit ei cui commodata est furti actio, sed etiam in ea, quae ex ea adgnata est, quia et huius custodia ad eum pertinet. Nam et si seruum tibi commodauero, et uestis eius nomine furti ages, quamuis uestem, qua uestitus est, tibi non commodauerim. Item si iumenta tibi commodauero, quorum sequella erat eculeus, puto competere furti actionem etiam eius nomine, quamuis ipse non sit commodatus.* Trad. : "Le commodataire reçoit l'action de vol, non seulement pour la chose prêtée, mais aussi pour celle qui s'y ajoute parce que la garde de cette chose le concerne. En effet, si je t'ai prêté un esclave, tu auras l'action de vol pour ses vêtements, bien que je ne t'aie pas prêté les vêtements dont il est habillé. De même, si je t'ai prêté des chevaux accompagnés d'un poulain, je pense qu'à ce titre tu as droit à l'action de vol, bien qu'il n'ait pas été lui-même prêté." Ce texte montre clairement que la responsabilité du commodataire est liée à son comportement puisque la *custodia* dont il est question ici est entendue comme une activité ("*huius custodia*").

⁽⁹⁾ Dans ce sens, voir notamment V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale* ..., pp. 104-105; G. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore* ..., p. 93; F. PASTORI, *Il comodato* ..., pp. 207-208.

avaient oublié de la supprimer dans un texte aussi court, ils seraient vraiment d'une distraction qui ne cesserait d'étonner⁽¹⁰⁾. Il n'est guère plus plausible d'expliquer le maintien de la *custodia* par le désir qui aurait animé les compilateurs de faire un rappel historique. Les "juristes anciens" ("*ueteres*") le sont par rapport à Ulpien qui approuve la solution adoptée avant lui⁽¹¹⁾. De plus, le Digeste, contrairement aux Institutes de Justinien, poursuit avant tout un but pratique et non didactique. Il n'est pas le lieu naturel de rappels historiques. Si, comme nous le croyons, la totalité du texte est d'Ulpien, il est un indice sérieux en faveur du fait que la *custodia* technique n'est pas indépendante du comportement du commodataire, puisqu'il importe de vérifier s'il a fait preuve de cette *diligentia* qu'on attend de lui.

Il faut encore mentionner

D. 13, 7, 13, 1 (ULP.) *Uenit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato : uenit et custodia : uis maior non uenit.*⁽¹²⁾

Cet extrait concerne en ordre principal la responsabilité du créancier gagiste et son interprétation, de ce point de vue, n'est pas facile⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ C'est V. ARANGIO-RUIZ qui parle de distraction ("*inavvertenza*") des compilateurs qui auraient laissé subsister la *custodia* in fine et lui auraient substitué la *diligentia* dans la première phrase (*Responsabilità contrattuale* ..., p. 105).

⁽¹¹⁾ Pour donner corps à l'hypothèse d'un rappel historique, il faut supposer que la fin du texte ("*etiam pulli ... responderunt*") est l'oeuvre des compilateurs. Mais cette addition de leur part n'a guère de sens si, comme le prétendent les partisans de la *custodia* objective, les directives données aux compilateurs ont consisté à supprimer la mention classique de la *custodia*.

⁽¹²⁾ D.13,7,13,1 (ULP.). Trad. : "Mais dans cette action interviennent et le dol et la faute, comme dans le commodat, de même que la *custodia*; la force majeure n'intervient pas."

⁽¹³⁾ La question est notamment de déterminer ce qu'Ulpien entend par les mots "*in hac actione*" et plus précisément s'il s'agit avec certitude de l'action *pigneraticia* (voir le chapitre V, section 3).

Il mentionne, à titre de comparaison, le commodat, et précise que dans ce contrat, "*uenit et custodia*", confirmant par là ce que nous apprennent les autres textes : le commodataire répond du dol, de la *culpa* et de la *custodia*. On invoque souvent ce genre d'énumération pour y voir la preuve que la *custodia* technique est d'une nature radicalement différente de celle de la *culpa* (critère de responsabilité objective d'une part, subjective de l'autre). Il est vrai que les deux critères sont différents, comme il est vrai que la *culpa* elle-même ne se réduit pas au dol, mais le texte ne permet certainement pas à lui seul de les opposer aussi radicalement.

Enfin, un texte où Ulpien traite du problème de la responsabilité de l'*inspector*, que nous étudions ailleurs⁽¹⁴⁾, permet également de conclure au fait que la *custodia* est bien le critère de base applicable au commodataire :

D. 13, 6, 10, 1 (ULP.) *Si rem inspectorum dedi, an similis sit ei cui commodata res est, quaeritur. Et si quidem mea causa dedi, dum uolo pretium exquirere, dolum mihi tantum praestabit : si sui, et custodiam : et ideo furti habebit actionem.*⁽¹⁵⁾

Lorsqu'une chose est remise à un expert et que l'examen a lieu dans l'intérêt du propriétaire qui désire par exemple être fixé sur la valeur de celle-ci, Ulpien rapproche ce

⁽¹⁴⁾ Voir le chapitre VIII, section 1.

⁽¹⁵⁾ D. 13,6,10,1 (ULP.). Trad. : "Si j'ai remis une chose à un expert, on se demande s'il est comparable à un commodataire. Et si je l'ai donnée dans mon intérêt, parce que je veux en demander le prix, il ne répondra vis-à-vis de moi que de son dol; si c'est dans son intérêt, il répondra également de la *custodia*, et de ce fait il aura l'action de vol."

contrat du commodat⁽¹⁶⁾, et retient que le critère de responsabilité applicable à l'expert est la *custodia* alors que, dans le cas contraire⁽¹⁷⁾, il ne répond que de son dol.

Le fondement de la responsabilité du commodataire doit être trouvé dans le fait qu'il retire du contrat un avantage exclusif : l'emprunteur répond de la *custodia*, dit Gaius, "*quoque utendo commodum percipiendo*"⁽¹⁸⁾. Il en résulte que si ce dernier n'est pas le seul intéressé au contrat mais que l'avantage existe dans le chef des deux parties, sa responsabilité sera limitée au dol. C'est ce qui résulte de

D. 13, 6, 5, 10 (ULP.) : *Interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit ut puta si quis ita conuenit : uel sua dumtaxat causa commodauit, sponsae forte suae uel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, uel si quis ludos edens praetor scaenicis commodauit, uel ipsi praetori quis ultro commodauit.*⁽¹⁹⁾

Il s'agit là d'une application de la théorie de l'utilité - même si celle-ci n'a pas été construite comme telle dès l'époque classique - puisque le critère de responsabilité est fonction de l'intérêt des parties au contrat.

⁽¹⁶⁾ La qualification du contrat pose problème aux juristes romains. La diversité des solutions proposées et les hésitations quant à l'action à donner au propriétaire en témoignent. L'expertise pratiquée à la demande et dans l'intérêt du propriétaire n'est jamais analysée comme une *locatio operis* (qui serait pourtant la qualification juridique normale si l'examen a lieu à titre onéreux) ni comme un mandat, mais rapprochée tantôt du dépôt, tantôt du commodat. Ces hésitations quant à la qualification du contrat se traduisent par l'octroi d'une action *in factum* (cfr D.19,5,1,2 (PAP.)).

⁽¹⁷⁾ On peut imaginer par exemple que l'expertise est souhaitée par l'*inspector* qui se propose d'acheter la chose.

⁽¹⁸⁾ Gaius, III, 206.

⁽¹⁹⁾ D.13,6,5,10 (ULP.). Trad. : "Parfois, celui qui a demandé une chose à prêter ne répondra que de son dol, par exemple si on en a convenu, ou si le commodant a prêté dans son seul intérêt, par exemple à sa fiancée ou à sa femme afin qu'elle soit conduite chez lui d'une manière plus honorable, ou si un magistrat donnant des jeux a prêté aux acteurs ou si quelqu'un a prêté spontanément à ce même magistrat."

§ 2. - *Fuga seruorum*

Les quelques textes qui règlent la question de la responsabilité du commodataire en cas de fuite de l'esclave prêté ont le grand intérêt de mentionner à la fois la *custodia* et la *culpa*. Ils posent ainsi le problème de la coexistence de ces deux critères, et du sens qu'il convient de donner à chacun d'eux. Car il est certain qu'à l'époque classique, *culpa* et *custodia* s'appliquent à une même personne, le commodataire, relativement à la même hypothèse, la *fuga seruorum*. Les explications embarrassées d'un auteur comme PASTORI⁽²⁰⁾ dissimulent mal la difficulté de faire coexister une *custodia* prétendument objective avec une *culpa* qui apparaît assez clairement comme un critère de responsabilité subjective.

Un premier texte montre que la responsabilité pour *custodia* n'est pas une règle absolue en cas de *fuga seruorum* :

D. 13, 6, 5, 6 (ULP.) : *Sed an etiam hominis commodati custodia praestetur, apud ueteres dubitatum est. Nam interdum et hominis custodia praestanda est, si uinctus commodatus est, uel eius aetatis, ut custodia indigeret : certe si hoc actum est, ut custodiam is qui rogauit praestet, dicendum erit praestare.*⁽²¹⁾

Il s'agit bien ici d'un critère de responsabilité, comme le montre l'expression employée : "*custodia praestetur*". Ulpien fait état des hésitations des juristes anciens sur le point de savoir si le commodataire doit répondre de la fuite de l'esclave, et résout la question

⁽²⁰⁾ F. PASTORI, *Il commodato* ..., pp. 264-275.

⁽²¹⁾ D.13,6,5,6 (ULP.). Trad. : " Mais les anciens se sont demandé si celui à qui on a prêté un esclave doit répondre de la garde. Car parfois, il faut répondre de la garde d'un esclave s'il a été prêté enchaîné, ou s'il est d'un âge tel que la garde s'impose. Il est certain que si l'on a convenu que l'emprunteur répondra de la garde, il doit en répondre."

en affirmant que la responsabilité pour *custodia* n'est pas toujours d'application dans l'hypothèse visée, mais ne s'impose que si elle a été prévue par convention⁽²²⁾ ou si l'esclave se trouve dans une situation particulière⁽²³⁾.

Sur cette base, il est difficile de dire si la *custodia* constitue ou non l'exception en terme de statistique, du fait que les situations particulières qui la justifient - sans compter l'aggravation conventionnelle - peuvent être plus ou moins nombreuses. C'est à tort que PASTORI estime que "l'esclusione della responsabilità per *custodia* nel comodato di schiavi appare il principio generale"⁽²⁴⁾. La situation des personnes de condition servile varie considérablement selon l'époque, le lieu et le type de travail. Il est de ce fait très difficile de savoir si la majorité des esclaves faisant l'objet d'un commodat étaient ou non en situation d'appeler une vigilance particulière de la part de l'emprunteur. La question est à vrai dire d'un intérêt relatif dans la mesure où, à la casuistique des anciens, succède l'adoption d'un critère plus général qui apparaît dans plusieurs textes où les juristes, en procédant par énumération, entendent préciser en quoi consistent les cas de force majeure, *cui resisti non potest*. Parmi ceux-ci, il est question de la *fuga seruorum* dans

D. 50, 17, 23 infine (ULP.) *Animalium uero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae seruorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.*⁽²⁵⁾

⁽²²⁾ V. ARANGIO-RUIZ (*Responsabilità contrattuale* ..., p. 178) estime que la fin du texte qui parle de *custodia* acceptée par convention est interpolée, sur le seul motif qu'elle est inopportune. L'aggravation conventionnelle de responsabilité n'a pourtant rien de surprenant pour l'époque classique. On la retrouve d'ailleurs dans d'autres contrats, comme le dépôt (voir le chapitre I, section 1).

⁽²³⁾ Cfr : "*si uinctus commodatus est uel eius aetatis ut custodia indigeret.*"

⁽²⁴⁾ F. PASTORI, *Il comodato* ..., p. 265.

⁽²⁵⁾ D. 50,17,23 in fine (ULP.). Trad. : "Personne ne répond des cas fortuits, comme la mort des animaux qui survient sans faute, la fuite des esclaves que l'on n'a pas l'habitude de garder, les pillages, les troubles, les incendies, les inondations, les irruptions de brigands."

et Gaius, à propos du commodataire, va dans le même sens :

D. 13, 6, 18, pr. (GAIUS) : (...) *Ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, ueluti mortes seruorum quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumue incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas seruorum qui custodiri non solent.*⁽²⁶⁾

La jurisprudence romaine, pour régler le problème de la *fuga seruorum*, entend faire une distinction entre les esclaves "*qui custodiri solent*" et ceux "*qui custodiri non solent*", entre ceux que l'on tient d'habitude sous étroite surveillance, et ceux qu'on laisse libres de leurs mouvements parce qu'on leur accorde une relative confiance. Sur base de cette distinction, on peut considérer qu'en principe la responsabilité du commodataire est engagée en cas de fuite d'un esclave "*qui custodiri solet*", et qu'elle ne l'est pas dans le cas contraire. Mais il s'agit bien d'un principe que les textes invitent à nuancer.

Le seul élément qui découle de façon certaine des deux derniers textes cités est que la fuite de l'esclave *qui custodiri solet* constitue un événement "auquel on ne peut résister" (Gaius), "dont on n'est pas responsable" (Ulpien), à condition toutefois que la responsabilité du commodataire ne soit pas engagée pour une autre raison, comme l'indique clairement Ulpien dans

D. 13, 6, 5, 13 (ULP.) *Si me rogaueris, ut seruum tibi cum lance commodarem et seruus lancem perdiderit, Cartilius ait periculum ad te respicere, nam et lancem uideri*

⁽²⁶⁾ D.13,6,18,pr. (GAIUS). Trad. : "De la sorte, il ne répond pas des événements auxquels on ne peut résister, comme la mort des esclaves qui survient sans dol ni faute de sa part, les incursions de brigands ou d'ennemis, les irruptions de pirates, le naufrage, l'incendie, la fuite des esclaves que l'on n'a pas l'habitude de garder."

commodatam : quare culpam in eam quoque praestandam. Plane si seruus cum ea fugerit, eum quo commodatum accepit non teneri, nisi fugae praestitit culpam.⁽²⁷⁾

Du fait qu'Ulpien dégage en principe la responsabilité du commodataire, c'est que l'esclave en question dans ce texte est de ceux *qui custodiri non solent*, et la fuite un cas *cui resisti non potest*. Mais Ulpien ajoute que ceci vaut seulement si la fuite n'a pas été provoquée par la faute de l'emprunteur ("*nisi fugae praestitit culpam*"). Ceci veut dire que l'effet libératoire de la force majeure - entendue comme un événement auquel on ne peut résister - ne joue que si le dommage n'est pas le résultat d'un fait personnel du débiteur : la *culpa*. Nous reviendrons plus loin sur cette notion de faute⁽²⁸⁾ mais il faut remarquer dès à présent que la responsabilité du commodataire présente ici des contours nettement subjectifs. D. 13, 6, 9, 13, que PARIS⁽²⁹⁾ et LUZZATTO⁽³⁰⁾ omettent curieusement de citer, impose au juge d'examiner le comportement du débiteur pour déterminer si celui-ci est ou non responsable de la fuite de l'esclave⁽³¹⁾. Quant à la formulation de la règle applicable au commodataire s'il y a fuite d'un esclave *qui custodiri non solet*, plutôt que de dire que "le commodataire n'est pas responsable s'il y a force majeure, à moins qu'il ait commis une faute", il paraît préférable d'affirmer que "le commodataire est responsable s'il a commis une faute". Il n'est pas nécessaire d'ajouter que "la force majeure le libère". D. 13, 6, 9, 13 ne le

⁽²⁷⁾ D.13,6,5,13 (ULP.). Trad. : "Si tu m'as demandé en prêt un esclave avec un plat et que l'esclave a perdu le plat, Cartilius dit que le risque t'incombe car il est admis que le plat également a été prêté : c'est pourquoi il faut également répondre de la faute en ce qui le concerne. Il est clair que si l'esclave s'est enfui avec le vase, le commodataire n'est pas tenu, sauf s'il a provoqué la fuite par sa faute."

⁽²⁸⁾ Voir section 3.

⁽²⁹⁾ J. PARIS, *La responsabilité de la custodia* ..., pp. 107-140 (responsabilité du commodataire).

⁽³⁰⁾ G. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore* ..., pp. 72-147 (responsabilité du commodataire).

⁽³¹⁾ Le commodataire a pu, par exemple, provoquer la fuite d'un esclave par les mauvais traitements qu'il lui a fait subir.

dit pas et il n'y a dans ce silence rien que de très normal : il n'y a de force majeure que s'il n'y a pas de faute.

Des textes examinés, deux propositions peuvent être tirées, qui règlent la question de la responsabilité de l'emprunteur en cas de *fuga seruorum*.

Si l'esclave est de ceux *qui custodiri solent*, le commodataire répond de la *custodia*. Dans le cas contraire, il répond de la *culpa*. Face à cette coexistence des deux critères, il faut voir comment le concept de *custodia* est analysé par la doctrine et plus particulièrement par PASTORI dont l'étude détaillée sur le commodat fait généralement autorité⁽³²⁾. Pour l'auteur, la *custodia* engage la responsabilité du débiteur par le fait de la réalisation d'un événement donné, comme le vol⁽³³⁾, tandis que la *culpa* engage sa responsabilité quand l'événement, par exemple la *fuga seruorum*, se réalise "in concomitanza con un comportamento del debitore"⁽³⁴⁾. Il en résulte que la *custodia* est un critère défini de façon stricte et qui n'entraîne aucune évaluation concrète de l'activité exercée dans chaque cas d'espèce par le débiteur pour la garder la chose. La *culpa*, par contre, implique l'évaluation concrète, cas par cas, du comportement du débiteur, afin d'établir si ce comportement est en relation étroite avec le dommage.

Une telle définition de la *custodia* ne peut être retenue. Il faut remarquer qu'aucun texte ne permet de dire que le comportement du débiteur est indifférent. Bien au contraire, la *custodia*, spécialement dans les textes cités plus haut relatifs à la *fuga seruorum*, est

⁽³²⁾ Excepté sur la fonction dévolue aux actions *in factum* et *in ius* et leur rapport avec la responsabilité du commodataire : les thèses de PASTORI sur ces questions précises ont suscité de vives critiques (voir infra, section 4).

⁽³³⁾ C'est le plus souvent dans le cadre de la légitimation active à l'*actio furti* qu'est mentionnée la *custodia*; ce rapprochement est très clair chez Gaius (voir la section 1 de ce chapitre).

⁽³⁴⁾ F. PASTORI, *Il commodato* ..., p. 269.

assurément un critère de responsabilité ("*custodiam praestare*") lié de façon très nette à l'activité matérielle du même nom. Ainsi, dans D. 13, 6, 5, 6, il est dit que le commodataire doit répondre de la garde de l'esclave ("*custodia hominis*") et l'on précise qu'il doit en répondre notamment si la garde s'impose en raison de l'âge de l'esclave ("*eius aetatis ut custodia indigeret*"). Le lien est donc étroit entre la *custodia* matérielle et la *custodia* technique et il serait surprenant que le comportement du débiteur ne soit pas pris en considération dans chaque cas d'espèce, pour deux raisons au moins. La première a trait à l'incidence de la force majeure dans la responsabilité pour *custodia* (*fuga seruorum qui custodiri solent*), et la seconde au rôle que joue le juge dans l'appréciation de la responsabilité pour *culpa* (*fuga seruorum qui custodiri non solent*).

On prétend que la responsabilité du commodataire en cas de fuite de l'esclave que l'on garde habituellement est absolue. Il n'empêche que la *uis maior* peut être invoquée par lui pour se libérer. Sans doute la fuite n'est-elle pas dans ce cas un événement "*cui resisti non potest*", puisque seule la fuite de l'esclave "qu'on ne garde pas d'habitude" est reprise dans la liste des cas de force majeure. Le commodataire peut néanmoins invoquer un autre événement, comme un incendie par exemple, qui l'aurait obligé à libérer l'esclave pour qu'il ne périsse pas, et à l'occasion duquel l'esclave aurait profité du désarroi du commodataire pour s'enfuir. Si une telle exception est invoquée en justice, le juge devra vérifier si la *uis maior* n'est pas précédée d'une faute du défendeur, car la faute annihile l'effet libératoire de la force majeure, les textes sont clairs à ce sujet⁽³⁵⁾. De la sorte, le principe selon lequel la responsabilité pour *custodia* est indépendante du comportement du commodataire ne tient plus devant sa mise en oeuvre judiciaire : pour admettre ou refuser l'existence d'une faute, le juge doit évidemment prendre en considération la manière dont le commodataire s'est conduit dans le cas qui lui est soumis.

⁽³⁵⁾ Voir le chapitre III, section 3, § 2.

S'il s'agit par contre de la fuite d'un esclave qu'on ne garde pas d'habitude, le juge va devoir examiner si le commodataire n'a commis aucune faute. L'investigation va donc nécessairement porter sur le comportement de ce dernier : la responsabilité est subjective. Mais l'idée selon laquelle la *custodia* est objective face à une *culpa* subjective, si elle est défendable en théorie, devient inacceptable quand on considère qu'elle doit être appliquée par un juge qui, la plupart du temps, n'est pas un spécialiste du droit et n'est pas versé dans l'art des distinctions subtiles. Partons de l'hypothèse où un commodataire, incapable de restituer l'esclave prêté qui s'est enfui, est poursuivi en justice par le propriétaire. Il est à peu près certain que la formule rédigée par le prêteur à l'intention du juge sera la même, que l'on ait affaire ou non à un esclave "*qui custodiri solet*". Le juge qui va examiner les prétentions des parties et les circonstances de fait va rechercher si l'on a affaire à un esclave qui est habituellement gardé ou non. Si l'on en croit la théorie généralement défendue, il lui serait interdit, dans la première hypothèse, d'examiner le comportement du commodataire alors qu'il serait obligé de le faire dans la seconde ! Un tel système est fort artificiel et l'on est en droit de douter qu'il ait jamais été appliqué, d'autant qu'au niveau des sources, il faut constater qu'aucun texte du Digeste ne déclare que le commodataire qui répond de la garde de l'esclave est tenu *sine culpa*, de façon absolue sauf cas de force majeure. Les juristes romains décident seulement que le commodataire doit parfois "*praestare custodiam serui*". Le reste est affaire d'interprétation.

Une autre lecture des textes est possible, qui a le double avantage d'éviter les contradictions dans les directives adressées au juge, et de maintenir le lien étroit entre *custodia* matérielle et *custodia* technique, imposé par la sémantique. La distinction entre la *culpa* et la *custodia* ne porte pas sur la cause du dommage en ce sens que la première sanctionnerait le débiteur si le dommage est dû à son fait personnel⁽³⁶⁾ tandis que la seconde

⁽³⁶⁾ Dans ce sens, F. PASTORI (*Il commodato* ..., p. 269) : "La responsabilità per *factum debitoris* pone il problema della imputabilità, ossia della riferibilità al debitore del comportamento concomitante con l'evento."

concernerait un événement extérieur au débiteur (vol, dommage causé par un tiers ou fuite de l'esclave)⁽³⁷⁾, puisque dans les deux cas le dommage est le même (la fuite de l'esclave) et se produit chez le même débiteur (le commodataire), indépendamment de l'intervention d'un tiers ou d'une cause extérieure. Elle porte en fait sur le comportement espéré du commodataire, sur l'aspect actif ou simplement passif de la garde de l'esclave, qui constitue dans tous les cas une obligation à sa charge. La distinction entre les deux catégories d'esclaves ne repose évidemment pas sur le hasard, mais est fonction de ce que l'on attend de l'emprunteur dans ses rapports avec la chose prêtée. On peut penser qu'il doit adopter vis-à-vis d'elle le même comportement que celui du propriétaire. Si l'esclave n'est pas habituellement soumis à une surveillance particulière chez son maître, il est normal de n'exiger de l'emprunteur que de prendre les mesures passives de garde requises par la simple prudence. Il est vraisemblable que l'emprunteur pourra être déclaré responsable sur la simple base de la *culpa* si, étant témoin d'une tentative de fuite de l'esclave, il s'abstient d'intervenir⁽³⁸⁾. Mais il ne doit pas - parce que le propriétaire ne le faisait pas lui-même - garder activement l'esclave. Voilà pourquoi le commodataire d'un esclave "*qui custodiri non solet*" ne répond que de la *culpa*. Il s'agit d'un critère nécessaire et suffisant pour sanctionner un comportement qui s'écarte de celui d'un propriétaire diligent. Si par contre l'esclave faisait déjà l'objet d'une surveillance particulière chez son maître, il est simplement normal d'exiger du commodataire qu'il en fasse autant. Il doit *praestare custodiam* parce qu'il est tenu d'assurer une garde active. Il doit, en d'autres mots, non seulement empêcher la fuite s'il en est par hasard témoin, mais encore la prévenir, en déployant à cet effet l'activité qui était celle du propriétaire. La *custodia* technique est le critère nécessaire et suffisant pour sanctionner le comportement qui s'écarte de celui d'un *custos* diligent.

(37) Pour F. PASTORI (*Il commodato* ..., p. 269), "la *custodia* adossa al debitore il rischio per un certo evento."

(38) Cfr le texte d'Alfenus Varus au D.19,2,29, du plus haut intérêt parce qu'il présente une hypothèse semblable (voir le chapitre VIII, section 2).

Le parallèle qui existe entre les deux obligations (garde passive d'un côté, active de l'autre) et les deux critères de responsabilité (*culpa* d'une part, *custodia* de l'autre) permet de croire que le juge doit, dans les deux cas, vérifier si le comportement du commodataire a bien été celui qu'on attendait de lui. La *custodia* est un critère de responsabilité plus sévère que la *culpa* mais elle est, comme cette dernière, de nature subjective. Non seulement les textes ne s'opposent pas à cette manière de voir, mais c'est bien ce qu'ils suggèrent, du fait qu'ils lient aussi étroitement *custodia* matérielle et technique, du fait également qu'ils associent *custodia* et *culpa*, du fait enfin que la distinction opérée entre les deux catégories d'esclaves n'a de sens que par rapport au type de comportement attendu du commodataire.

Nous allons d'ailleurs voir que les textes qui règlent le problème du dommage causé à la chose par un tiers donnent à la *custodia* le même profil subjectif.

§ 3. - Damnum ab alio datum

L'analyse et la compréhension de D. 13, 6, 19 (IUL.) et D. 19, 2, 41 (ULP.) sont fondamentales dans une étude sur la *custodia* en général et sur la responsabilité du commodataire en particulier. La doctrine l'a bien compris car il est impossible d'étudier ces questions sans rencontrer ces textes qui, manifestement, ne cadrent pas avec ce qu'on enseigne généralement de la *custodia* à l'époque classique. On constatera facilement la chose en découvrant les efforts faits par de nombreux auteurs pour nier le caractère classique de ces deux textes, qui sont étroitement liés : l'opinion de Julien, dans le premier, est reprise et discutée par Ulpien dans le second.

D. 13, 6, 19 (ULP.) : *Ad eos qui seruandum aliquid conducunt aut utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere procul dubio est : qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det ?* (39)

D. 19, 2, 41 (ULP.) : *Sed de damno ab alio dato agi cum eo posse Iulianus ait : qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit ? Sed Marcellus interdum esse posse ait, siue custodiri potuit, ne damnum daretur, siue ipse custos damnum dedit : quae sententia Marcelli probanda est.*(40)

L'essence même de ces décisions parallèles consiste dans l'affirmation selon laquelle le dommage causé par un tiers de façon illégitime ne peut en principe pas être évité par la *custodia* (Ulpien) ou par la *diligentia* (Julien) :

JULIEN

*Qua enim cura aut diligentia
consequi possumus
ne aliquis damnum
nobis iniuria det ?*

ULPIEN

*Qua enim custodia
consequi potuit
ne damnum iniuria
ab alio dari possit ?*

Mais cette affirmation doit être nuancée, selon Ulpien qui reprend l'opinion de Marcellus, par le fait que dans certains cas le dommage était évitable, soit que le gardien (ou

(39) D.13,6,19 (IUL.). Trad. : "Il est certain que ceux qui prennent en location une chose pour la garder, ou qui la reçoivent pour s'en servir, ne répondent pas du dommage causé injustement à la chose par un tiers. En effet, par quels soins, par quelle attention pouvons-nous éviter que quelqu'un ne nous cause injustement un dommage ?"

(40) D.19,2,41 (ULP.). Trad. : "Mais Julien estime qu'on ne peut agir contre le débiteur pour le dommage causé à la chose par un tiers : par quelle garde en effet peut-on faire en sorte que le dommage causé injustement par un tiers soit impossible ? Mais Marcellus estime que c'est parfois possible, soit que la chose aurait pu être gardée de manière à éviter le dommage, soit que le gardien ait lui-même causé le dommage : cette opinion de Marcellus doit être approuvée."

l'un de ses préposés) aurait pu l'éviter par sa garde : *siue custodiri potuit ne damnum daretur*, soit qu'il ait causé lui-même le dommage : *siue ipse custos damnum dedit*.

Ces textes, comme tels, sont inacceptables par les partisans de la *custodia* objective. D. 19, 2, 41, qui mentionne explicitement la *custodia*, fait penser à une responsabilité subjective du fait qu'il semble imposer au *iudex* d'analyser, dans chaque cas d'espèce, le comportement du débiteur, afin de vérifier si le dommage était évitable ou non ("*sive custodiri potuit ne damnum daretur*"), ou, de façon encore plus évidente, si le commodataire (ou un gardien préposé) n'en a pas été lui-même la cause ("*siue ipse custos damnum dedit*"). Dans le même sens, D. 13, 6, 19, qui parle lui de *diligentia*, implique à première vue que l'on vérifie si cette *diligentia* a été fournie par le commodataire.

Dès le départ, ces deux textes ont donc subi l'assaut de la critique, qui a emprunté des voies diverses. Dès les années 1890, J. BARON, qui ne tenait pas compte à l'époque du problème des interpolations, a estimé à plusieurs reprises que Julien était tout simplement dans l'erreur et que l'opinion de Marcellus devait être entendue non comme un développement de la thèse de Julien, mais comme une critique destinée à corriger cette erreur, en manière telle que le commodataire doit être considéré comme responsable du fait d'autrui parce que la garde permet en principe d'éviter le dommage⁽⁴¹⁾. Selon J. BARON, l'erreur de Julien consiste plus précisément dans le fait que toute force extérieure (ce qui est le cas dans le dommage causé par un tiers) ne libère pas le débiteur qui répond de la *custodia*, mais que seule la force majeure a cet effet.

Par la suite, la critique va quitter l'analyse interne des textes pour se porter sur le terrain de leur authenticité. Pour F. HAYMANN, ni le texte attribué à Julien, ni celui

⁽⁴¹⁾ J. BARON, *Die Haftung bis zur höheren Gewalt*, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 78 (1892), pp. 249-251. L'auteur, qui ne tient pas compte de l'évolution historique et d'une possible intervention des compilateurs, ne parle pas de la différence entre "*cura aut diligentia*" chez Julien et "*custodia*" chez Ulpian.

d'Ulpien ne sont classiques. Dans D. 19, 2, 41, non seulement l'affirmation selon laquelle il n'est pas possible, par la *custodia*, d'éviter le dommage causé par autrui ("*qua enim custodia ... dari possit*") n'est pas authentique, mais même les précisions de Marcellus seraient dues aux compilateurs⁽⁴²⁾.

La thèse de l'interpolation à peu près totale de ces deux textes n'a cependant guère de fondement. Les critiques formelles relevées par B. ALBANESE⁽⁴³⁾ paraissent fort ténues, et plus fondamentalement, si l'on considère que les compilateurs ont modifié D. 13, 6, 19 mais également D. 19, 2, 41, il faut admettre qu'ils ont opéré ces modifications profondes en même temps, comme le révèle le simple parallèle dans la forme. Mais pourquoi donc ont-ils, dans ce cas, supprimé une mention classique de la *custodia* dans D. 13, 6, 19 pour la remplacer par "*cura aut diligentia*" et, en même temps, "oublié" de supprimer la même mention dans D. 19, 2, 41 ? On ne peut que penser qu'ils sont vraiment d'incorrigibles distraits ! Mais cette distraction cadre mal avec l'attention dont ils auraient fait preuve pour modifier en parfaite cohérence deux passages situés dans deux livres distincts du Digeste.

Du fait de l'absence d'arguments en ce sens, rares sont les auteurs qui défendent l'idée que ces deux textes sont entièrement de la main des compilateurs. Une critique plus limitée, élaborée par F. SCHULZ⁽⁴⁴⁾, reprise et développée par B. ALBANESE⁽⁴⁵⁾, consiste à considérer que la distinction attribuée à Marcellus dans D. 19, 2, 41 est interpolée ("*interdum*

⁽⁴²⁾ F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, dans Z.S.S. 40 (1919), pp. 194-196.

⁽⁴³⁾ B. ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia. I. Le estensioni della legittimazione attiva aquiliana*, dans A.U.Pal. 21 (1950), p. 294, n. 2.

⁽⁴⁴⁾ F. SCHULZ, *Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im klassischen römischen Recht*, dans Z. Grünhut 38 (1911), pp. 36 sv. et *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen, 1916, pp. 47 sv.

⁽⁴⁵⁾ B. ALBANESE, *op. cit.*, pp. 293-305.

esse posse...damnum dedit") et que les deux textes portent en fait, non sur le problème de la nature de la responsabilité du commodataire, mais sur la seule question de savoir si le dommage rentre ou non dans le cadre de la *custodia*.

Concrètement, F. SCHULZ considère que l'interprétation de D. 13, 6,19 et D. 19, 2, 41 doit être menée en tenant compte également de

D. 50, 16, 9 (ULP.) : *Marcellus apud Iulianum notat uerbo "perisse" et scissum et fractum contineri et ui raptum*⁽⁴⁶⁾ ⁽⁴⁷⁾

qui a trait au sens qu'il convient de donner à *"perisse"*.

Pour F. SCHULZ, Julien devait donner une interprétation restrictive du verbe, de manière à exclure le dommage et donc la responsabilité du débiteur répondant de la *custodia*. Mais Marcellus, comme le montre D. 50, 16, 9, s'oppose à cette manière de voir puisque, pour lui, l'hypothèse de la perte de la chose englobe également celle de sa destruction partielle. De la sorte, à la question de savoir si le commodataire est responsable en cas de dommage causé par un tiers, Julien devait répondre négativement et Marcellus positivement, parce que le premier ne faisait pas rentrer le dommage dans le cadre de la *custodia* alors que le dernier l'y incluait.

La thèse de F. SCHULZ est reprise et développée par B. ALBANESE qui précise que la controverse entre Julien et Marcellus porte précisément sur le contenu de *"perire"*, et que

⁽⁴⁶⁾ D.50,16,9 (ULP.). Trad. : "Marcellus, à propos de Julien, remarque que par le verbe *"perisse"*, on entend ce qui a été déchiré, rompu, enlevé par violence."

⁽⁴⁷⁾ Le rapprochement s'impose compte tenu du fait que D.50,16,9 provient, comme D.19,2,41, du livre 5 *ad Edictum* d'Ulpien. De plus, il reprend, comme lui, une controverse entre Julien et Marcellus.

l'interférence de cette question sur celle de la responsabilité pour *custodia*⁽⁴⁸⁾ vient du fait que l'obligation du débiteur qui répond de la *custodia* est de "*reddere rem*", et que "*perire*" est précisément l'événement qui rend cette prestation impossible : Julien, estimant qu'un objet simplement endommagé est encore susceptible d'être rendu, juge qu'il n'y a pas de responsabilité pour *custodia* du gardien, tandis que Marcellus, considérant que la restitution est impossible si l'objet est endommagé, a dû décider, dans la note interpolée par les compilateurs⁽⁴⁹⁾, que le commodataire était responsable. Mais ces décisions divergentes interviennent sans qu'il faille, pour ALBANESE, prendre en considération le comportement du débiteur, donc sans devoir examiner s'il a ou non été diligent dans la garde de la chose à restituer.

L'apparente rigueur des positions de SCHULZ et ALBANESE ^Sdisimule mal leurs faiblesses. Leur thèse repose tout entière sur une interpolation de D. 19, 2, 41, qui constitue une pure hypothèse. ALBANESE prétend, pour appuyer cette interpolation, que l'opinion de Marcellus devait être la même dans ce texte et dans D. 50, 16, 9, mais il s'agit également d'une supposition que rien n'appuie, et qui va contre la lettre de D. 19, 2, 41. Nous ne pouvons admettre cette interpolation, en vertu du principe selon lequel un texte du Digeste doit être considéré comme authentique jusqu'à preuve du contraire.

Mais il y a plus important. Si l'on admet, à la suite de SCHULZ et ALBANESE, que la responsabilité pour *custodia* est une responsabilité pour la "perte" de la chose, la controverse entre Julien et Marcellus ne portant que sur la question de savoir ce qu'il faut

(48) Il y a donc également interférence sur le problème du cumul des recours du propriétaire. Il serait contraire à l'équité, estime B. ALBANESE (*op. cit.*, p. 302), que le propriétaire puisse à la fois agir contre le débiteur par l'action contractuelle et contre le tiers auteur du dommage.

(49) Pour l'auteur, la décision de Marcellus devait avoir une tout autre portée que celle mentionnée dans le Digeste. Seul "*interdum*" devait probablement figurer dans le texte original, Marcellus ne s'occupant pas de la question de l'examen du comportement du débiteur : ce problème aurait été introduit par les compilateurs (*op. cit.*, pp. 304-305).

entendre par "perte", on aboutit à une solution contraire aux textes. Il résulte en effet du rapprochement opéré entre D. 50, 16, 19 et D. 19, 2, 41 tel qu'il devait, pour SCHULZ et ALBANESE, se présenter à l'époque classique, que le débiteur, pour Marcellus, est responsable de la *custodia* en cas de "*scissum*", "*fractum*" ou "*ui raptum*", alors que nombre d'autres textes du Digeste précisent que le vol avec violence dégage en principe la responsabilité du débiteur⁽⁵⁰⁾.

Enfin, l'on veut bien croire a priori que la controverse entre Marcellus et Julien portait d'abord sur la définition de "*perire*". Encore faudrait-il l'établir : aucun texte ne rapporte une opinion contraire de Julien, ce qui est gênant pour la valeur de l'argumentation de SCHULZ et ALBANESE.

Ces considérations doivent amener à rejeter la thèse de ces deux auteurs, parce qu'elle repose sur trop d'hypothèses et qu'elle implique une lecture surprenante de D. 13, 6, 19. Julien, dans cet extrait, estime qu'on ne peut poursuivre le débiteur en cas de dommage causé par un tiers, parce que l'attention et la diligence - ou la *custodia* s'il est vrai que les compilateurs ont remplacé "*custodia*" par "*cura aut diligentia*" - ne permettent pas de l'éviter. S'il avait voulu exclure la responsabilité du débiteur au motif que le dommage (à la différence de la "perte" au sens strict) n'empêche pas la restitution, il aurait pu, bien plus simplement, signaler que "*perire*" ne comprend pas le "*scissum*" et le "*fractum*".

La prudence et le respect des textes conduisent à les prendre tels qu'ils sont et à considérer que, dans l'ensemble, leur facture est classique. Ceci n'exclut pas bien entendu une intervention limitée des compilateurs, dont il faut néanmoins mesurer correctement la portée.

⁽⁵⁰⁾ Voir notamment D.50,17,23 et D.13,6,18,pr. cités plus haut.

Plusieurs auteurs voient dans les mots "*cura aut diligentia*" de D. 13, 6, 19, une intervention des compilateurs, au motif que l'opinion de Julien est rapportée dans le premier extrait qui parle de "*cura*" et de "*diligentia*", tandis que le second mentionne la "*custodia*". J. PARIS en conclut que "la divergence entre les deux fragments du Digeste ne peut provenir que d'une intervention des compilateurs. Or le mot *custodia* qui se trouve dans le texte d'Ulpien pour faire allusion à la responsabilité du commodataire, correspond exactement à l'expression de Gaius lorsqu'il indique cette responsabilité. Aussi faut-il attribuer aux compilateurs l'expression *cura aut diligentia* qui a remplacé pour eux le mot primitif *custodia*"⁽⁵¹⁾.

L'interpolation nous paraît cependant loin d'être établie. Lorsqu'il est fait mention du fait qu'Ulpien reprend l'opinion de Julien, cela n'implique pas qu'il recopie textuellement Julien mais plutôt qu'il le cite de mémoire. Il suffit de relever les divergences de forme pour s'en persuader : *consequi potuit/consequi possumus*; *ne damnum iniuria ab alio dari possit/ne aliquis damnum nobis iniuria det*. Ulpien reprend la solution et non les mots de Julien. Il a donc pu écrire "*custodia*" là où Julien avait écrit "*cura aut diligentia*" puisque, pour ces deux auteurs, la responsabilité du gardien salarié est subjective.

Plus fondamentalement, l'éventuel remplacement de "*custodia*" par "*cura aut diligentia*", s'il indique assez clairement que pour les compilateurs, la responsabilité du commodataire est analysée en termes subjectifs, n'implique pas à lui seul qu'il ait été autrement pour Julien. J. PARIS tire des conclusions trop rapides lorsqu'il affirme que "cela (le remplacement de "*custodia*" par "*cura aut diligentia*") confirme l'évolution qui s'est produite dans l'appréciation de la responsabilité du commodataire" et qu'à l'époque

⁽⁵¹⁾ J. PARIS, *La responsabilité de la custodia* ..., pp. 122-123. Dans le même sens, V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale* ..., p. 165. La correction proposée par T. MAYER-MALY de remplacer "*diligentia*" par "*opera*" (*Locatio-conductio* ..., p. 205) est tout aussi hypothétique et ne modifie rien de fondamental, car il reste que les mots "*cura aut opera*" donnent également de la responsabilité du débiteur une vision subjective.

classique, cette responsabilité "doit alors être différente de la responsabilité du commodataire au temps de Justinien"⁽⁵²⁾.

Il est certain que le système global de responsabilité contractuelle a évolué en droit romain, comme dans tout ordre juridique. Il est loin d'être évident par contre que la modification éventuelle opérée à D. 13, 6, 19 par les compilateurs repose sur une différence radicale entre la conception classique et la conception justinienne de la *custodia*. Si tel était le cas, pourquoi les compilateurs auraient-ils laissé subsister la mention de la *custodia* dans l'opinion du même Julien reprise par Ulpien au D. 19, 2, 41 ? Ils ont, répondra-t-on bien entendu, oublié de la supprimer dans ce texte. Cette distraction constitue cependant un argument facile et qui ne résout rien dans le cas d'espèce : même corrigé ("*qua enim custodia possumus*" au lieu de "*qua enim cura aut diligentia...*"), le texte de Julien laisse entier le problème de son interprétation et de sa compatibilité avec la théorie de la *custodia* objective.

Si la *custodia* est un critère de responsabilité objective engageant^{ea} le débiteur par le fait de la non-restitution indépendamment de son comportement dans le cas d'espèce, pourquoi le dommage causé par un tiers ne rentrerait-il pas dans son champ d'application ? Car il s'agit bien d'un problème de *custodia*, quoi qu'en disent certains⁽⁵³⁾ : il est établi que le commodataire *praestat custodiam*⁽⁵⁴⁾, et Julien comme Ulpien estiment qu'on ne peut en

⁽⁵²⁾ J. PARIS, *op. cit.*, p. 123.

⁽⁵³⁾ F. PASTORI (*op. cit.*, pp. 295-297) considère que D.13,6,19 et D.19,2,41 sont authentiques mais qu'ils ne concernent pas la *custodia* parce qu'ils imposent une évaluation du comportement du débiteur dans la garde de la chose. Cette analyse est un bel exemple de confusion entre la thèse et la démonstration : il reste évidemment à prouver que la *custodia* est incompatible avec un critère de responsabilité subjective !

⁽⁵⁴⁾ Voir *supra*, § 1.

principe agir contre le commodataire en cas de dommage "parce que la *custodia* ne permet pas de l'éviter"⁽⁵⁵⁾.

J. PARIS reconnaît que D. 13, 6, 19 et D. 19, 2, 41 ont trait au problème de la responsabilité pour *custodia* du commodataire et qu'en principe, ce dernier répond des dommages causés à la chose par des tiers. Il fait cependant disparaître l'apparente incompatibilité entre ces deux textes et la théorie de la *custodia* objective, d'une part en passant sous silence dans son commentaire la note de Marcellus au D. 19, 2, 41, d'autre part en expliquant que Julien et Ulpien considèrent que le commodataire n'est pas responsable parce que "le *damnum iniuria datum* est considéré comme une sorte de cas de force majeure, dont le commodataire n'aura pas à répondre, à moins de circonstances particulières"⁽⁵⁶⁾ ⁽⁵⁷⁾.

Cette interprétation ne peut être suivie : le "*damnum iniuria ab alio datum*" n'est pas - ou du moins pas toujours - un cas de force majeure. Deux raisons permettent de le croire. Si le *damnum* était toujours un cas de force majeure, l'explication de l'absence de responsabilité du commodataire serait simple à fournir : Julien comme Ulpien se seraient vraisemblablement contentés de préciser qu'il s'agit d'une "*vis maior*" ou d'un cas "*cui resisti non potest*", ou se seraient servis de toute autre expression généralement employée dans les textes pour écarter en principe la responsabilité du débiteur. Rien de tel n'est dit ici. Et la raison pour laquelle la *custodia* est inopérante à éviter le dommage est donnée dans D. 13, 6, 19 comme dans D. 19, 2, 41 sous forme de question, ce qui montre à tout le moins que même Julien a dû hésiter. Ensuite et surtout, les nuances apportées par Marcellus - qui

⁽⁵⁵⁾ "*Qua enim custodia consequi potuit ne damnum iniuria ab alio dari possit ?*" L'objet de la note de Marcellus est précisément de nuancer ce principe trop général. Nous y viendrons plus loin.

⁽⁵⁶⁾ J. PARIS, *La responsabilité de la custodia* ..., p. 129.

⁽⁵⁷⁾ Ces "circonstances particulières" dont parle PARIS sont sans doute celles qu'envisage Marcellus mais l'auteur, prudent, n'en dit rien.

constituent en quelque sorte une réponse au principe posé de façon hésitante par Julien - n'auraient guère de sens si le *damnum* était toujours un cas de force majeure, car il faut bien constater qu'Ulpien les approuve ("*quae sententia Marcelli probanda est*") tout en reprenant lui-même le principe posé par Julien.

Du reste, "*iniuria*" ne signifie pas, comme le laisse entendre J. PARIS, "violence", mais qualifie l'acte commis de façon illégitime, "en dehors du droit". C'est dans ce sens que Gaius l'emploie dans les Institutes, par exemple dans :

III, 211 : *Is iniuria autem occidere intellegitur cuius dolo aut culpa id acciderit; nec ulla alia lege damnum quod sine iniuria datur reprehenditur; itaque impunitus est qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.* (58) (59)

Si l'on considère que D. 13, 6, 19 et D. 19, 2, 41 sont authentiques - à l'exception peut-être de la correction de "*custodia*" en "*cura aut diligentia*" chez Julien - quel sens convient-il de leur donner ? Julien affirme que le commodataire et le locataire ne répondent pas du *damnum iniuria ab alio datum* parce que la *custodia* ne permet pas d'éviter un tel dommage, tandis que Marcellus, approuvé par Ulpien, objecte que, indépendamment de

(58) Gaius, III, 211. Trad. : "Tuer injustement signifie tuer par dol ou par faute; et le dommage qui se produit sans injustice n'est puni par aucune autre loi; c'est pourquoi est impuni celui qui, sans faute ni dol, provoque un dommage par suite d'un accident."

(59) J. PARIS doit être conscient de la faiblesse de son interprétation, comme en témoignent ses hésitations. L'auteur déclare en effet, à propos du même texte, vingt pages plus haut, lorsqu'il étudie le problème des *horrea*, que "il est évidemment possible d'écarter du bien gardé les dommages causés par des tiers, même un *damnum iniuria datum*" (*op. cit.*, p. 102, n. 1), ce que nous approuvons entièrement et qui montre que, même pour J. PARIS, le *damnum* n'est pas toujours un cas de force majeure.

(60) Note supprimée.

l'hypothèse où le dommage est causé par le gardien lui-même⁽⁶¹⁾, il n'est pas vrai que la *custodia* ne permet jamais d'éviter le dommage causé par un tiers. S'agit-il d'une véritable controverse sur le même objet, ou les perspectives des deux juristes sont-elles différentes ?

Le caractère de généralité de D. 13, 6, 19, le ton péremptoire de Julien et l'usage d'une interrogation rhétorique permettent de croire que le juriste n'avait pas en vue la solution d'un cas d'espèce mais l'énoncé d'un principe général, avec ce que cela implique de simplification et de disparition des nuances. Ceci peut être confirmé par l'origine de cet extrait, qui est tiré du premier livre *Digestorum* de Julien : ce n'est pas le lieu adéquat d'une discussion sur la *custodia* mais plutôt l'endroit où l'on expose des principes généraux qui seront discutés par la suite.

Marcellus a vraisemblablement trouvé un principe aussi général inacceptable, surtout s'il avait en vue la solution d'un cas où se posait précisément le problème de la responsabilité du commodataire. Il a tout naturellement, non rejeté, mais apporté des nuances au principe énoncé par Julien. Pour Marcellus, la responsabilité pour *custodia* (technique) couvre l'hypothèse du *damnum ab alio datum* parce que la *custodia* (matérielle) permet parfois d'éviter ce dommage. D. 19, 2, 41 a donc une cohérence interne et n'est pas en

(61) Pour la majorité des auteurs, il existe une contradiction entre le fait que Marcellus prenne en considération le dommage causé par le gardien lui-même ("*siue ipse custos damnum dedit*") et le fait que le problème posé concerne le dommage causé par un tiers ("*ab alio datum*"), ce que n'est pas le gardien par rapport au propriétaire de la chose prêtée. De ce point de vue, l'hypothèse émise par C. CANNATA pour lever cette apparente contradiction est intéressante. Pour l'auteur, le *custos* est vraisemblablement un préposé libre de l'emprunteur, ce qui en fait effectivement un tiers par rapport au cocontractant de son patron (*Ricerche sulla responsabilità contrattuale* ..., p. 74). L'explication est séduisante mais reste une hypothèse. A supposer même que le *custos* dont parle Marcellus soit l'emprunteur lui-même, il n'y a là rien qui soit vraiment en contradiction avec le reste du texte. Il s'agit plutôt d'une remarque qui s'y ajoute. Que Marcellus, lorsqu'il traite de la responsabilité du commodataire dans le dommage causé par un tiers, ajoute, peut-être inutilement, que le commodataire est responsable s'il a causé lui-même le dommage, ne remet pas en question l'authenticité du reste du texte. C'est, simplement, une preuve supplémentaire que la *custodia* n'exclut pas la *culpa*.

contradiction avec D. 13, 6, 19. Aux yeux de Marcellus et d'Ulpien, le principe énoncé par Julien doit simplement être développé et nuancé.

Il importe, enfin, de bien comprendre la portée de D. 19, 2, 41 dans l'étude du concept de *custodia* technique. La mise en oeuvre judiciaire des règles dégagées par Marcellus et couvertes par l'autorité d'Ulpien implique nécessairement que le juge examine, dans chaque cas d'espèce, si le comportement du commodataire a été adéquat par rapport au danger représenté par l'intervention d'un tiers. C'est seulement dans l'hypothèse où le juge arrive à la conclusion que la *custodia* matérielle exercée par l'emprunteur n'a pas été efficace "alors qu'elle aurait pu l'être" ("*siue custodiri potuit ne damnum daretur*"), que ce dernier sera tenu pour responsable du *damnum* parce qu'il répond de la *custodia* technique. Nous sommes loin d'une conception objective de la *custodia*, défendue par la majorité des auteurs, y compris dans les travaux les plus récents sur la question⁽⁶²⁾. C'est vraisemblablement ce qui explique les efforts fournis par beaucoup d'auteurs pour nier, mais en vain, le caractère classique de D. 19, 2, 41.

⁽⁶²⁾ Voir par exemple, parmi les derniers, C. TARDIVO pour qui la *custodia*, dans le domaine de la responsabilité contractuelle, "sembra assumere un significato tecnico preciso ed indicare un determinato criterio di responsabilità obiettiva : cioè quella porzione di rischio che viene addossata al debitore nell'ambito di taluni rapporti contrattuali, indipendentemente dal suo contegno subiettivo" (*Studi sul commodatum*, p. 268).

SECTION 3. NATURE ET ETENDUE DE LA *CULPA* DANS LES TEXTES DU DIGESTE

La *custodia* technique est insuffisante pour rendre compte de la responsabilité du commodataire : nombre de textes du Digeste lient cette dernière au concept de *culpa*, qu'il faut étudier parce qu'il est la preuve qu'un système de responsabilité subjective existe dès l'époque classique et parce que, de plus, il permet de mieux comprendre la nature et le domaine d'application de la *custodia* technique.

Beaucoup d'auteurs prétendent que les mentions de la *culpa* et de la *diligentia* ne sont pas classiques, ou bien parce qu'elles ont été introduites par les maîtres de l'école post classique orientale alors que les critères de responsabilité de l'époque classique se réduisent au dol et à la *custodia*⁽¹⁾, ou bien parce que les juristes postclassiques ont "manipulé" les textes antérieurs qui mentionnaient déjà la *culpa*, mais seulement dans le sens objectif d'imputabilité du dommage au débiteur⁽²⁾. Ces tendances diverses ont toutes pour but d'écarter le caractère classique de la *culpa* dès l'instant où celle-ci apparaît dans les textes comme l'autre face d'un comportement attendu du débiteur (la *diligentia*), ce qui laisse entendre que ce dernier doit pouvoir établir qu'il a effectivement répondu à cette attente, en manière telle qu'il n'est pas responsable du dommage. Pourquoi cette vision subjective de la responsabilité du débiteur en terme de *culpa* est-elle inacceptable par beaucoup ? Parce qu'elle paraît difficilement compatible avec une *custodia* analysée comme un critère de responsabilité objective, compte tenu précisément de la coexistence des deux critères.

(1) Voir également V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale* ..., spécialement pp. 180 sv.; W. KUNKEL, *Diligentia*, dans Z.S.S. 45 (1925), pp. 266-351.

(2) Voir notamment E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, 1, Padoue, 1962, pp. 344, 355 et 384 sv. et F. PASTORI (*Il comodato* ..., pp. 272-273) qui s'efforce de distinguer "*factum debitoris*" et "*culpa*".

Ces considérations sont générales. Elles concernent tous les contrats et ont déjà été formulées⁽³⁾. Il est bon cependant de les rappeler ici parce que c'est dans le commodat que ce problème de coexistence *custodia-culpa* se pose avec le plus d'acuité. L'embarras de beaucoup est plus ou moins perceptible, et un bel exemple peut être tiré de l'étude récente de C. TARDIVO sur le commodat, où l'auteur déclare que "indubbiamente del contemperamento quanto meno nel periodo classico, del concetto di "*culpa*" con quello di "*custodia*" no è di facile soluzione"⁽⁴⁾ et conclut, après avoir mentionné les textes qui lient la responsabilité du commodataire à la *culpa*, qu'il est "*difficile dunque ricostruire il pensiero classico*"⁽⁵⁾. Reconstruire le système de pensée des juristes classiques est effectivement difficile, voire impossible, si la lecture des textes se fait sur base de postulats aussi catégoriques. Il importe au contraire de procéder à cette lecture en se fondant sur le seul principe selon lequel les textes sont le reflet fidèle de la pensée de l'auteur auquel on les rattache, sauf preuve ou du moins présomptions sérieuses en sens contraire.

§ 1. Principe de la responsabilité pour *culpa*

⁽³⁾ Voir l'introduction.

⁽⁴⁾ C. TARDIVO, *Studi sul commodatum*, p. 285.

⁽⁵⁾ C. TARDIVO, *op. cit.*, p. 287. Devant cette difficulté, l'auteur propose une solution que nous avons déjà critiquée plus haut. Pour lui, la coexistence d'une *custodia* objective et de la *culpa* peut être admise parce que leur champ d'application respectif est différent : la *custodia* aurait trait seulement au comportement du commodataire par rapport aux actes des tiers tandis que la *culpa* concernerait l'utilisation incorrecte par le commodataire de la chose prêtée. Cette distinction ne nous paraît pas satisfaisante car la même hypothèse (*fuga seruorum*) peut être analysée tantôt en terme de *culpa* tantôt en terme de *custodia*. C'est donc plutôt l'aspect soit passif soit actif de la garde qui fonde la différence entre les deux critères.

Il serait inexact d'affirmer que le commodataire ne répond que de la *custodia* en droit classique et que la *culpa* aurait été introduite par Justinien, car la responsabilité pour *culpa* est affirmée, en dehors des textes du Digeste que nous allons examiner, par un extrait de la *Collatio legum romanarum et mosaicarum* où l'on compare le dépôt et le commodat :

Coll. 10, 2, *Modestinus libro differentiarum secundo sub titulo de deposito uel commodato*.

4. *Depositi damnatus infamis est : qui uero commodati damnatur non fit infamis; alter enim propter dolum, alter propter culpam condemnatur.*⁽⁶⁾

La *Collatio* nous est parvenue en dehors de la compilation de Justinien. On s'accorde généralement sur le fait que son auteur, dont nous ignorons tout, a composé cette oeuvre aux environs de 315 P.C.⁽⁷⁾ Le texte cité ici est attribué par l'auteur de la *Collatio* à Modestin, disciple d'Ulpien, et rien ne permet de contester cette paternité. Du fait que Modestin est un juriste de la moitié du III^e siècle P.C., l'interpolation, si elle existe, a dû intervenir durant une période assez brève. Elle paraît cependant douteuse : l'auteur de la *Collatio*, qui connaît bien le droit hébraïque, ne semble guère faire oeuvre personnelle et se borne le plus souvent à reproduire tels quels les textes de droit romain. Pour justifier l'hypothèse de l'interpolation, PASTORI invoque le fait que dans le paragraphe 6, l'auteur, qui accorde l'*actio furti* au commodataire, ne mentionne pas la *custodia*⁽⁸⁾. Cet argument est singulièrement faible car l'auteur, qui aurait effectivement

⁽⁶⁾ Coll. 10,2,4. Trad. : "Le dépositaire condamné est frappé d'infamie : mais le commodataire ne l'est pas; l'un en effet est condamné à cause de son dol, l'autre à cause de sa faute."

⁽⁷⁾ Voir notamment J. GAUDEMET, *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise aux IV^e et V^e siècles*, Paris, 1957, pp. 90-91; G. SCHERILLO, v^o *Collatio legum romanarum et mosaicarum*, dans *NNDI*, vol. III, Turin, 1959, p. 446; L. SPRUIT, *Enchiridium*, n^o 355.

⁽⁸⁾ F. PASTORI, *Il commodato* ..., pp. 243-244.

pu parler de la *custodia* dans ce paragraphe, ne cite pas non plus la *culpa*, son propos étant simplement d'affirmer que le commodataire peut bénéficier de la légitimation active en cas de vol. On ne peut guère, de ce silence, tirer de conclusion significative quant au critère de responsabilité.

On ne peut refuser toute valeur à la *Collatio*. L'opinion de Modestin telle qu'elle est rapportée dans cette oeuvre constitue, si elle rejoint celle de son maître Ulpien, un argument en faveur de sa fidélité au texte classique. Les paragraphes 2 et 3, que nous n'avons pas cités, semblent rompre l'unité de l'exposé parce qu'ils concernent des matières différentes⁽⁹⁾, et l'on peut croire qu'ils ne sont pas de Modestin. Mais rien ne permet d'en dire autant du paragraphe 4 qui nous intéresse. Si l'on parvenait même à établir qu'il ne peut avoir été écrit par Modestin, il serait au moins la preuve de l'existence de la *culpa* en tant que critère de responsabilité bien avant que Justinien n'intervienne, comme on le prétend, pour transformer la *custodia* objective en *exacta* ou *exactissima diligentia*. Il est donc un témoignage de la coexistence de la *custodia* et de la *culpa*, et un indice de l'existence de la *culpa* à l'époque classique⁽¹⁰⁾.

La comparaison entre le dépôt et le commodat, attribuée par l'auteur de la *Collatio* à Modestin, est un thème classique en droit romain. On la retrouve également dans deux textes parallèles d'Ulpien, qui est précisément le maître de Modestin, ce qui constitue un indice supplémentaire en faveur de l'authenticité du texte de la *Collatio*. Ces deux textes

⁽⁹⁾ Ces paragraphes traitent de la fiducie, de la dot, du mandat et de la tutelle. L'action *fiduciae* mentionnée dans le § 2 est infamante (cfr Gaius, IV, 182). Assez curieusement, elle n'est pas citée dans le § 4 relatif à l'infamie, ce qui pousse à croire que le § 2, et le § 3 qui y est lié, ont été ajoutés après coup (en ce sens, J. MICHEL, *Gratuité* ..., pp. 346-347).

⁽¹⁰⁾ J. MICHEL (*op. cit.*, p. 346) estime, mais sans donner d'argument, que la mention de la *culpa*, dans le premier paragraphe, n'est pas classique. Cette position s'explique sans doute par le fait que l'auteur déclare adopter, "parce qu'il paraît se recommander par sa simplicité et sa clarté" (p. 326), le schéma d'ARANGIO-RUIZ qui réduit les critères de responsabilité classiques au dol et à la *custodia*, mais dont il reste à démontrer la validité.

(D. 50, 17, 23 et surtout le premier, D. 13, 6, 5, 2-4) ont tellement subi l'assaut de la critique que, s'il faut en croire les auteurs partisans de multiples interpolations, on ne peut plus guère en retenir que l'une ou l'autre affirmation sans grand intérêt.

D. 13, 6, 5 (ULP.) : - 2. *Nunc uidendum est, quid ueniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an uero et omne periculum. Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus : dolum in deposito : nam quia nulla utilitas eius uersatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus : nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio conuenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas uertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur.*

- 3. *Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo uerior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.*

- 4. *Quod uero senectute contigit uel morbo, uel ui latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei cui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interueniat. Proinde et si incendio uel ruina aliquid*

contigit uel aliquid damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas saluas facere, suas praetulit. (11)

Divers arguments sont invoqués pour considérer que les paragraphes 2 et 3 sont à peu près totalement interpolés.

- Dans "*nisi forte et meces accessit*", les mots "*nisi forte*" paraissent suspects à beaucoup, alors qu'ils sont classiques et d'un usage fréquent chez Ulpien : le *Vocabularium* en donne plus de quatre-vingts exemples tirés de fragments d'Ulpien (12). S'il y a interpolation, les compilateurs ont été d'une patience et d'une constance extraordinaires ! Par ailleurs, le sens de ces mots est parfaitement acceptable. Il est normal, compte tenu de l'exigence de gratuité inhérente au dépôt, que la responsabilité du dépositaire soit aggravée en cas de perception d'un salaire, car le dépôt à titre onéreux devient une *locatio operis* (13).

(11) D.13,6,5 (ULP.). Trad. § 2 : "Il faut étudier à présent ce qui intervient dans l'action du commodat, soit le dol, soit également la faute, ou tous les risques. En effet, dans les contrats, nous sommes tenus parfois seulement de notre dol, parfois de notre faute également : nous répondons de notre dol dans le dépôt. Car parce que le dépositaire ne retire aucun avantage du dépôt, il est juste qu'il ne réponde que de son dol. Mais si un salaire lui est payé, alors, comme il a été décidé par des constitutions, il est tenu même de sa faute, ou si, à la formulation du contrat, il a été convenu que le dépositaire répondrait de sa faute et des risques. Mais lorsqu'il y a intérêt pour les deux parties, comme dans le louage, la dot, le gage et la société, on doit répondre et du dol et de la faute." § 3 : "Mais le commodat, la plupart du temps, n'a d'utilité que pour le commodataire, et pour cette raison, l'opinion la plus vraie est celle de Quintus Mucius qui pense qu'il faut répondre de la faute et de la diligence et que, si la chose remise a été estimée, tous les risques sont supportés par celui qui s'est engagé à payer la valeur estimée." § 4 : "Ce qui est dû à la vieillesse, à la maladie, ce qui est enlevé par des brigands ou ce qui arrive de semblable, il faut dire que rien de tout cela ne doit être mis à la charge du commodataire, à moins qu'une faute n'intervienne. De la sorte, si quelque chose arrive à la suite d'un incendie ou d'une destruction ou qu'un dommage inévitable se produit, il n'est pas tenu sauf si, alors qu'il pouvait sauver les choses prêtées, il a préféré sauver les siennes."

(12) Cfr *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, t.IV, v° nisi.

(13) Voir le chapitre I, section 1.

- Par les mots "*aut si hoc ab initio conuenit...*", Ulpien admet qu'une extension conventionnelle de responsabilité est possible. On a parfois contesté le caractère classique d'une telle convention, à tort selon nous car plusieurs textes du Digeste la mentionnent⁽¹⁴⁾.

- "*Ut est constitutum*" se comprend bien si l'on sait qu'à l'époque d'Ulpien, une constitution de Caracalla établit que la responsabilité de l'exploitant d'entrepôts, qui somme toute peut jouer le rôle d'un dépositaire rémunéré, va au-delà du dol⁽¹⁵⁾. Peut-être Ulpien fait-il allusion à cette décision de la chancellerie.

- "*Sed ubi utriusque utilitas uertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur*". Cette phrase, par contre, peut paraître inopportune et difficilement acceptable comme telle. Ce n'est pas la mention de la *culpa* à côté du dol qui est gênante, car la *culpa* constitue sûrement un critère de responsabilité applicable dans la vente et dans le louage notamment, ce que confirment de nombreux textes. Ce n'est pas non plus la mention de l'*utilitas* qui fait problème. S'il est douteux que le principe de l'utilité, c'est-à-dire la variation du critère de responsabilité en fonction de l'intérêt respectif des parties au contrat, ait été érigé en théorie dès l'époque classique, il est certain que les juristes classiques l'ont appliqué dans une série de contrats. Mais ce principe ne s'applique correctement qu'à des contrats unilatéraux ou synallagmatiques imparfaits. L'appliquer à des contrats synallagmatiques parfaits comme la vente et le louage - ce qu'on fait dans ce texte - paraît un peu artificiel. Cette énumération de cinq contrats différents n'est guère justifiée ici, contrairement à la mention du dépôt au début du paragraphe 2. Enfin, les expressions employées pour désigner la

⁽¹⁴⁾ Cfr D.16,3,1,6 (ULP.); D.16,3,1,35 (ULP.); D.17,1,39 (NER.). Sur ces sentences, voir le chapitre I, notes 36-38.

⁽¹⁵⁾ Constitution de 213 P.C. reprise du Code de Justinien C.4,65,1 (voir le chapitre III, section 3, § 1).

vente ("*in empto*") et le louage ("*in locato*") sont incorrectes⁽¹⁶⁾ et ne se rencontrent pas dans le Digeste⁽¹⁷⁾. Pour toutes ces raisons, cette phrase est probablement une addition postérieure à Ulpien⁽¹⁸⁾.

- "*Et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo qui aestimationem se praestaturum recepit*". Le principe selon lequel le débiteur à qui on a remis une chose après estimation de celle-ci est responsable quoi qu'il arrive, n'a rien que de très logique, du fait que son obligation de restitution de la valeur estimée n'est jamais impossible. Le principe est classique et la forme sous laquelle il est énoncé ici ne prête pas à critique. Il n'est pas étonnant non plus qu'Ulpien l'énonce à cet endroit puisqu'il entend montrer que la responsabilité peut être aggravée conventionnellement, autant dans le dépôt que dans le commodat.

Le paragraphe 4 énumère divers exemples de force majeure qui ont pour effet de libérer en principe le débiteur. Mais Ulpien ajoute que le débiteur verra sa responsabilité déchargée "seulement s'il n'a commis aucune faute" ("*nisi aliqua culpa interueniat*"). C'en est trop pour beaucoup d'auteurs qui déclarent que ce paragraphe est l'oeuvre des

(16) L'expression "*ex empto*" ou "*empti*" (et non "*in empto*") est employée fréquemment pour désigner une des deux actions du contrat de vente, mais ne peut pas désigner le contrat lui-même, à cause du rôle distinct des parties, qui explique le nom habituel du contrat : *emptio uenditio*. Même raisonnement pour le louage.

(17) Cfr *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*. Il serait étonnant qu'Ulpien ait poussé le souci de l'originalité - qui ne le caractérise d'ailleurs pas - jusqu'à employer un hapax.

(18) Comme les mots correspondants dans le passage parallèle du Digeste, D.50,17,23. Par identité de motifs, on peut considérer que la liste de contrats et situations juridiques constitue également une addition au texte d'Ulpien, qui devait être le suivant : *Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum. Dolum et culpam commodatum. Sed haec ita nisi si quid nominatim conuenit* Ce texte suit le même plan que D.13,6,5,2-4, en envisageant la responsabilité pour dol, puis pour dol et *culpa*, puis pour tous les risques. Il est de nouveau souligné, in fine, que les cas de force majeure n'ont d'effet libératoire que si "*sine culpa accidunt*".

compilateurs⁽¹⁹⁾, y compris pour J. MICHEL qui, malgré son habituelle réserve à l'adresse des interpolations, déclare que "l'unanimité est à peu près réalisée sur les insertions de ce genre, qui paraissent incompatibles avec un système de responsabilité fondée sur la *custodia*"⁽²⁰⁾. Il n'y a en fait d'incompatibilité que si la *custodia* est objective, mais c'est ce qu'il faut démontrer. D'un point de vue interne, ce paragraphe est cohérent. Après avoir énoncé le principe de l'effet libératoire de la force majeure ("*Quod uero...accepit*") et son exception en cas de faute ("*nisi...interueniat*"), Ulpien en donne un exemple : le commodataire est libéré par l'incendie sauf si, ayant la possibilité de sauver la chose prêtée, il préfère sauver ses propres biens ("*Proinde ... praetulit*"). Par ailleurs, la forme du paragraphe 4 est correcte⁽²¹⁾.

Si l'on retire de ce long passage la phrase "*Sed ubi utriusque... praestatur*", probablement ajoutée au texte d'Ulpien, il paraît acceptable et de bonne facture. On peut d'ailleurs souligner sa cohérence interne et sa clarté. Ulpien, dans la première phrase, en donne le plan : *Nunc uidendum est quid ueniat in commodati actione, utrum dolum* (objet du §2), *an et culpa* (objet du § 3), *an et omne periculum* (objet du § 4), et s'il parle du dépôt dans le § 2, c'est parce qu'il s'agit d'un bel exemple de responsabilité limitée en principe au dol.

(19) Voir notamment F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, dans Z.S.S. 40 (1919), p. 188; W. KUNKEL, *Diligentia*, dans Z.S.S. 45 (1925), p. 270; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale* ..., p. 105; G. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore* ..., pp. 110-111.

(20) J. MICHEL, *Gratuité en droit romain* ..., p. 66. L'auteur ajoute néanmoins que l'on pourrait défendre la proposition "*nisi ... interueniat*" en supposant qu'elle est une référence à la responsabilité aquilienne, dans la mesure où l'action *legis Aquilae* peut être intentée par le maître d'un esclave ou d'un animal contre le commodataire si la perte est due à sa faute. Cette hypothèse ne peut cependant être retenue du fait qu'Ulpien parle clairement de l'action *commodati* dans ce texte.

(21) "*Nisi*" ne peut pas être considéré comme un indice d'interpolation (voir supra). De même, "*saluum facere*" est une expression caractéristique d'Ulpien.

Il résulte de ce texte que le "maître-mot" choisi par Ulpien pour qualifier la responsabilité du commodataire est la *culpa* et non la *custodia* (22). Pourquoi s'en étonner ? La *custodia*, quelle qu'elle soit, ne supprime pas la *culpa*, du fait que leurs champs d'application respectifs ne coïncident pas exactement. De plus, si la première est une *culpa in custodiendo*, l'emploi du mot "*culpa*" se justifie parce qu'il couvre également cette forme particulière de faute dans la garde qu'est la *custodia*.

Le principe selon lequel le commodataire est responsable pour dol et *culpa* est encore établi, a contrario, par le fait que son incapacité d'exercice empêche le recours du propriétaire contre lui, même, déclare Ulpien, s'il a commis un dol ou une faute :

D. 13, 6, 1, 2 (ULP.) : *Impuberes commodati actione non tenetur, quoniam nec constitit commodatum in pupilli persona sine tutoris auctoritate, usque adeo ut, etiamsi pubes factus dolum aut culpam admiserit, hac actione non tenetur, quia ab initio non constitit.* (23)

Le principe établi, il est nécessaire d'en saisir les conséquences à travers une série de cas particuliers que nous livre le Digeste, et qui concernent principalement la manière dont le commodataire use de la chose prêtée.

§ 2. *Usus contrarius*

(22) Voilà qui explique sans doute les efforts déployés par la doctrine pour en contester l'authenticité.

(23) D.13,6,1,2 (ULP.). Trad. : "Les impubères ne sont pas tenus par l'action de commodat, parce qu'un prêt ne peut être contracté par un mineur sans l'autorisation de son tuteur. Par conséquent, même si, devenu pubère, il commet un dol ou une faute, il n'est pas tenu par l'action de commodat, parce qu'il n'y a, dès le départ, pas d'obligation."

Il est de règle que le commodataire, dans l'usage qu'il fait de la chose prêtée, doit s'en tenir aux modalités prévues au contrat. Sanctionner une telle obligation dans le cadre de la *culpa* n'aurait guère de sens, et c'est en terme de *custodia* que le problème est posé :

D. 13, 6, 10, pr. (ULP.) : *Eum qui rem commodatum accepit, si in eam rem usus est in quam accepit, nihil praestare, si eam in nulla parte culpa sua deteriore fecit, uerum est : nam si culpa eius fecit deteriore, tenebitur.*⁽²⁴⁾

L'usage contraire de la chose prêtée, susceptible d'un recours contractuel (*actio commodati*), est également envisagé d'un point de vue pénal dans les Institutes de Gaius, du fait que le propriétaire peut agir contre l'emprunteur par l'*actio furti*. Il est intéressant d'étudier ce recours pénal avant de voir comment s'exerce le premier dans les situations particulières visées au Digeste, parce que les critères d'imputabilité pénale peuvent éclairer les critères d'imputabilité contractuelle.

GAIUS, III, 197 : *Placuit tamen eos qui rebus commodatis aliter uterentur quam utendas accepissent ita furtum committere si intellegant id se inuito domino facere, eumque, si intellexisset, non permissurum; at si permissurum credant, extra furti crimen uideri; optima sane distinctione, quod furtum sine dolo malo non committitur.*⁽²⁵⁾

⁽²⁴⁾ D.13,6,10,pr. (ULP.). Trad. : "Il est vrai que le commodataire qui a employé la chose à l'usage convenu n'est pas tenu s'il n'a d'aucune façon détérioré la chose par sa faute. Il est en effet tenu s'il l'a détériorée par sa faute."

⁽²⁵⁾ Gaius, III, 197. Trad. : "Il a été décidé cependant que ceux qui se servent de la chose prêtée autrement que pour l'usage convenu, commettent un vol s'ils savent qu'ils font cela contre le gré du propriétaire et que ce dernier, s'il l'avait compris, ne l'aurait pas permis. Mais si les emprunteurs croient qu'il le permettrait, ils sont en dehors de l'accusation de vol. C'est une excellente distinction, parce qu'on ne commet pas de vol s'il n'y a pas de mauvais dol."

Pour répondre à la question de savoir si le propriétaire peut intenter l'*actio furti* contre le commodataire sur base de l'utilisation qu'il fait de la chose, Gaius fait intervenir un élément d'ordre psychologique. Il n'y a vol⁽²⁶⁾ que si le commodataire a conscience de l'irrégularité de son acte, soit parce qu'un tel usage a été formellement interdit, soit parce qu'il l'aurait été si la question avait été posée au propriétaire. L'analyse de Gaius est très fine. Pour qu'il y ait dol, il ne suffira pas d'établir que le propriétaire se serait opposé à l'usage de la chose si le commodataire lui avait demandé la permission, mais il faudra démontrer que le commodataire, au moment où il a utilisé la chose, savait très bien qu'il essuierait un refus s'il demandait l'autorisation (ce qui peut expliquer, la nature humaine étant ce qu'elle est, qu'en pratique certains commodataires se gardent bien de demander cette autorisation). Tel est le sens des mots "*intellegant (...)eum (que) si intellexisset, non permissurum*".

A l'élément matériel (l'usage) doit nécessairement s'ajouter un élément intentionnel ("*dolus malus*") dont il est légitime de penser qu'il doit être prouvé ou du moins résulter clairement des circonstances de la cause. Dans le recours sur base de l'*actio furti*, nous sommes fort loin d'un système de responsabilité objective⁽²⁷⁾.

Gaius ne répond pas à la question de la responsabilité contractuelle du commodataire qui, sans avoir agi par dol, a usé de la chose contrairement à la volonté déclarée ou implicite du propriétaire. Par les mots "*extra furti crimen uideri*", Gaius

(26) La définition du vol chez Gaius est plus large que dans notre droit contemporain puisque le *furtum* englobe, outre la soustraction frauduleuse, la rétention contre le gré du propriétaire (III, 195) et l'usage non autorisé (III 196-197). Le *furtum*, en droit romain, vise même l'hypothèse où un débiteur a soustrait à son créancier l'objet remis en gage, dont il est pourtant propriétaire (III, 200).

(27) Voir également le bel exemple de Gaius, III, 202, où une personne qui a mis en fuite un troupeau de vaches en agitant une étoffe, sera ou non poursuivie par l'*actio furti* selon qu'elle l'a fait pour permettre à un tiers de s'emparer du bétail ou, au contraire, par simple plaisanterie.

écarte le recours du propriétaire sur base de l'*actio furti*, sans se prononcer sur la possibilité offerte à ce dernier d'intenter l'*actio commodati*, ni sur le critère de responsabilité applicable dans le cadre de celle-ci. Mais un texte de Pomponius répond à ces questions et offre en outre l'intérêt de mentionner également l'*actio furti*.

D. 47, 2, 77, pr. (POMP.) : *Qui re sibi commodata uel apud se deposita usus est aliter atque accepit, si existimauit se non inuito domino id facere, furti non tenetur. Sed nec depositi ullo modo tenebitur : commodati an teneatur, in culpa aestimatio erit, id est an non debuerit existimare id dominum permissurum.*⁽²⁸⁾

Si l'on excepte les deux mentions relatives au dépôt ("*uel apud se deposita*" et "*sed nec depositi ullo modo tenebitur*") qui constituent probablement une addition due aux compilateurs⁽²⁹⁾, il n'y a aucune raison de douter que ce texte soit classique.

⁽²⁸⁾ D.47,2,77,pr. (POMP.). Trad. : "Si quelqu'un utilise une chose qu'il a reçue en prêt ou en dépôt autrement que ce qui a été convenu, mais avec la conviction de ne pas agir contrairement à la volonté du propriétaire, il n'est pas tenu par l'action de vol. Mais il ne sera pas non plus tenu par l'action de dépôt. Est-il tenu par l'action du commodat ? On évaluera la faute, qui est établie si le commodataire n'avait pas de raison de penser que le propriétaire serait d'accord."

⁽²⁹⁾ Le dépositaire ne peut en principe pas utiliser la chose qui lui est confiée : Gaius précise qu'en agissant de la sorte, le dépositaire commettrait un vol (III, 196). La question posée ici, qui est de savoir si le dépositaire est responsable s'il fait de la chose un usage anormal, est donc fort surprenante. Pour ce motif, on considère généralement que les deux mentions du dépôt dans ce texte sont des interpolations (voir par exemple F. PASTORI, *Il commodato* ..., p. 279) justifiées par le souci des compilateurs de faire rentrer le dépôt et le commodat dans la catégorie des contrats réels. Il s'agit là cependant d'une hypothèse et non d'une certitude. De même que la convention d'antichrèse est possible pour le gage et permet au créancier d'utiliser la chose remise à titre de sûreté, sans transformer ce contrat en prêt d'usage, rien ne s'opposerait en principe à ce qu'un déposant, pour remercier le dépositaire du service rendu, lui permette d'utiliser momentanément l'objet déposé, éventuellement dans des limites précises. Un accord sur ce point, à notre avis, ne ferait pas perdre au dépôt sa qualification juridique et ne le transformerait pas en commodat car il reste que, d'un point de vue économique, le dépôt est conclu dans l'intérêt dominant de celui qui remet l'objet, tandis que le commodat l'est dans l'intérêt de celui qui le reçoit. La même observation peut être faite dans le développement du dépôt irrégulier : le dépôt d'une somme d'argent, conçu initialement par les parties comme un dépôt ordinaire, ne se transforme pas en prêt de consommation lorsque le dépositaire sollicite et obtient la permission d'utiliser l'argent.

La responsabilité pour *culpa* du commodataire est ici distinguée de la responsabilité pour dol, même si ce dernier critère est cité dans le cadre de l'*actio furti* tandis que la *culpa* l'est par rapport à l'*actio commodati*. Il est intéressant de remarquer que Pomponius semble animé, dans cette sentence, de la même perspective que Gaius dans le texte des Institutes que nous venons d'analyser. Un double parallèle peut être aisément établi. De même que le commodataire n'est responsable dans l'*actio furti* que si le dol est prouvé (Gaius), ainsi il n'est tenu dans l'*actio commodati* que si la *culpa* est établie (Pomponius). De plus, le dol comme la *culpa* ne se réduisent pas à un simple comportement objectif, à un *factum debitoris*. De ce point de vue, il importe cependant de bien percevoir la différence entre ces deux critères.

Dans le cas d'un usage contraire à la volonté du propriétaire, la contrariété étant établie a posteriori par le recours judiciaire de ce dernier par l'*actio furti* ou l'*actio commodati*, il suffit que le commodataire se soit cru autorisé à agir ainsi pour être dégagé de toute accusation de dol. En ce qui concerne la *culpa*, par contre, on sera plus exigeant⁽³⁰⁾. *Culpa : id est an non debuerit existimare id dominum permissurum*. La faute sera donc établie si l'on constate que le commodataire n'avait pas de raison de penser que le propriétaire serait d'accord. En d'autres mots, la conviction d'agir correctement ne suffit pas, il faut de plus que cette conviction repose sur des éléments "objectifs", tirés par exemple des caractéristiques de la chose ou de l'utilisation qu'en faisait le propriétaire lui-même. Dans le cas contraire, le commodataire est en faute et sa responsabilité est engagée.

(30) La distinction entre le dol et la *culpa* est aussi claire dans le domaine de la responsabilité extra-contractuelle. Cfr l'hypothèse envisagée par Gaius, III, 202. Un individu a mis en fuite un troupeau en agitant une étoffe. S'il s'agit d'une aide donnée à un tiers pour lui permettre de s'emparer des bêtes, Gaius estime, à juste titre, qu'il y a dol car l'intention frauduleuse existe. S'il s'agit par contre d'une simple plaisanterie, le propriétaire du troupeau agira en invoquant la *culpa* du plaisantin. Celui-ci, en ne tenant pas compte des conséquences possibles de son acte, n'a pas eu un comportement prudent et diligent, un comportement de *bonus paterfamilias*.

Sur base de ce texte, il apparaît clairement que l'usage contraire ne constitue pas à lui seul une *culpa* et que l'erreur, entendue comme discordance entre la volonté du propriétaire et la représentation que le commodataire s'en fait, n'est pas nécessairement une *culpa*. Pour considérer que dans un cas qui lui est soumis, l'erreur est admissible, le juge devra nécessairement faire référence, explicitement ou non, à un modèle, à un emprunteur-type, qu'on peut appeler *bonus paterfamilias*. En terme de *culpa*, le raisonnement se réduit à ceci : si le juge arrive à la conclusion que le *bonus paterfamilias* se serait également trompé, l'erreur du commodataire reste une erreur; dans le cas contraire, elle devient une *culpa*.

On peut donc se tromper sans être en faute. La *culpa* du commodataire n'est pas un simple *factum debitoris*, dans la mesure où un dommage causé par le commodataire n'entraîne pas *ipso facto* sa responsabilité. Il faut plus qu'un simple lien de cause à effet entre le comportement du débiteur et le dommage, comme le montrent les textes qui traitent de cette hypothèse.

§ 3 - Dommage causé à la chose prêtée

D. 13, 6, 23 (POMP.) : *Si commodauero tibi equum, quo uteris usque ad certum locum, si nulla culpa tua interueniente in ipso itinere deterior equus factus sit, non teneris commodati : nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodauī, qui eum laborem sustinere non potuit.*⁽³¹⁾

⁽³¹⁾ D.13,6,23 (POMP.). Trad. : "Si je t'ai prêté un cheval pour que tu t'en serves jusqu'à un certain endroit et que ce cheval soit blessé sur cet itinéraire sans qu'il y ait faute de ta part, tu ne seras pas tenu par l'action de commodat. En effet, je serai moi-même en faute pour t'avoir prêté, pour un si long voyage, un cheval qui ne pouvait pas supporter un tel effort."

Ce texte de Pomponius est une belle illustration du principe qui vient d'être énoncé. Dans le cas d'espèce, le cheval prêté pour un voyage n'était pas de force à le supporter, et les blessures qu'il a subies en sont la conséquence. Si l'on ne prend en considération que les éléments matériels, il est certain que c'est le comportement de l'emprunteur qui est la cause du dommage, car c'est lui qui a demandé à la monture un effort exagéré par rapport à ses possibilités. Il est également établi que l'emprunteur a commis une erreur au sens commun du terme. Il s'est trompé, même s'il n'est pas le seul, sur la capacité du cheval. Un connaisseur n'aurait vraisemblablement pas commis cette erreur et aurait adapté sa conduite en conséquence (étapes plus courtes, haltes plus fréquentes, etc). Il y a donc, dans le cas d'espèce, erreur d'utilisation (*factum debitoris*), dommage et lien de cause à effet, et malgré cela, la responsabilité du commodataire n'est pas engagée. La raison en est que l'erreur, dans cette hypothèse, peut être considérée comme admissible : le "bon emprunteur", le *diligens paterfamilias*, ne doit pas être connaisseur de chevaux. De plus, l'erreur d'appréciation du propriétaire lui-même ("*nam ego in culpa ero*") est là pour servir de preuve du caractère excusable de celle de l'emprunteur. Mais elle ne joue que ce rôle et n'a pas effet libératoire absolu. Il est légitime de penser que la responsabilité de l'emprunteur pourrait être engagée si l'on établissait que grâce à sa connaissance des chevaux, il s'est aperçu⁽³²⁾ ou devait s'apercevoir⁽³³⁾ de l'état d'épuisement de sa monture et a négligé d'en tenir compte⁽³⁴⁾.

(32) On est alors fort proche du dol puisque le commodataire a non seulement voulu la cause (l'effort excessif demandé au cheval) mais également laissé volontairement se produire le dommage alors qu'il avait la possibilité de l'empêcher.

(33) L'erreur est dans ce cas inexcusable et donne naissance à la *culpa*.

(34) Même solution, a fortiori, si l'on établit que le commodataire a commis une *culpa* au cours du voyage (choix d'un itinéraire dangereux, charge excessive malgré l'interdiction ou simplement les recommandations du propriétaire, mauvais traitement subi par l'animal, etc.). C'est à des hypothèses de ce genre que pense probablement Pomponius lorsqu'il précise : "*si nulla culpa tua interueniente in ipso itinere*".

Le même raisonnement s'applique à l'hypothèse suivante, où le commodataire a fait du cheval un usage pour le moins différent de celui qui avait été convenu :

D. 13, 6, 5, 7 (ULP.) : *Sed interdum et mortis damnum ad eum qui commodatum rogauit pertinet : nam si tibi equum commodauero, ut ad uillam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis : idem erit et in homine. Plane si sic commodauis, ut ad bellum duceres, meum erit periculum.*⁽³⁵⁾

Il résulte des circonstances de la cause que le commodataire a délibérément exposé la chose à un risque considérable et qu'il n'a pu croire un instant à l'approbation tacite du propriétaire, tant l'écart est grand entre l'usage convenu (un déplacement jusqu'à son domicile) et ce qu'il a entrepris (une campagne militaire). Tous les éléments constitutifs de responsabilité sont établis : un *factum debitoris*, un dommage (la mort du cheval) un lien de cause à effet et un comportement contraire à celui d'un *diligens paterfamilias* ⁽³⁶⁾.

La suite du texte d'Ulpien fait intervenir un dommage qui peut avoir pour cause soit un usage contraire, soit une négligence du commodataire :

D. 13, 6, 5, 7 (ULP.) : *Nam et si seruum tibi tectorem commodauero et de machina ceciderit, periculum meum esse Namusa ait : sed ego ita uerum puto, si tibi commodauis, ut in machina operaretur : ceterum si ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina, aut si machinae culpa factum minus diligenter non ab ipso ligatae uel funium perticarumque uetustate, dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum praestare debere : nam et Mela scripsit, si seruus*

⁽³⁵⁾ D.13,6,5,7 (ULP.). Trad. : "Mais parfois le dommage survenant par la mort est à charge de l'emprunteur. En effet, si je t'ai prêté un cheval pour te rendre dans ta propriété et que tu l'emmènes à la guerre, tu seras tenu par l'action de commodat. Il en ira de même pour un esclave. Mais si je te les ai prêtés pour que tu les emmènes à la guerre, le risque sera pour moi."

⁽³⁶⁾ Non que le *paterfamilias* ne puisse participer à une campagne militaire. Simplement, il n'y emmènera un cheval prêté qu'avec l'accord du propriétaire.

lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui negligentius machinam colligauit.⁽³⁷⁾

Dans le cas d'espèce, un ouvrier, qui fait l'objet du contrat de commodat, est tombé d'un échafaudage. Ulpien pose en principe que le dommage est subi par le propriétaire, à condition cependant que l'ouvrier ait bien été prêté pour travailler sur un échafaudage et non pour effectuer un travail au sol. On voit de nouveau que la responsabilité du commodataire n'est dégagée qu'en cas de respect de la convention, quant à l'usage de la chose⁽³⁸⁾.

La deuxième cause possible de la chute de l'ouvrier qu'envisage Ulpien est encore plus éclairante sur le caractère subjectif de la responsabilité du commodataire et sur le nécessaire examen de son comportement. Le commodataire est tenu si l'échafaudage s'est écroulé parce qu'il n'a pas été assuré (on a par exemple oublié de le contreventer) ou parce qu'il a été monté avec des perches et des cordes trop usées qui n'ont pas résisté à la charge. Le texte parle à ce propos de faute ("*si machinae culpa factum minus diligenter non ab ipso ligatae...*") mais le plus intéressant pour notre propos est qu'il lie cette *culpa* à une attitude négligente ("*minus diligenter*" et, in fine, "*negligentius*") qui ne peut être que le contraire de la *diligentia*. La responsabilité du commodataire est engagée, non par le seul fait que l'échafaudage s'est écroulé, mais parce que la *diligentia* que l'on peut

⁽³⁷⁾ D.13,6,5,7 (ULP.). Trad. : "En effet, si je t'ai prêté un esclave et qu'il tombe de l'échafaudage, Namusa dit que le risque est pour moi. Je pense que c'est exact si je te l'ai prêté pour qu'il travaille sur l'échafaudage. Mais si c'est pour qu'il effectue un travail au sol et que tu l'as fait travailler sur l'échafaudage, ou si l'accident s'est produit par un défaut de l'échafaudage, assemblé de manière négligente par un autre que lui, ou à cause de la vétusté des cordes et des perches, je dis que le commodataire doit répondre du risque provoqué par sa faute. En effet, Mela a écrit que si un esclave est prêté à un tailleur de pierres et qu'il est tué sous un échafaudage, le tailleur qui a assuré l'échafaudage de façon trop négligente est tenu par l'action de commodat."

⁽³⁸⁾ On peut toutefois imaginer que si les parties ne se sont pas accordées très précisément sur le travail à effectuer, le commodataire puisse dégager sa responsabilité en invoquant que le travail demandé au maçon rentrait dans ses compétences ou avait déjà été effectué par lui chez son patron.

attendre d'un bon père de famille impose de monter correctement l'échafaudage, et la mission conférée au juge consiste précisément à vérifier si cela a été fait dans le cas qui lui est soumis.

Culpa et *diligentia* sont donc les deux faces, négative et positive, d'une même réalité, car la faute consiste dans l'absence de diligence. Le texte d'Ulpien, comme bien d'autres, montre clairement que la *culpa*, dès l'époque classique, n'est pas un *factum debitoris* qui se réduirait à un simple lien de causalité entre le dommage et la conduite du débiteur.

D. 13, 6, 5, 4 in fine (ULP.) : *Quod uero senectute contigit uel morbo, uel ui latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interueniat. Proinde et si incendio uel ruina aliquid contigit uel aliquid damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas saluas facere, suas praetulit.*⁽³⁹⁾

Devant l'incendie ou toute autre catastrophe qui a eu pour effet de détruire l'objet prêté, il est reproché au commodataire d'avoir préféré sauver ses biens plutôt que ceux qu'on lui a prêtés. Le jugement porté par Ulpien n'est pas d'ordre moral mais seulement juridique. La responsabilité du commodataire est engagée parce qu'il n'a pas fait preuve de la diligence qui aurait permis d'éviter le dommage. Qu'il soit parvenu à sauver ses propres biens est simplement la preuve qu'il était possible de sauver ceux de son cocontractant. Ce texte est construit de façon cohérente : la *diligentia* sous-entendue in fine répond à la mention de la *culpa*, quelques lignes plus haut, qui est parfois considérée, sans argument pertinent, comme une interpolation⁽⁴⁰⁾. Même si l'on arrivait à établir que cette mention de la *culpa* est due aux compilateurs, le texte d'Ulpien serait

⁽³⁹⁾ D.13,6,5,4 in fine (ULP.). Trad. : voir supra.

⁽⁴⁰⁾ Voir notamment G. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore* ..., pp. 136-137. En sens contraire, G. MAC CORMACK, *Custodia and culpa*, p. 210.

néanmoins une preuve qu'il est nécessaire d'examiner le comportement du commodataire, au moins parce qu'il faut vérifier s'il a ou non pu sauver ses propres biens.

§ 4 - Perte de la chose prêtée

L'hypothèse de la perte de la chose prêtée ne fait guère difficulté. Les textes qui l'envisagent ne révèlent pas de controverse quant à la responsabilité du commodataire, et s'occupent plutôt de la question de savoir si ce dernier a un recours contre le propriétaire au cas où la chose est retrouvée ultérieurement. Ainsi,

D. 13, 6, 17, 5 (PAUL.) : *Rem commodatam perdidit et pro ea pretium dedi, deinde res in potestate tua uenit : Labeo ait contrario iudicio aut rem mihi praestare te debere aut quod a me accepisti reddere.*⁽⁴¹⁾

Le texte est simple. Le commodataire a perdu le bien prêté et a indemnisé le propriétaire, soit volontairement, soit parce qu'il a été poursuivi par l'action *commodati*. Si le bien est retrouvé par la suite, Paul décide que le commodataire pourra soit se faire rembourser le prix payé, soit se faire rendre le bien.

F. PASTORI range à plusieurs reprises ce texte parmi ceux qui traitent du vol de la chose⁽⁴²⁾ et l'invoque comme preuve que "i testi non sottopongono ad alcuna limitazione la responsabilità del commodatario che abbia persa in conseguenza del furto la

⁽⁴¹⁾ D.13,6,17,5 (PAUL.). Trad. : "J'ai perdu la chose qui m'a été prêtée et j'en ai payé la valeur. Par la suite, la chose revient en ta possession. Labéon estime que sur base de l'action contraire, tu devras ou bien me rendre la chose, ou bien me restituer ce que tu as reçu de moi."

⁽⁴²⁾ F. PASTORI, *Il commodato* ..., pp. 224 et 227.

disponibilità della cosa"⁽⁴³⁾. Dans le même sens, G. LUZZATTO y voit la preuve que les notions de *culpa* et de *casus* sont étrangères à la mentalité des juristes classiques, et que ceux-ci "operavano secondo nozioni di responsabilità obiettiva"⁽⁴⁴⁾.

En affirmant qu'il est question d'un vol, PASTORI sollicite le texte, qui dit simplement que l'emprunteur a "perdu" la chose : "*rem commodatam perdidit*". On pourrait bien entendu objecter que ce dernier a subi un vol et qu'il invoque simplement la perte parce qu'il ne l'a pas découvert. Mais ceci ne modifie en rien le problème de responsabilité : ce sont les affirmations par lesquelles le défendeur justifie éventuellement la non-restitution qui entrent en ligne de compte, et non ce qui s'est réellement passé, du moins aussi longtemps qu'on ne l'a pas découvert. On demande au juge de se prononcer sur la validité des excuses du défendeur et non de développer des talents de voyance.

Dans le cas d'espèce, précisément, le commodataire invoque simplement la perte, sans justifier de circonstances particulières, ce qui explique la condamnation (ou le paiement volontaire pour y échapper). On ne peut en conclure, comme le fait LUZZATTO, que sa responsabilité est objective, ni que la *culpa* est étrangère au problème posé dans ce texte. Si la *culpa* n'est pas mentionnée, si aucune controverse n'est présente, c'est parce que le cas d'espèce ne laisse aucun doute quant à la responsabilité du commodataire. Le terme employé ("*perdidit*") montre qu'il s'agit de la perte et non du vol (*furtum*) d'une chose inanimée (sans quoi l'on parlerait de *fuga* d'un esclave ou d'un animal). La perte de la chose prêtée est nécessairement due à un défaut de diligence car elle consiste dans le fait que le commodataire ne sait plus où elle se trouve, ou l'a égarée. Elle constitue une *culpa*, entendue comme un comportement contraire à celui d'un *bonus paterfamilias* car ce dernier, s'il peut être victime d'un vol

⁽⁴³⁾ F. PASTORI, *Il commodato* ..., pp. 226-227.

⁽⁴⁴⁾ G. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore* ..., p. 115.

sans pour autant être en faute, ne perd pas ses biens et encore moins ceux qu'on lui a confiés et pour lesquels il se doit d'être particulièrement attentif. Ce n'est en définitive pas la perte qui engage la responsabilité du débiteur, mais le fait que celle-ci constitue inévitablement une *culpa*, car dans le cas contraire, ce n'est plus une perte au sens strict du terme. Que la solution soit évidente dans le cas d'espèce n'enlève rien au principe selon lequel il importe d'établir que le débiteur a commis une *culpa*.

§ 5 - Vol ou rétention par un tiers

S'il est vrai qu'en règle générale, la question de la responsabilité du commodataire en cas de vol ou détérioration par un tiers est analysée en terme de *custodia* dans les textes, il en est qui mentionnent la *culpa* dans des hypothèses semblables, où le dommage procède de l'intervention d'un tiers, acceptée (rétention du créancier gagiste) ou subie (vol commis par un tiers).

D. 13, 6, 5, 12 (ULP.) : *Rem tibi dedi, ut creditoribus pignori dares : dedisti : non repigneris, ut mihi reddas. Labeo ait commodati actionem locum habere, quod ego puto uerum esse (...). Idem Labeo recte dicit, si a me culpa absit repignerandi, creditor autem nolit reddere pignus, competere tibi ad hoc dumtaxat commodati, ut tibi actiones aduersus eum praestem. Abesse autem culpa a me uidetur, siue iam*

solui pecuniam siue soluere sum paratus. Sumptum plane litis ceteraque aequum est eum adgnosceret, qui commodatum accepit.⁽⁴⁵⁾ ⁽⁴⁶⁾

Dans le cas d'espèce, un objet a été prêté au commodataire pour qu'il le remette en gage à son créancier. L'opération est certainement imprudente dans le chef du propriétaire. Elle n'a rien d'irrégulier du fait que le constituant du gage ne doit pas être propriétaire; elle n'a rien de bien surprenant compte tenu des relations d'amitié que l'on peut supposer exister entre le propriétaire et le commodataire. Ulpien, à la suite de Labéon, estime que le commodataire n'est pas *ipso facto* responsable s'il ne libère pas l'objet prêté des mains du créancier pour le remettre à celui qui le lui a prêté. Sa responsabilité, en terme de faute ("*abesse autem culpa a me uidetur*") n'est pas engagée s'il a payé son créancier ou offert de le désintéresser. Ce n'est que dans le cas contraire que la *culpa* est établie. Le seul fait de la non-restitution n'est donc pas suffisant pour engager la responsabilité du commodataire. Il faudra encore examiner s'il a ou non fait preuve de diligence, ce qui implique, dans l'hypothèse visée, qu'il ait veillé à respecter ses engagements financiers, comme le fait d'ailleurs un *bonus paterfamilias*.

⁽⁴⁵⁾ D.13,6,5,12 (ULP.). Trad. : "Je t'ai remis une chose pour que tu la donnes en gage à ton créancier : tu l'as donné : mais tu ne libères pas la chose et ne me la rends pas. Labéon dit que l'action du commodat est valable, ce que j'estime exact (...). De même, Labéon estime à juste titre que si la chose n'est pas libérée, sans qu'il y ait faute de la part de l'emprunteur mais parce que le créancier ne veut pas rendre le gage, l'action du commodat revient au propriétaire, seulement pour que l'emprunteur lui cède ses actions contre le créancier. L'emprunteur est censé ne pas être en faute s'il a déjà payé le créancier ou bien s'il est disposé à le faire. Mais il est équitable que les frais du procès et les autres dépenses soient à charge de l'emprunteur."

⁽⁴⁶⁾ Les quelques lignes de ce texte que nous n'avons pas citées constituent fort probablement une addition postérieure à Ulpien, pour les raisons exposées plus loin. Il s'agit d'ailleurs d'un problème de qualification du contrat, qui n'ajoute ni ne retranche rien à la question de la responsabilité du commodataire envisagée par Ulpien à la suite de Labéon.

Au-delà de l'enseignement de ce texte relativement au rapport triangulaire propriétaire-commodataire-créancier gagiste⁽⁴⁷⁾, on retiendra que, placé devant une demande fondée sur la non-restitution du bien prêté, le juge doit nécessairement examiner le comportement du débiteur. Comment imaginer qu'il pourrait en être autrement ? Ceci constitue non une preuve, mais un sérieux indice en faveur du fait qu'il faut résoudre de la même façon les autres cas de non-restitution examinés dans le cadre de la *custodia* et que celle-ci doit être, comme la *culpa*, un critère de responsabilité subjective.

D. 13, 6, 20 (IUL.) : *Argentum commodatum si tam idoneo seruo meo tradidissem ad te perferendum, ut non debuerit quis aestimare futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum, non meum detrimentum erit, si id mali homines interceptissent.*⁽⁴⁸⁾

Le commodataire a chargé un de ses esclaves de rapporter le bien qui lui a été prêté à son propriétaire. Mais le messenger se fait voler par des "*mali homines*" et la question est posée de savoir si le commodataire est ou non responsable du vol. Julien répond que le commodataire n'est pas tenu si le messenger qu'il a choisi est "*idoneus*", capable de remplir cette mission, ce qui implique a contrario qu'il l'est si le messenger est inapte.

Le seul fait que la question soit posée démontre que le vol, à lui seul, ne suffit pas pour engager la responsabilité du commodataire, et que la définition donnée de la *custodia* ("critère de responsabilité engageant automatiquement le débiteur pour certains cas fortuits comme le vol") est inacceptable.

⁽⁴⁷⁾ Si le propriétaire qui poursuit le commodataire par l'action *commodati* n'obtient pas sa condamnation du fait que ce dernier n'a pas commis de *culpa*, il se voit céder, à titre de consolation pourrait-on dire, l'action de gage, qui lui permet d'agir contre le créancier gagiste pour réclamer son bien.

⁽⁴⁸⁾ D.13,6,20 (IUL.). Trad. : "J'ai fait reporter l'argenterie qu'on m'avait prêtée par un de mes esclaves, si compétent que personne n'aurait imaginé qu'il se laisserait tromper par des individus malhonnêtes. Si des mauvaises gens ont intercepté cette argenterie, ce sera toi qui subiras la perte et non moi."

Comme il n'y a dans ce texte rien que l'on puisse considérer comme interpolé, F. PASTORI estime qu'il s'agit ici d'un cas de force majeure⁽⁴⁹⁾, ce qui lui permet de maintenir une vision objective de la responsabilité contractuelle. Mais il s'agit d'une hypothèse que rien ne fonde. Il n'est pas question dans ce texte d'événement "*cui resisti non potest*", ni de "*uis maior*". On ne parle pas de pillage, ni de "*rapina*" ni d'"*incursus latronum*". S'il s'agissait d'un vol avec violence commis par une bande armée, il ne serait guère nécessaire de s'interroger sur les qualités du messenger, un degré plus ou moins élevé de diligence ou de probité étant assez inopérant lorsque l'on a un couteau sur la gorge. Du reste, on parle simplement, dans ce texte, de "*mali homines*", c'est-à-dire d'hommes malhonnêtes, ou mauvais, ou rusés, mais dont rien ne dit qu'ils sont armés ou qu'ils ont usé de violence. Julien laisse entendre au contraire que le messenger a été victime de la ruse des voleurs, plutôt que de leur force, et qu'il s'est laissé tromper ("*malis hominibus deciperetur*"), ce qui rend tout à fait opportune la question de savoir si le commodataire a choisi un messenger diligent.

De nouveau, au-delà du problème relatif au transport de l'objet prêté envisagé dans ce texte, il faut retenir que la responsabilité du commodataire est analysée de façon subjective en cas de vol⁽⁵⁰⁾, et qu'il doit également en être ainsi dans les textes qui envisagent le vol par rapport à la *custodia*. On ne voit pas pourquoi le juge devait, si le vol est subi par le commodataire lui-même au lieu de l'être par son préposé, s'interdire

(49) F. PASTORI, *Il commodato* ..., p. 274.

(50) Ceci apparaît encore plus clairement dans un texte relatif au contrat d'expertise, qui lie la responsabilité de l'expert à sa *culpa* pour le cas où la chose a disparu pendant le transport. Cfr D.13,6,10,1 in fine (ULP.) : *Sed et si dum refertur periit, si quidem ego mandaueram per quem remitteret, periculum meum erit : si uero ipse cui voluit commisit, aequae culpam mihi praestabit, si sui causa accepit*. Trad. : "Mais si la chose a disparu pendant le transport, si c'est moi qui ai choisi le porteur, le risque est pour moi : mais s'il a lui-même confié la chose à quelqu'un de son choix, il répondra de sa faute à mon égard, s'il a reçu la chose dans son intérêt."

d'examiner son comportement, comme le veulent les partisans de la *custodia* objective, qui prétendent que son enquête doit se limiter au seul fait de la non-restitution. Cela reviendrait, assez paradoxalement, à être plus sévère pour le commodataire que pour son préposé, ce qui est contraire à toute logique puisqu'en définitive la responsabilité du deuxième entraîne celle du premier.

SECTION 4. LA SANCTION JUDICIAIRE DU COMMODAT

Gaius écrit que le commodat est sanctionné, comme le dépôt, par une action *in factum* et par une action *in ius*. Il donne la rédaction complète de ces deux formules pour le contrat de dépôt⁽¹⁾ mais pour le commodat, se contente de dire: "*similes etiam commodati formulae sunt*"⁽²⁾, et son silence sur leur rédaction est regrettable parce qu'il est source d'incertitudes, que traduisent les nombreuses discussions qu'on peut relever dans la doctrine contemporaine.

Les questions relatives à la protection judiciaire du commodat sont de trois ordres. Les premières concernent l'existence même de l'action *in ius* et sa date d'introduction dans l'ordre juridique romain, les deuxièmes (dès l'instant où l'on admet l'existence de cette action) ont trait à son caractère de bonne foi et à la référence que ferait la formule au "*quidquid dare facere oportet*," tandis que les troisièmes, assez proches, voient la doctrine se diviser sur le point de savoir si la responsabilité pour *custodia* du commodataire doit être liée à l'action *in ius* plutôt qu'à l'action *in factum*, et si la première concerne ou non l'obligation de restitution de l'emprunteur.

Du fait que l'objectif économique et social du commodat a pu être atteint et sanctionné en droit ancien par la fiducie "*cum amico*", la première sanction du prêt d'usage comme tel (sans transfert de propriété) a dû être seulement la sanction non juridique de la *fides*, fondée sur l'amitié qui préside au contrat. La première protection d'ordre juridique a été réalisée par le droit honoraire grâce à la création d'une action *in factum* visant à la restitution de la chose et impliquant un jugement de droit strict. Il est fort probable que cette action a été introduite

(1) Voir le chapitre I, section 2.

(2) Gaius, IV, 47.

dans l'Edit vers le milieu du premier siècle A.C., période d'importantes innovations prétoriennes⁽³⁾.

L'action *in factum* a selon toute vraisemblance été créée par le préteur pour répondre à ce qui apparaît comme le souci premier du commodant : obtenir la restitution de la chose prêtée. A l'époque où le commodat était encore une simple pratique sociale, le magistrat a dû être sensible aux lamentations de propriétaires se plaignant de ne pas avoir obtenu leur bien en retour. Cet élément essentiel du rapport entre parties - la restitution de la chose - a provoqué la naissance de l'action *in factum*. De ce point de vue, le concept de *credere*, qui constitue la première prise en considération juridique du commodat, est caractéristique, parce qu'il est fondé sur la confiance placée dans l'emprunteur en vue de la restitution. Voilà sans doute pourquoi le commodat a été rangé dans la rubrique édictale *De rebus creditis*. Les sources littéraires les plus anciennes, antérieures à la protection juridique du contrat, insistent d'ailleurs essentiellement sur le risque que court le propriétaire de ne jamais retrouver son bien⁽⁴⁾.

Sur base de ce que l'on connaît de l'action *in factum* en général et de celle du dépôt en particulier qui est décrite par Gaius⁽⁵⁾, la formule de l'*actio commodati in factum*, dont Gaius dit qu'elle est analogue à celle du dépôt, peut être reconstituée comme suit :

⁽³⁾ En ce sens, J. PARICIO, *La pretendida formula in ius del comodato en el Edicto pretorio*, dans *R.I.D.A.* 29 (1982), p. 236.

⁽⁴⁾ Voir notamment Plaute, *Aul.* 1,2,17; *Asin.* 2,4,38-39.

⁽⁵⁾ Gaius, IV, 47.

Si paret Aulum Agerium Numerio Negidio rem de qua agitur commodasse eamque Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato. Si non paret absolutio.⁽⁶⁾

Cette formule donne lieu à un jugement de droit strict qui tend à faire condamner le défendeur à l'estimation de la *res non reddita* sur base de la valeur de la chose au moment de la sentence ("*quanti ea res erit*"). La différence essentielle avec celle du dépôt consiste dans la suppression des mots "*dolo malo*", ce qui se justifie facilement. Alors que le dépositaire ordinaire voit sa responsabilité limitée au dol⁽⁷⁾, le commodataire, lui, de l'aveu même de Gaius, répond de la *custodia* ⁽⁸⁾. Il serait à peu près inconcevable que l'*actio commodati* reprenne ces mots, ce qui montre que la similitude dont parle Gaius ("*similes... formulae sunt*") porte non sur les termes employés, mais sur la structure des formules. Nous y reviendrons plus loin.

L'action *in ius*, quant à elle, suscite des discussions jusque sur la question de son existence. La grande majorité de la doctrine contemporaine admet l'existence d'une action *in ius* du commodat dès l'époque classique. Seul, à notre connaissance, A. D'ORS⁽⁹⁾, qui

(6) Trad. : "S'il apparaît qu'Aulus Agerius a prêté à Numerius Negidius la chose dont il est question et qu'elle n'a pas été rendue, juge, condamne Numerius Negidius, au profit d'Aulus Agerius, à ce que vaudra la chose. Si cela n'apparaît pas, absous-le."

(7) Voir le chapitre I, section 1.

(8) Gaius, III, 206. Voir *supra*, section 2.

(9) A. D'ORS, *Observaciones sobre el Edictum de rebus creditis*, dans *S.D.H.I.* 19 (1953), pp. 134 sv.; *Creditum y contractus*, dans *A.H.D.E.* 26 (1956), pp. 183 sv. et dans *Z.S.S.* 74 (1957), pp. 73 sv.

semble faire école en Espagne⁽¹⁰⁾ et au Portugal⁽¹¹⁾, défend l'idée que l'*actio commodati in ius* n'existait pas à l'époque classique, et que le passage de Gaius sur lequel on se fonde généralement serait dû à un copiste postclassique. Il convient de se faire une opinion sur cette question avant d'envisager les autres.

Le texte qui paraît établir le plus clairement l'existence de l'action *in ius* est un passage des Institutes de Gaius où le juriste classique déclare :

Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, ueluti depositi et commodati (12),

et ajoute, après avoir donné les formules des actions de dépôt *in factum* et *in ius* :

Similes etiam commodati formulae sunt (13).

S. CRUZ, suivi par J. PARICIO, considère que la phrase "*similes etiam...*" et les mots "*et commodati*" dans la première phrase citée, ne sont pas authentiques et proviennent d'une "*inexperta mano postclassica*"⁽¹⁴⁾, sur base d'arguments tirés de la présentation de l'exposé de Gaius : pour ces auteurs, l'expression "*similes etiam*" révèle souvent mais pas nécessairement une glose; quand Gaius cite un exemple précédé de "*ueluti*", il n'en cite

(10) Cfr J. PARICIO, *La pretendida formula in ius del comodato en el Edicto pretorio*, dans *R.I.D.A.* 29 (1982), pp. 235-251.

(11) S. CRUZ, *Da solutio. Terminologia, conceito e características, e análise de varios institutos afins*, I, *Epoca arcaica e classica*, Coimbra, 1962, pp. 209 sv. et n. 304.

(12) Gaius, IV, 47. Trad. : "Mais le préteur propose, pour certaines affaires, à la fois des formules rédigées en droit et des formules rédigées en fait, par exemple pour le dépôt et le commodat."

(13) Trad. : "Les formules du commodat sont semblables."

(14) S. CRUZ, *op. cit.*, pp. 209 sv.; J. PARICIO, *op. cit.*, pp. 238 et 247.

d'habitude qu'un et non deux comme ici; quand Gaius cite les formules de deux actions distinctes, il les donne toutes les deux et non une seule comme ici.

Ces arguments révèlent assez facilement leur faiblesse. Les auteurs reconnaissent eux-mêmes que l'expression "*similes etiam*" n'est pas une preuve d'intervention postclassique. Pour le reste, peut-on sérieusement reprocher à un professeur comme Gaius de citer deux exemples là où d'habitude il se contente d'un seul ? D'autant que cette habitude n'est pas absolue : quand Gaius explique en quoi consiste la démonstration d'une formule⁽¹⁵⁾, il cite deux exemples, un tiré de la vente et l'autre du dépôt. On comprendra aisément que pareille argumentation ne soit pas suivie par la doctrine.

Plus fondamentalement, PARICIO veut trouver une preuve de l'inexistence de l'action *in ius* à l'époque classique dans le fait que l'action *commodati* n'est pas mentionnée dans la liste que dresse Gaius des *iudicia bonae fidei* ⁽¹⁶⁾, et dans le fait que le commodat ne figure pas dans la rubrique édictale "*de bonae fidei iudiciis*"⁽¹⁷⁾. Cette argumentation repose sur le principe, indiscutable d'après l'auteur, selon lequel l'action *commodati in ius*, si elle existe, ne peut être que de bonne foi. Mais il reste à le démontrer, car les certitudes de PARICIO n'enlèvent rien au fait que le caractère de bonne foi de l'action *commodati in ius* n'est ni une évidence, ni une nécessité dans le fonctionnement de l'ordre juridique classique.

S'opposant à la fois aux conclusions et aux arguments de PARICIO, la majorité des auteurs pensent que l'action *in ius* du commodat existe à l'époque classique, qu'elle fait référence au "*quidquid dare facere oportet ex fide bona*", et tend à procurer au demandeur l'*id quod interest*, "évalué par le juge, sur base de son pouvoir discrétionnaire, à la lumière

⁽¹⁵⁾ Gaius, IV, 40.

⁽¹⁶⁾ Gaius, IV, 62.

⁽¹⁷⁾ J. PARICIO, *op. cit.*, pp. 249-250.

de la *bona fides*"⁽¹⁸⁾. Cette action serait postérieure à l'action *in facūm*^t et aurait été créée à la fin du premier siècle P.C. ou au début du deuxième, en tout cas avant l'époque de Gaius qui la mentionne explicitement. Parmi ceux qui admettent son existence, seuls quelques auteurs, dont LEVY au début du siècle⁽¹⁹⁾ et KASER aujourd'hui⁽²⁰⁾, estiment que l'action *commodati in ius* n'était pas de bonne foi à l'époque classique.

Le problème surgit du rapport entre Gaius, IV, 47 et Gaius IV, 62, et plus particulièrement de la lecture difficile de ce dernier passage dans le seul manuscrit à peu près complet des Institutes qui nous soit parvenu, le *Veronensis* 13. La difficulté de lire les lettres figurant après la mention de la tutelle⁽²¹⁾ et l'impossibilité de reconstituer avec certitude le mot manquant, ont amené certains auteurs⁽²²⁾ à proposer d'ajouter le *commodat* à la liste des *iudicia bonae fidei* donnée par Gaius à cet endroit des Institutes, réglant ainsi, du même coup, le problème de la concordance entre les extraits IV, 47 et IV, 62, et la question de savoir si l'action *commodati in ius* est de bonne foi.

⁽¹⁸⁾ F. PASTORI, *Sulla duplicità formulare dell'actio commodati*, dans *Labeo* 2 (1956), p. 89.

⁽¹⁹⁾ E. LEVY, *Zur Lehre von den sogenannten actiones arbitrarie*, dans *Z.S.S.* 36 (1915), pp. 1-82 et *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II, 1, Berlin, 1922, pp. 52 sv.

⁽²⁰⁾ M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, 2^o éd., p. 534; *Oportere und ius ciuile*, dans *Z.S.S.* 83 (1966), pp. 30 sv.; *Restituere als Prozessgegenstand*, Munich, 1968, pp. 54 sv.

⁽²¹⁾ Après un début de phrase dont la lecture est certaine ("*sunt autem bonae fidei iudicia haec : ex empto uendito, locato conducto, negotiorum gestorum ...*", on lit, dans le manuscrit de Vérone, les deux lignes suivantes : "*mandati depositi fiduciae psocio tutelae...u... / dati depositi fiduciae psocio tutelae...u...a...*". Il s'agit de la lecture que donne STUDEMUND, après un travail d'une minutie et d'une patience remarquables (*Gaii Institutionum Commentarii quattuor*, Leipzig, 1874).

⁽²²⁾ B. BIONDI (*Iudicia bonae fidei*, dans *A.U.Pal.* 7 (1918), pp. 176 sv.) complète la première ligne avec les lettres "*commo-*", expliquant l'erreur du copiste (l'évidente répétition de "*depositi fiduciae psocio tutelae*") par l'identité de finale entre "*mandati*" et "*commodati*". Cette reconstitution a d'abord été suivie par la doctrine : cfr H. SIBER, *Contrarius consensus*, dans *Z.S.S.* 42 (1921), p. 84, n. 3; F. PRINGSHEIM, *Ius aequum und ius strictum*, dans *Z.S.S.* 42 (1921), p. 652, n. 8; E. ALBERTARIO, *Rec. di Gai Inst.*, dans *Archivio giuridico* 97 (1927), pp. 124 sv. et dans *Studi Albertario*, VI, pp. 567-569.

Cette lecture a cependant suscité assez vite des critiques⁽²³⁾ et se trouve actuellement abandonnée. La doctrine contemporaine, à notre connaissance unanime, estime que le mot manquant est "*rei uxoriae*"⁽²⁴⁾, confirmant de la sorte l'absence du commodat dans la liste que dresse Gaius des *iudicia bonae fidei* ⁽²⁵⁾.

Si l'accord règne sur la lecture du paragraphe IV, 62, il reste encore à l'interpréter correctement. La position la plus répandue consiste à maintenir l'existence d'une action *in ius* de bonne foi tout en cherchant à expliquer l'omission de l'action *commodati* dans ce paragraphe.

Sur base de cette omission, V. ARANGIO-RUIZ⁽²⁶⁾, F. PASTORI⁽²⁷⁾ et d'autres auteurs à leur suite⁽²⁸⁾, ont défendu l'idée que l'action *commodati in ius*, pour être de bonne foi, ne donnait pas lieu pour autant à un *iudicium bonae fidei*. Cette idée relève d'un raisonnement assez artificiel. On ne voit pas comment l'insertion de la mention de la bonne

(23) Cette lecture a évidemment été critiquée par ceux qui, comme E. LEVY, estiment qu'il n'y a pas d'*actio commodati in ius* de bonne foi (*Die Konkurrenz der Aktionen und Personen* ..., p. 150) mais également par ceux qui justifient l'omission par d'autres raisons (voir infra). Cfr notamment P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, Rome, 1925, p. 343, n. 2 et F. PASTORI, *Il comodato nel diritto romano*, Milan, 1954, p. 56.

(24) A la suite de G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei "bonae fidei iudicia"*, I, *Iudicium rei uxoriae*, dans *R.I.S.G.* 3 (1928), pp. 39 sv.

(25) Voir notamment C. TARDIVO, *Studi sul commodatum*, dans *Archivio giuridico*, 204 (1984), p. 242.

(26) V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con demonstratio e la loro origine*, dans *Studi Cagliari*, 4, 2 (1912), p. 20 et dans *Rariora*, Rome, 1946, p. 51.

(27) *Il comodato* ..., p. 81.

(28) Cfr notamment A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'Edit du préteur*, Paris, 1958, p. 93; M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, dans *A.U.Pal.* 24 (1955), pp. 382 sv.; A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milan, 1966, p. 159.

foi dans la formule adressée au juge ne donnerait pas au jugement un caractère de "bonne foi", car c'est bien la nature de la formule qui confère son caractère au jugement qui en découle, et non une mention dans la liste dressée par Gaius. C'est avec raison, nous semble-il, que LENEL⁽²⁹⁾ juge l'explication d'ARANGIO-RUIZ incroyable.

M. KASER, par contre, sur base des mêmes constatations, considère plutôt que l'action *in ius* n'est pas de ~~bon~~ne foi à l'époque classique⁽³⁰⁾. Il faut bien avouer que l'omission de l'action *commodati* de la liste des *iudicia bonae fidei* de Gaius n'est pas le seul argument en faveur de cette thèse qui mérite d'être rencontrée, car les seuls arguments qu'on lui oppose généralement ne sont guère convaincants.

Dans un des derniers articles parus sur la question, J. PARICIO⁽³¹⁾ reconnaît que d'un point de vue technique, il n'y a pas d'objection fondamentale à admettre l'existence d'une action *in ius* qui n'est pas de bonne foi, mais refuse cette hypothèse au motif qu'une telle action *in ius* serait contraire au principe d'économie de procédure : une action *in ius* qui ne mentionnerait pas l'*oportere ex fide bona* et qui serait créée alors qu'existe déjà une action *in factum* sanctionnant le même contrat, ne servirait à rien et n'apporterait rien de plus que cette dernière.

⁽²⁹⁾ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, p. 253.

⁽³⁰⁾ Il est certain que dans le droit de Justinien, le commodat est considéré comme un contrat de bonne foi : l'*actio commodati* est en effet rangée parmi les *actiones bonae fidei* dans les Institutes, IV, 6, 28 : *Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris. Bonae fidei sunt hae : ex empto uendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneraticia ...*

⁽³¹⁾ J. PARICIO, *op. cit.*, pp. 239-240.

L'argument, déjà avancé par F. PASTORI⁽³²⁾, est assez faible. Il n'y a en effet pas d'objection à ce que le prêteur, voulant incorporer dans le *ius ciuile* une relation contractuelle fréquemment nouée dans la pratique sociale et déjà sanctionnée par une action *in factum*, crée une action *in ius* n'envisageant que ce qui, après tout, reste l'obligation principale du débiteur et le souci majeur du créancier (la restitution de la chose), et qu'il n'ait dès lors pas étendu le champ des obligations du commodataire par une référence à la bonne foi. La création de l'action *in ius* pourrait en outre se justifier par la faculté de décerner une action contraire, qui n'existe sans doute pas dans le système des actions *in factum*.

On a également émis, contre l'existence d'une action *in ius* sans clause de bonne foi, une objection tirée des termes mêmes employés par Gaius dans sa comparaison du dépôt et du commodat. Dans les Institutes, IV, 47, Gaius, après avoir donné les formules du dépôt, ajoute que celles du commodat sont "*similes*", semblables. Certains auteurs⁽³³⁾ déduisent de l'emploi de cet adjectif par Gaius qu'il est impossible que l'action *commodati in ius* ne fasse pas référence, comme l'action *depositi in ius*, à la bonne foi parce que, dans ce cas, les différences seraient énormes, au point que Gaius n'aurait pas pu parler de similitude.

Cette objection n'est guère convaincante. Il résulte du texte de Gaius que les actions *in factum* du dépôt et du commodat sont elles aussi "*similes*". Or la formule du dépôt contient les mots "*dolo malo*", qui ne peuvent pas se retrouver dans la formule du commodat. La différence à ce niveau est au moins aussi "énorme" qu'entre une action *in ius* qui est de

(32) Si la formule *in ius* donnait lieu à un *strictum iudicium*, le commodat serait sanctionné par deux formules substantiellement identiques quant à l'*officium iudicis* et à l'objet du procès. Dans cette hypothèse, pour PASTORI, "sarebbe incomprensibile il motivo per cui la giurisprudenza romana, che seguiva nelle innovazioni del diritto criteri essenzialmente pratici, abbia consigliato al pretore di introdurre nell'albo una formula *in ius*, la quale non avrebbe portato a risultati praticamente diversi dalla preesistente formula *in factum*" (*Il comodato* ..., p. 58).

(33) Voir par exemple F. PASTORI, *Il comodato* ..., p. 53 et J. PARICIO, *La pretendida formula* ..., p. 248.

bonne foi et une qui ne le serait pas. Il faut de plus tenir compte du fait que Gaius est un professeur, et que les Institutes ont une fonction didactique. Les exigences pédagogiques normales imposent de construire le discours en tenant compte, au fur et à mesure, de ce qui a déjà été enseigné. Avant ce fameux paragraphe 47, Gaius a simplement distingué les formules *in factum* des formules *in ius*, en précisant que les premières décrivent ce qui s'est passé tandis que les deuxièmes posent une question de droit⁽³⁴⁾. Gaius explique ensuite que les deux formules peuvent coexister pour une même cause, décrit les formules du dépôt à titre d'exemple et ajoute que celles du commodat sont semblables. Ce n'est que dans la suite de l'exposé qu'il est fait mention des *iudicia bonae fidei* ⁽³⁵⁾. Rien ne permet donc de croire que par "*similes etiam commodati formulae sunt*", Gaius a entendu enseigner autre chose que : dans le commodat également, les formules sont rédigées en droit et en fait. Ceci n'implique nullement que la formule *in ius* soit elle aussi de bonne foi, ni que la formule *in factum* fasse elle aussi référence au dol du défendeur.

Ces deux objections écartées, il faut à présent examiner les quelques textes généralement invoqués pour établir que l'action *commodati* est de bonne foi.

Parmi les textes souvent cités, un commentaire *ad edictum* d'Ulpien semble ranger l'action *commodati* dans les *iudicia bonae fidei* :

D. 13, 6, 3, 2 (ULP.) : *In hac actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis similiter in litem iurabitur : et rei iudicandae tempus, quanti res sit, observatur, quamvis in stricti (iuris MOMMSEN) litis contestatae tempus spectetur.*⁽³⁶⁾

⁽³⁴⁾ Gaius, IV, 45-46.

⁽³⁵⁾ Gaius, IV, 62.

⁽³⁶⁾ D.13,6,3,2 (ULP.). Trad. : "Dans cette action, comme dans les autres jugements de bonne foi, on emploiera également le serment judiciaire : et pour déterminer la valeur de la chose, on a égard au moment du jugement bien que, dans les actions de droit strict, on ait égard au moment de la *litiscontestatio*."

La référence à la bonne foi n'est manifestement pas destinée à appuyer la règle établie par Ulpien dans ce texte : "*sicut in ceteris bonae fidei iudiciis similiter*" ne fait qu'élargir la portée de cette règle, sans la justifier en aucune manière. Ulpien affirme que "dans cette action" le juge peut demander au commodant de déterminer, sous serment, la valeur de la chose prêtée, établissant par là le montant de la condamnation en cas de non-restitution. Il n'y a jusque là rien qui soit absolument incompatible avec un *iudicium bonae fidei* ⁽³⁷⁾. Mais le juriste ajoute que dans l'action *commodati*, l'estimation de la valeur de la chose se fait par rapport au moment de la condamnation, bien que, dans les jugements de droit strict, il faille se reporter au moment de la *litiscontestatio*. Dans cette phrase, rien que l'opposition introduite par "*quamvis*" permet de croire que l'action dont il est question ne peut être qu'une action sans référence à la bonne foi ⁽³⁸⁾, puisqu'elle est rangée parmi celles qui donnent lieu à un *strictum iudicium*, même si c'est pour leur être opposée sur un point.

Plus fondamentalement, la question même qui est posée, de déterminer le moment de référence destiné à fixer la valeur de la chose (*quanti ea res sit* ou *quanti ea res erit* ?) ne peut pas se rencontrer dans une action de bonne foi. En effet, à partir du moment où l'on donne l'ordre au juge, dans l'*intentio*, d'évaluer "tout ce que le défendeur doit donner ou faire en vertu de la bonne foi", on ne voit pas comment ni pourquoi on limiterait, dans la *condemnatio*, son pouvoir d'appréciation à "ce que vaut la chose" ou "ce que valait la

⁽³⁷⁾ Certains auteurs estiment cependant que le *iusiurandum in litem* est incompatible avec une action de bonne foi parce qu'il est caractéristique des actions *arbitrariae*, comportant une clause arbitraire qui permet au *iudex* d'inviter le défendeur à restituer s'il veut échapper à la condamnation. Le *iusiurandum in litem* vise à faire pression sur le défendeur en laissant au demandeur le soin d'estimer la valeur de la chose. Il est d'application dans les actions réelles et dans certaines actions personnelles qui ont une fonction préparatoire à l'action réelle, comme l'action *ad exhibendum*, mais paraît effectivement peu compatible avec une formule de bonne foi dans le cadre de laquelle l'évaluation de la valeur de la chose doit être faite par le *iudex* précisément sur base de la *bona fides* (dans ce sens, E. BETTI, *Studi sulla litis aestimatio del processo civile romano*, I, Pavie, 1915, p. 57, n. 86 et F. PASTORI, *Il commodato* ..., pp. 84-85).

⁽³⁸⁾ Il s'agit soit de l'action *in factum*, soit de l'action *in ius* qui doit alors être de droit strict.

chose". Les deux formules du dépôt données par Gaius illustrent bien ce principe⁽³⁹⁾. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit en définitive pour le demandeur de récupérer son bien. Pourtant, seule la formule *in factum* contient les mots "*quanti ea res erit*", qui sont exclus de la formule *in ius* par la présence des termes "*quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona*".

De la sorte, on peut conclure que la comparaison initiale dans D. 13, 6, 3, 2 ("*sicut in ceteris bonae fidei iudiciis similiter*") est une erreur à l'époque classique, et ne peut avoir été écrite par Ulpien. Par contre, elle se comprend bien à une époque où la différence entre action *in factum* et action *in ius* n'a plus de raison d'être parce que la procédure formulaire a été abandonnée. Voilà pourquoi cette comparaison constitue incontestablement une interpolation⁽⁴⁰⁾.

Il est également fait mention de la bonne foi à propos du commodat dans un texte de Paul,

D. 17, 2, 38, pr. (PAUL.) : *Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno uel lucro pendente ex ea societate. Quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimauit, siue generalia sunt (ueluti pro socio, negotiorum gestorum tutelae) siue specialia (ueluti mandati, commodati, depositi).*⁽⁴¹⁾

⁽³⁹⁾ Gaius, IV, 47.

⁽⁴⁰⁾ L'interpolation est très largement admise dans la doctrine (O. LENEL, *Das Edictum perpetuum* ..., p. 253, n. 2) par ceux qui nient l'existence de l'action *in ius* (voir notamment J. PARICIO, *op. cit.*, p. 241) comme par ceux qui défendent l'idée que l'action *in ius* est de bonne foi (voir notamment F. PASTORI, *Il commodato* ..., p. 83 et, dernièrement, C. TARDIVO, *Studi sul commodatum* ..., p. 238).

⁽⁴¹⁾ D.17,2,38,pr. (PAUL.). Trad. : "Dans l'action de société, l'arbitre doit tenir compte des cautions fournies relativement aux gains et pertes futures de la société. Sabinus pense qu'il en est de même dans tous les jugements de bonne foi, qu'ils soient généraux (comme ceux qui sont relatifs à la société, la gestion d'affaire, la tutelle) ou spéciaux (comme ceux qui sont relatifs au mandat, au commodat, au dépôt)."

Ce texte a trait au contrat de société et à l'action *pro socio* qui est sans conteste de bonne foi. Il énonce le principe selon lequel, dans cette action, l'arbitre doit avoir égard aux cautions fournies par les parties au contrat. Paul, reprenant l'opinion de Sabinus, ajoute que ce principe vaut pour tous les *iudicia bonae fidei*. Ce qui suit est plus surprenant car au lieu de se contenter d'énoncer cette extension du principe, claire en elle-même et n'appelant aucun commentaire, le texte ajoute une distinction entre les jugements de bonne foi, qualifiés de "*generalia*" ou de "*specialia*". Cette distinction est doublement surprenante. On ne voit pas ce qu'elle apporte dans ce texte; elle apparaît comme un appendice inutile et situé en dehors du propos de D. 17, 2, 38, pr. De plus, la distinction elle-même paraît singulièrement artificielle et dénuée de tout intérêt pratique. On devine bien qu'elle repose sur la question de savoir si l'objet du litige est unique (*iudicia specialia*) ou multiple (*iudicia generalia*), mais elle ne peut sûrement pas s'appliquer telle quelle dans tous les cas donnés en exemple : la gestion d'affaire, citée parmi les *iudicia generalia*, peut ne porter que sur une seule opération bien délimitée, alors qu'à l'inverse le mandat, pourtant rangé dans les *iudicia specialia*, peut avoir plusieurs objets distincts. De plus, on ne voit pas sur quelle conséquence pratique peut déboucher cette distinction qui sent l'école. Plus fondamentalement, la question du rôle des cautions peut se concevoir dans le contrat de société, mais on imagine mal un mandataire, qui travaille gratuitement, fournir caution au mandant⁽⁴²⁾. La mention de la gestion d'affaires est encore plus surprenante car on se demande bien comment le gérant, qui par définition intervient en l'absence du géré, pourrait lui fournir caution pour garantir la bonne exécution de son intervention. Toutes ces raisons ne peuvent qu'amener à la conclusion que cette distinction entre *iudicia generalia* et *specialia*, artificielle et inutile, et les exemples cités de façon inadéquate, sont l'oeuvre des compilateurs⁽⁴³⁾.

⁽⁴²⁾ Le mandant, s'il n'a pas confiance dans son cocontractant au point d'exiger des cautions, n'a après tout pas l'obligation de contracter avec telle personne plutôt qu'une autre.

⁽⁴³⁾ Même F. PASTORI (*Il commodato* ..., pp. 88-89) va dans ce sens.

Un autre argument invoqué en faveur de l'existence d'une action *in ius* de bonne foi est tiré de la question de la compensation dans le commodat. On sait, notamment par Gaius⁽⁴⁴⁾, qu'en droit romain classique et jusqu'à Marc-Aurèle, la compensation n'est possible, en règle générale⁽⁴⁵⁾, qu'entre actions de bonne foi.

Or une sentence de Gaius, tirée de son commentaire à l'Edit provincial,

D. 13, 6, 18, 4 (GAIUS) : *Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio quo cum eo agitur, potest saluum habere iure pensationis. Sed fieri potest, ut amplius esset, quod inuicem aliquem consequi oporteat, aut iudex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit aut sine iudice restituta est : dicemus necessariam esse contrariam actionem* ⁽⁴⁶⁾.

semble établir incidemment un droit de compensation ("*ius pensationis*") au profit du commodataire, d'où l'on déduit généralement que l'action *commodati* doit être de bonne foi, puisque la formule de bonne foi "offriva al giudice, attraverso l'oportere ex fide bona, la

⁽⁴⁴⁾ Gaius, IV, 63.

⁽⁴⁵⁾ En dehors des actions de bonne foi, la compensation n'est admise à l'époque classique que dans le cas de l'*argentarius* lorsqu'il agit contre son client, du *bonorum emptor* qui agit contre les débiteurs du failli dont il a acheté les biens, et dans l'action *de peculio*. Sur base d'un rescrit de Marc-Aurèle sur lequel nous n'avons que de brèves indications (I.4,6,30), la compensation a été introduite dans des action de droit strict (*condictio*, action *ex stipulatu*) par l'exception de dol. Cfr S. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano classico*, 2^o éd., Naples, 1950; B. BIONDI, v^o *compensazione*, dans *NNDI*, t.III, Turin, 1959, pp. 719 sv.; P. VAN WARMELOO, *Le rescrit de Marc-Aurèle à propos de la compensation*, dans *Mélanges Levy-Bruhl*, pp. 335-341; W. ROSWADOWSKI, *Studi sulla compensazione nel diritto romano*, dans *B.I.D.R.* 81 (1978), pp. 71-150.

⁽⁴⁶⁾ D.13,6,18,4 (GAIUS). Trad. : "Ce que l'emprunteur peut obtenir par l'action contraire, il peut également l'avoir par la compensation dans le cadre de l'action directe que l'on intente contre lui. Mais il peut se faire qu'une partie ait à réclamer à l'autre une somme plus élevée, ou que le juge ne pense pas à la compensation, ou qu'on n'agisse pas contre l'emprunteur pour obtenir la restitution de la chose parce que cette chose a péri par accident ou qu'elle a été restituée en dehors de l'intervention du juge. C'est pourquoi l'action contraire est nécessaire."

possibilità di considerare le pretese del commodatario mediante la *compensatio*, tale possibilità non presentava la formula *in factum* per la natura *stricti iuris* del giudizio che ne conseguiva"⁽⁴⁷⁾.

Ce texte résiste sans peine à toute critique formelle. Il n'y a rien à lui reprocher. Il suffit de constater que même les auteurs qui, comme J. PARICIO, nient l'existence à l'époque classique d'une action *commodati in ius*, se contentent de poser la question de l'interpolation de D.13, 6, 18, 4 sans pouvoir apporter d'arguments pour l'appuyer⁽⁴⁸⁾. La doctrine considère en général sans hésitation que ce texte est authentique dans sa rédaction⁽⁴⁹⁾.

D. 13, 6, 18, 4 ne constitue pas pour autant un témoignage indiscutable en faveur de l'existence d'une action *in ius* de bonne foi, compte tenu du commentaire dont il est extrait, de sa date de rédaction et de son contenu. Le but de l'intervention de Gaius n'est pas de poser le principe de la compensation, mais surtout de mettre en lumière l'utilité de l'action contraire donnée au commodataire, qui garde toute son importance malgré la compensation, parce que le juge a pu ne pas y penser, que la restitution de l'objet prêté est impossible ou a déjà été effectuée ou que la demande reconventionnelle du commodataire dépasse la valeur de la chose prêtée. Dans ces quatre hypothèses, il est nécessaire de permettre au commodataire d'agir contre le commodant, et pas seulement de lui donner les moyens de s'opposer à l'action du commodant, ce qui constitue en définitive le seul effet de la compensation. Voilà, très précisément, l'objet de ce texte de Gaius. Mais dans ces conditions, il est possible de croire que Gaius avait simplement envisagé la possibilité d'une exception donnée au

⁽⁴⁷⁾ F. PASTORI, *Il comodato* ..., p. 368.

⁽⁴⁸⁾ J. PARICIO, *op. cit.*, pp. 244-245.

⁽⁴⁹⁾ Voir notamment M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, p. 534, n. 11; L. LOMBARDI, *Aperçus sur la compensation chez les juristes classiques*, dans *B.I.D.R.* 66 (1963), pp. 61-62.

commodataire, au lieu d'un droit de compensation, et que les compilateurs ont supprimé cette mention de l'exception, du fait que la généralisation de la compensation à leur époque la rendait inutile. De la sorte, il faudrait lire "*exceptione doli mali*", au lieu de "*iure pensionis*" dans ce texte⁽⁵⁰⁾.

Une altération due à un copiste postclassique ou aux compilateurs reste évidemment une simple hypothèse, et la fidélité au principe selon lequel un texte est réputé authentique jusqu'à preuve du contraire impose de la rejeter. Mais même sous la forme qu'il a au Digeste, D. 13, 6, 18, 4 n'est pas une preuve absolue du caractère de bonne foi de l'action *commodati*. Ce texte est tiré du commentaire de Gaius à l'Edit provincial. On sait qu'en province, le magistrat, à des degrés divers, avait l'habitude de juger de sa propre autorité, et que les distinctions entre procès ordinaire et procès extraordinaire n'avaient pas autant d'importance. Le magistrat a donc pu admettre la compensation en province alors qu'elle ne l'était pas encore à Rome, d'autant que la compensation permet d'éviter l'exception, et que cette dernière n'a de sens que dans la procédure formulaire, dont l'usage en province est problématique.

La compensation pourrait donc avoir été admise plus tôt en province sans qu'on puisse en conclure qu'il en allait de même à Rome. En supposant même que cette conclusion puisse être tirée, il subsiste un problème de date à propos de D. 13, 6, 18, 4. On sait que Gaius a vécu et travaillé au moins jusqu'en 178 P.C. puisqu'il a commenté le sénatusconsulte

⁽⁵⁰⁾ Il est possible également que cette altération ait été réalisée à la fin du III^e ou au début du IV^e siècle, lors de la publication du commentaire de Gaius à l'Edit provincial. Cette publication était destinée à la pratique juridique et elle a dû être adaptée en fonction de ce but. Comme elle est intervenue après le rescrit de Marc-Aurèle généralisant la compensation, la suppression de "*exceptione doli mali*" se trouverait parfaitement justifiée.

Orfitien⁽⁵¹⁾. On sait par ailleurs que Marc-Aurèle, dans un rescrit qui nous est connu seulement par les Institutes de Justinien⁽⁵²⁾, a introduit la compensation dans les actions de droit strict par l'exception de dol. Comme Marc-Aurèle a régné de 169 à 180 P.C, il est possible que le texte de Gaius soit contemporain du rescrit de l'Empereur, ce qui, du même coup, lui enlève toute force probante quant à l'existence d'une action *commodati in ius* de bonne foi, puisqu'à cette époque la compensation est admise dans les actions de droit strict. De plus, il est probable que le rescrit de Marc-Aurèle, comme beaucoup d'autres dispositions juridiques, n'a pas apporté au droit objectif une modification radicale, mais a consacré une situation qui s'était introduite peu à peu dans la pratique. De la sorte, si même D. 13, 6, 18, 4 est antérieur au décret de Marc-Aurèle, il est peut-être simplement le reflet d'une pratique judiciaire consacrée peu après par l'intervention de la chancellerie impériale, sans qu'on puisse encore une fois y trouver la preuve du caractère de bonne foi de l'action de commodat.

Le dernier texte invoqué à l'appui de cette thèse est celui de Gaius, déjà cité :

IV, 47 : *Similes etiam commodati formulae sunt.*

Outre ce que nous en avons déjà dit plus haut, il faut bien constater que Gaius entend simplement signifier qu'il y a, pour le commodat comme pour le dépôt, à la fois une action *in factum* et une action *in ius*. La question reste entière de savoir si cette dernière est ou non de bonne foi. Aller plus loin, c'est manifestement solliciter le texte.

⁽⁵¹⁾ Le sénatusconsulte Orfitien est le dernier texte juridique mentionné par le Digeste comme ayant été commenté par Gaius : cfr D.38,17,9. Comme Gaius, au D.34,5,7, mentionne l'Empereur Hadrien comme son contemporain, sa période d'activités a dû être comprise entre Hadrien et Marc-Aurèle.

⁽⁵²⁾ Nous ne connaissons pas grand chose de ce rescrit, mentionné dans les Institutes de Justinien, I.4,6,30 : *Sed et in strictis iudiciis ex rescripto diui Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur*. A ce sujet, voir l'article de VAN WARMELOO cité plus haut.

Si les indices invoqués pour démontrer l'existence d'une action *in ius* de bonne foi dès l'époque classique se marquent par leur rareté ou leur faiblesse, on en trouve par contre de sérieux qui militent en faveur de la thèse selon laquelle l'action *commodati in ius* n'aurait pas mentionné le "*quidquid dare facere oportet ex fide bona*".

Il est curieux que les textes du Digeste consacrés à la matière ne mentionnent pas, en règle générale, la bonne foi. Il n'y a pas, à propos du commodat, de trace certaine d'un "*iudicium bonae fidei*" dans le commentaire à l'Edit et dans les autres sentences du Digeste. Dans les Institutes de Gaius également, le commodat est absent de la liste que dresse le juriste classique des *iudicia bonae fidei* :

IV, 62 : *Sunt autem bonae fidei iudicia haec : ex empto uendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae.*⁽⁵³⁾

On ne peut pas prétendre que Gaius ne donne ici que des exemples, car cette longue liste paraît bien être exhaustive. La rédaction même de ce passage des Institutes l'indique. Le mot "*autem*" a généralement valeur de certitude, d'autorité, et placé comme enclitique après le verbe, il signifie "*certe, uerum*"⁽⁵⁴⁾. C'est dans ce sens qu'il est employé plus de deux cents fois par Gaius dans les Institutes⁽⁵⁵⁾. De plus, "*autem*" est renforcé par "*haec*", ce qui augmente encore la certitude qu'il s'agit ici d'une énumération exhaustive⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵³⁾ Gaius, IV, 62. Trad. : "Les jugements de bonne foi sont les suivants : ceux qui concernent la vente, le louage, la gestion d'affaires, le mandat, le dépôt, la fiducie, la société, la tutelle, le patrimoine de la femme mariée."

⁽⁵⁴⁾ *Thesaurus Linguae Latinae*, II, 1576.

⁽⁵⁵⁾ *Thesaurus Linguae Latinae*, II, 1576-1597.

⁽⁵⁶⁾ Dans ce sens, S. CRUZ, *Da solutio* ..., p. 209, n. 304 in fine.

On a bien entendu cherché une explication à cette absence de l'action *commodati*, soit en invoquant une lacune dans le manuscrit⁽⁵⁷⁾, soit en prétendant que Gaius se serait inspiré d'une ancienne liste des *iudicia bonae fidei*, établie à une époque où le contrat de commodat n'avait pas encore été consacré par le *ius ciuile* ⁽⁵⁸⁾. Mais il s'agit là d'une pure hypothèse, en partie contredite par le fait que Gaius connaît l'action *commodati in ius*, qu'il mentionne quelques paragraphes plus haut⁽⁵⁹⁾.

Un texte d'Ulpien semble également s'opposer à l'existence de l'action *in ius* de bonne foi. Il s'agit de

D. 13, 6, 3, 1 (ULP.) : *Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non uidebitur reddita, quae deterior facta redditur, nisi quid interest praestetur : proprie enim dicitur res non reddita, quae deterior redditur.* ⁽⁶⁰⁾

Ulpien envisage l'hypothèse où le commodataire a rendu la chose détériorée au commodant. Indépendamment de la question de savoir si le premier est ou non responsable du dommage, le juriste estime et pose en principe que la restitution d'une chose endommagée doit être assimilée à la non-restitution. Ce principe se comprend bien dans l'hypothèse où

⁽⁵⁷⁾ Voir supra. Cette explication n'est plus guère défendue aujourd'hui.

⁽⁵⁸⁾ Voir par exemple F. PASTORI, *Il commodato* ..., pp. 56-57.

⁽⁵⁹⁾ Gaius, IV, 47. Cette contradiction pousse certains auteurs à résoudre le problème en remettant en cause la mention de l'action *commodati* dans le paragraphe 47 plutôt qu'en cherchant à expliquer son absence dans le paragraphe 62. Pour J. PARICIO notamment, la mention de l'action *commodati in ius* n'est pas de Gaius mais serait due à un copiste postclassique (*op. cit.*, pp. 246-247). S. CRUZ avait déjà avancé cette explication : pour lui, "*ueluti commodati*" et "*similes etiam commodati formulae sunt*" seraient des gloses introduites par un scholiaste à des fins purement pédagogiques, sur base de la ressemblance entre le commodat et le dépôt (*op. cit.*, p. 211 en note). Mais cette hypothèse d'une intervention postclassique n'est appuyée par aucun élément probant.

⁽⁶⁰⁾ D.13,6,3,1 (ULP.). Trad. : "Si la chose prêtée a été restituée détériorée, elle ne sera pas censée avoir été rendue, à moins qu'il y ait eu dédommagement. C'est en effet avec raison qu'on prétend que la chose n'a pas été restituée si elle l'est détériorée."

l'on applique la formule *in factum* puisque celle-ci ne vise - du moins formellement - que le cas de non-restitution. On est malgré tout surpris de trouver ce principe chez Ulpien car à son époque, il est à peu près certain que l'action *in ius* existe. Si elle est de bonne foi, pourquoi faut-il établir une équivalence entre restitution d'une chose endommagée et non-restitution, alors que le champ des obligations couvert par les mots "*quidquid dare facere oportet ex fide bona*" suffit largement pour viser l'hypothèse de l'endommagement ? Si, par contre, l'action *in ius* ne contient pas de renvoi à la *bona fides*, il est alors nécessaire d'opérer cette équivalence, comme dans le cas de l'action *in factum*. Voilà pourquoi D. 13, 6, 3, 1 peut être considéré comme un indice en faveur de l'existence d'une action *in ius* de droit strict. On répondra peut-être que cette sentence ne remet pas en cause l'action *in ius* de bonne foi si on considère qu'elle s'applique seulement à l'action *in factum* ⁽⁶¹⁾. Cette réponse ne fait pas disparaître le problème : on ne comprend pas alors pourquoi le préteur accorderait l'action *in factum* plutôt que l'action *in ius* en cas d'endommagement de la chose n'empêchant cependant pas sa restitution.

De façon incidente, un autre texte, du juriste Paul, fournit un indice sérieux contre la mention du "*quidquid dare facere oportet ex fide bona*" dans l'action *commodati* :

D. 12, 5, 9, pr et 1 (PAUL.) : *Si uestimenta utenda tibi commodauero, deinde pretium, ut reciperem, dedissem, condictione me recte acturum responsum est : quamuis enim propter rem datum sit et causa secuta sit, tamen turpiter datum est. Si rem locatam tibi uel uenditam a te uel mandatam ut redderes, pecuniam acceperis, habebo tecum ex locato uel uendito uel mandati actionem : quod si, ut id, quod ex*

(61) C'est l'idée que défendent, pour des raisons fort différentes, J. PARICIO (*op. cit.*, p. 236) et F. PASTORI (*Il comodato ...*, pp. 142-143), PARICIO parce qu'il entend démontrer que l'action *in ius* n'existe pas, et PASTORI parce qu'il défend la thèse selon laquelle seule l'obligation de restituer est prise en considération dans l'action *in factum*, tandis que l'action *in ius* tient compte de toutes les obligations du commodataire, sauf celle de restituer (sur cette thèse, voir *infra*).

testamento uel ex stipulatu debebas redderes mihi, pecuniam tibi dederim, condictio dumtaxat pecuniae datae eo nomine erit. Idque et Pomponius scribit. (62)

Dans le cas d'espèce, le créancier, pour obtenir la restitution de la chose à laquelle il a droit sur base du contrat, a été obligé par le débiteur de verser à ce dernier une somme d'argent. Ce paiement constitue de toute évidence une exigence malhonnête de la part du débiteur ("*pecunia data turpiter*"), et le créancier doit incontestablement recevoir le moyen judiciaire de récupérer la somme ainsi extorquée.

Il résulte cependant du texte que le moyen de procédure accordé au créancier n'est pas uniforme et varie en fonction de la nature du rapport obligatoire. Paul distingue nettement selon que le créancier a droit à la restitution sur base d'un contrat de commodat, d'une stipulation ou d'un testament, ou sur base d'un contrat de louage, de vente ou de mandat. Dans la première hypothèse, il pourra récupérer la somme versée "*turpiter*" par une *condictio* tandis que dans la seconde il pourra utiliser l'action spécifique du contrat : "*ex locato uel uendito uel mandati actionem*".

Les actions *ex stipulatu* et *ex testamento* ont une structure rigoureuse qui ne peut donner lieu qu'à un *strictum iudicium*, et l'on comprend bien que le créancier ne puisse agir que par la *condictio*. La vente, le louage et le mandat, par contre, sont des contrats de bonne foi, et la mention, dans la formule, du *quidquid dare facere oportet ex fide bona*, permet incontestablement d'atteindre l'indélicatesse du vendeur, du locataire ou du mandataire, et de

(62) D.12,5,9,pr. et 1 (PAUL.). Trad. : "Si je t'ai prêté des vêtements pour ton usage et qu'ensuite, pour les récupérer, j'ai dû te donner de l'argent, il a été répondu que je pourrai légitimement agir par une *condictio* : bien que j'aie donné cet argent pour une cause qui a eu lieu, je l'ai cependant donné à la suite d'une malhonnêteté. Si tu as reçu de l'argent pour rendre une chose que tu as reçue en location ou que tu as vendue ou qui t'a été confiée, j'aurai contre toi l'action de louage ou de vente ou de mandat : et si je t'ai donné de l'argent pour que tu me rendes ce que tu me dois en vertu d'un testament ou d'une stipulation, j'aurai la *condictio* pour réclamer seulement l'argent donné à cette fin. C'est aussi ce qu'écrit Pomponius."

permettre ainsi à leur cocontractant d'agir en utilisant simplement l'action même du contrat⁽⁶³⁾.

Ce qui, par contre, mérite un grand étonnement, est de voir que Paul, apparemment, tient un raisonnement différent pour le commodat puisqu'il ne permet au commodant que d'agir par la *condictio*, et non par l'action *commodati*. Paul établit un parallélisme étroit entre les actions *ex stipulatu*, *ex testamento* et *commodati*, en ce sens qu'elles sont toutes les trois incapables de permettre au créancier de la chose de se faire rembourser l'argent versé injustement, puisqu'il doit, pour y arriver, utiliser une *condictio*. La conclusion qui s'impose avec clarté est que l'action *commodati*, comme les deux autres, ne contient pas de mention de la bonne foi, d'où son inefficacité dans le problème envisagé par Paul. S'il s'agit, comme nous le pensons, de l'action *commodati in ius*, elle ne peut être que de droit strict.

On a bien entendu avancé d'autres explications, et notamment que Paul avait en vue, dans ce texte, seulement l'action *commodati in factum*. D. 12, 5, 9 est tiré d'un commentaire de Paul *ad Plautium*. Il est possible qu'à l'époque de Plautius⁽⁶⁴⁾, le commodat n'ait été sanctionné que par une action *in factum*, ce qui expliquerait l'opposition entre le commodat, la stipulation et le testament d'une part, la vente, le louage et le mandat de l'autre. Mais qu'il en soit encore de même à l'époque de Paul ne paraît pas défendable. Il serait vain, par ailleurs, d'invoquer le fait que Paul, par conservatisme, se serait contenté de reproduire une solution de Plautius, nettement opposée à celle en vigueur à son époque.

(63) Le même problème est examiné par Labéon pour le contrat de dépôt. Dans le cas d'espèce, le dépositaire réclame indûment de l'argent pour restituer l'objet qui lui a été confié. Labéon permet au déposant d'agir contre lui par l'action *depositi* qui, elle aussi, est de bonne foi. Cfr D.16,3,34 (LAB.) : *Potes agere depositi cum eo qui tibi non aliter quam nummis a te acceptis depositum reddere uoluit, quamuis sine mora et incorruptum reddiderit*. Trad. : "Tu peux agir par l'action de dépôt contre celui qui ne veut te rendre l'objet déposé qu'à la condition de recevoir de l'argent de toi, même s'il a rendu la chose sans retard et en bon état."

(64) Plautius est un juriste du 1er siècle P.C.

Paul, préfet du prétoire, fonctionnaire et juriste renommé, est un praticien et non un historien du droit. Prétendre qu'il pourrait commenter Plautius en faisant abstraction du droit en vigueur à son époque, c'est nier la fonction pratique de la jurisprudence et oublier que les jurisconsultes, lorsqu'ils commentent les oeuvres de juristes antérieurs, ont comme but de contribuer à la compréhension et au développement du droit de leur époque. Ceci est d'autant plus évident pour D. 12, 5, 9 que la question posée à Paul n'est pas de savoir ce qu'on pensait jadis, mais comment un de ses contemporains peut, concrètement, récupérer l'argent qu'il a payé indûment.

Pour F. PASTORI, qui croit à l'existence d'une action *in ius* de bonne foi à l'époque classique, le juriste Paul fait exclusivement référence, dans ce texte, à l'action *in factum* ⁽⁶⁵⁾, ce qui l'amène à la conclusion que l'action *in factum* ne survit pas par pure inertie historique, mais constitue, durant tout le droit classique, le moyen de procédure essentiel du commodat⁽⁶⁶⁾. L'auteur explique le recours à l'action *in factum*, alors qu'existe une action *in ius* de bonne foi, par le fait que le champ d'application des deux formules est nettement distinct. L'obligation de restitution ne serait atteinte que par l'action *in factum*, tandis que l'action *in ius* viserait les autres obligations du commodataire. Outre le fait que cette distinction est loin d'être établie⁽⁶⁷⁾, il paraît évident que dans le problème traité par Paul au D.12, 5, 9, ce n'est pas l'obligation de restitution du commodataire qui est en cause, mais le paiement indu qu'a été forcé d'effectuer le commodant. Ce problème pouvait être parfaitement rencontré par une action *in ius* comprenant une mention de la bonne foi. Si Paul ne s'y réfère pas alors qu'il le fait pour la vente, le louage ou le mandat⁽⁶⁸⁾, c'est, à

⁽⁶⁵⁾ F. PASTORI, *Il commodato* ..., p. 100.

⁽⁶⁶⁾ F. PASTORI, *Il commodato* ..., p. 101.

⁽⁶⁷⁾ Voir infra.

⁽⁶⁸⁾ Comme le fait Labéon pour le contrat de dépôt (voir note 63).

défaut d'autre explication valable, que l'action *commodati in ius* n'est pas de bonne foi à son époque.

Enfin, le dernier indice en ce sens repose sur l'exigence de gratuité qui doit normalement caractériser le contrat de commodat. La gratuité est un élément essentiel du commodat dans la mesure où la perception d'une rémunération contre l'usage de la chose le transforme en louage, ou en contrat innomé si la contrepartie s'effectue en nature⁽⁶⁹⁾. Un exemple intéressant est donné par Ulpien,

D. 19, 5, 17, 3 (ULP.) : *Si, cum unum bouem haberem et uicinus unum, placuerit inter nos, ut per denos dies ego ei et ille mihi bouem commodaremus, ut opus faceret, et apud alterum bos periit, commodati non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, uerum praescriptis uerbis agendum est.*⁽⁷⁰⁾

Dans ce texte, à vrai dire, le problème posé est de qualifier la convention intervenue plus que de poser en principe l'exigence de gratuité, qui n'intervient que pour justifier la solution donnée par Ulpien : deux prêts en sens inverse deviennent un seul contrat à titre onéreux, qui n'est ni un louage ni un commodat, mais un contrat innomé sanctionné par une

⁽⁶⁹⁾ Dans ce sens, J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962, p. 95.

⁽⁷⁰⁾ D.19,5,17,3 (ULP.). Trad. : "Si du fait que j'ai un seul boeuf et mon voisin également, nous avons convenu que je lui prêterais le mien pendant dix jours et lui de même, et qu'un boeuf a péri chez l'autre, l'action du commodat n'est pas valable, parce que le commodat n'a pas été gratuit; mais il faut agir par l'action *praescriptis uerbis*."

action *praescriptis uerbis*, si la contreprestation est convenue dès la conclusion du contrat⁽⁷¹⁾.

Un autre texte d'Ulpien mentionne la gratuité, mais de façon aussi incidente:

D. 19, 5, 17, pr. (ULP.) : *Si gratuitam tibi habitationem dederō, an commodati agere possim ? Et Ulpianus ait posse : sed est tutius praescriptis uerbis agere.*⁽⁷²⁾

Le commodat d'immeuble est rarement cité dans les sources⁽⁷³⁾, et la question traitée dans ce texte est encore une fois de qualifier le contrat par lequel on met gratuitement une habitation à la disposition de quelqu'un⁽⁷⁴⁾. Se référant à Vivianus qui estime qu'il s'agit d'un commodat, Ulpien hésite et préfère l'action *praescriptis uerbis* à l'action *commodati*.

(71) Cette solution avait déjà été pressentie par Gaius qui, sans y répondre, pose la question de la qualification juridique qu'il faut donner à un prêt réciproque. Cfr Gaius, III, 144 : *Uel si rem tibi utendam dederim et inuicem aliam rem utendam acceperim, quaeritur an locatio et conductio contrahatur*. Trad. : "Ou bien si je t'ai donné l'usage d'une chose et qu'en échange j'en ai reçu une autre de toi, on se demande si un contrat de louage se forme." Le même problème est posé par Marcianus, contemporain d'Ulpien, qui y apporte d'ailleurs la même solution que ce dernier. Cfr D.19,5,25 (MARC.) : *Si operas fabriles quis serui uice mutua dedisset, ut totidem reciperet, posse eum praescriptis uerbis agere, sicuti si paenulas dedisset ut tunicas acciperet ...*. Trad. : "Si quelqu'un a fourni le travail d'un esclave à titre d'échange pour recevoir la même chose, il peut agir par l'action *praescriptis uerbis*, comme s'il avait donné des manteaux pour recevoir des tuniques."

(72) D.19,5,17,pr. (ULP.). Trad. : "Si je t'ai donné une habitation gratuite, puis-je agir par l'action de commodat ? Et Vivianus estime que oui, mais il est plus prudent d'agir par l'action *praescriptis uerbis*."

(73) Voir également D.13,6,5,15 (ULP.) qui mentionne, au titre du commodat, l'usage d'un bain, d'un portique ou d'un terrain.

(74) Ce texte peut également être un indice de la controverse terminologique qui a existé en droit romain. Pour Labéon, le verbe "*commodare*" ne s'appliquait qu'aux meubles, tandis que "*utendum dare*" pouvait s'employer pour les meubles et les immeubles (cfr D.13,6,1,1 (ULP.)). Devant cette extension, on peut se demander ce qui distingue le commodat d'immeuble de l'*habitatio gratuita*. D'après les sources littéraires, il semble bien que la durée du commodat d'immeuble était généralement fort courte (par exemple pour une noce) tandis que l'*habitatio gratuita* était concédée à long terme (voir J. MICHEL, *Gratuité* ..., p. 98).

Enfin, il est fait mention de la gratuité dans

D. 13, 6, 5, 12 (ULP.) : *Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares : dedisti : non repigneris, ut mihi reddas. Labeo ait commodari actionem locum habere, quod ego puto uerum esse, nisi merces interuenit : tunc enim uel in factum uel ex locato conducto agendum erit ...*⁽⁷⁵⁾

Mais la fin du texte est certainement interpolée. Le cas envisagé est tout à fait particulier : une chose est prêtée pour être remise en gage au créancier de l'emprunteur⁽⁷⁶⁾. Ce dernier n'a pas payé sa dette et le créancier retient la chose. Ulpien, à la suite de Labéon, estime que le prêteur peut agir par l'action de commodat. La suite du texte, qui prévoit l'hypothèse où un loyer intervient (*nisi merces interuenit...*) ne peut pas avoir été écrite par Ulpien parce qu'une telle hypothèse est invraisemblable. On conçoit que quelqu'un prête à un ami un bien destiné à être remis en gage, on ne voit pas comment un bailleur pourrait faire de même. En supposant qu'un bailleur aussi inconscient existe, le texte reste inacceptable à cause des erreurs techniques qu'il contient : si le loyer a été perçu, il s'agit d'une *locatio rei* et dans ce cas, la mention de l'action *in factum* ne se justifie pas. En outre, le bailleur doit agir par l'action *locati* et non par les deux à la fois (*ex locato conducto*)⁽⁷⁷⁾.

Il n'y a en définitive qu'un seul texte du Digeste qui parle de gratuité à propos du commodat, sans guère insister sur ce point. La chose est surprenante quand on constate l'insistance et la fréquence avec lesquelles les juristes romains reviennent sur l'exigence de

⁽⁷⁵⁾ D.13,6,5,12 (ULP.). Trad. : "Je t'ai remis une chose pour que tu la donnes en gage à ton créancier : tu l'as donnée : mais tu ne libères pas la chose et ne me la rends pas. Labéon dit que l'action du commodat est valable, ce que j'estime exact, à moins qu'un loyer n'intervienne : alors en effet, il faut agir ou par l'action *in factum* ou par les actions du louage."

⁽⁷⁶⁾ Un tel contrat est valable du fait que le gage peut porter sur la chose d'autrui : cfr D.13,7,9,pr. et C.4,23,3.

⁽⁷⁷⁾ L'expression "*ex locato conducto*" est insolite (cfr J. MICHEL, *Gratuité* ..., p. 100).

gratuité dans d'autres contrats, et particulièrement dans le mandat. Plus de douze textes du Digeste et du Code de Justinien mentionnent la gratuité du mandat⁽⁷⁸⁾. De ce point de vue, le contraste qui règne entre ces deux contrats doit être expliqué.

La distinction entre le caractère onéreux et la gratuité est particulièrement importante en droit romain parce qu'elle détermine la nature de certains contrats. Comme le note J.MICHEL, le rôle de la gratuité, pour les juristes romains, "a été assez considérable pour qu'on désigne d'un nom différent des institutions analogues par leur fonction économique, mais distinguées par le seul critère de la gratuité et du caractère onéreux"⁽⁷⁹⁾. Ainsi, la mise à disposition temporaire d'un capital donne lieu à un contrat de *fenus* (caractère onéreux) ou de *mutuum* (gratuité), le transfert de propriété à une vente ou une donation, l'exécution d'un travail à une *locatio operis* ou à un mandat, l'usage temporaire d'une chose à une *locatio rei* ou à un commodat.

On dit que l'insistance des juristes à rappeler l'exigence de gratuité dans le mandat s'explique par le fait que "ce caractère essentiel du contrat était sans cesse perdu de vue dans la pratique⁽⁸⁰⁾. Il s'agit là d'une explication séduisante tant il est vrai qu'à toutes les époques, l'insistance du législateur à propos d'un même objet est souvent le signe de son impuissance à faire respecter le prescrit législatif. Mais pourquoi n'en va-t-il pas de même pour le commodat ? Celui qui rend service en prêtant un objet est-il naturellement plus généreux que celui qui rend service en effectuant un travail ? La chose est douteuse et il est vraisemblable qu'en pratique la tentation était aussi grande de se faire payer le premier service que le second. Si les juristes romains n'insistent guère sur la gratuité dans le commodat, c'est peut être simplement parce que ce n'est pas nécessaire. Si l'action

⁽⁷⁸⁾ J. MICHEL, *Gratuité* ..., pp. 168-197.

⁽⁷⁹⁾ J. MICHEL, *Gratuité* ..., p. 322.

⁽⁸⁰⁾ J. MICHEL, *Gratuité* ..., p. 197.

commodati in ius est, comme semblent le suggérer les textes cités plus haut, une action qui ne mentionne pas "tout ce qu'il faut donner ou faire en vertu de la bonne foi", le prêteur ne peut réclamer en justice que la restitution de la chose ou à défaut la valeur de celle-ci, sans pouvoir ajouter à sa demande une quelconque rémunération, même déguisée, que l'emprunteur lui aurait promise. Dans le mandat par contre, la tentation est grande pour le mandataire de gonfler ses frais et dépenses, ou simplement d'exiger ce qui a été promis par le mandant, du fait que ce dernier est tenu de faire et de donner ce que la *bona fides* impose. Voilà qui pourrait expliquer l'insistance des juristes pour le mandat et leur relatif silence pour le commodat, sur la question de la gratuité du contrat.

Il faut reconnaître, en conclusion, que nous n'avons pas de preuve incontestable que l'action *commodati in ius* est de droit strict. Il n'empêche que si le commodat est de toute évidence un contrat de bonne foi pour Justinien, la réponse est beaucoup moins claire pour l'époque classique, malgré les apparentes certitudes de beaucoup d'auteurs. Le silence de Gaius dans sa liste des *iudicia bonae fidei* et celui des juristes classiques à propos de la gratuité, comme la lecture des textes cités plus haut d'Ulpien et de Paul⁽⁸¹⁾, de même que l'attraction qu'a pu exercer le *mutuum* compte tenu de la fonction économique assez proche qu'il remplit⁽⁸²⁾, vont en sens contraire. L'hypothèse d'une action *commodati in ius* de droit

⁽⁸¹⁾ Cfr D.13,6,3,1 (ULP.) et D.12,5,9,pr.

⁽⁸²⁾ Le *mutuum* est un contrat de droit strict. Les différences d'ordre juridique entre le commodat et le *mutuum* sont importantes, notamment par le fait du transfert de propriété qui intervient dans le second et non dans le premier. Il reste que, d'un point de vue social, il s'agit dans les deux hypothèses d'un service rendu à un ami ou du moins à une personne de confiance, avec un espoir de réciprocité en cas de besoin et que, d'un point de vue économique, il y a, dans le *mutuum* comme dans le commodat, appauvrissement temporaire d'un patrimoine du profit d'un autre. La proximité économique et sociale entre les deux contrats est rendue encore plus évidente par la difficulté de qualifier juridiquement l'hypothèse suivante. A prête à B un objet déjà usagé et B, après s'en être servi quelque temps, achète un objet semblable et pour remercier A, garde l'objet usagé et lui remet le nouveau alors que ce n'était pas convenu au départ. La proximité de fonction entre les deux contrats apparaît également dans la définition que donne Varron du *mutuum* (*De Lingua Latina*, V, 179) : *Si datum quod reddatur, mutuum, quod Siculi moiton*. Trad. : "Si l'on donne quelque chose qui doit être rendu, il y a *mutuum*, ce que les Siciliens appellent *moiton*." Cette définition pourrait tout aussi bien s'appliquer au commodat.

strict n'est ni gratuite ni inexplicable, contrairement à ce qu'on affirme peut-être trop rapidement⁽⁸³⁾.

Il reste à s'interroger sur la finalité de l'action *in ius* par rapport à celle de l'action *in factum*, et sur le point de savoir s'il faut lier la responsabilité pour *custodia* du commodataire à l'une plutôt qu'à l'autre. Ces questions prennent toute leur importance si l'action *commodati in ius* contient, comme le prétend la majorité de la doctrine, un renvoi à la bonne foi, une mention du "*quidquid dare facere oportet ex fide bona*".

Sur ces deux questions, F. PASTORI a développé assez longuement une thèse qu'il convient de rencontrer parce qu'elle a reçu au moins partiellement l'adhésion de la doctrine. L'étude minutieuse que l'auteur a faite du contrat de commodat⁽⁸⁴⁾ l'amène à la conclusion que l'existence de deux formules de l'action *commodati* est justifiée par la diversité de fonction que remplissent l'une et l'autre. La formule *in factum* sanctionne l'obligation de restitution de la chose prêtée, tandis que la formule *in ius* ⁽⁸⁵⁾ est destinée à sanctionner les autres obligations du commodataire, dont celle de ne pas faire de la chose un usage contraire à la convention, et de ne pas la détériorer. Il en résulte que le propriétaire agit par la formule *in ius* quand il a obtenu la restitution de la chose et veut demander réparation du préjudice résultant du mauvais usage ou de la détérioration de la chose. Pour PASTORI, cette diversité fonctionnelle repose sur une différence entre les critères de responsabilité applicables : la formule *in factum* sanctionne une responsabilité pour *custodia*, tandis que la formule *in ius* consacre une responsabilité de nature subjective. Cette différence explique

(83) Cfr J. PARICIO, *op. cit.*, p. 240.

(84) F. PASTORI, *Il comodato nel diritto romano. Con contributi allo studio della responsabilità contrattuale*, Milan, 1954 (voir spécialement les pp. 71 sv., 83 sv. et 103 sv.). Voir également, du même auteur, *Sulla duplicità formulare dell'actio commodati*, dans *Labeo* 2 (1956), pp. 89-94.

(85) La formule *in ius* est, pour l'auteur, de bonne foi parce qu'elle est liée, non au "*reddere*" ou au "*restituere*", mais au "*quidquid dare facere oportet ex fide bona*".

aux yeux de l'auteur la persistance de l'action *in factum* durant toute l'époque classique, du fait que cette dernière action permet d'atteindre une responsabilité beaucoup plus lourde. Il y a, en résumé, continuité entre la formule *in factum*, l'obligation de restitution et la responsabilité objective pour *custodia* d'une part, entre la formule *in ius*, les autres obligations du commodataire et une responsabilité subjective liée à la *bona fides* de l'autre.

La première affirmation, selon laquelle l'action *in ius* ne peut sanctionner la non-restitution de l'objet prêté, mais uniquement les autres obligations du commodataire, peut être critiquée assez aisément. Elle n'a du reste guère été suivie par la doctrine⁽⁸⁶⁾.

Nous avons déjà fait remarquer que le caractère de bonne foi de l'action *in ius* est loin d'être établi avec certitude pour l'époque classique. Si l'action *in ius* est de droit strict, il serait étonnant qu'elle ne permette pas, comme l'action *in factum*, de viser la non-restitution de la chose. Mais ce doit être également le cas si elle fait référence au *quidquid dare facere oportet ex fide bona*.

Pour s'opposer à la thèse de PASTORI, on avance généralement que l'obstacle fondamental tient à la structure de l'action *in ius* ⁽⁸⁷⁾. Celle-ci ne nous est pas donnée pour le commodat, mais pour le dépôt, et si l'on accepte l'opinion de LENEL selon qui la formule de l'action *commodati* est analogue à celle que décrit Gaius pour le dépôt⁽⁸⁸⁾, on peut émettre l'hypothèse que la formule du commodat doit également contenir les mots "*nisi restituar*". Ces mots ne modifient pas le caractère de bonne foi de l'action *in ius* mais permettent au

⁽⁸⁶⁾ Voir notamment les critiques de G. LUZZATTO, *Commodati uel contra*, dans *Labeo* 2 (1956), pp. 357-362; A. METRO, *L'obbligazione di custodire ...*, p. 142; C. TARDIVO, *Studi sul commodatum*, pp. 250-251.

⁽⁸⁷⁾ Cfr G. LUZZATTO, *Commodati uel contra*, p. 359; A. METRO, *op. cit.*, p. 135; C. TARDIVO, *op. cit.*, p. 247.

⁽⁸⁸⁾ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, p. 288.

défendeur d'échapper à la condamnation s'il juge qu'il est de son intérêt de restituer effectivement l'objet prêté. Les mots "*nisi restituat*" subordonnent donc la condamnation du défendeur à l'absence de restitution, ce qui implique assez logiquement que le demandeur utilise - ou du moins puisse utiliser - l'action *in ius* pour obtenir la restitution de son bien, ce qui contredit la thèse de PASTORI. L'auteur l'a bien compris et s'efforce, lorsqu'il traite de cette question, d'établir que "*nisi restituat*", qui apparaît dans la formule *in ius* du dépôt sous la forme "NR" dans le manuscrit de Vérone⁽⁸⁹⁾, ne peut figurer dans un *iudicium bonae fidei* parce que l'*arbitratus de restituendo* est peu compréhensible dans un jugement de bonne foi qui, par sa nature, donne au juge un large pouvoir discrétionnaire⁽⁹⁰⁾. On ne voit pas cependant en quoi l'étendue des pouvoirs conférés au juge empêche la mention de "*nisi restituat*" qui, encore une fois, ne modifie pas la nature de la formule⁽⁹¹⁾.

En supposant même que l'on établisse que la mention "NR" du manuscrit de Vérone est due à l'erreur d'un copiste, il reste que les mots "*quidquid dare facere oportet ex fide bona*", et la souplesse⁽⁹²⁾ qu'ils impliquent quant à la détermination de la mission du juge,

(89) L'abréviation "N.R." du manuscrit de Vérone a fait l'objet de discussions relatives au sens qu'il convient de lui donner. On pense tout naturellement à "*nisi restituet*" ou "*nisi restituetur*," mais cette lecture a été critiquée par le fait que ces mots devraient normalement se trouver, non après la *condemnatio*, mais avant celle-ci puisqu'ils introduisent une exception (A. METRO, *op. cit.*, p. 135, n. 122. Voir également O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, p. 288, n. 12, qui avance l'hypothèse d'une erreur d'un copiste). Cette objection ne paraît pas décisive et la majorité de la doctrine admet qu'il s'agit bien de "*nisi restituat*".

(90) F. PASTORI, V° *Commodato*, dans *NNDI*, vol. III, Turin, 1959, p. 689, n. 8.

(91) Cette mention n'enlève pas au juge la possibilité de tenir compte des autres obligations du défendeur et n'a pas un effet libératoire absolu. Un texte relatif au dépôt est très clair à cet égard : D.16,3,1,38 (voir le chapitre I, section 2) vise une hypothèse où le déposant (ou ses héritiers) poursuit le dépositaire qui a été indigne de la confiance que l'on avait placée en lui. Il s'agit, dans le cas d'espèce, d'une action *in ius* puisque le demandeur vise, non la restitution de la chose, mais la réparation du dommage. Il est certain que les mots "*nisi restituet*", présents dans la formule, n'empêcheront pas le juge de condamner le défendeur si le dommage - indépendamment de la question de la restitution - est établi.

(92) C'est à juste titre que G. LUZZATTO parle de l'"elasticità del giudizio di buona fede" (*Commodati uel contra*, p. 359).

permettent incontestablement à ce dernier d'envisager la non-restitution de l'objet prêté. Celle-ci, après tout, rentre prioritairement dans "ce qu'il faut donner ou faire en vertu de la bonne foi". Une formule de bonne foi a pour but, non d'interdire au juge de prendre en considération la non-restitution, mais de lui permettre d'aller au-delà de ce problème et de tenir compte notamment d'un usage contraire à la convention ou de la détérioration de l'objet restitué.

La deuxième question est assez proche de celle qui a été posée pour le contrat de gage⁽⁹³⁾ : faut-il lier aussi étroitement responsabilité pour *custodia* et action *in factum*, au point de faire varier le critère de responsabilité applicable au commodataire selon l'action intentée contre lui ? La chose est certaine pour PASTORI qui affirme, d'une part que la formule *in factum* ne permet pas de sanctionner une responsabilité subjective (c'est-à-dire le dol ou la *culpa*)⁽⁹⁴⁾, d'autre part que la formule *in ius* ne permet pas d'atteindre une responsabilité pour *custodia* ⁽⁹⁵⁾.

L'examen d'autres contrats, comme le dépôt, la vente ou le louage, démontre cependant qu'aucune de ces deux propositions ne peut être acceptée. Dans le contrat de dépôt, sanctionné par une action *in ius* et une action *in factum*, la responsabilité du dépositaire est en principe limitée au dol, quel que soit le recours (*in ius* ou *in factum*) que le

(93) Voir le chapitre V, section 4.

(94) "La formula *in factum* fonda la condanna sulla mancata restituzione e non consente al giudice di considerare concretamente il contenuto dal commodatario nell'adempimento dell'obbligazione." (F. PASTORI, *Il commodato* ..., p. 348).

(95) "Nel diritto classico la responsabilità del commodatario era considerata mediante un duplice criterio : l'obbligo di restituzione, sanzionato dalla formula *in factum*, importava la responsabilità per *custodia*, le altre obbligazioni, sanzionate dalla formula *in ius*, una responsabilità consona alla *bona fides* e, dunque, di natura subiettiva." (F. PASTORI, *Il commodato* ..., p. 355).

déposant exerce contre lui⁽⁹⁶⁾. On ne peut donc pas dire que la formule *in factum* ne vise que la *custodia* technique.

Il est tout aussi inexact de prétendre que l'action *in ius* ne permet pas d'atteindre la responsabilité pour *custodia*. PASTORI n'est pas le seul auteur à l'affirmer⁽⁹⁷⁾ mais les exemples du *fullo* et du *sarcinator* sont là pour démontrer le contraire. Ces débiteurs répondent de la *custodia* et Gaius dit clairement que, contre eux, le propriétaire des vêtements peut agir par l'*actio locati* ⁽⁹⁸⁾, qui ne peut être qu'une action *in ius* de bonne foi : supposer le contraire serait, selon le jugement sévère mais correct de G. LUZZATTO, "fantasia o semplice artificio dialettico"⁽⁹⁹⁾.

C'est pourtant ce que fait J. PARIS qui suppose, sans donner d'arguments, que le contrat passé avec le *fullo* ou le *sarcinator* a été au départ sanctionné par une action *in factum* ⁽¹⁰⁰⁾, tandis que PASTORI insiste, sans convaincre, sur la difficulté d'intégrer la *locatio operis* en général, et le contrat passé avec le *fullo* ou le *sarcinator* en particulier, dans la

⁽⁹⁶⁾ La formule *in factum* du dépôt, dont le texte est donné par Gaius (IV, 47), contient les mots "*dolo malo*". C'est à tort que PASTORI (*Il commodato* ..., pp. 350-351) estime que la responsabilité du dépositaire est plus lourde si son cocontractant agit par l'action *in ius*, car les textes sont nombreux qui limitent clairement sa responsabilité au dol. L'étendue des obligations prises en compte peut varier selon la formule choisie par le demandeur, mais le critère de responsabilité reste le même (voir le chapitre I, section 2).

⁽⁹⁷⁾ Cfr, dans le même sens, J. PARIS (*La responsabilité de la custodia* ..., pp. 112-113) : "Il est vraisemblable que seule l'action *in factum* permettait d'atteindre la responsabilité de la *custodia* du commodataire, tandis que l'*actio commodati* de bonne foi n'allait que jusqu'à la responsabilité encourue par sa faute, pour manquement à son obligation de diligence."

⁽⁹⁸⁾ Gaius, III, 205 : (...) *quia domini nihil interest ea non perisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi posset.*

⁽⁹⁹⁾ G. LUZZATTO, *Commodati uel contra*, p. 360.

⁽¹⁰⁰⁾ J. PARIS, *op. cit.*, p. 69.

locatio-conductio⁽¹⁰¹⁾, en se basant notamment sur un texte de Gaius⁽¹⁰²⁾ qu'il interprète, comme J. PARIS⁽¹⁰³⁾, de façon contestable⁽¹⁰⁴⁾, car il est certain qu'à l'époque classique, *fullo* et *sarcinator*, qui *praestant custodiam*, sont dans les liens d'une *locatio-conductio* ⁽¹⁰⁵⁾ qui est, comme la vente⁽¹⁰⁶⁾, un contrat de bonne foi. La *custodia* technique peut donc bien être atteinte par une action *in ius* et n'est pas incompatible, pour les juristes romains, avec un *iudicium* impliquant une évaluation du comportement du débiteur, fondé sur l'ordre donné au juge dans la formule *ex fide bona*.

La *custodia* technique ne peut donc être liée exclusivement à l'exercice de l'action *in factum*. D'une façon générale, si l'action *in ius* est de bonne foi, la latitude laissée au juge par la formule permet de juger le défendeur également sur base de la *custodia* car "ce qu'il faut donner ou faire en vertu de la bonne foi" implique de toute évidence la garde active de la chose reçue en détention, si le contrat est de ceux qui imposent au détenteur de *praestare custodiam*.

(101) Voir les arguments développés dans *Sulla duplicità formulare* ..., pp. 92-93.

(102) Gaius, III, 143 : *Qua de causa, si fulloni polienda curandaue, sarcinatori sarcienda uestimenta dederim, nulla statim mercede constituta, postea tantum daturus quanti inter nos conuenerit, quaeritur an locatio et conductio contrahatur*. Trad. : "Ainsi, si j'ai donné des vêtements à nettoyer au foulon ou à réparer au tailleur, sans déterminer aussitôt le prix, que je paierai plus tard d'après ce que nous conviendrons, on se demande s'il y a là une *locatio-conductio*."

(103) J. PARIS, *op. cit.*, p. 68.

(104) Contrairement aux conclusions que tirent PARIS et PASTORI, ce texte n'est pas la preuve que les juristes classiques éprouvaient des difficultés pour faire rentrer le contrat passé avec le *fullo* ou le *sarcinator* dans le cadre de la *locatio-conductio*. Il se fait simplement que dans le cas envisagé par Gaius, artisan et client n'ont pas convenu dès le départ du prix à payer pour le travail : c'est cela qui pose problème, et non la qualification qu'il convient de donner en général à ce genre de contrat.

(105) Voir le chapitre IV.

(106) Voir le chapitre VII.

A l'inverse, dans le cadre d'une action *in factum* où l'on se limite, par le jeu de la formule, au problème de la non-restitution, il se peut que le juge tienne le défendeur pour responsable sur base de la *culpa*, car la non-restitution peut être due à une négligence de ce dernier qui a, sans intervention d'un tiers, provoqué la destruction de la chose.

En ce qui concerne plus particulièrement le contrat de commodat, les textes étudiés plus haut⁽¹⁰⁷⁾ montrent qu'il n'est pas possible de mettre d'un côté l'obligation de restitution (qui serait sanctionnée par la *custodia*) et de l'autre l'obligation d'user correctement de la chose prêtée et de ne pas la détériorer (qui serait sanctionnée par la *culpa*) car c'est confondre la cause et l'effet. Un même comportement, qui peut consister soit en un défaut de garde, soit en une négligence du commodataire sans intervention d'un tiers, entraînera tantôt un simple dommage, tantôt une absence de restitution, selon que le hasard fait plus ou moins mal les choses⁽¹⁰⁸⁾.

On ne peut, en conclusion, établir une double ligne de continuité entre obligation de restitution, action *in factum* et *custodia* d'une part, obligations différentes de la première, action *in ius* et *culpa* de l'autre, car la *custodia* et la *culpa* pourront l'une et l'autre justifier la décision du juge selon la cause du dommage, total ou partiel, quelle que soit l'action intentée. La coexistence, non seulement dans un même contrat mais encore dans le cadre d'une même action, de deux critères de responsabilité comme la *culpa* et la *custodia*, implique qu'ils soient l'un et l'autre de même nature subjective, sous peine de reconstruire

(107) Voir les sections 2 et 3 de ce chapitre.

(108) Une tentative de vol commise par un tiers, dont le commodataire répond sur base de la *custodia* technique, peut n'entraîner qu'un dommage, une destruction partielle de la chose si les voleurs, surpris et dérangés dans leur action, abandonnent précipitamment le terrain et de ce fait endommagent la chose, volontairement ou non. À l'inverse, la négligence du commodataire qui a mal assuré l'échafaudage sur lequel travaille l'ouvrier de condition servile qui a été prêté par son patron, commet une *culpa* qui peut avoir pour effet de provoquer sa mort, ce qui rend évidemment la restitution impossible. Ou encore, les mauvais traitements que le commodataire a fait subir à l'esclave prêté ont provoqué sa fuite, rendant également la restitution impossible.

un ordre juridique incohérent, qui serait étonnant compte tenu du pragmatisme des juristes classiques.

CHAPITRE VII. LA VENTE

Dans le contrat de vente, la question de la *custodia*, qu'elle soit entendue comme une obligation ou comme un critère de responsabilité, se pose d'une autre manière que dans les contrats étudiés jusqu'à présent. La perspective est nouvelle. Dans le dépôt, le louage, le commodat ou le gage, le problème a été de mesurer la responsabilité d'un détenteur de la chose d'autrui, obligé de la restituer à ce dernier au terme du contrat ou sous certaines conditions. Dans la vente au contraire, celui sur qui peut peser la *custodia* est possesseur du bien en cause et sa responsabilité résulte éventuellement de l'inexécution, non d'une obligation de restitution, mais de l'obligation de délivrance d'un bien dont il est en principe propriétaire. Cette double qualité du débiteur de la chose est susceptible de dessiner les contours de sa responsabilité.

En principe, le transfert de propriété et de possession peut se réaliser immédiatement, dès l'instant où la vente est valable, c'est-à-dire lors de la rencontre du consentement des parties. On parlera alors de vente au comptant, réalisée par la remise immédiate de la chose et du prix. Dans cette hypothèse, il ne peut être question d'une responsabilité pour *custodia*. Mais il est possible que la remise de la chose soit différée, de sorte que le contrat entraîne pour le vendeur une obligation de livraison, avec comme corollaire l'obligation de garder la chose jusqu'au moment convenu. Tout le problème est de déterminer si et dans quelle mesure le vendeur est responsable, en raison de cette garde, des événements qui peuvent l'empêcher de livrer la chose, ou de la livrer en bon état. C'est dans ces termes que se pose la question de la *custodia* technique dans la vente.

Les textes présentent une image assez confuse de la responsabilité du vendeur si l'objet vient à disparaître ou à être endommagé avant la livraison. Certains mentionnent la *cu^stodia*,

d'autres le dol, la *culpa* ou la *diligentia*, d'autres enfin parlent de *periculum*. Devant cette apparente confusion, la doctrine se divise sur la question du critère de responsabilité applicable au vendeur à l'époque classique. Certains auteurs estiment que le vendeur est responsable pour *custodia* et notamment en cas de vol avant la livraison⁽¹⁾, tandis que d'autres considèrent que le dol et la *culpa* sont les seuls critères applicables au vendeur tenu de faire preuve de *diligentia*, et que la mention de la *custodia* est due aux compilateurs qui l'ont comprise comme une *diligentia in custodiendo*⁽²⁾. G. MAC CORMACK⁽³⁾ a quant à lui des vues originales sur la question puisqu'il distingue obligation et responsabilité, et estime que lorsque les juristes classiques mentionnent la *custodia* ou parlent de "*custodiam praestare*", ils ont en vue, non un critère de responsabilité, mais le contenu d'une obligation, parce que la responsabilité du vendeur est analysée par eux seulement en terme de *culpa*.

Avant d'examiner comment les concepts de *culpa*, *custodia*, *diligentia* sont distribués dans les textes et quel sens il convient de leur donner, il faut rappeler que la question de la responsabilité du vendeur est en étroite liaison avec ce qu'on appelle généralement la théorie des risques. Si la vente a pour objet un corps certain et que celui-ci vient à périr entre la conclusion du contrat et la livraison, qui supporte la perte ? La réponse à cette question doit être apportée avant d'étudier la responsabilité du vendeur, car si la doctrine s'accorde généralement sur le principe selon lequel les risques sont à charge de l'acheteur, il reste des

(1) E. SECKEL, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, dans Z.S.S. 47 (1927), pp. 117-263 (voir plus particulièrement pp. 121 sv.); V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale ...*, pp. 155-170; A. METRO, *L'obbligazione di custodia ...*, pp. 187 sv.

(2) J. PARIS, *La responsabilité de la custodia*, pp. 199-291; E. BETTI, *Periculum : Problemi del rischio contrattuale in diritto classico e giustiniano*, dans *Ius* 5 (1954), pp. 333-384 et dans *Studi De Francisci*, I, p. 133 : le vendeur est en principe responsable seulement pour *diligentia* mais peut accepter expressément une responsabilité stricte pour *custodia*. Même opinion chez J. ROSENTHAL, *Custodia und Aktivlegitimation zur actio furti*, dans Z.S.S. 68 (1951), pp. 224 sv.

(3) G. MAC CORMACK, *Custodia and culpa*, dans Z.S.S. 89 (1972), p. 179 et *Periculum*, dans Z.S.S. 96 (1979), pp. 129-172.

points d'ombre et des interrogations à propos de cette règle que traduit l'adage *periculum est emptoris*.

SECTION 1. *PERICULUM*

Dans notre droit positif où la vente est en principe translatrice de propriété, c'est l'acheteur d'une chose qui en supporte la perte si elle est due à la force majeure : les risques sont pour le créancier de la livraison qui est devenu, par l'échange de consentement, propriétaire de la chose. C'est ce qu'exprime l'article 1138 C. Civ.⁽⁴⁾. Cette règle ne jouera pas si les parties au contrat de vente ont retardé le transfert de propriété, ou lorsqu'elles ont dissocié transfert de propriété et charge des risques⁽⁵⁾, ou encore si le débiteur de la chose a été mis en demeure de la livrer⁽⁶⁾.

Le "*res perit domino*" de notre droit constitue indubitablement une exception au principe, fondé sur l'interdépendance des obligations qui naissent d'un contrat synallagmatique, selon lequel l'inexécution de l'obligation due à la force majeure produit par elle-même l'anéantissement de l'obligation corrélatrice. Le juge doit évidemment vérifier si les circonstances de la cause sont constitutives de force majeure mais ne peut, si cette dernière est établie, refuser les conséquences du principe *res perit debitori* ⁽⁷⁾.

(4) Art. 1138 C. Civ. : "L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite ...".

(5) Exception déduite de l'art. 1302 al. 2 C. Civ. : "... et s'il (le débiteur d'une chose certaine) ne s'est pas chargé des cas fortuits ...".

(6) Art. 1138 al. 2 C. Civ. in fine : "... à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier." La mise en demeure opère sous réserve de l'application de l'art. 1302 al. 2 C. Civ. qui permet au débiteur de se libérer en établissant que la chose aurait également péri chez le créancier si elle lui avait été livrée.

(7) Il faut remarquer que le principe de l'interdépendance des obligations ne joue pas si le contrat est aléatoire : le juge ne l'appliquera pas s'il n'a pas la certitude que le créancier n'aurait pas contracté s'il avait prévu l'inexécution par le débiteur de son obligation de livrer la chose.

Dans le droit de Justinien, les risques incombent également à l'acheteur, d'après le passage célèbre des Institutes,

1. 3, 23, 3 : *Periculum rei uenditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit.*⁽⁸⁾

et tout porte à croire, nous le verrons plus loin, qu'il en était de même à l'époque classique. Mais il importe avant tout de bien comprendre le concept de *periculum* et son rapport avec la question de la responsabilité du vendeur.

En dehors du domaine de la responsabilité contractuelle, il apparaît que le terme "*periculum*", dans le sens commun qu'il a en latin, signifie "risque, péril, danger"⁽⁹⁾, et l'on peut partir de l'hypothèse qu'il doit avoir le même sens lorsqu'il est employé comme terme juridique, et plus particulièrement dans le cadre du contrat de vente.

⁽⁸⁾ I.3,23,3. Trad. : "Le risque de la chose vendue concerne immédiatement l'acheteur, bien qu'elle ne lui ait pas encore été livrée."

⁽⁹⁾ Dans ce sens : *in periculum uocari*, "être exposé au danger" (Cicéron, *Pro lege Manilia oratio*, 12); *in periculo esse*, "être en danger" (Cicéron, *Epistulae*, 4,15,2); *meo periculo*, "à mes risques et périls" (Cicéron, *Pro P. Sestio*, 111); *sui capitis periculo uindicant*, "ils revendiquent au péril de leur vie" (César, *De bello Gallico*, 7,1,5); *Item si solus nauiget, si solus perigrinetur, pericula subeat solus*, "De même, si quelqu'un voyage seul sur mer ou sur terre, il est le seul à subir les dangers" (D.17,2,29,1 (ULP.)); *Eum tamen deponere tumultus uel incendii uel caeterarum causarum gratia intelligendum est, qui nullam aliam causam deponendi habet, quam imminens ex causis suprascriptis periculum*, "Le dépôt est censé fait à cause de tumulte, d'incendie, etc., quand le déposant n'a aucune autre raison de faire le dépôt que le danger imminent provoqué par les causes mentionnées ci-dessus" (D.16,3,1,3 (ULP.)).

C'est à propos du contrat de vente que la littérature est la plus abondante concernant le *periculum* ⁽¹⁰⁾. Les textes font référence soit au *periculum* de l'acheteur ⁽¹¹⁾, soit à celui du vendeur mais, dans ce dernier cas, le plus souvent de façon négative, pour affirmer que le *periculum* n'est pas à sa charge ⁽¹²⁾.

Le concept de *periculum* est lié à deux idées : celle de perte et celle de possibilité.

Selon la bonne définition de G. MAC CORMACK, "to speak of *periculum* is to speak of the

(10) F. HAYMANN (*Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, dans Z.S.S. 41 (1920), pp. 44-85 et 48 (1928), pp. 314-418), reprenant une théorie déjà énoncée par ARNO à la fin du siècle précédent, a défendu l'idée que la doctrine classique mettait les risques à la charge du vendeur et que Justinien aurait renversé la règle en interpolant tous les textes décidant le contraire. Il a été suivi par M. KONSTANTINOVITCH (*Le periculum rei uenditae en droit romain*, Lyon, 1923) tandis que E. RABEL (*Gefahrtragung beim Kauf*, dans Z.S.S. 42 (1921), pp. 543 sv.) a estimé que la bonne foi qui préside au contrat impliquait des dérogations partielles au principe classique du *periculum emptoris*. Contre HAYMANN, C. APPLETON, *Les risques dans la vente et les fausses interpolations*, dans R.H.D. 5 (1926), pp. 375-417 et 6 (1927), pp. 195-252 et E. SECKEL, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, dans Z.S.S. 47 (1927), pp. 117-263. Voir également V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale* ..., pp. 147 sv.; P. KRÜCKMANN, *Einige Randfragen zum periculum emptoris*, dans Z.S.S. 59 (1939), pp. 1 sv. et *Periculum emptoris*, dans Z.S.S. 60, pp. 1 sv.; P. MEYLAN, *Paul D.21,2,11 pr. et la question des risques dans le contrat de vente*, dans *Mélanges De Visscher*, II, pp. 193-212; *Periculum est emptoris*, dans *Festschrift Guhl*, 1950, pp. 9 sv.; *Fr. Vat. 16 et la question des risques dans le contrat de vente*, dans *IURA* 1 (1950), pp. 253-264; M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, 3, *Obbligazione di consegnare e periculum rei venditae*, dans S.D.H.I. 20 (1954), pp. 127-258; E. BETTI, *Periculum*, *Problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, dans *IUS* 5 (1954), pp. 333-384; G. LUZZATTO, *Spunti critica in tema di responsabilità contrattuale*, dans B.I.D.R. 63 (1960), pp. 47-127; G. PROVERA, *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano*, dans *Studi Betti*, III, pp. 691 sv.; HARDER, *Commodum eius esse debet cuius periculum est*, dans *Festschrift Kaser*, pp. 351 sv.; J. WOLF, *Barkauf und Haftung*, D.19,1,23 Iul.13 dig., dans T.R.G. 45 (1977), pp. 1 sv.; M. KASER, *Die actio furti des Verkäufers*, dans Z.S.S. 96 (1979), pp. 89-128; G. MAC CORMACK, *Periculum*, dans Z.S.S. 96 (1979), pp. 129-172; *Further on periculum*, dans B.I.D.R. 82 (1979), pp. 11 sv.; W. ERNST, *Periculum est emptoris*, dans Z.S.S. 99 (1982), pp. 216-248; I. MOLNAR, *Periculum emptoris im römischen Recht der klassischen Periode*, dans *Sodalitas-Scritti in onore di Antonio Guarino*, t.V, 1984, pp. 2227-2255.

(11) Cfr D.18,1,34,6; D.18,1,62,1; D.18,2,2,1; D.18,3,2; D.18,4,10; D.18,6,4,1; D.18,6,7,pr.; D.18,6,8,pr.; D.18,6,10; D.18,6,13; D.18,6,15; D.18,6,17; D.20,1,30; D.23,3,15; D.42,1,15,6; D.43,24,11,12; D.46,3,39; D.47,2,14,pr.; C.2,23,1; C.4,48,2; C.4,48,4; C.4,49,12; C.4,58,3,1; C.5,13,1,9c; C.8,44,1; I.3,23,3a; F.V.12,16.

(12) Cfr D.18,1,34,6; D.18,1,35,7; D.18,6,1,pr.; D.18,6,1,1; D.18,6,4,pr.; D.18,6,5; D.18,6,15; D.19,1,54; D.21,2,11,pr.; D.21,2,64,1; D.43,24,11,12; C.3,19,1; C.4,44,10; C.4,48,5; C.5,71,9,1; C.7,17,2,3; C.8,44,21,2; C.8,44,26; I.3,23,3; F.V.10.

possibility or chance of loss"⁽¹³⁾. Cette seconde idée - la possibilité - explique d'ailleurs pourquoi les juristes romains usent du terme "*periculum*" plutôt que de parler de "*damnum*"⁽¹⁴⁾. Le problème, dans la vente, est en effet toujours envisagé du point de vue de cocontractants qui viennent de s'engager dans les liens du contrat, en manière telle qu'il n'y a pas (encore) de perte ou de dommage partiel. La question posée est simplement de déterminer qui le subira s'il se produit, même si, dans les textes, la question est posée a posteriori car il est évident qu'il n'y a de problème juridique, donc de texte, que si l'événement malheureux se produit. C'est le point de vue des acteurs (l'acheteur et le vendeur) et non celui de l'auteur du texte qui est déterminant⁽¹⁵⁾. Somme toute, le *periculum* est un *damnum* accompagné d'un point d'interrogation.

En quoi consiste la perte ? En faisant référence au *periculum*, les textes envisagent assez souvent la perte matérielle totale ou partielle, de la chose vendue, et mentionnent notamment parmi les causes de sa disparition ou de sa détérioration, l'incendie⁽¹⁶⁾, la destruction par ordre d'un magistrat⁽¹⁷⁾, la mort ou la fuite d'un esclave⁽¹⁸⁾, ou les blessures subies par ce dernier à la suite d'un travail ordonné par le vendeur⁽¹⁹⁾. Un immeuble vendu

(13) G. MAC CORMACK, *Periculum*, p. 132.

(14) Sauf dans D.18,6,1,pr. où Ulpien parle à la fois de *damnum* et de *periculum*.

(15) Cfr D.18,6,12 où des meubles placés sur la voirie ont été détruits par ordre de police. Le dommage s'est évidemment produit au moment où Paul envisage le cas; on y parle cependant de *periculum* et non de *damnum*.

(16) D.18,3,2 (POMP.).

(17) D.18,6,13 (PAUL.).

(18) D.18,1,34,6 (PAUL.).

(19) D.19,1,54,pr. (PAUL.).

peut être perdu à la suite d'une éviction⁽²⁰⁾ ou d'une expropriation⁽²¹⁾, ou diminué par l'érosion d'un cours d'eau⁽²²⁾, tandis que le vin peut se répandre⁽²³⁾ ou perdre sa qualité⁽²⁴⁾.

Il faut bien comprendre cependant qu'au-delà de la perte physique de la chose vendue, le véritable problème posé en terme de *periculum* est celui de l'imputation de cette perte et que la question, en définitive, est celle de la perte pécuniaire⁽²⁵⁾. De la sorte, "*periculum*" ne s'applique pas nécessairement à celui qui est responsable pour *custodia*, ni même à celui qui subit la détérioration ou la perte au motif qu'il en est responsable. Il y a bien sûr un lien entre responsabilité et *periculum*, dont nous allons parler plus loin, mais de façon générale, "*periculum*" renvoie à celui dont le patrimoine va être affecté par le dommage : une perte totale ou une détérioration conduisent nécessairement à une moins-value patrimoniale et il faut que cette moins-value soit affectée quelque part. C'est très précisément cela que vise le terme "*periculum*", qui est employé dans tous les cas pour indiquer le patrimoine qui va subir la soustraction, quelle que soit la cause de celle-ci.

Partons de l'hypothèse où le débiteur de la chose - le vendeur- se trouve dans l'impossibilité matérielle de livrer celle-ci parce qu'elle a péri. Débiteur d'un corps certain, il est libéré de son obligation de livraison par cette perte, quelle qu'en soit la cause, le

⁽²⁰⁾ D.19,1,44 (AFR.).

⁽²¹⁾ D.21,2,11,pr. (PAUL.).

⁽²²⁾ D.18,6,7,pr. (PAUL.).

⁽²³⁾ D.18,6,1,pr. (ULP.).

⁽²⁴⁾ D.18,6,16 (GAIUS).

⁽²⁵⁾ C'est parfois directement la perte pécuniaire qui est visée par le *periculum*. Ainsi dans D.19,1,44 où le *periculum* est constitué par l'indemnisation due par le vendeur en cas d'éviction de l'acheteur.

problème d'éventuels dommages et intérêts restant entier, car l'obligation devenue impossible a fort logiquement pour effet de libérer le débiteur.

Mais la question qui se pose alors est de savoir ce que devient l'obligation de l'acheteur : reste-il tenu de verser le prix alors qu'il ne recevra, au mieux, que les débris matériels de la chose ou les actions qu'avait le vendeur contre un tiers éventuel responsable de la perte ?

La réponse, certaine pour le droit de Justinien et généralement admise pour la période classique, est que l'acheteur reste tenu de payer le prix et n'a pas le droit de le répéter s'il l'a déjà payé. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre le principe "*periculum est emptoris*" exprimé par la majorité des textes : l'acheteur subit une perte, parce qu'il va devoir payer malgré la disparition de l'objet. Une somme d'argent sort de son patrimoine et rien n'y rentre en échange. Ce n'est que dans le cas où la responsabilité du vendeur est engagée à la suite de la perte que l'on applique le principe inverse, "*periculum est uenditoris*" : le vendeur ne peut obtenir le paiement du prix. Dans ce cas, un objet sort de son patrimoine - puisqu'il est toujours propriétaire de l'objet vendu - et rien n'y rentre en contrepartie. Le *periculum* est donc bien la diminution du patrimoine, que la victime soit responsable (s'il s'agit du vendeur) ou non (s'il s'agit de l'acheteur).

Ces considérations sont générales et admises par tous. Elles méritent cependant d'être rappelées pour préciser le rapport qui existe entre *periculum* et *custodia* ou *culpa*, entre la théorie des risques et le problème de la responsabilité. Ces deux questions sont distinctes mais on aurait tort de considérer que l'une exclut l'autre. C'est une erreur de dire, à propos d'un texte et quel que soit son objet, que "la question qui se pose n'est donc pas une question de risques mais une question de responsabilité"⁽²⁶⁾, et de croire que la première

⁽²⁶⁾ P. MEYLAN, *Paul D.21,2,11,pr. et la question des risques dans le contrat de vente*, p. 209.

exclut la seconde⁽²⁷⁾, car les deux questions sont étroitement liées. C'est la responsabilité du vendeur qui permet de remplacer le *periculum emptoris* par le *periculum uenditoris*, dans le sens que nous leur avons donné plus haut. Ou encore, en d'autres termes : il n'y a de *periculum emptoris* que si la responsabilité du vendeur n'est pas engagée.

Le principe, consacré par le droit de Justinien, selon lequel les risques incombent à l'acheteur, est assez lourd pour ce dernier, mais ne vaut que s'il s'agit de la vente pure et simple d'une chose d'espèce⁽²⁸⁾. Lorsque la vente est conditionnelle, la règle sera écartée si, lors de la réalisation de la condition, la chose a disparu, supprimant de la sorte, par défaut d'objet, la validité du contrat.

Après avoir énoncé la règle, Justinien a voulu la justifier en invoquant le fait que l'acheteur profite des fruits et accroissements de la chose à partir du jour du contrat, et qu'il est normal qu'il subisse également les pertes⁽²⁹⁾. Cette explication a été critiquée avec raison car il n'y a pas de commune mesure entre les chances de gain souvent minimes et les risques de perte totale. La véritable cause de cette règle doit plus vraisemblablement être cherchée soit dans le souvenir de la vente au comptant, soit dans le fait que la vente pouvait être réalisée, avant l'apparition du contrat consensuel, par le biais de deux stipulations distinctes : l'obligation du vendeur était alors indépendante de celle de l'acheteur, et l'impossibilité pour le premier d'effectuer sa prestation ne libérait pas pour autant le second. Quoi qu'il en soit des raisons de l'adoption de cette règle dans le système de Justinien, affirmer que l'acheteur

(27) Si la question de la responsabilité du vendeur se pose, c'est parce qu'il y a dommage. Il est nécessaire que quelqu'un le supporte, soit l'acheteur, soit le vendeur, ce qui constitue précisément la question des risques. Du reste, le texte qu'analyse MEYLAN parle clairement de "*periculum*". S'il ne s'agit pas de la question des risques, quel sens faut-il donner à ce terme ?

(28) Voir les textes de la section 3.

(29) I.3,23,3.

supporte les risques revient à dire qu'il doit payer le prix même si le vendeur, de son côté, ne peut plus livrer la chose.

Qu'en était-il du *periculum rei uenditae* à l'époque classique ? On a contesté le caractère classique du *periculum emptoris*, parfois d'une façon absolue en affirmant que tous les textes qui l'établissent sont l'oeuvre des compilateurs⁽³⁰⁾, parfois en défendant l'idée qu'il ne s'agit pas d'une règle générale, et qu'il faut opérer une distinction selon que la chose vendue est une *res Mancipi* ou *nec Mancipi*. Dans ce sens, P. MEYLAN considère que "le droit classique mettait les risques de détérioration, dans toutes les ventes, à la charge de l'acheteur dès la conception du contrat et que, s'agissant du transfert des risques de perte totale, il connaissait le critère de la perfection du contrat pour les ventes de *res Mancipi* et celui de l'exigibilité du prix pour les ventes de *res nec Mancipi*"⁽³¹⁾, et que "cette distinction dans le régime des seuls risques de perte totale selon qu'il s'agit de la vente de *res Mancipi* ou de *res nec Mancipi* semble bien ne pouvoir s'expliquer que comme un effet des conditions différentes qui régissent le transfert de la propriété pour ces deux grandes catégories de choses"⁽³²⁾.

La distinction opérée par MEYLAN est séduisante à première vue mais ne trouve pas de confirmation dans les textes⁽³³⁾. Quant à l'hypothèse d'une interpolation générale des textes classiques sur cette question, elle paraît fort improbable. Les textes qui établissent le *periculum emptoris* sont nombreux, trop nombreux pour être l'oeuvre des compilateurs.

⁽³⁰⁾ Voir notamment F. HAYMANN (*Textkritische Studien ...*) et les auteurs cités plus haut (note 10).

⁽³¹⁾ P. MEYLAN, *Paul D.21,2,11,pr. et la question des risques dans le contrat de vente*, p. 211.

⁽³²⁾ P. MEYLAN, *Fr. Vat. 16 et la question des risques dans le contrat de vente*, p. 263.

⁽³³⁾ Voir infra.

C'est à juste titre que C. APPLETON⁽³⁴⁾ a fait remarquer qu'une modification aussi radicale du régime des risques dans la vente, si elle avait été opérée par Justinien, aurait été réalisée par une constitution, et que l'Empereur aurait vraisemblablement proclamé dans les Institutes que cette innovation lui était due, comme il le fait à propos de modifications moins fondamentales apportées au contrat de vente⁽³⁵⁾. De plus, si les risques avaient été à charge du vendeur à l'époque classique, on voit mal pourquoi Justinien aurait modifié un principe correspondant parfaitement à l'interdépendance des obligations du vendeur et de l'acheteur, devenue la règle en droit romain⁽³⁶⁾, car il faut bien reconnaître que le *periculum emptoris* est malgré tout contraire à cette règle qui devrait impliquer que l'inexécution par le vendeur de son obligation entraîne la libération de l'acheteur : le *periculum emptoris* est un accident de l'histoire.

Il ne paraît pas nécessaire de passer en revue les nombreux textes qui traitent directement de la question des risques et décident dans leur majorité que le *periculum* est à charge de l'acheteur, car l'hypothèse de leur interpolation ne repose sur rien de sérieux. Les textes qui semblent aller en sens contraire seront étudiés dans les sections relatives à la responsabilité du vendeur, car c'est en définitive parce que ce dernier est responsable de la perte que le *periculum emptoris* est écarté.

(34) C. APPLETON, *Les risques dans la vente et les fausses interpolations*, dans *R.H.D.* 5 (1926), p. 387.

(35) Voir par exemple la décision d'exiger un écrit pour que la vente produise ses effets, chaque fois que les parties ont eu l'intention d'en rédiger un. Cfr I.3,23,pr. et C.4,21,17,pr.

(36) Cfr D.46,4,23 (LAB.) où l'opinion de Paul est que l'*acceptilatio* appliquée aux obligations nées d'un contrat consensuel comme la vente et non encore exécuté éteint l'obligation, mais également l'obligation corrélatrice. Il faut noter que l'interdépendance est de règle dans la *locatio rei* : la perte fortuite du bien donné en location libère le locataire de l'obligation de payer le loyer, au prorata de l'absence de jouissance (cfr D.19,2,9,1; D.19,2,9,6; D.19,2,30,1; D.19,2,9,4).

Il suffit, pour se persuader du caractère classique du principe, de constater qu'il est également consacré dans des textes dont l'objet premier est différent, et qui échappent donc à tout soupçon d'interpolation, au moins sur ce point. Ainsi,

D. 12, 4, 16 (CEL.) : *Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares : utrum id contractus genus pro portione emptionis et uenditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta ? In quod procliuior sum : et ideo si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse : repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris : et rursus, si tuus est Stichus et pro euictione eius promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim.*⁽³⁷⁾

Dans ce texte, Celse ne s'occupe pas de la question des risques mais d'abord de la qualification de la convention par laquelle A verse à B une somme d'argent pour que B lui livre un esclave. Le juriste, sans expliquer les raisons de son choix, considère que cette convention n'est pas un contrat de vente mais qu'elle fait néanmoins naître une obligation dans le chef de B et un éventuel recours de A contre B dans plusieurs hypothèses. C'est la première hypothèse envisagée par Celse qui est la plus intéressante pour notre propos : que se passe-t-il si l'esclave est mort avant d'avoir été livré par B ? Celse décide que si l'esclave ne peut pas être livré par B, A recevra la possibilité de réclamer l'argent qu'il a lui-même versé. Mais le plus intéressant est que le juriste classique présente cette solution comme une conséquence du fait que la convention intervenue entre A et B n'est pas une vente : "*et IDEO si mortuus est Stichus, repetere possum...*" On peut en déduire a contrario que A ne pourrait

⁽³⁷⁾ D.12,4,16 (CEL.). Trad. : "Je t'ai donné de l'argent pour que tu me donnes Stichus : y a-t-il ici un contrat de vente ou n'y a-t-il d'autre obligation que celle qui provient d'une chose donnée pour une cause qui n'a pas eu lieu ? Je suis plus favorable à cette dernière solution. De la sorte, si Stichus est mort, je peux réclamer l'argent que je t'ai donné pour que tu me le donnes. Imaginons que Stichus appartenait à un tiers mais que tu me l'as cependant livré. Je pourrai réclamer l'argent parce que tu ne m'en as pas rendu propriétaire. Et si Stichus est à toi et que tu ne veux pas me garantir en cas d'éviction, tu ne seras pas à l'abri de ma demande de restitution de l'argent versé."

le faire s'il s'agissait d'une vente et que dans ce texte, le *periculum* repose donc bien sur l'acheteur.

Ce texte a d'autant plus de force probante en ce qui concerne la théorie des risques, qu'il n'a pas pour but d'établir que les risques sont à charge de l'acheteur. Le *periculum emptoris* se trouve confirmé d'une façon incidente mais nécessaire car c'est la condition pour comprendre le texte de Celse et plus particulièrement le terme "*ideo*".

Le principe du *periculum emptoris* établi, on en trouvera aisément confirmation dans les textes qui traitent du problème de la responsabilité du vendeur, soit au travers du dol et de la *culpa* (section 2) soit au travers de la *custodia* (section 3). Ces textes permettront d'ailleurs de préciser ce principe et d'apporter l'une ou l'autre nuance quant à son application à l'époque classique. Ils permettront également de voir à nouveau posée la question de la légitimation active à l'*actio furti* et celle de son rapport avec les critères de responsabilité applicables au vendeur.

SECTION 2. *DOLUS ET CULPA*

La responsabilité du vendeur avant la tradition du bien vendu repose en règle générale sur la notion de *culpa*, ce qui implique au minimum qu'il s'abstienne de tout dol. Il est cependant des cas, assez rares, où sa responsabilité est moins élevée, certains textes affirmant que le vendeur ne répond que de son dol, ce qui exclut l'application de la *culpa* et/ou de la *custodia*.

La première hypothèse est celle de la vente d'une hérédité. Après avoir affirmé que l'acheteur d'une hérédité a droit à ce qui est parvenu au vendeur au jour de la vente et à ce que le vendeur obtient ultérieurement, Ulpien étend l'obligation du vendeur et de ses héritiers :

D. 18, 4, 2, 5 (ULP.) : *Sed si quid dolo malo eorum factum est, quo minus ad eos perueniat, et hoc emptori praestandum est : fecisse autem dolo malo quo minus perueniat uidetur, siue alienauit aliquid, uel etiam accepto quem liberauit, uel id egit dolo malo, ne de hereditate acquireretur uel ne possessionem adipisceretur quam posset adipisci. Sed et si non dolo malo, sed lata culpa admiserit aliquid, utique tenebitur : deperdita autem et deminuta sine dolo malo uenditoris non praestabuntur.*⁽³⁸⁾

Le vendeur ne peut pas s'abstenir d'acquérir un bien de la succession, même après le contrat de vente, précisément parce qu'il a vendu une succession dans son ensemble et non certains biens déterminés.

⁽³⁸⁾ D.18,4,2,5 (ULP.). Trad. : "Mais s'ils ont, par dol, fait en sorte que quelque chose ne leur parvienne pas, ils devront également répondre de cela à l'acheteur. On estime que l'on a empêché par dol quelque chose de parvenir, soit qu'on ait vendu quelque chose, soit même qu'on ait libéré quelqu'un par une quittance, soit que, par dol, on n'ait pas acquis quelque chose de l'hérédité, soit que l'on n'ait pas acquis la possession que l'on pouvait acquérir. Même si ce n'est pas par dol mais par faute lourde que l'on a fait quelque chose, on sera tenu. Par contre, on ne répond pas des choses perdues ou détériorées sans dol du vendeur."

Ulpien, dans ce texte, limite la responsabilité du vendeur au dol puisqu'il précise que les biens qui n'ont pas été acquis "*sine dolo malo*" n'engagent pas le vendeur⁽³⁹⁾. Il n'est pas question de *custodia* et cette absence se comprend bien car le problème n'est pas de déterminer si le vendeur a correctement gardé des biens mais s'il a ou non (volontairement) négligé de les acquérir. On aurait pu, il est vrai, parler d'une responsabilité pour *culpa* et apprécier le comportement du vendeur par rapport à la *diligentia* du *bonus paterfamilias*, mais force est de constater qu'il est seulement question de "*dolus malus*" dans ce texte qui a parfois été invoqué pour établir que la responsabilité du vendeur était dans tous les cas limitée à son seul dol⁽⁴⁰⁾. Il s'agit là manifestement d'une généralisation abusive, du fait que l'hypothèse visée par Ulpien est tout à fait particulière.

La deuxième hypothèse où la responsabilité du vendeur est limitée au dol est assez complexe, car une *locatio rei* vient s'ajouter au contrat de vente :

D. 18, 6, 17 (IAU) : *Serui emptor si eum conductum rogauit, donec pretium solueret, nihil per eum seruuum acquirere poterit, quoniam non uidetur traditus is, cuius possessio per locationem retinetur a uenditore. Periculum eius serui ad emptorem pertinet, quod tamen sine dolo uenditoris interuenerit.*⁽⁴¹⁾

⁽³⁹⁾ La phrase finale de D.18,4,2,5 assimile la faute lourde (*culpa lata*) au dol du vendeur, et J. PARÍS (*La responsabilité de la custodia* ..., p. 252) y voit un "indice de fond du travail des compilateurs". L'interpolation ne nous paraît cependant pas établie, et ne modifie de toute façon pas le principe selon lequel le vendeur, dans l'hypothèse visée par Ulpien, ne répond pas de la *culpa* "ordinaire".

⁽⁴⁰⁾ En ce sens, F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, dans Z.S.S. 40 (1919), p. 268.

⁽⁴¹⁾ D.18,6,17 (IAU.). Trad. : "Si l'acheteur d'un esclave a demandé à le louer jusqu'au paiement du prix, il ne pourra rien acquérir par son intermédiaire, parce qu'on ne considère pas comme livré celui dont la possession est retenue par le vendeur à cause du contrat de location. C'est l'acheteur qui supporte le risque concernant cet esclave, à condition cependant qu'il survienne sans dol du vendeur."

Dans le cas d'espèce, l'acheteur, à sa demande, a reçu en location l'esclave acheté jusqu'au paiement du prix. Bien qu'il y ait eu livraison matérielle, Javolenus considère avec raison que le vendeur est toujours possesseur. Il en résulte, d'une part que tous les risques sont à charge de l'acheteur, de l'autre que le vendeur répond seulement de son dol.

Que le *periculum* repose sur l'acheteur dès la conclusion du contrat n'est que l'application du principe général en la matière. Le plus étonnant à première vue est que, contrairement à ce qu'affirment nombre d'autres textes⁽⁴²⁾, le vendeur ne soit pas tenu de la *custodia* et/ou de la *culpa*, mais seulement de son dol. La limite de responsabilité dont bénéficie le vendeur se comprend pourtant assez facilement. Même si la livraison n'équivaut pas à une tradition et que le vendeur reste possesseur, il n'empêche qu'il n'a plus la chose sous la main, dans sa sphère de disponibilité. Partant, en vertu du lien sémantique et logique qui unit l'activité de garde et la responsabilité pour *custodia*, il n'est pas possible d'exiger du vendeur de "*praestare custodiam*", puisqu'il lui est matériellement impossible de garder la chose. On ne peut non plus exiger qu'il fasse preuve de la simple diligence d'un *bonus paterfamilias*. Il est, dans ces conditions, simplement normal qu'il ne réponde que de son dol.

Au-delà du cas d'espèce, deux conclusions s'imposent, qui peuvent éclairer la lecture des autres textes relatifs à la *custodia* du vendeur. En premier lieu, le fait que le vendeur ne réponde que de son dol s'il n'a plus la chose en main est au moins un indice que sa responsabilité va au-delà dans le cas contraire. De plus, il serait normal d'exiger qu'il réponde de la *custodia* technique s'il a les moyens de garder matériellement la chose jusqu'à la livraison. En second lieu, le fait que, dans l'hypothèse visée par le texte de Javolenus, le vendeur puisse dégager sa responsabilité en établissant qu'il n'avait pas à surveiller la chose, invite à penser qu'il pourrait également la dégager - au cas où il "*praestat custodiam*" - en

(42) Voir infra.

prouvant qu'il l'a effectivement surveillée. En d'autres mots, ce lien entre *custodia* matérielle et *custodia* technique, que J. PARIS est bien obligé de reconnaître, même s'il le fait du bout de la plume et sans en tirer les conclusions qui s'imposent quant à la nature de la responsabilité du vendeur⁽⁴³⁾, ce lien permet de considérer que la *custodia* est bien un critère de responsabilité subjective.

Les hypothèses où la responsabilité du vendeur se réduit au dol restent cependant des exceptions, car il est certain qu'à l'époque de Justinien le critère de base est la *culpa*, qui englobe le dol. C'est ce qu'indiquent clairement les Institutes : "*quidquid enim sine dolo et culpa uenditoris accidit, in eo uenditor securus est*"⁽⁴⁴⁾.

Il semble bien qu'il en va de même à l'époque classique et qu'indépendamment de l'éventuelle *custodia* du vendeur, la responsabilité de ce dernier est, de façon générale, analysée en terme de faute : la *culpa* est le critère de base qui lui est applicable. Ainsi dans un texte de Labeon, qui présente le grand intérêt de dessiner les contours de la notion de faute :

D. 19, 1, 54, pr. (LAB.) : *Si seruus quem uendideras iussu tuo aliquid fecit et ex eo crus fregit, ita demum ea res tuo periculo non est, si id imperasti, quod solebat ante uenditionem facere, et si id imperasti, quod etiam non uendito seruo imperaturus eras. PAULUS : minime. Nam si periculosam rem ante uenditionem facere solitus est, culpa tua id factum esse uidebitur : puta enim eum fuisse seruum, qui per catadromum descendere aut in cloacam demitti solitus esset. Idem iuris erit, si eam rem imperare*

⁽⁴³⁾ J. PARIS, qui estime qu'à l'époque classique le vendeur ne répond pas de la *custodia*, reconnaît cependant, à propos de D.18,6,17, que "l'esclave vendu n'est plus sous la garde, en la *custodia* du vendeur, qui ne peut plus faire preuve de diligence dans la garde de cet esclave" (*op. cit.*, p. 254).

⁽⁴⁴⁾ I.3,23,3 in fine. Trad. : "Le vendeur ne peut être poursuivi pour tout ce qui se produit sans dol ni faute de sa part."

solitus fueris, quam prudens et diligens paterfamilias imperaturus ei seruo non fuerit.⁽⁴⁵⁾

Un esclave a été vendu et le propriétaire, avant la livraison, lui a demandé d'effectuer un travail au cours duquel il s'est cassé la jambe. La question posée est de savoir qui va subir le dommage, ce qui revient à demander si l'acheteur doit payer le prix convenu malgré le handicap de l'esclave. Ce texte fait état d'une divergence de vues entre Labéon et Paul. Pour Labeon, le vendeur ne sera pas responsable s'il a ordonné de faire un travail que d'habitude il demandait avant la vente. Le critère retenu par Labeon est donc une forme de *culpa in concreto* avant la lettre. Paul, par contre, sur base d'un raisonnement plus nuancé, plus proche en tout cas des intérêts de l'acheteur, estime qu'il y a faute dès l'instant où le travail est de ceux que n'aurait pas ordonné de faire un *diligens paterfamilias* ("*quam prudens et diligens paterfamilias imperaturus ei seruo non fuerit*") même si, dans le cas d'espèce, le vendeur avait l'habitude de le demander.

Ce texte a suscité des critiques; on a contesté son authenticité et plus particulièrement les références à la *culpa*, jugées non classiques à cause de leur optique subjective⁽⁴⁶⁾. La fin du texte, que nous n'avons pas citée, est généralement considérée comme l'oeuvre des

⁽⁴⁵⁾ D.19,1,54,pr. (LAB.). Trad. : "Si l'esclave que tu as vendu a, sur ton ordre, effectué un travail au cours duquel il s'est brisé la jambe, cet accident n'est pas à ta charge si tu as ordonné un travail qu'il avait l'habitude de faire avant la vente, et s'il s'agit d'un travail que tu lui aurais commandé s'il n'avait pas été vendu. Paul n'est pas d'accord. En effet, [même] si l'esclave avait l'habitude de faire un travail dangereux avant la vente, l'accident sera considéré comme résultant de ta faute : par exemple, s'il s'agit d'un esclave qui d'habitude descendait à la corde ou que l'on faisait travailler dans les égouts. Il en va de même si tu avais l'habitude de lui ordonner de faire un travail qu'un père de famille prudent et diligent n'aurait pas ordonné à son esclave de faire."

⁽⁴⁶⁾ Les références à la *culpa* ont été considérées comme des interpolations, à cause de leur caractère subjectif, notamment par F. HAYMANN, *Textkritische Studien* ..., dans Z.S.S. 40 (1919), pp. 258-260; W. KUNKEL, *Diligentia*, dans Z.S.S. 45 (1925), p. 274. E. SECKEL, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, dans Z.S.S. 47 (1927), p. 232, n. 2 et H. PFLUGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, dans Z.S.S. 65 (1947), p. 205.

compilateurs à cause de sa construction et du vocabulaire employé⁽⁴⁷⁾, mais il faut reconnaître qu'elle est d'un intérêt moindre et surtout qu'elle ne remet pas en cause l'authenticité du début du texte, admise par beaucoup. Il permet de constater que Labéon et Paul sont au moins d'accord sur le fait que la responsabilité du vendeur n'est engagée que s'il y a *culpa* avant la tradition de l'objet vendu. Selon qu'il y a ou non *culpa* du vendeur, le *periculum* sera à sa charge ou à celle de l'acheteur.

Si le critère de responsabilité est identique chez les deux juristes classiques, la notion même de *culpa* est comprise de façon différente. La *culpa*, pour Labéon, résulte d'une manière d'agir différente du comportement habituel du vendeur tandis que pour Paul, elle consiste en un comportement que n'aurait pas eu un *paterfamilias* idéal, un vendeur-type : elle est le contraire de la *diligentia*. Cependant, dans un cas comme dans l'autre, elle implique la possibilité pour le vendeur d'éviter le *periculum rei uenditae*, soit en établissant qu'il n'a pas modifié son comportement habituel (Labéon), soit en prouvant qu'il a agi comme un *bonus paterfamilias* (Paul).

Le principe selon lequel le *periculum* est à charge de l'acheteur si aucune faute ne peut être reprochée au vendeur est également établi, en cas de mort de l'esclave vendu, par une constitution de Dioclétien et de Maximien (294 P.C.) reprise au Code de Justinien,

C. 4, 48, 6 : *Mortis casus ancillae distractae etiam ante traditionem sine mora uenditoris dilatam non ad uenditorem, sed ad emptorem pertinent, et hac non ex praeterito uitio rebus humanis exempta solutionem emptor pretii non recte recusat.*⁽⁴⁸⁾

(47) F. HAYMANN, *Textkritische Studien* ..., dans Z.S.S. 40 (1919), pp. 258-260; J. PARIS, *La responsabilité de la custodia* ..., pp. 210-211; W. BUCKLAND, *Diligens paterfamilias*, dans *Studi Bonfante*, II, pp. 94 sv.; E. BETTI, *Periculum : Problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, dans *Studi Francisci*, I, p. 182.

(48) C.4,48,6. Trad. : "Le cas de la mort de l'esclave aliénée, même avant la tradition différée sans demeure du vendeur, n'atteint pas le vendeur mais l'acheteur, et si la mort n'est pas survenue à cause d'un vice antérieur, l'acheteur a tort de refuser le paiement du prix."

La perte de la chose avant la tradition sera subie par l'acheteur, sauf si la mort de l'esclave trouve sa cause dans un vice antérieur à la vente, ce qui peut être interprété comme une preuve ou du moins une présomption de faute dans le chef du vendeur, qui devait normalement connaître ce vice⁽⁴⁹⁾.

Le même principe de responsabilité se retrouve dans le cas de vente d'immeuble, en ce qui concerne les dommages que pourrait subir l'acheteur à la suite de la ruine d'un immeuble voisin : c'est l'éventuelle *culpa* du vendeur qui permettra à l'acheteur d'exercer un recours contre lui. Le problème est envisagé par plusieurs textes dont

D. 39, 2, 38, pr. (PAUL.) : *Emptor aedium ante traditam sibi possessionem ideo inutiliter stipulatur, quia uenditor omnem diligentiam ei praestare debet. Tunc certe utiliter stipulatur, cum omnis culpa a uenditore aberit, ueluti si precario emptori in his aedibus esse permisit custodiamque ei afuturus tradidit.*⁽⁵⁰⁾

Paul y exprime très clairement l'idée que l'obligation pour le vendeur d'exiger des tiers concernés la *cautio damni infecti* est justifiée par son obligation générale de *diligentia*, présentée dans ce texte comme la face positive de la *culpa*. La responsabilité du vendeur, en d'autres termes, n'existe que s'il a commis une faute en n'exigeant pas la *cautio damni*

⁽⁴⁹⁾ D'après la réglementation des édiles curules, les vendeurs d'esclaves ou d'animaux ont l'obligation d'informer l'acheteur de tous les défauts et vices de la chose. En cas de non-respect de cette disposition, le vendeur peut être poursuivi par l'acheteur, sauf au premier à démontrer que le vice en question était ignoré de bonne foi par lui-même. Cfr M. KASER, *Die Jurisdiktion der kurulischen Aedilen*, dans *Mélanges Meylan*, I, pp. 173 sv.; A. PEZZANA, *Azioni di garanzia per vizi della cosa in diritto bizantino*, dans *Synteleia Arangio-Ruiz*, II, pp. 648-652; G. THIELMANN, *Actio redhibitoria und Zufälliger Untergang der Kaufsache*, dans *Studi Volterra*, II, pp. 487-520.

⁽⁵⁰⁾ D.39,2,38,pr. (PAUL.). Trad. : "La stipulation de l'acheteur avant que la possession lui ait été livrée est inutile, parce que le vendeur doit répondre à son égard de toute diligence. Mais il stipule utilement lorsque toute faute du vendeur fait défaut, par exemple si le vendeur a permis à l'acheteur d'habiter dans l'immeuble à titre précaire ou s'il lui a confié la garde de l'immeuble en son absence."

infecti, car il est possible qu'il ne l'ait pas fait sans pour autant être en faute, comme l'explique Paul in fine.

Dans le même sens et du même auteur :

D. 19,1, 36 (PAUL.) : *Uenditor domus antequam eam tradat, damni infecti stipulationem interponere debet, quia, antequam uacuam possessionem tradat, custodiam et diligentiam praestare debet et pars est custodiae diligentiaeque hanc interponere stipulationem : et ideo si id neglexerit, tenebitur emptori.*⁽⁵¹⁾

L'authenticité de ce texte a été contestée par J. PARIS à cause du rapprochement qui y est opéré entre la *custodia* et la *diligentia*, présentées comme la cause de l'obligation imposée au vendeur de faire la *stipulatio damni infecti* avant la livraison de l'immeuble. Pour PARIS, ce sont les compilateurs qui ont ajouté la mention de la *custodia*, au motif que le concept de *custodia* a changé à l'époque postclassique : "le rapprochement de la *custodia* et de la *diligentia* ne doit pas être l'oeuvre du jurisconsulte classique, ou tout au moins, la *custodia* mentionnée ici ne doit pas être la responsabilité de la *custodia*, responsabilité absolue de l'époque classique"⁽⁵²⁾. De la sorte, pour l'auteur, "*custodiam et diligentiam praestare* devait signifier simplement *diligentiam in custodiendo praestare*, répondre de la diligence dans la garde. Il n'y a pas là, croyons-nous, de trace d'une responsabilité de la *custodia* imposée au vendeur à l'époque classique"⁽⁵³⁾.

⁽⁵¹⁾ D.19,1,36 (PAUL.). Trad. : "Le vendeur d'une maison, avant de la livrer, doit faire la *stipulatio damni infecti* parce que, avant de livrer la libre possession de la chose, il doit répondre de la garde et de la diligence, et c'est une partie de la garde et de la diligence que de faire cette stipulation. Pour cette raison, s'il a négligé de le faire, il sera tenu envers l'acheteur."

⁽⁵²⁾ J. PARIS, *La responsabilité de la custodia* ..., p. 219.

⁽⁵³⁾ J. PARIS, *op. cit.*, pp. 219-220.

Une telle interprétation de D. 19, 1, 36 appelle plusieurs objections. Le rapprochement de la *custodia* et de la *diligentia* n'est pas en soi la preuve de l'intervention des compilateurs on le retrouve également dans les Sentences de Paul (donc avant Justinien), à propos du commodat :

Sent. 2,4,3 : *Custodia enim et diligentia rei commodatae praestanda est.*⁽⁵⁴⁾

Quant au fond, il serait étonnant que les compilateurs aient ajouté la *custodia* à la *diligentia*. Si la *custodia* est pour eux une forme particulière de *diligentia* et que (si l'on suit PARIS) elle ne figurait pas dans le texte classique, on ne voit pas ce que son addition ajouterait au texte pour les compilateurs. Par ailleurs, il semble bien, sur base des Institutes de Justinien, qu'à son époque la *custodia* du vendeur était une responsabilité additionnelle et conventionnelle, comme il ressort de

I. 3, 23, 3a. : *Quod si fugerit homo qui ueniit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa uenditoris interueniat, animaduertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem uenditor susceperit. Sane enim, si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet : si non susceperit, securus erit.*⁽⁵⁵⁾

Pour cette raison, il est peu probable que les compilateurs aient ajouté la mention de la *custodia* dans D. 19, 1, 36, parce qu'elle n'a rien, dans cet extrait, d'une responsabilité additionnelle : elle est considérée comme un critère de base de la responsabilité du vendeur, au même titre que la *diligentia*.

⁽⁵⁴⁾ Sent. 2,4,3. Trad. : "En effet, il faut répondre de la garde et de la diligence vis-à-vis de la chose empruntée."

⁽⁵⁵⁾ I.3,23,3a. Trad. : "Si l'esclave vendu s'est enfui ou a été volé, sans qu'il n'y ait dol ni faute du vendeur, il faudra tenir compte du fait que le vendeur a pu se charger de la garde jusqu'à la livraison. S'il s'en est chargé, l'événement se produit à ses risques; s'il ne s'en est pas chargé, il n'a pas à le subir."

C'est précisément le fait que la *custodia*, comme complément du verbe *praestare*, soit mise sur le même pied que la *diligentia*, qui pousse PARIS à en contester le caractère classique, car une telle présentation est incompatible avec la théorie de la *custodia* objective. Sans doute ce seul texte est-il insuffisant pour établir qu'à l'époque classique le vendeur *praestat custodiam*. Il n'empêche que si la chose est établie, la *custodia* ne peut être qu'un critère de même nature que la *diligentia*, face positive de la *culpa* ⁽⁵⁶⁾.

Il reste à étudier quelques textes qui, sans faire explicitement mention de la *culpa*, paraissent devoir être expliqués à la lumière de la responsabilité du vendeur. Il s'agit de D. 19, 2, 33 (confiscation d'un fonds vendu et non encore livré), D. 18, 6, 13 (des lits vendus et trouvés sur la voie publique par l'édile ont été détruits) et D. 18, 6, 15, 1 (des matériaux de construction ont été volés). Le fait est qu'apparemment ils mettent en cause le principe selon lequel le *periculum* est à charge de l'acheteur. C'est dans ce sens qu'ils ont été parfois interprétés. C'est pourquoi il est nécessaire de revenir un instant sur la thèse défendue par certains et visant à enlever au *periculum emptoris* son caractère général à l'époque classique.

Partons du texte de Paul concernant l'hypothèse où des fonds vendus ont été réquisitionnés par l'Empereur :

D. 21, 2, 11, pr. (PAUL.) : *Lucius Titius praedia in Germania trans Renum emit et partem pretii intulit : cum in residuam quantitatem heres emptoris conueniretur, quaestionem rettulit dicens has possessiones ex praecepto principali partim distractas, partim ueteranis in praemia adsignatas; quaero, an huius rei periculum ad uenditorem pertinere possit. Paulus respondit futuros casus euictionis post contractam emptionem*

⁽⁵⁶⁾ En faveur de l'authenticité de D.19,1,36, voir notamment G. MAC CORMACK, *Custodia and culpa*, p. 176. Sur la question de la stipulation *damni infecti*, voir également D.39,2,18,8 et 9, beaucoup plus confus et mal rédigé, mais qui va dans le même sens que D.19,1,36 et que D.39,2,38,pr. Cfr G. MAC CORMACK, *The cautio damni infecti : Buyer and Seller*, dans Z.S.S. 88 (1971), pp. 300-321.

ad euenditorem non pertinere et ideo secundum ea quae proponuntur pretium praediorum peti posse.⁽⁵⁷⁾

Un certain Lucius Titus, peut-être imprudent, a acheté des fonds en Germanie et ceux-ci, par décret impérial, ont été vendus ou attribués à des vétérans. Le vendeur, qui avait déjà reçu une partie du prix, exerce un recours contre l'héritier de l'acheteur pour le solde. Contrairement à ce que pourrait laisser croire le mot "*euictionis*" employé dans ce texte, le problème auquel est confronté Paul ne constitue pas un cas d'éviction au sens juridique du terme. Il n'y a pas, dans le cas d'espèce, dépossession judiciaire de l'acheteur par suite d'un vice de droit chez le vendeur. Si le mot "*euictionis*" a été employé par Paul, c'est vraisemblablement parce que l'acheteur a perdu la chose à cause d'un droit impérial supérieur à celui qu'il a reçu du vendeur⁽⁵⁸⁾. Il s'agit plutôt d'un cas de perte rencontré par le problème de la théorie des risques, d'où la question précise qui est posée : "*quaero an huius rei periculum ad uenditorem pertinere possit*". La solution est donnée tout aussi clairement : "*futuros casus euictionis post contractam emptionem ad uenditorem non pertinere*", les risques de perte qui peuvent survenir ne regardent pas le vendeur.

Le *periculum* est donc à charge de l'acheteur dès la conclusion du contrat et, a fortiori pourrait-on dire, si la livraison a eu lieu, car il semble bien que dans le cas d'espèce, l'acheteur ait été mis en possession des fonds avant d'en être privé à la suite de la décision impériale. Ni la tradition ni le paiement du prix ne sont déterminants, mais bien le moment

⁽⁵⁷⁾ D.21,2,11,pr. (PAUL.). Trad. : "Lucius Titius a acheté des fonds en Germanie, au-delà du Rhin, et a payé une partie du prix. Poursuivi par le vendeur pour le paiement du solde, son héritier a renversé la question en disant que ces possessions avaient été en partie aliénées par l'Empereur, en partie attribuées en récompense à des vétérans. La question est de savoir si les risques de cette chose concernent le vendeur. Paul a répondu que les cas d'éviction survenant après la vente ne concernent pas le vendeur et que de la sorte, d'après les données de la cause, le vendeur avait raison d'exiger le prix des fonds."

⁽⁵⁸⁾ C'est ce fait qui explique également que D.21,2,11,pr. ait été rangé sous le titre *De euictionibus et duplae stipulatione* du Digeste alors qu'il devrait logiquement figurer sous le titre 18,6 : *De periculo et commodo rei uenditae*, ou sous le titre 19,1 : *De actionibus empti uenditi*.

de la conclusion du contrat. Il en résulte concrètement que l'acheteur devra verser le prix convenu et subira la perte^(58bis).

Il serait possible, selon nous, de se satisfaire de cette lecture simple de D. 21, 2, 11, pr., qui ne fait que confirmer le principe du *periculum emptoris* déjà posé dans de nombreux textes. Il est cependant nécessaire d'approfondir la question parce que certains auteurs, sur base de ce texte, ont contesté le caractère classique du *periculum emptoris*, ou plutôt le caractère général de son application.

Ainsi, pour E. RABEL, il n'y avait pas en droit romain classique de règle générale relative au problème des risques dans la vente, du fait que les juristes de l'époque distinguaient selon le type de chose vendue et la nature du risque, en distribuant leurs solutions sous l'empire de la *bona fides* ⁽⁵⁹⁾. Il est vrai que le droit romain classique est par essence casuistique et qu'une même question peut être résolue de façons diverses d'après les circonstances. Mais s'il en allait de même pour la question des risques dans la vente, on devrait trouver dans le Digeste un nombre relativement important de textes contenant des

(58bis) Un problème du même ordre est envisagé dans un fragment des oeuvres posthumes de Labéon résumées par Javolenus au D.19,1,50. Le texte est en partie corrompu, mais le sens est assez clair : quand une loi spéciale dispense l'acheteur de payer le prix, le vendeur peut refuser de livrer la marchandise qu'il n'a pas encore fournie. On ne peut cependant donner à ce fragment une portée générale car il concerne une législation d'exception, comme l'a montré F. DE VISSCHER (*Labéon et les ventes forcées de terres aux vétérans des guerres civiles*, dans *R.I.D.A.* 1 (1954), pp. 299-313 et dans *Etudes de droit romain public et privé*, 3^e série, 1966, pp. 291-305). L'auteur situe le problème dans le contexte historique de la fin de la République. Pour récompenser les vétérans et les ramener à la vie civile, les Triumvirs avaient promis de leur distribuer des terres; de très nombreux propriétaires furent contraints de leur vendre leur bien, quand ils n'étaient pas simplement expulsés. L'Etat étant incapable de verser les indemnités promises, Octavien dut se résoudre à faire passer une loi pour libérer de tout paiement les vétérans et leurs familles. Il s'en suivit une période de troubles et de procès sans fin. La décision de Labéon, sans doute approuvée par Octavien, apparaît plus comme une mesure d'apaisement que comme une stricte application des règles de droit : les terres déjà transférées ne seraient pas rendues, mais les vendeurs pourraient conserver celles qui étaient encore en leur possession.

(59) E. RABEL, *Gefahrtragung beim Kauf* dans *Z.S.S.* 42 (1921), pp. 543-565.

solutions diverses selon les cas traités. Or, une simple lecture du titre 18, 6 *De periculo et commodo rei uenditae* montre qu'en dehors des textes relatifs aux ventes de vin⁽⁶⁰⁾, les juristes ne font guère de casuistique, ce qui permet de croire qu'ils disposaient d'un principe de résolution des problèmes assez général, assez clair et assez établi pour être appliqué sans discussion.

Dans une perspective assez semblable, P. MEYLAN estime, dans l'étude détaillée qu'il lui consacre⁽⁶¹⁾, que cette sentence de Paul permet de croire que le *periculum emptoris* obéit à des critères différents selon que la chose vendue est une *res Mancipi* ou *nec Mancipi* : "s'agissant des *res Mancipi*, le risque de perte totale passe à l'acheteur dès le jour fixé de la perfection du contrat, qui est dans la règle celui où la mancipation doit être accomplie"⁽⁶²⁾. Par contre, pour l'auteur, c'est le jour pour le paiement du prix qui doit être pris en considération pour les *res nec Mancipi* : "le *dies pretii soluendi* doit être déterminant pour le transfert des risques de perte totale dans la vente des *res nec Mancipi*"⁽⁶³⁾.

Sur base du postulat selon lequel les risques passent à l'acheteur non au jour du contrat mais au jour fixé pour l'acte qui détermine le transfert de propriété (pour les *res nec Mancipi* : tradition et *dies pretii soluendi*), MEYLAN interprète D. 21,2,11, pr. de la manière suivante. Dans le cas d'espèce, "si le prix n'a pas été payé intégralement le jour de la délivrance des fonds, c'est que le vendeur a accepté le paiement qui lui était offert et qu'à ce

⁽⁶⁰⁾ Le nombre relativement élevé de textes consacrés à la vente de vin dans le titre 18.6 peut d'ailleurs s'expliquer, non par des hésitations sur le principe de résolution, mais par la prise en compte des multiples variantes que peut présenter un tel contrat, notamment par l'effet des conventions annexes (relatives à la dégustation, au lieu et au moment du retrait par l'acheteur, à la garde assurée par le vendeur, etc.).

⁽⁶¹⁾ P. MEYLAN, *Paul D.21,2,11 pr. et la question des risques dans le contrat de vente*, dans *Mélanges De Visscher*, II, pp. 193-212.

⁽⁶²⁾ P. MEYLAN, *op. cit.*, p. 204.

⁽⁶³⁾ P. MEYLAN, *op. cit.*, p. 205.

moment il a consenti explicitement ou implicitement à l'acheteur un terme pour le solde. Cette prolongation d'échéance avait nécessairement pour effet de différer le transfert de la propriété des fonds vendus"⁽⁶⁴⁾. Pour l'auteur, la question posée par Paul étant de savoir ce que devient le *periculum rei uenditae*, la réponse est que le transfert des risques n'est pas différé parce qu'une prolongation d'échéance ne saurait être interprétée extensivement contre celui qui l'a consentie"⁽⁶⁵⁾. Paul entend marquer que les risques sont supportés par l'acheteur à partir d'un événement postérieur à la conclusion du contrat : "cet événement, c'est la tradition. Mais le risque d'éviction impériale n'est pour l'acheteur, à partir de la tradition, que parce que dès la conclusion du contrat, le prix était déjà exigible"⁽⁶⁶⁾.

Quels sont les arguments invoqués à l'appui de la thèse selon laquelle le vendeur supporte les risques jusqu'à la tradition et au *dies pretii soluendi* ? Outre celui tiré du fragment 16 des Fr. Vat. (PAP.) que nous étudierons plus loin, l'auteur invoque D. 18, 6, 13, D. 18, 6, 1, 15 et D. 19, 2, 33.

D. 18, 6, 13 (PAUL.) : *Lectos emptos aedilis, cum in uia publica positi essent, concidit : si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet.*

D. 18, 6, 15 (PAUL.) : *Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus traderentur, uenditoris periculum erit.*⁽⁶⁷⁾

⁽⁶⁴⁾ P. MEYLAN, *op. cit.*, p. 208.

⁽⁶⁵⁾ P. MEYLAN, *op. cit.*, pp. 208-209.

⁽⁶⁶⁾ P. MEYLAN, *op. cit.*, p. 210.

⁽⁶⁷⁾ D.18,6,13 (PAUL.). Trad. : "Des lits achetés ont été placés sur la voie publique et l'édile les a fait briser : si ces lits avaient été livrés à l'acheteur ou si c'est à cause de lui qu'ils n'ont pas été livrés, il paraît correct que la perte soit pour lui". D.18,6,15 (PAUL.). Trad. : "Mais si les lits n'avaient pas encore été livrés et si l'acheteur n'était pas en demeure pour la livraison, la perte sera pour le vendeur."

Dans le cas d'espèce, des meubles placés sur la voie publique ont été détruits par ordre de police, sans doute parce qu'ils gênaient la circulation. Paul considère que la perte est subie par l'acheteur si la livraison a eu lieu ou s'il était en demeure de recevoir les objets vendus, mais que la perte est supportée par le vendeur s'il n'y a pas encore eu tradition.

Une lecture rapide de ces textes, et particulièrement de la dernière phrase, peut donc effectivement laisser croire que jusqu'à la tradition, les risques restent à charge du vendeur. C'est probablement ce qui fait dire à MEYLAN que "pour qui impute aux classiques de n'avoir connu que la règle *periculum est emptoris*, ces deux textes⁽⁶⁸⁾ demeurent une énigme et tout essai d'explication ne peut être qu'un pis aller"⁽⁶⁹⁾.

Il est cependant possible d'avancer une autre explication que celle qui consiste à faire dépendre le *periculum emptoris* du *dies pretii soluendi* ou de la tradition. Dans l'hypothèse où la livraison n'a pas été faite⁽⁷⁰⁾, le texte invite à distinguer selon que l'acheteur était ou non en demeure de prendre livraison des meubles ("*neque emptor in mora fuisset...*"). Si l'acheteur était en demeure, il subira la perte. C'est avec raison que R. VIGNERON, dans l'étude qu'il a consacrée au problème des offres réelles⁽⁷¹⁾, voit dans ce texte un indice du fait que "le débiteur, qui avait offert en vain l'objet dû, pouvait désormais en faire ce que bon lui semblait, aux risques du créancier, et même l'abandonner purement et simplement"⁽⁷²⁾.

⁽⁶⁸⁾ L'auteur parle également de D.18,6,15,1 (voir infra).

⁽⁶⁹⁾ P. MEYLAN, *op. cit.*, p. 205

⁽⁷⁰⁾ Si le vendeur avait déjà effectué la livraison, il est évident que le risque de perte ou de destruction ultérieure incombe à l'acheteur. Cette solution est établie dans le début du texte ("*si traditi essent ... emptoris periculum esse placet*"), ce que, du reste, personne ne conteste.

⁽⁷¹⁾ R. VIGNERON, *Offre aut deponere. De l'origine de la procédure des offres réelles suivies de consignation*, Liège, 1979.

⁽⁷²⁾ R. VIGNERON, *op. cit.*, pp. 54-55.

C'est vraisemblablement ce qu'a fait le vendeur après avoir, mais en vain, sommé l'acheteur de prendre livraison des lits vendus, sans que leur destruction ultérieure par l'édile n'engage sa responsabilité.

Si l'acheteur n'était pas en demeure, c'est le vendeur qui subira la perte : "*uenditoris periculum erit*". Point n'est besoin d'invoquer le fait que la tradition n'a pas encore eu lieu ni le fait que le *dies pretii soluendi* n'est pas arrivé⁽⁷³⁾. Les circonstances parlent d'elles-mêmes : des lits ne sont pas à leur place sur la voie publique et tout porte à croire que le vendeur est en tort. Entre les deux fragments cités de Paul, un texte de Julien⁽⁷⁴⁾ examine le cas où l'édile aurait agi à tort et donne alors à l'acheteur un recours contre le magistrat. Mais les termes employés montrent qu'il s'agit là d'une hypothèse exceptionnelle : "*si id non iure fecisset*", "dans l'hypothèse où l'édile aurait agi de façon illégale". On peut en déduire que les deux textes de Paul considèrent l'hypothèse normale, où le magistrat a agi dans les limites de sa compétence de police parce que les meubles gênaient la circulation. De la sorte, cette intervention devait être prévue par le vendeur qui, en entreposant les lits à cet endroit, a commis une faute, une imprudence que n'aurait pas commise un bon père de famille. Le vendeur aurait dû veiller à entreposer les lits, jusqu'à la livraison, dans un endroit approprié où ils ne risquaient pas d'être détériorés, volés ou perdus. C'est tout simplement l'existence de cette *culpa* qui fait écarter, dans cette hypothèse, la règle du *periculum emptoris* (75).

(73) Ce jour est en principe celui de la livraison, en vertu de la règle de la simultanéité des prestations.

(74) D.18,6,14 (IUL.) : *Eumque cum aedili, si id non iure fecisset, habiturum actionem legis Aquilae : aut certe cum uenditore ex empto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum aedile habuisset, ei praestaret*. Trad. : "Et dans l'hypothèse où l'édile aurait agi de façon illégale, l'acheteur aura contre lui l'action *legis Aquilae* : ou du moins il devra agir contre le vendeur pour que ce dernier lui cède les actions qu'il aurait eues contre l'édile."

(75) Dans le même sens, C. APPLETON, *Les risques dans la vente ...*, pp. 411-412; J. PARIS, *La responsabilité de la custodia ...*, pp. 236-238.

Même problème d'interprétation à propos de D. 18, 6, 15, 1 qui concerne cette fois un vol de matériaux de construction vendus, et qui constitue également, pour P. MEYLAN, une énigme si on défend le principe du *periculum emptoris*.

D. 18, 6, 15,1 (PAUL.) : *Materia empti si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus uenditoris : uideri autem trabes traditas, quas emptor signasset.*⁽⁷⁶⁾

Le texte semble apparemment faire coïncider le passage des risques à l'acheteur avec la tradition. S'il s'agissait de choses d'espèce, il serait effectivement en contradiction avec la règle selon laquelle l'acheteur supporte la perte dès la conclusion du contrat. Mais il s'agit manifestement, dans ce texte, de choses de genre, de matériaux non encore individualisés, à prélever dans un lot chez le vendeur. Du reste, la dernière phrase du texte de Paul va dans ce sens puisque le juriste classique considère que l'individualisation des matériaux par marque (*signatio*) équivaut à une tradition. Il est alors normal qu'avant cette individualisation, les risques de perte soient assumés par le vendeur, puisque les matériaux achetés peuvent toujours être livrés par lui. Les choses de genre sont par essence remplaçables, et la perte ne libère pas leur débiteur : *genera non pereunt*. Il n'y a donc dans D. 18, 6, 15, 1 rien de bien énigmatique.

Enfin, le dernier texte qui, de façon seulement implicite se construit autour d'une *culpa* du vendeur, est une sentence d'Africanus qui vise une hypothèse assez proche de celle de D. 21, 2, 11, pr (PAUL.) Il s'agit de

D. 19, 2, 33 (AFR.) : *Si fundus quem mihi locaueris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamuis per te non stet, quo minus id praestes : quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo*

⁽⁷⁶⁾ D.18,6,15,1 (PAUL.). Trad. : "Si des matériaux achetés ont été volés, la perte est pour l'acheteur après la tradition; avant, elle est pour le vendeur : mais on considère que les poutres sont livrées si l'acheteur les a marquées."

minus teneberis. Nam et si uendideris mihi fundum ipse priusquam uacuum traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto : quod hactenus uerum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum uacuum mihi tradi.⁽⁷⁷⁾

Un fonds vendu mais non encore livré a été confisqué par l'autorité publique et le problème est de savoir si l'acheteur a un recours contre le vendeur. Pour MEYLAN, la question principale, dans ce texte, est "de savoir si le décret impérial avait libéré le vendeur de son obligation de délivrance. Or, cette question, Africain paraît bien y répondre négativement (...) lorsqu'il affirme que la *publicatio* d'un fonds loué n'empêche pas le bailleur d'être tenu d'en procurer au preneur la jouissance de même que, s'il s'agissait d'un fonds vendu et non encore livré, elle n'empêcherait pas non plus le vendeur d'être tenu *ex empto*"⁽⁷⁸⁾.

La question semble mal posée. Sans doute la confiscation n'empêche-t-elle pas le vendeur de procéder à une *traditio* purement formelle, mais on ne voit pas comment il pourrait *uacuum possessionem tradere*, c'est-à-dire assurer à l'acheteur la maîtrise de fait sur une chose, lui en transmettre toute l'utilité, "*uacuum*" signifiant "libre, disponible". Ce n'est de toute évidence pas le cas pour un fonds qui a été confisqué par l'autorité publique, ce dont on peut déduire que l'obligation de délivrance du vendeur s'éteint parce qu'elle est devenue impossible.

⁽⁷⁷⁾ D.19,2,33 (AFR.). Trad. : "Si un fonds que tu m'as donné en location est confisqué, j'ai contre toi l'action de louage afin que la jouissance du bien me soit permise, bien qu'il ne tienne pas à toi qu'elle ne me soit pas fournie : de la même façon, si tu m'as confié la construction d'une maison et que le terrain s'est effondré, tu seras néanmoins tenu. En effet, si tu m'as vendu un fonds et qu'il est confisqué avant la livraison, tu seras tenu sur base de l'action de vente. Ceci sera vrai seulement pour que tu me restitues le prix et non pour que tu m'indemnises de l'intérêt que j'aurais eu de recevoir le fonds."

⁽⁷⁸⁾ P. MEYLAN, *op. cit.*, pp. 195-196.

De façon encore plus précise, MEYLAN considère que la question sur laquelle Africanus se prononce "n'est pas la question des risques mais bien celle de savoir si le vendeur reste tenu de son obligation de délivrance. Il y répond affirmativement et il devait donner l'action *ex empto, ut mihi fundus uacuuus tradatur*"⁽⁷⁹⁾. Il faut remarquer tout d'abord que D. 19, 2, 33 ne dit rien de semblable et que l'objet de l'action *empti* n'est ni plus ni moins le remboursement du prix qui, en l'espèce, a déjà été payé par l'acheteur : "*tenearis ex empto. Quod hactenus uerum erit, ut pretium restituas*". On a bien affaire ici à un problème de théorie des risques : si le vendeur ne doit pas restituer le prix, le *periculum* est pour l'acheteur; si par contre il doit le restituer, ce texte constitue un cas de *periculum uenditoris*.

Une fois la question précisée, comment Africanus y répond-t-il et pourquoi ? D'après le juriste classique, le vendeur est tenu *ex empto* de rembourser le prix à l'acheteur. Il ne faut pas trop vite y voir une preuve que le transfert des risques à l'acheteur n'a lieu qu'avec la tradition, car les circonstances de la cause méritent d'être analysées. Alors que dans le texte de Paul (D. 21, 2, 11, pr.), les fonds faisant l'objet du contrat ont été réquisitionnés par l'Empereur pour être vendus ou attribués à des vétérans (*distractio*), dans le texte d'Africanus, il est question d'une *publicatio*, d'une confiscation. A la différence de la réquisition justifiée, dans le cas analysé par Paul, par des besoins militaires, la confiscation, elle, s'apparente plutôt à une peine^(79bis) frappant le vendeur, ce qui implique par là même une idée de culpabilité dans son chef. De toute évidence, il serait injuste de faire supporter à l'acheteur les conséquences d'une faute du vendeur aboutissant à la perte juridique du bien vendu.

⁽⁷⁹⁾ P. MEYLAN, *op. cit.*, p. 196, n. 6.

^(79bis) "*Publicare*" est généralement une mesure pénale : voir T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, p. 1005, n. 1.

Sur cette base, les mots "*quamvis per te non stet quominus id praestes*" doivent être correctement interprétés. Ils ne signifient pas que la *publicatio* est indépendante de toute faute du vendeur, mais se bornent à constater que l'impossibilité de livrer ne résulte pas de sa volonté. En d'autres termes, il n'y a pas de faute du vendeur dans l'exécution du contrat, mais une faute antérieure, quelle qu'elle soit, qui entraîne la confiscation du bien et justifie à elle seule qu'on écarte le *periculum emptoris*.

On peut retenir en conclusion que si la règle du *periculum emptoris* n'est pas appliquée dans le cas d'espèce, ce n'est nullement parce que le problème s'est posé avant la tradition, mais bien parce qu'une faute du vendeur intervient comme cause, même médiate, de l'impossibilité de livrer. Le *periculum emptoris* suppose que l'on ait affaire à un cas fortuit, ce qui n'est pas le cas dans la cause examinée par Africanus.

Le principe du *periculum emptoris* dégagé, la notion de *culpa* précisée et le lien entre les deux concepts établi, il est opportun d'examiner à présent le rôle que joue la *custodia* dans les textes relatifs au contrat de vente.

SECTION 3. *CUSTODIA*

Dans le contrat de vente, la *custodia* présente deux particularités qui, pour ceux qui considèrent qu'elle est un critère de responsabilité objective, sont assez surprenantes. La première est qu'elle se présente dans plusieurs textes comme la *diligentia* dont doit faire preuve un *bonus paterfamilias* ⁽⁸⁰⁾, comme une *diligentia in re custodienda* ⁽⁸¹⁾. Une telle présentation est évidemment incompatible avec la thèse qui fonde sur la *custodia* une imputation nécessaire du dommage au débiteur indépendamment de son comportement. La seconde caractéristique est que la *custodia* semble être automatique dans certains types de vente, et notamment dans la vente *ad mensuram* ou *per auersionem* ⁽⁸²⁾ tandis que dans d'autres, le vendeur ne répond que de son dol ⁽⁸³⁾ ou plus généralement de son dol et de sa *culpa* ⁽⁸⁴⁾. Si la *custodia* était objective, elle devrait englober la *culpa*, et on ne voit pas de quelle manière pourrait se justifier un cumul de la *custodia* avec une *culpa* dont le caractère subjectif se dessine assez nettement dans les textes.

Ces deux particularités expliquent vraisemblablement pourquoi nombre d'auteurs éprouvent autant de réticences à accepter l'authenticité des textes du Digeste qui mentionnent la *custodia*. D'aucuns parmi les partisans de la *custodia* objective n'hésitent d'ailleurs pas à les rejeter en bloc comme interpolés, malgré leur nombre et l'absence d'arguments probants

⁽⁸⁰⁾ Cfr D.18,1,35,4 (GAIUS).

⁽⁸¹⁾ Cfr D.18,6,12 (ALF.).

⁽⁸²⁾ Cfr D.18,6,1,1 (ULP.), D.18,6,2,1 (GAIUS), D.18,6,3 (PAUL.) pour la vente *ad mensuram*, D.18,6,4,1 et 2 (ULP.) pour la vente *per auersionem*.

⁽⁸³⁾ Cfr D.18,4,2,5 (ULP.) et D.18,6,17 (IAU.).

⁽⁸⁴⁾ Cfr la plupart des textes étudiés dans la section 2 du présent chapitre.

à l'appui de la thèse selon laquelle ils auraient tous été revus par les compilateurs⁽⁸⁵⁾. La démarche la plus rationnelle consiste donc à partir des textes qui sont sûrement l'oeuvre de Justinien, afin de voir comment se présente la *custodia* du vendeur à son époque.

Un des textes les plus intéressants, notamment parce qu'il reflète fidèlement l'état de la question sous Justinien, est

1. 3, 23, 3a : *Quod si fugerit homo qui ueniit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa uenditoris interueniat, animaduertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem uenditor suscepit. Sane enim, si suscepit, ad ipsius periculum is casus pertinet : si non suscepit, securus erit. Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus.*⁽⁸⁶⁾

Avant d'en tirer les deux leçons qui nous intéressent, il faut écarter la thèse jadis défendue selon laquelle cet extrait des Institutes - censé par là même rendre compte des solutions juridiques en vigueur à l'époque de Justinien - est la preuve que la *custodia* était, pour les compilateurs, un critère de responsabilité objective.

(85) Voir notamment J. PARIS, *La responsabilité de la custodia* ..., pp. 199-291. Il est éloquent de constater que PARIS, qui entend démontrer qu'à l'époque classique le vendeur ne répond pas de la *custodia*, doit y consacrer près de cent pages dans une monographie sur la *custodia* en général, qui ne comprend que 350 pages au total.

(86) I.3,23,3a. Trad. : "Si l'esclave vendu s'est enfui ou a été volé sans qu'il y ait dol ni faute du vendeur, il faudra examiner si le vendeur s'est chargé de la garde jusqu'à la livraison. S'il s'en est chargé, l'événement se produit à ses risques; s'il ne s'en est pas chargé, il n'a pas à le subir. Il en va de même pour les autres biens, animaux ou choses."

Des auteurs comme A. DE MEDIO, C. FERRINI et L. LUSIGNANI⁽⁸⁷⁾ ont défendu l'idée qu'on serait passé d'une *custodia* subjective à l'époque classique à une *custodia* objective sous Justinien, et cette opinion a longtemps eu un succès certain. Pour ces auteurs, Justinien aurait étendu le critère de responsabilité qui, à l'époque classique, ne concernait que les transporteurs maritimes, aubergistes et maîtres d'écuries dans le cadre du *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum*, pour en faire le critère général applicable à tous les débiteurs.

Les partisans de cette thèse ont avancé quelques textes, dont I. 3, 23, 3a, qui ne font pas allusion à une absence de faute qui aurait pour effet de libérer le débiteur, et en tirent la conclusion que la *custodia* est un critère de responsabilité objective sous Justinien. Il est vrai qu'apparemment I. 3, 23, 3a met à charge du vendeur la fuite ou le vol de l'esclave, s'il s'est chargé de sa *custodia* jusqu'à la livraison, même si "*neque dolus neque culpa uenditoris interueniat*".

Mais qu'est-ce que cette *culpa* ? Pour donner de cette phrase une lecture conforme à la philosophie du système que nous livrent les Institutes, il faut lire également ce qui précède. Quelques lignes plus haut, il est précisé que "*quidquid enim sine dolo et culpa uenditoris accidit, in eo uenditor securus est*"⁽⁸⁸⁾, ce qui permet de dire que la *culpa* du débiteur de la chose engage sa responsabilité, qu'il y ait ou non *custodia* conventionnelle. Il s'agit ici de la faute ordinaire, de la *culpa in abstracto* établie par comparaison avec le comportement du bon père de famille. Le vendeur a pu par exemple provoquer la fuite de l'esclave par les mauvais

⁽⁸⁷⁾ A. DE MEDIO, *Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano*, dans *B.I.D.R.* 20 (1908), pp. 157-209; C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, 4^e éd., Milan, 1953 (le texte est celui de la 3^e éd. de 1908); L. LUSIGNANI, *Studi sulla responsabilità per custodia secondo il diritto romano*. I. *Il receptum nautarum cauponum et stabulariorum*. *Gli altri casi di locatio conductio*, Modène, 1902; II. *L'emptio uendito*, Parme, 1903; III. *Mandatum*, Parme, 1905.

⁽⁸⁸⁾ I.3,23,3. "En effet, le vendeur, pour tout ce qui se produit sans son dol ni sa faute, est en sécurité."

traitements et sévices qu'il lui a fait subir, ce que n'aurait pas fait le *bonus paterfamilias*, soucieux, à tout le moins, de préserver son capital.

Dans l'hypothèse où le débiteur n'a pas commis de faute de ce genre, il est en principe déchargé de toute responsabilité, sauf s'il a accepté la *custodia*. C'est ce que précise I. 3, 23, 3a. Cette responsabilité conventionnelle intervient donc à titre subsidiaire, si aucune *culpa* ordinaire ne peut être invoquée contre le vendeur. Mais le "*neque dolus neque culpa*" ne signifie pas que le débiteur ne peut pas dégager sa responsabilité en établissant qu'il n'a, dans la garde, commis aucune faute, cette dernière *culpa* étant établie par comparaison avec le comportement d'un *custos diligens*. Il est en effet des comportements fautifs chez un gardien type, qui ne le sont pas dans le chef du *paterfamilias* idéal. Ce dernier doit éviter d'exposer ses biens à la convoitise d'autrui, à la perte ou au dommage, mais ne doit pas pour autant assurer activement la garde de la chose, ce qui, précisément, peut être requis dans le chef de quelqu'un qui a accepté la *custodia*. De la sorte, I. 3, 23, 3a n'établit nullement que la *custodia* est subjective sous Justinien, même dans l'hypothèse limitée au vendeur d'une chose non encore livrée.

Le caractère subjectif de la *custodia* apparaît clairement dans les Institutes où le terme est souvent employé pour désigner la *diligentia* que l'on doit apporter à la garde de la chose d'autrui. Ainsi, une *exacta diligentia* est requise du commodataire :

I. 3, 14, 2 : *At si qui utendum accepit sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire.*⁽⁸⁹⁾

⁽⁸⁹⁾ I.3,14,2. Trad. : "Mais celui qui a reçu une chose en commodat doit assurément apporter à sa garde un grand soin, et il ne suffirait pas d'y avoir consacré le même soin que celui qu'on accorde d'habitude à ses propres affaires, s'il s'avère qu'une personne plus soigneuse aurait pu conserver cette chose."

Il ne faut pas, d'après ce texte, considérer la manière dont le commodataire gère habituellement ses propres biens, mais ce que ferait un bon père de famille, un homme très diligent. Nous sommes loin, de la sorte, d'une responsabilité objective. Dans chaque cas d'espèce, l'examen du comportement du débiteur est requis pour trancher la question de l'imputabilité du dommage ou de la perte de la chose, et les Institutes donnent le deuxième terme de la comparaison : cet *alius diligentior* est celui qui, habituellement, fait preuve d'une *exacta diligentia*.

La responsabilité du créancier gagiste, tenu de conserver et de garder la chose remise pour sûreté de sa créance, s'appréciera selon les mêmes critères :

1. 3, 14, 4 : *Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet* ⁽⁹⁰⁾.

Justinien, à propos du créancier gagiste, emploie la même expression que pour le commodataire : "*exacta diligentia*". L'analyse du comportement du débiteur de la chose, qu'implique la notion de *diligentia*, ou à tout le moins la possibilité pour celui-ci d'établir qu'il n'a pas commis de faute, excluent que la *custodia* puisse être un critère de responsabilité objective.

Revenons à I. 3, 23, 3a pour en tirer deux leçons. La première concerne le problème général de la responsabilité pour *custodia*. Les exemples des Institutes concernant le commodataire et le créancier gagiste montrent que la *custodia* est pour les compilateurs une forme particulière de *diligentia*, et qu'on ne peut tirer du silence de I. 3, 23, 3a la conclusion

⁽⁹⁰⁾ I.3,14,4. Trad. : "Mais comme le gage est donné dans l'intérêt des deux contractants, dans l'intérêt du débiteur pour lui faire trouver plus facilement du crédit, dans celui du créancier pour mieux garantir sa créance, on a décidé qu'il suffisait que le créancier apporte un grand soin à la garde du gage."

que la *custodia* du vendeur est d'une nature différente. Cela est admis par tous pour l'époque de Justinien. Mais il doit aller de même, d'un point de vue méthodologique, pour les textes du Digeste. Ce n'est pas parce que des sentences du Digeste affirment qu'un débiteur "*praestat custodiam*" sans rien ajouter sur cette *custodia*, que l'on peut considérer qu'elle est un critère de responsabilité objective, indépendante du comportement qu'a effectivement adopté ce débiteur. Le concept doit plutôt être appréhendé sur base d'un ensemble de textes et en tenant compte du problème, déjà examiné dans notre étude⁽⁹¹⁾, posé par la coexistence de la *culpa* et de la *custodia*.

La seconde leçon concerne particulièrement le contrat de vente. Il ressort de I. 3, 23, 3a que la *custodia* est seulement une responsabilité additionnelle et conventionnelle pour les compilateurs : "*animaduertendum erit an custodiam eius usque ad traditionem uenditor suscepit*". S'il n'en est pas de même dans le Digeste - donc dans les textes qui, jusqu'à preuve du contraire, rendent compte du système de responsabilité contractuelle de l'époque classique - on peut émettre de sérieux doutes sur la thèse qui consiste à voir la main des compilateurs dans les mentions de la *custodia* du vendeur au Digeste, car il est peu probable que les compilateurs soient intervenus au Digeste pour donner de la responsabilité du vendeur une figure différente de celle qu'elle présentait dans le droit de leur époque.

On pourrait effectivement croire, sur base de la similitude des termes employés, qu'il y a eu intervention des compilateurs dans

D. 18, 6, 12 (ALF.) : *Si uendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit ? Respondit, quia sine patris familias culpa fieri potest, neque, si seruorum neglegentia factum esset, continuo dominus in culpa erit, quam ob*

⁽⁹¹⁾ Voir notamment la situation du foulon et du tailleur vis-à-vis de leurs clients (chapitre IV, section 2, § 3).

rem si uenditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.⁽⁹²⁾

Ce texte, qui part de l'hypothèse où une maison vendue a été détruite dans un incendie, pose principalement le problème de la responsabilité du vendeur et pour le fait de ses préposés. Alors que dans le cadre du *receptum nautarum*, le transporteur maritime semble être responsable *ipso facto* des actes de ses préposés⁽⁹³⁾, comme le transporteur par voie de terre semble, dans le cadre de la *culpa*, être tenu des dommages dus à la maladresse de ses employés⁽⁹⁴⁾, la responsabilité du vendeur pour les actes de ses préposés semble par contre être écartée par ce texte d'Alfenus. Il ne faut cependant pas donner à cette exonération une portée qu'elle n'a pas. Alfenus dit simplement que le seul fait de la négligence des esclaves n'établit pas pour autant la faute du vendeur. Mais comme ce dernier doit "*praestare diligentiam in insula custodienda*", tout porte à croire que cette surveillance de l'immeuble implique un contrôle par le vendeur des actes de ses préposés. Il serait étonnant, compte tenu de la comparaison établie, quant à la conduite exigée, avec des "*homines frugi et diligentes*", que le vendeur puisse, pour dégager sa propre responsabilité, se réfugier sans plus derrière le fait que ses préposés ont provoqué l'incendie. Remarquons enfin que la relative latitude laissée au juge par ce texte est une raison de plus de penser que l'examen du comportement effectif du débiteur est nécessaire.

⁽⁹²⁾ D.18,6,12 (ALF.). Trad. : "Si une maison vendue a été incendiée, comme l'incendie ne peut avoir lieu sans faute, quelle est la solution de droit ? Il a été répondu que, parce que l'incendie peut se produire sans faute du *paterfamilias* et que, s'il avait été causé par la négligence des esclaves, il ne s'ensuit pas que le maître serait en faute, pour cette raison, si le vendeur a fait preuve dans la garde de la maison, de cette diligence que doivent fournir des hommes sages et diligents, si un accident est arrivé, cela ne le concernera en rien."

⁽⁹³⁾ Cfr D.4,9,1,8; D.4,9,3,3; D.4,9,7,pr. Sur cette question, voir le chapitre II, section 2.

⁽⁹⁴⁾ Cfr D.19,2,25,7. Sur ce texte, voir le chapitre IV, section 3, § 3-B.

Il résulte donc de D. 18, 6, 12 que le vendeur n'est pas responsable s'il a fait preuve de *diligentia in insula custodienda*, mais qu'il l'est dans le cas contraire, ce qui laisse entendre que l'incendie n'est pas un cas de force majeure⁽⁹⁵⁾. Il n'en a pas fallu plus pour que la critique considère ce texte comme interpolé, sur base de prétendues incorrections de langage. Les soupçons d'interpolations, cependant, varient d'un auteur à l'autre⁽⁹⁶⁾, ce qui constitue un indice sérieux d'absence d'arguments probants. Il n'y a en outre pas unanimité pour considérer que D.18, 6, 12, est postclassique⁽⁹⁷⁾.

Si des doutes même légers peuvent subsister quant à un éventuel remaniement de D. 18, 6, 12 par les compilateurs, il est par contre un texte de Gaius où l'hypothèse de l'interpolation serait assez surprenante :

(95) D.18,6,12 parle simplement d'"*incendium*" et ajoute que l'incendie "*sine culpa fieri non possit*", ce qui exclut évidemment l'hypothèse de la force majeure, d'où la responsabilité éventuelle du vendeur pour défaut de *diligentia*. A titre de comparaison, la constitution de Dioclétien et Maximien de 285 P.C. rapportée au Code de Justinien C.4,48,23, parle de "*uiolentiam ignis*" et cette expression semble bien exclure la faute du vendeur : comme ce dernier voit sa responsabilité déchargée sans autre justification, on peut en déduire que cette *uiolentia ignis* est considérée comme un cas de force majeure.

(96) Voir A. PERNICE (*Labeo*, II, p. 234, n. 17) qui considère que les mots "*eam diligentiam ... praestare*" sont authentiques mais que le reste semble interpolé, compte tenu de la forme lourde du texte et du fait que plusieurs propositions conditionnelles sont insérées l'une dans l'autre. Dans le même sens, F. HAYMANN, *Textkritische Studien* ..., dans Z.S.S. 40 (1919), p. 346 et dans Z.S.S. 41 (1920), p. 119; M. KONSTANTINOVITCH, *Le periculum rei uenditae* ..., p. 253; J. VAZNY, *Custodia*, dans A.U.Pal. 12 (1929), pp. 148 sv.; W. KUNKEL (*Diligentia*, dans Z.S.S. 45 (1925), p. 281) estime qu'Alfenus devait parler de responsabilité pour *custodia* tandis que pour M. SARGENTI (*Problemi della responsabilità contrattuale* ..., dans S.D.H.I. 20 (1954), pp. 207 sv.), il devait seulement être question de *periculum* dans D.18,6,12. Pour J. PARIS (La responsabilité de la *custodia* ..., pp. 239-242), "ce texte semble être entièrement l'oeuvre des compilateurs ou tout au moins avoir subi de leur part des retouches telles qu'il est à peu près impossible de savoir de quoi parlait le texte original d'Alfenus" (p. 240). Voir également K. VISKY, "La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République", dans *Mélanges De Visscher*, II, pp. 466-468 et C. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale* ..., p. 120, n. 4.

(97) Considèrent que le texte est authentique : P. KRUCKMANN, *Custodia*, dans Z.S.S. 64 (1944), pp. 21 sv.; A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, pp. 71 sv.; G. MAC CORMACK, *Custodia and culpa*, p. 185, n. 122.

D. 18, 1, 35, 4 (GAIUS) : *Si res uendita per furtum perierit, prius animaduertendum erit quid inter eos de custodia rei conuenerat : si nihil appareat conuenisse, talis custodia desideranda est a uenditore, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet : quam si praestiterit et tamen rem perdiderit, securus esse debet, ut tamen scilicet uindicationem rei et conditionem exhibeat emptori.*⁽⁹⁸⁾ ⁽⁹⁹⁾

Le problème posé concerne la mesure de la responsabilité du vendeur en cas de vol avant la livraison, et il est nécessaire, d'après Gaius, de tenir compte d'une éventuelle convention entre le vendeur et l'acheteur. Il ressort de ce texte qu'en l'absence de convention, le vendeur doit fournir la *custodia* comme le ferait un *bonus paterfamilias* vis-à-vis de ses propres biens. C'est ce point précis qui nous paraît exclure l'intervention des compilateurs car si la *custodia* est pour eux une responsabilité additionnelle, comme il résulte des Institutes de Justinien⁽¹⁰⁰⁾, on ne voit pas pourquoi ils en auraient fait une responsabilité de base applicable au vendeur en cas de silence des parties au contrat, se plaçant ainsi en contradiction avec eux-mêmes.

On a évidemment critiqué la rédaction de ce texte et contesté son caractère classique au motif que la *custodia* présente ici un aspect nettement subjectif ("*talis custodia...qualem bonus paterfamilias suis rebus adhiberet*"), ce qui est contraire à la responsabilité objective

⁽⁹⁸⁾ D.18,1,35,4 (GAIUS). Trad. : "Si la chose vendue a péri par vol, il faudra d'abord observer ce qui a été convenu entre les parties concernant la garde de la chose : s'il apparaît que rien n'a été convenu, on exige du vendeur une *custodia* semblable à celle qu'un bon père de famille exerce vis-à-vis de ses propres biens; si le vendeur a fourni cette garde et qu'il a néanmoins perdu la chose, il ne doit pas être inquiété mais doit cependant remettre à l'acheteur l'action en revendication et la *condictio*."

⁽⁹⁹⁾ La fin du texte, que nous n'avons pas citée, concerne la responsabilité du vendeur de la chose d'autrui. Elle est d'un intérêt moindre pour la question de la *custodia*. Il est possible qu'elle ait été ajoutée au texte classique par les compilateurs afin que soient examinés tous les problèmes relatifs à la cession d'actions par le vendeur.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. I.3,23,3a (voir supra).

de l'époque classique⁽¹⁰¹⁾. Que répondre sinon, une fois de plus, que ce caractère objectif de la *custodia* classique reste à démontrer? Le texte a par ailleurs trouvé des défenseurs comme APPLETON, KRUCKMAN, ROSENTHAL, ALZON, ou MAC CORMACK⁽¹⁰²⁾, tandis que J. PARIS estime qu'il a une intervention postclassique dans la forme mais que "ce soupçon de remaniement de forme ne doit pas nous porter à infirmer le fond du texte et l'exactitude du concept qui y est indiqué". L'auteur considère cependant, à tort selon nous, que "le mot *custodia* employé dans la première phrase n'indique pas, à notre sens, la responsabilité de la *custodia*, telle qu'elle était reconnue à l'époque classique, mais simplement la garde de la chose"⁽¹⁰³⁾. C'est à tort parce qu'il est simplement normal, compte tenu du lien sémantique et logique, que la garde de la chose (*custodia* matérielle) soit sanctionnée par la responsabilité du même nom (*custodia* technique). Il n'y a vraisemblablement que l'aspect subjectif de cette dernière dans les textes qui empêche PARIS de reconnaître ce lien⁽¹⁰⁴⁾.

(101) Cfr V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale* ..., p. 74, n. 1 et *La compravendita nel diritto romano*, 2^e éd., Naples, 1954, p. 248; E. BETTI, *Periculum : Problemi del rischio contrattuale in diritto classico e giustiniano*, dans *Studi Francisci*, I, p. 140; C. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale* ..., p. 58; F. HAYMANN, *Textkritische Studien* ..., dans *Z.S.S.* 40 (1919), pp. 314 sv.; W. KUNKEL, *Diligentia*, dans *Z.S.S.* 45 (1925), p. 303, n. 2; A. METRO, *L'obbligazione di custodire* ..., pp. 199 sv.; M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale* ..., dans *S.D.H.I.* 20 (1954), pp. 220 sv.; J. VAZNY, *Custodia*, dans *A.U.Pal.* 12 (1929), pp. 141-147.

(102) C. APPLETON, *Les risques dans la vente et les fausses interpolations*, dans *R.H.D.* 6 (1927), pp. 233 sv.; P. KRUCKMANN, *Custodia*, dans *Z.S.S.* 64 (1944), p. 41; J. ROSENTHAL, *Custodia und Aktivlegitimation zur actio furti*, dans *Z.S.S.* 68 (1951), pp. 224 sv.; C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* ..., p. 56, n. 290 et G. MAC CORMACK, *Custodia and culpa*, p. 176.

(103) J. PARIS, *La responsabilité de la custodia* ..., p. 223.

(104) On ne peut invoquer le cas du dépositaire ordinaire, de qui on attend également la *custodia* matérielle mais qui ne répond pas de la *custodia* technique (voir le chapitre I), car si les textes précisent clairement que le dépositaire ne répond que de son dol, il n'en va de toute évidence pas de même pour le vendeur.

L'aspect subjectif de la *custodia* et le lien étroit qui doit régner entre le critère de responsabilité et l'obligation à charge du vendeur sont clairement mis en lumière dans deux textes, de Neratius et d'Ulpien.

D. 19, 1, 31, pr. (NER.) : *Si ea res, quam ex empto praestare debebam, ui mihi adempta fuerit : quamuis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius quam actiones persecutandae eius praestari a me emptoris oporteat, quia custodia aduersus uim parum proficit.*⁽¹⁰⁵⁾

Dans le cas d'espèce, la chose vendue a été enlevée de force par un tiers avant la livraison, et Neratius dégage la responsabilité du vendeur au motif que la *custodia* est inefficace en face de la violence : "*quia custodia aduersus uim parum proficit*", ce qui ne pose guère de problème, la doctrine à notre connaissance unanime admettant que la responsabilité pour *custodia* trouve sa limite dans la violence subie. Le passage le plus intéressant du texte de Neratius est sans conteste : "*quamuis eam custodire debuerim*" , "bien que j'aie dû la garder". Ces mots n'impliquent pas, comme le prétend PARIS, qu'il y ait entre les parties une convention relative à la garde⁽¹⁰⁶⁾, mais simplement que le vendeur assume une obligation de garde par le fait du contrat, vraisemblablement sanctionnée par la responsabilité du même nom, qui implique que le vendeur établisse qu'il a eu un comportement adéquat, condition nécessaire pour que la force majeure invoquée ait un effet libératoire. Il est heureux de constater que face aux auteurs qui en contestent le caractère classique⁽¹⁰⁷⁾, V. ARANGIO-RUIZ, pourtant d'habitude fort critique et partisan de

⁽¹⁰⁵⁾ D.19,1,31,pr. (NER.). Trad. : "Si la chose que je devais livrer comme vendeur m'a été enlevée de force, bien que j'aie dû la garder, il est cependant plus opportun que je ne doive fournir à l'acheteur rien de plus que les actions réipersécutoires, parce que la garde est peu efficace contre la violence."

⁽¹⁰⁶⁾ J. PARIS, *La responsabilité de la custodia* ..., p. 231.

⁽¹⁰⁷⁾ E. BETTI, *Periculum* ..., pp. 140 sv.; F. HAYMANN, *Textkritische Studien* ..., dans Z.S.S. 40 (1919), p. 330; A. METRO, *L'obbligazione di custodire* ..., p. 205, n. 279 (contestant, sans le justifier, les mots "*quamuis ... debuerim*"); J. PARIS, *La responsabilité de la custodia* ..., pp. 231-233; J. VAZNY, *Custodia*, dans A.U.Pal. 12 (1929), p. 148.

nombreuses interpolations, ne trouve rien à redire à ce texte⁽¹⁰⁸⁾, comme du reste KRUCKMANN, CANNATA ou MAC CORMACK⁽¹⁰⁹⁾.

D. 47, 2, 14, pr. (ULP) : *Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc uenditoris esse hanc actionem Celsus scripsit. Mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et condictioem et uindicationem, et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit : quae sententia uera est, et ita et Iulianus. Et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam uenditor ante traditionem praestet.*⁽¹¹⁰⁾

Ulpien commence par attribuer l'*actio furti* au vendeur si la chose est volée avant la tradition et précise ensuite que le vendeur devra céder à l'acheteur, qui supporte les risques et doit payer le prix même s'il ne reçoit pas la chose, toutes les actions (ou leur résultat si le vendeur a poursuivi le voleur avec succès) permettant de récupérer celle-ci, bref ce qu'on appelle parfois les "débris juridiques de la chose"⁽¹¹¹⁾.

La dernière phrase du fragment nous intéresse particulièrement. A côté de l'attribution des risques à l'acheteur ("*periculum rei ad emptorem pertinet*"), Ulpien met la *custodia* à charge du vendeur ("*custodiam uenditor ante traditionem praestet*") et présente très clairement cette *custodia* comme la condition même de l'attribution des risques

⁽¹⁰⁸⁾ V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale* ..., p. 157; *La compravendita nel diritto romano* ..., p. 248, n. 1.

⁽¹⁰⁹⁾ P. KRUCKMANN, *Custodia*, dans Z.S.S. 64 (1944), pp. 20 sv.; C. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale* ..., pp. 75 sv.; G. MAC CORMACK, *Custodia and culpa*, p. 188.

⁽¹¹⁰⁾ D.47,2,14,pr. Trad. : "Celse écrit que celui qui a acheté une chose qui ne lui a pas été livrée n'a pas l'action de vol, mais que cette action appartient encore au vendeur. Celui-ci devra céder à l'acheteur l'action de vol, la *condictio* et l'action en revendication, et s'il a obtenu quelque chose par ces actions, il devra le remettre à l'acheteur. Cette opinion est correcte et Julien va dans le même sens. Et les risques de la chose concernent l'acheteur, pourvu que le vendeur ait fourni la garde."

⁽¹¹¹⁾ Sur cette question, voir infra.

("dummodo"), ce qui ne manque pas de surprendre à la première lecture, car le fait de donner à "*praestare*" le sens de "répondre de" rend la phrase à peu près incompréhensible. Il est en effet inacceptable que "les risques de la chose concernent l'acheteur pourvu que le vendeur réponde de la *custodia*," puisque les risques le concernent a fortiori si le vendeur n'en répond pas ! La *custodia* ne peut être ici un critère de responsabilité. Elle est prise dans le sens de garde matérielle, contenu de l'obligation du vendeur jusqu'à la livraison, et la phrase doit se comprendre comme suit : "les risques de la chose concernent l'acheteur, pourvu que le vendeur ait fourni la *custodia*"⁽¹¹²⁾. On comprend bien le lien étroit qui existe entre le *periculum* et la *custodia*. L'attribution des risques à l'acheteur est une règle sévère pour lui, mais sa dureté se trouve compensée par l'obligation de garde imposée au vendeur, qui a pour effet naturel de diminuer fortement, si elle est accomplie correctement, le risque de perte ou de vol.

La question qui reste à résoudre est celle du caractère classique du texte d'Ulpien⁽¹¹³⁾ et particulièrement de cette dernière phrase qui, pour J. PARIS, constitue une interpolation :

(112) C'est dans ce sens que les mots d'Ulpian sont compris par beaucoup d'auteurs. Cfr notamment G. MAC CORMACK : "*Periculum* is on the buyer but the seller ought to furnish *custodia*. Where the object sold is stolen the risk in principle is on the buyer, but the seller may be made liable if he has failed to furnish *custodia*" (*Custodia and culpa*, p. 189) et J. PARIS : "Le mot *custodia* indique, ici encore, la garde que doit fournir le vendeur avant la tradition, garde à laquelle est attachée une obligation de diligence" (*La responsabilité de la custodia* ..., p. 230).

(113) On a critiqué et rejeté l'ensemble du texte (F. HAYMANN, *Textkritische Studien* ..., dans Z.S.S. 40 (1919), pp. 302 sv.) ou le passage concernant la cession d'actions (C. APPLETON, *Les risques dans la vente* ..., dans R.H.D. 6 (1927), p. 238, n. 1; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale* ..., pp. 154 sv.; E. BETTI, *Periculum* ..., dans *Studi Francisci*, I, pp. 141 sv.; J. PARIS, *La responsabilité de la custodia* ..., pp. 226 sv.; J. VAZNY, *Custodia*, p. 140) ou la dernière phrase (J. PARIS, *La responsabilité de la custodia* ..., pp. 229-230; J. ROSENTHAL, *Custodia und Aktivlegitimation* ..., p. 253), en invoquant le caractère subjectif donné à la responsabilité pour *custodia* dans ce texte, ou sur base d'incorrections d'ordre stylistique ou linguistique. Celles-ci sont bien réelles (cfr par exemple "et" mis pour "uel" ou "aut" dans "et si quid ex his actionibus") mais sont ou bien le fruit d'une inattention d'Ulpian ou bien, plus probablement, le résultat d'une distraction du copiste. Qu'un copiste se trompe de la sorte n'implique cependant pas pour autant qu'il ait voulu modifier la substance du texte qui ne peut être rejeté sur la seule base de ces arguments de forme.

"l'emploi du mot *custodia* par les compilateurs s'explique par la confusion qu'ils faisaient entre toutes les notions de responsabilité, et particulièrement par le changement du concept classique de la *custodia* en une *diligentia in custodiendo*"⁽¹¹⁴⁾.

Cette hypothèse ne peut être suivie. Outre le fait qu'il reste à démontrer que la *custodia* a subi un changement radical dans sa nature entre l'époque classique et celle de Justinien, l'évocation de la confusion qui devait régner dans l'esprit des compilateurs est assez gratuite. Nous savions déjà que les compilateurs étaient distraits, il nous restait à apprendre qu'ils confondaient "toutes les notions de responsabilité". A cela, on peut simplement répondre que le système élaboré par Justinien, avec ses divers degrés de faute, pour être complexe, n'en est pas moins cohérent, et que si vraiment les compilateurs étaient intervenus dans cette phrase, ils auraient, comme ils le font dans les Institutes, parlé de *diligentia* ou de *diligentia in custodiendo*, et non de *custodia*.

Nous ne voyons, en conclusion, pas de raison valable de rejeter l'enseignement de ce texte et particulièrement ce qu'il nous apprend, dans sa dernière phrase, sur la *custodia* du vendeur.

Avant d'étudier la question de la légitimation active à l'*actio furti* et de l'éventuelle cession par le vendeur des actions reipersécutoires, il est intéressant d'examiner les textes régissant les ventes de vin, afin de voir comment sont traités tant le problème du *periculum* que celui de la *custodia* du vendeur. L'intérêt est au moins justifié par l'importance relative de ce type de vente dans le Digeste : la majorité des textes du titre 18. 6 *De periculo et commodo rei uenditae* y sont consacrés. On y mentionne deux types principaux de contrats : la vente *per auersionem* et la vente *ad mensuram*.

⁽¹¹⁴⁾ J. PARIS, *La responsabilité de la custodia* ..., p. 230.

Il y a vente *per auersionem* lorsque le vendeur cède pour un prix forfaitaire tout le vin se trouvant dans une cave. L'acheteur doit enlever la marchandise soit au moment convenu, soit au plus tard lorsque les récipients devront être utilisés pour la nouvelle récolte⁽¹¹⁵⁾.

D'après un texte de Gaius au Digeste, la vente d'un lot pour un prix global répond aux mêmes règles que les autres ventes :

D. 18, 1, 35, 5 (GAIUS) : (...) *Nam si omne uinum uel oleum uel frumentum uel argentum quantumcumque esset uno pretio uenierit, idem iuris est quod in ceteris rebus.*⁽¹¹⁶⁾

Ceci permet de croire a priori que dans la vente *per auersionem* également, le vendeur *praestat custodiam*. Mais comme Gaius ne se prononce pas sur le critère de responsabilité applicable au vendeur, son propos étant simplement de déterminer le moment de la perfection de la vente⁽¹¹⁷⁾, il est nécessaire d'examiner deux textes qui parlent plus précisément de ce type de vente, l'un de Modestin, l'autre d'Ulpien, et de lever l'apparente contradiction qui règne entre eux.

D. 18, 1, 62, 2 (MOD.) : *Res in auersione empti, si non dolo uenditoris factum sit, ad periculum emptoris pertinebit, etiamsi res adsignata non sit.*⁽¹¹⁸⁾

⁽¹¹⁵⁾ Cfr D.18,6,4,2 (ULP.) in fine : *certe antequam ad uindemiam fuerint dolia necessaria, debet aueri uinum.*

⁽¹¹⁶⁾ D.18,1,35,5 (GAIUS). Trad. : "(...) Car si on a vendu tout le vin, l'huile, le blé, l'argenterie, quelle qu'en soit la quantité, pour un prix déterminé, on applique les mêmes règles de droit que pour les autres ventes."

⁽¹¹⁷⁾ Le début et la suite de D.18,1,35,5, que nous n'avons pas cités, concernent la vente *ad mensuram*, à propos de laquelle Gaius considère que le contrat trouve sa perfection dans le mesurage des biens vendus (sur cette question, voir infra).

⁽¹¹⁸⁾ D.18,1,62,2 (MOD.). Trad. : "Si une chose est vendue en gros, l'acheteur en subira les risques, même si la marchandise n'a pas été marquée, à condition que le vendeur n'ait pas commis de dol."

Modestin réduit apparemment la responsabilité du vendeur au dol puisqu'il ne met les risques à charge de l'acheteur qu'en l'absence de dol du vendeur. Que ce dernier soit traité aussi favorablement qu'un dépositaire, qui ne retire en principe aucun bénéfice du contrat, est tout à fait surprenant. J. PARIS, qui trouve apparemment normale une situation aussi favorable pour le vendeur, l'explique "par le caractère même de cette vente, dans laquelle l'acheteur, en achetant en bloc toute une quantité de choses, prend pour lui à la fois les bons et les mauvais risques"⁽¹¹⁹⁾.

Ce caractère de la vente *per auersionem* n'explique rien, et PARIS, en parlant de "bons et mauvais risques", joue sur les mots. Il est vrai que l'acheteur, en prenant un lot de marchandises en bloc, accepte le risque que certaines soient de moins bonne qualité que les autres, mais cette inévitable variation dans les caractéristiques individuelles des biens achetés n'a pas grand chose à voir avec les risques véritables couverts par le terme "*periculum*", et qui consistent en une perte ou une destruction, totale ou partielle, de l'ensemble des marchandises.

La vente *per auersionem* consiste simplement à considérer un ensemble de biens comme un seul objet, une "chose collective"⁽¹²⁰⁾, en vue de simplifier la transaction, et l'on ne voit pas pourquoi la responsabilité du vendeur devrait varier parce que les parties concluent une vente portant sur dix tonnes plutôt que dix ventes portant sur un tonneau. Enfin, l'explication de PARIS est contredite par le texte de Gaius, cité plus haut, selon lequel la vente *per auersionem* obéit aux mêmes règles que les autres ventes.

⁽¹¹⁹⁾ J. PARIS, *La responsabilité de la custodia* ..., p. 289.

⁽¹²⁰⁾ Voir la définition donnée par Pomponius au D.41,3,30,pr. : *Tria autem sunt genera corporum (...); tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura soluta, sed uni nomini subiecta, ueluti populus legio grex*. On peut y ajouter "une cave, un cellier, un grenier", entendus comme leur contenu, "une récolte", etc.

Du reste, un texte d'Ulpien semble bien exiger du vendeur autre chose que de simplement s'abstenir de tout dol :

D. 18, 6, 4, 1-2 (ULP.) : *Si auersione uinum uenit, custodia tantum praestanda est. Ex hoc apparet, si non ita uinum uenit, ut degustaretur, neque acorem neque mucorem uenditorem praestare debere, sed omne periculum ad emptorem pertinere : difficile autem est, ut quisquam sic emat, ut ne degustet. Quare si dies degustationi adiectus non erit, quandoque degustare emptor poterit et quoad degustauerit, periculum acoris et mucoris ad uenditorem pertinebit : dies enim degustationi praestitutus meliorem condicionem emptoris facit.*

Uino autem per auersionem uendito finis custodiae est auerendi tempus. Quod ita erit accipiendum, si adiectum tempus est : ceterum si non adiectum, uidendum, ne infinitam custodiam non debeat uenditor. Et est uerius secundum ea quae supra ostendimus, aut interesse, quid de tempore actum sit, aut denuntiare ei, ut tollat uinum : certe antequam ad uindemiam fuerint dolia necessaria, debet auerhi uinum.⁽¹²¹⁾

Il est question dans ce texte à la fois du *periculum* et de la *custodia*, et c'est peut-être ce rapprochement qui a poussé des auteurs comme VAZNY ou PARIS à rejeter la référence à la

⁽¹²¹⁾ D.18,6,4,1-2 (ULP.). Trad. : " Si le vin est vendu en gros, il faut seulement répondre de la garde. Il s'ensuit que si le vin n'a pas été vendu à la condition d'être goûté, le vendeur ne doit répondre ni de l'aigreur ni de la moisissure, mais tous les risques concernent l'acheteur. Il est cependant malaisé d'acheter du vin sans clause de dégustation. Ainsi, si le jour de la dégustation n'a pas été fixé, l'acheteur pourra toujours le goûter et jusqu'à ce jour, le risque d'aigreur et de moisissure sera supporté par le vendeur : en effet, le fait qu'un jour ait été fixé pour la dégustation rend la situation plus favorable pour l'acheteur. Lorsque le vin a été vendu en gros, la garde se termine au moment de l'enlèvement du vin, du moins si ce moment a été fixé. Autrement, s'il n'a pas été fixé, on peut se demander si le vendeur ne devra pas assurer une garde illimitée. D'après ce que nous avons dit ci-dessus, il est plus exact de dire qu'il faut se reporter au moment convenu ou bien exiger de l'acheteur qu'il enlève le vin. Il est certain que le vin doit être enlevé avant que les récipients ne soient nécessaires pour la vendange."

custodia⁽¹²²⁾, mais de façon injustifiée⁽¹²³⁾. Ulpien affirme que le vendeur doit *praestare custodiam* en principe jusqu'au moment convenu pour la livraison, mais en même temps, que tous les risques ("*omne periculum*") sont à charge de l'acheteur, sauf le problème de l'aigreur et de la moisissure du vin⁽¹²⁴⁾.

On comprendra qu'une telle présentation soit inacceptable pour les auteurs pour qui la *custodia* est un critère de responsabilité objective, car si le vendeur est, sauf en cas de force majeure, responsable des pertes et dommages survenus avant la livraison, on ne voit pas pourquoi "tous les risques" seraient encore à charge de l'acheteur. Si la *custodia* est par contre une forme particulière de *diligentia*, on comprend bien les propos d'Ulpien, car la *custodia* du vendeur est précisément ce qui permet d'accepter la dureté du *periculum emptoris* : les risques seront supportés par l'acheteur pour autant que le vendeur ait fait preuve de *diligentia*, comme nous l'a déjà appris D. 47, 2, 14 pr. in fine⁽¹²⁵⁾.

Dès lors, comme faut-il comprendre l'enseignement de Modestin ? Il n'est pas question de supposer que le texte a été altéré, car il est clair et correct dans la rédaction qui nous est parvenue au Digeste. Mais si l'on ne va pas au-delà de ce qu'enseigne Modestin, la

(122) J. VAZNY, *Custodia*, p. 66; J. PARIS, *La responsabilité de la custodia*, p. 290.

(123) Du fait que la *custodia* est présentée comme une responsabilité additionnelle dans les Institutes, il paraît peu probable que les compilateurs l'aient introduite dans ce texte où elle fait figure de responsabilité ordinaire du vendeur. En faveur de l'authenticité du texte, voir G. MAC CORMACK, *Custodia and culpa*, p. 185, n. 121.

(124) Le risque d'altération du vin (aigreur et moisissure) est un risque de détérioration et non un risque de perte totale de la chose vendue. Cfr Fr. Vat. 16 (PAP.) : *Uino mutato periculum emptorum spectat, quamvis ante diem pretii soluendi uel condicionem emptoris impletam id euenerit*. En effet, si l'altération était assimilée à une perte totale, le *periculum* serait supporté par le vendeur avant la réalisation de la condition. Pour dégager la solution à un cas d'espèce, il importe de vérifier si la vente est accompagnée d'une clause de dégustation. Dans cette hypothèse, le risque sera supporté par le vendeur jusqu'au jour prévu pour la dégustation (cfr D.18,6,1,pr.; D.18,6,4,pr. et D.18,6,4,1). Sur les ventes de vin, voir R. YARON, *Sale of Wine* dans *Studies in the Roman Law of Sale*, Oxford, 1959, pp. 71-77.

(125) Voir supra.

contradiction avec le texte d'Ulpien est seulement apparente. En définitive, Modestin se contente d'écarter le *periculum emptoris* en cas de dol du vendeur, mais n'affirme nullement que ce dernier ne répond que de son dol, à la différence des textes qui traitent de la responsabilité du dépositaire⁽¹²⁶⁾. De la sorte, l'enseignement d'Ulpien complète celui de Modestin : ce dernier affirme que le *periculum emptoris* est écarté par le dol du vendeur, et Ulpien qu'il l'est par un défaut de *custodia*.

Les textes relatifs à la vente *ad mensuram* confirment cette manière d'apprécier la responsabilité du vendeur. Il y a vente *ad mensuram* lorsque l'on cède des choses fongibles pour un prix déterminé par unité de mesure (le poids, le nombre ou le volume). La vente est certes valable dès la conclusion du contrat, mais elle ne sera parfaite que lors du mesurage, car celui-ci entraîne détermination de la chose et du prix.

Le mesurage prend toute son importance dans la théorie des risques, car c'est à partir de ce moment que s'applique la règle du *periculum emptoris*, comme il ressort notamment d'un texte de Paul :

D. 18, 6, 8, pr. (PAUL.) : *Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio : tunc enim sciemus, cuius periculum sit : nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet.*⁽¹²⁷⁾

et de Gaius :

D. 8, 1, 35, 7 (GAIUS) : *Sed et si ex doleario pars uini uenierit, ueluti metretae centum, uerissimum est (quod et constare uidetur) antequam admetiatur, omne*

⁽¹²⁶⁾ Voir le chapitre I, section 1.

⁽¹²⁷⁾ D.18,6,8,pr. (PAUL.). Trad. : "Il est nécessaire de savoir quand une vente est parfaite : alors nous savons sur qui pèsent les risques : en effet, lorsque la vente est parfaite, les risques sont à charge de l'acheteur."

periculum ad uenditorem pertinere : nec interest, unum pretium omnium centum metretarum in semel dictum sit an in singulos eos.⁽¹²⁸⁾

A côté de la question du *periculum* celle de la responsabilité du vendeur est envisagée par Gaius, Ulpien et Paul.

D. 18, 6, 1, 1 (ULP.) : *Sed et custodiam ad diem mensurae uenditor praestare debet : priusquam enim admetiatur uinum, prope quasi nondum uenit. Post mensuram factam uenditoris desinit esse periculum : et ante mensuram periculo liberatur, si non ad mensuram uendidit, sed forte amphoras uel etiam singula dolia.*⁽¹²⁹⁾

D. 18, 6, 2, 1 (GAIUS) : *Custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare uenditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an uero dolum dumtaxat, uideamus. Et puto eam diligentiam uenditorem exhibere debere, ut fatale damnum uel uis magna sit excusatum.*⁽¹³⁰⁾

Il apparaît, chez Gaius comme chez Ulpien, que le vendeur doit *praestare custodiam* jusqu'à ce que le vin soit mesuré. Il semble donc que la *custodia* qui pèse sur le vendeur coïncide ici avec le *periculum*, également à sa charge jusqu'au mesurage. Gaius ajoute que cette *custodia* doit être telle qu'elle excuse la force majeure ("*ut fatale damnum uel uis magna sit excusatum*").

(128) D.18,1,35,7 (GAIUS). Trad. : "Mais si l'on vend une partie du vin d'un cellier, par exemple cent mesures, il est très juste (comme c'est l'usage) qu'avant le mesurage, tous les risques soient à charge du vendeur. Et peu importe qu'on ait fixé un seul prix pour les cent mesures, ou un prix pour chacune d'elles."

(129) D.18,6,1,1 (ULP.). Trad. : "Mais le vendeur doit répondre de la garde jusqu'au jour du mesurage : en effet, avant qu'il soit mesuré, c'est presque comme si le vin n'était pas vendu. Après le mesurage, les risques cessent d'être à charge du vendeur et, avant le mesurage, le vendeur est libéré des risques s'il n'a pas vendu à la mesure, mais des amphores ou des tonneaux particuliers."

(130) D.18,6,2,1 (GAIUS). Trad. : "De quelle garde le vendeur doit-il répondre avant le mesurage ? Doit-il répondre d'une parfaite diligence ou doit-il répondre seulement de son dol ? Je pense que le vendeur doit faire preuve d'une diligence telle que l'excuse de la force majeure soit valable."

J. PARIS refuse cette leçon, sur base de deux arguments qu'il convient de rencontrer. Jusqu'au mesurage, les risques sont à charge du vendeur mais, estime PARIS, "on ne saurait dire qu'il est responsable, envers l'acheteur non propriétaire, de la garde d'une chose qui lui appartient encore"⁽¹³¹⁾. En d'autres termes, il n'est pas possible, pour l'auteur, qu'un débiteur soit tenu de "*praestare custodiam*" envers quelqu'un qui n'est pas propriétaire du bien en question. Le second argument est tiré de la mention de la force majeure chez GAIUS, ce qui contredit également, pour PARIS, le principe selon lequel le vendeur doit supporter le *periculum* : "tout ce que nous pouvons dire, c'est l'impossibilité d'admettre, à l'époque classique, une responsabilité de la *custodia* du vendeur propriétaire et obligé de supporter tous les risques; c'est l'impossibilité de mettre à la charge de l'acheteur, dès avant la *mensura*, lorsque la vente n'est pas encore parfaite, le risque de *uis magna* ou de *damnum fatale*"⁽¹³²⁾.

Le premier argument ne trouve aucune confirmation dans les textes. La *custodia* dont doit répondre un débiteur n'implique pas que son cocontractant soit propriétaire de la chose à garder, mais simplement qu'il ait le droit d'exiger la livraison. Il n'est pas établi que le client d'un *fullo* ou d'un *sarcinator*, que celui qui a prêté un bien au commodataire, que le constituant d'un gage, doivent être propriétaires. C'est, plus simplement, le droit d'exiger la livraison (ou le plus souvent la restitution) du bien, droit fondé sur le contrat lui-même, qui justifie que leur cocontractant soit le cas échéant tenu de *praestare custodiam*.

Le second argument concerne le rapport entre *periculum* et *uis maior*. PARIS s'étonne que l'acheteur puisse subir les effets de la force majeure alors que le *periculum* est à charge du vendeur, et conclut à l'intervention des compilateurs. Il est facile de répondre que ce qui

⁽¹³¹⁾ J. PARIS, *La responsabilité de la custodia* ..., p. 283.

⁽¹³²⁾ J. PARIS, *La responsabilité de la custodia* ..., p. 285.

est illogique à l'époque classique l'est tout autant sous Justinien, et que l'argument tiré de l'incohérence des compilateurs n'est guère probant. La question est en fait mal posée par PARIS. L'existence d'un cas de force majeure ne va pas renverser la charge des risques. Il n'est en aucune façon question de faire supporter la perte de la chose par l'acheteur, ce qui aurait concrètement pour effet de l'obliger à payer le prix. Ce que Gaius établit est simplement que le vendeur pourra, si la *custodia* a été correctement assurée, invoquer la *uis maior*. Certainement pas pour exiger le paiement du prix, mais pour éviter d'être lui-même condamné. PARIS oublie qu'à côté de la question du *periculum* se pose également celle d'éventuels dommages et intérêts à charge du vendeur. Il est en effet possible que la perte de la chose, qui libère de toute façon l'acheteur puisque le *periculum* est à charge du vendeur, ait entraîné pour l'acheteur un dommage certain, dû par exemple à l'impossibilité pour lui d'exécuter ses propres engagements vis-à-vis de tiers⁽¹³³⁾, et qu'il en demande réparation au vendeur. Voilà pourquoi ce dernier, bien que le *periculum* soit à sa charge, a néanmoins intérêt à pouvoir invoquer la *uis maior*. *Periculum* et responsabilité, s'ils constituent des problèmes connexes, ne se confondent pas, et Gaius a traité l'un et l'autre distinctement.

Une dernière observation doit être faite à propos de ces deux textes. Il peut paraître étonnant que le vendeur ne réponde de la *custodia* que jusqu'au jour prévu pour le mesurage, alors que dans les ventes ordinaires, il en répond en principe jusqu'à la livraison. La raison doit en être cherchée dans les circonstances économiques de ce genre de vente. L'hypothèse qui est sans doute la plus fréquente en matière de vin ^{de vente} *ad mensuram* est celle où un négociant achète sa récolte à un producteur, afin de la vendre lui-même à ses clients au fur et à mesure de la demande. Dès lors, le négociant a tout intérêt à ce que le vin reste le plus longtemps possible chez son vendeur car il évite de devoir disposer chez lui d'un stock important et d'immobiliser un capital improductif. Il lui suffira de prélever chez son

(133) On peut imaginer que l'acheteur, négociant en vin, ne puisse faire face aux obligations qu'il a contractées vis-à-vis de ses propres clients, par suite de la perte ou du vol du vin qu'il a lui-même acheté au producteur.

vendeur, au fur et à mesure, le vin dont il a besoin, et d'étaler par là même le paiement du prix dans le temps. Puisque le retard apporté à la livraison, qui pourrait se faire en principe au jour du mesurage, est justifié par un intérêt dans le chef de l'acheteur, il est normal qu'en contrepartie le vendeur ne soit plus tenu de *praestare custodiam*, un acheteur prudent ayant toujours la possibilité de prendre livraison de la marchandise dès l'instant où le mesurage a eu lieu.

Enfin, un texte de Paul confirme les sentences de Gaius et Ulpien, en même temps qu'il établit un parallèle intéressant entre le vendeur et le commodataire:

D. 18, 6, 3 (PAUL.) : *Custodiam autem uenditor talem praestare debet, quam praestant hi quibus res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem quam in suis rebus adhiberet.*⁽¹³⁴⁾

La *custodia* dont le vendeur doit répondre est, pour Paul, semblable à celle du commodataire, et le juriste ajoute qu'il s'agit d'une *diligentia* plus exacte que celle que dont le vendeur fait preuve à propos de ses biens, ce qui revient à exclure l'application du critère de la *culpa in concreto*, même si l'expression constitue un anachronisme.

⁽¹³⁴⁾ D.18,6,3 (PAUL.). Trad. : "Mais le vendeur doit répondre d'une garde semblable à celle dont répondent les commodataires, de sorte qu'il doit répondre d'une diligence plus exacte que celle dont il ferait preuve à propos de ses propres biens."

On a bien entendu critiqué vivement la rédaction de ce texte⁽¹³⁵⁾. Il faut distinguer deux questions : celle de la "*custodia*" du vendeur et celle de la "*diligentia exactiorem quam in suis*".

Contrairement à beaucoup d'auteurs, nous ne voyons pas de raison de contester la mention de la *custodia* au motif qu'elle aurait ici un aspect subjectif. Le début du texte dispose simplement que le vendeur, comme le commodataire, répond de la *custodia*, et les textes qui vont dans ce sens sont nombreux, tant pour le commodataire⁽¹³⁶⁾ que pour le vendeur.

La fin du texte, quant à elle, est plus discutable, et il est probable qu'elle est due à une intervention des compilateurs, destinée à éviter que l'on applique au vendeur le critère de responsabilité plus favorable que constitue la *culpa in concreto*, appréciée par rapport au comportement habituel du débiteur et non par rapport à celui d'un *bonus paterfamilias*. Cette intervention est probable parce que les juristes classiques, qui n'utilisaient pas le concept de *culpa in concreto*, n'avaient aucune raison de l'écarter ici.

Il reste que, même réduite à ce que V. ARANGIO-RUIZ⁽¹³⁷⁾ considère comme classique ("*custodiam autem uenditor praestare debet, quam praestant hi quibus res*

(135) Cfr V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale* ..., p. 159; E. BETTI, *Periculum* ..., p. 155; C. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale* ..., p. 58; F. HAYMANN, *Textkritische Studien* ..., dans Z.S.S. 40 (1919), p. 347; W. KUNKEL, *Diligentia*, dans Z.S.S. 45 (1925), p. 280; G. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore* ..., p. 83; A. METRO, *L'obbligazione di custodire* ..., pp. 200 sv.; J. PARIS, *La responsabilité de la custodia* ..., pp. 286-287; H. PFLUGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römisches Recht*, dans Z.S.S. 65 (1947), p. 211; J. VAZNY, *Custodia*, p. 116. En faveur de l'authenticité du texte, voir C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* ..., p. 58, n. 297; P. KRUCKMANN, *Custodia*, p. 39; G. MAC CORMACK, *Custodia and culpa*, p. 177.

(136) Voir le chapitre VI, section 2, § 1.

(137) V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale* ..., p. 159.

commodata est" ou même "*custodiam autem uenditor praestare debet*"), D. 18, 6, 3 est un texte, un de plus, en faveur de la *custodia* à charge du vendeur à l'époque classique.

Il faut enfin examiner les règles qui régissent la légitimation active à l'*actio furti* dans le contrat de vente. Elles ont ceci de particulier que celui qui en bénéficie le cas échéant n'est pas le débiteur de la chose, qui répond de la *custodia*, mais son cocontractant. Elles ont de surcroît l'intérêt de pouvoir éclairer la nature de la responsabilité pour *custodia* du vendeur.

Plusieurs textes du Digeste établissent que l'*actio furti*, en cas de vol de la chose avant la livraison, est attribuée au vendeur et non à l'acheteur. Ainsi,

D. 47, 2, 81, pr. (PAP.) : *Si uendidero neque tradidero seruum et is sine culpa mea subripiatur, magis est, ut mihi furti competat actio : et mea uidetur interesse, quia dominium apud me fuit, uel quoniam ad praestandas actiones teneor.*⁽¹³⁸⁾ ⁽¹³⁹⁾

L'attribution de l'*actio furti* au vendeur est ici justifiée par le fait qu'il est propriétaire de l'objet vendu et parce qu'il y a intérêt, sans que cet intérêt soit précisé. On peut cependant le deviner. Même si le *periculum* est à charge de l'acheteur, le vendeur risque de se voir opposer un refus lorsqu'il va réclamer le paiement du prix alors que lui-même ne peut plus livrer l'objet vendu. La circonstance que le vol dont parle ce texte a été commis "*sine culpa*" dans le chef du vendeur mérite d'être relevée. On peut en déduire que lors du litige qui

⁽¹³⁸⁾ D.47,2,81,pr. (PAP.). Trad. : "Si j'ai vendu un esclave et que je ne l'ai pas livré, et si cet esclave est volé sans que je sois en faute, il est préférable que l'action de vol m'appartienne : je suis en effet intéressé, parce que j'avais la propriété, ou parce que je suis tenu de céder les actions."

⁽¹³⁹⁾ Le dernier membre de phrase est assez surprenant ("*uel quoniam ad praestandas actiones teneor*") et constitue probablement une addition d'un copiste soucieux de rappeler l'obligation faite au vendeur de céder le cas échéant à l'acheteur ses recours contre le tiers. Il est assez surprenant parce que cette obligation de cession n'explique évidemment pas que le vendeur conserve l'*actio furti* dans un premier temps.

risque d'opposer l'acheteur et le vendeur, ce dernier pourra dégager sa responsabilité⁽¹⁴⁰⁾. Il n'empêche qu'il risque d'éprouver des difficultés à établir l'absence de faute et que pour lui éviter des ennuis de procédure, il est préférable, "*magis est*", de lui donner l'*actio furti* ⁽¹⁴¹⁾.

L'intérêt qui sert de fondement à l'attribution de l'*actio furti* est également mentionné dans les Institutes de Gaius qui disposent que l'*actio furti*, d'une manière générale, est attribuée à celui qui a intérêt à la conservation de la chose, même s'il n'est pas propriétaire, mais ajoutent qu'elle appartient au propriétaire seulement s'il est intéressé à ce que la chose ne périsse pas⁽¹⁴²⁾.

L'intérêt du vendeur est certain car indépendamment du fait que la récupération du bien lui évitera de devoir faire la preuve, toujours difficile, de son absence de responsabilité dans le vol, l'exercice de l'*actio furti* va lui permettre, si le voleur est découvert et solvable, d'obtenir sa condamnation à deux fois la valeur de la chose, sans compter le bénéfice éventuel de l'action réipersécutoire. La question est alors de savoir ce que le vendeur devra céder à l'acheteur.

Les textes permettent de croire que c'est la totalité du bénéfice des recours du vendeur qui doit être cédée, soit au maximum trois fois la valeur du bien⁽¹⁴³⁾. Ainsi, Ulpien, au D.

(140) Cfr D.18,4,21 in fine (PAUL.) : *Nam si sine culpa desiit detinere uenditor, actiones suas praestare debebit, non rem et sic aestimationem quoque*. Trad. : "En effet, si le vendeur cesse de posséder la chose sans être en faute, il devra fournir ses voies de recours à l'acheteur, mais non la chose. Il devra également fournir l'estimation de la chose."

(141) Voir également D.47,2,14,pr. (ULP.) : *Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc uenditoris esse hanc actionem Celsus scripsit*.

(142) Gaius, III, 203 : *Furti autem actio uel ei competit cuius interest rem saluam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit quam si eius intersit rem non perire*.

(143) L'*actio furti* est une action au double et l'action réipersécutoire porte sur la valeur de la chose. Si le vendeur intente l'une et l'autre, il peut dans le meilleur des cas obtenir trois fois la valeur du bien volé.

47, 2, 14, pr., déclare que le vendeur doit céder ses actions à l'acheteur ou "lui fournir ce qu'il a obtenu par l'exercice de ces actions"⁽¹⁴⁴⁾. De façon, plus précise, Paul décide que le vendeur doit payer à l'acheteur l'"*aestimatio*" de la chose en plus du bénéfice de l'action pénale⁽¹⁴⁵⁾.

S'il n'a pas agi, le vendeur devra céder à l'acheteur le recours dont il disposait contre le voleur⁽¹⁴⁶⁾. Il en résulte que l'acheteur, comme le vendeur, est susceptible d'exercer l'*actio furti*. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre un texte des sentences de Paul, qui attribue l'*actio furti* à l'acheteur et au vendeur :

Sent. Paul. 3, 31, 17 : *Si res uendita ante traditionem subrepta sit, emptor et uenditor furti agere possunt; utriusque enim interest rem tradi uel tradere.*⁽¹⁴⁷⁾

Il est un fait que ce texte est en contradiction apparente avec le principe contenu au Digeste, selon lequel l'*actio furti* n'appartient d'abord qu'au vendeur. C'est ce qui fait dire à J. PARIS que "nous pouvons très bien être en présence d'une interpolation préjustinienne

⁽¹⁴⁴⁾ D.47,2,14,pr. (ULP.) : ... *et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit.*

⁽¹⁴⁵⁾ D.18,4,21 in fine (PAUL.) : ... *actiones suas praestare debet non rem, et sic aestimationem quoque.* Les "*actiones*" dont il est question sont vraisemblablement l'*actio furti* et l'*actio ui bonorum raptorum*, qui correspondent aux deux hypothèses envisagées par le texte.

⁽¹⁴⁶⁾ A l'*actio furti*, il convient d'ajouter la *rei uindicatio* et la *condictio*. Cfr D.19,1,31,pr. (NER.) : *nihil amplius quam actiones persequendae eius praestari a me emptori oporteat*; D.18,1,35,4 (GAIUS) : *ut tamen scilicet uindicationem rei et conductionem exhibeat emptori*; D.47,2,14,pr. (ULP.) : *mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et conductionem et uindicationem.*

⁽¹⁴⁷⁾ Sent. Paul. 3,31,17. Trad. : "Si la chose vendue a été volée avant la tradition, l'acheteur et le vendeur peuvent exercer l'*actio furti*; en effet, tous deux ont intérêt à ce que la chose soit livrée, ou à la livrer."

faite par un compilateur inconnu, qui copiait sans bien comprendre et interpolait de lui-même à cause justement de son incompréhension du texte primitif et des théories classiques"⁽¹⁴⁸⁾.

Ce copiste un peu bête, fort heureusement "inconnu", constitue décidément un argument aussi peu probant que celui que PARIS tire de la constante distraction des compilateurs de Justinien, d'autant que l'attitude de celui qui copie sans comprendre consiste d'habitude à se contenter ... de copier sans comprendre, et non à vouloir remplacer une règle par son contraire.

Peut-être le juriste Paul a-t-il simplement entendu déclarer dans ce texte des Sentences que le vendeur comme l'acheteur ont l'*actio furti*, le premier immédiatement, et le second ultérieurement, par cession.

Quoi qu'il en soit, cette attribution à l'acheteur, soit du bénéfice des recours, soit des recours eux-mêmes, ne vaut que si la responsabilité du vendeur n'est pas engagée par le vol. C'est ce que l'on peut déduire des mots "*sine culpa*" de D. 18, 4, 21 in fine, comme d'ailleurs d'autres textes⁽¹⁴⁹⁾. Dans le cas contraire, l'acheteur n'a pas à se préoccuper de recevoir un recours contre le voleur puisque le *periculum emptoris* se trouve écarté. Il ne devra dès lors pas payer le prix et pourra de plus réclamer au vendeur réparation du préjudice éventuel subi par suite de l'absence de livraison du bien acheté.

On peut retenir en conclusion que le problème de la légitimation active à l'*actio furti* éclaire celui de la *custodia*. Si le vendeur, comme le montrent de nombreux textes, répond de la *custodia* jusqu'à la livraison (ou au mesurage dans la vente *ad mensuram*), et que la

⁽¹⁴⁸⁾ J. PARIS, *La responsabilité de la custodia* ..., p. 261.

⁽¹⁴⁹⁾ Voir également D.18,1,35,4 (GAIUS) qui libère le vendeur s'il a assuré correctement la *custodia*, mais lui impose de céder ses actions à l'acheteur. Dans le même sens, voir D.19,1,31,pr. (NER.).

custodia n'est pas seulement le contenu d'une obligation mais également un critère de responsabilité correspondant, elle ne peut être objective. Supposons un instant qu'elle le soit et qu'elle engage le vendeur sauf cas de force majeure. Comme le vol n'est normalement pas un événement "*cui resisti non potest*", la responsabilité du vendeur serait en principe engagée, et l'on ne voit alors pas dans quelle hypothèse l'acheteur devrait se contenter de la cession des recours contre le voleur, qui restent malgré tout toujours aléatoires, alors que la mise en cause de la responsabilité du vendeur devrait lui permettre d'obtenir dans tous les cas réparation du préjudice subi. La coexistence de la *custodia* du vendeur et de la légitimation active éventuelle de l'acheteur à l'*actio furti* ne se comprend bien que si la *custodia* est, dès l'époque classique, une *diligentia in custodiendo*, ce qui implique que le comportement du vendeur soit apprécié subjectivement, comme dans les hypothèses où il l'est à la lumière du dol et de la *culpa*.

CHAPITRE VIII. VARIA

Les situations contractuelles étudiées dans ce chapitre sont intéressantes pour l'étude du concept de *custodia* et de son application dans le système romain de responsabilité, mais ne justifient pas qu'un chapitre indépendant soit consacré à chacune d'elles parce que les questions de droit qu'elles soulèvent sont assez limitées (*inspectio*), que les textes qui en traitent sont peu nombreux (*pactum displicentiae*), ou que la *custodia* n'y apparaît que de manière accessoire, comme une responsabilité additionnelle (*locatio rei*).

On aurait pu, il est vrai, les étudier dans les chapitres dont l'objet s'en rapproche (*le pactum displicentiae* dans le chapitre consacré à la vente, l'*inspectio* dans celui consacré au dépôt ou à la *locatio operis*), mais cette option risquait de rompre l'unité d'objet de ces chapitres et de les alourdir. Pour cette raison, le choix adopté ici nous paraît justifié. Du reste, nous avons veillé, dans les notes, à établir les relations nécessaires entre ce dernier chapitre et les précédents.

SECTION 1. *INSPECTIO ET PACTUM DISPLICENTIAE*

Quel va être le critère de responsabilité applicable à celui qui reçoit la détention de la chose d'autrui, soit pour l'examiner dans le but d'en déterminer la valeur, soit pour l'essayer afin de voir si les qualités espérées sont bien réelles, en vue de l'acheter le cas échéant ?

La réponse à cette question met en oeuvre, au moins partiellement, la théorie de l'utilité, mais pose préalablement le problème de la qualification de la convention, qui n'est apparemment pas chose aisée pour les juristes romains, comme en témoigne le recours à l'action *praescriptis uerbis*, signe fréquent d'incertitude chez ceux qui proposent cette voie de droit plutôt que le recours à l'action d'un contrat-type. Pour la clarté de l'exposé, appelons "expert" celui qui reçoit la chose pour en fixer la valeur, même s'il a fait part de son intention de l'acheter, et "acheteur à l'essai" celui qui la reçoit pour l'essayer, même si l'opération n'est pas toujours analysée par les juristes romains comme une *emptio-uenditio*.

Le plus souvent sans doute, l'expert va être rémunéré pour examiner le bien qu'on lui remet. C'est seulement dans l'hypothèse où ce bien l'intéresse et qu'il est susceptible de l'acheter qu'il acceptera de réaliser gratuitement l'expertise. Dans le premier cas, les juristes romains n'ont jamais, malgré la rémunération, considéré cette convention comme une *locatio operis faciendi*. C'est une action *praescriptis uerbis* qu'accorde Papinien, approuvé par Ulpien, au client de l'expert,

D. 19, 5, 17, 2 (ULP.) : *Papinianus libro octauo quaestionum scripsit : si rem tibi inspiciendam dedi et dicas te perdidisse, ita demum mihi praescriptis uerbis actio competit, si ignorem ubi sit...* (1)

(1) D.19,5,17,2 (ULP.). Trad. : "Papinien a écrit au livre 8 des Questions : si je t'ai remis une chose pour que tu l'examines et que tu prétends l'avoir perdue, j'ai seulement l'action *praescriptis uerbis* si j'ignore où elle se trouve ..."

et la raison en est peut-être que la mission de l'expert ne consiste pas en un travail manuel.

Il ne semble pas non plus que l'on ait analysé la convention intervenue avec l'expert comme un contrat de mandat. On le comprend bien si l'expert est rémunéré, car il est de l'essence du mandat d'être gratuit en droit romain⁽²⁾. Par contre, si l'expert exécute gratuitement sa mission, rien ne s'opposerait en principe à ce que l'on ait affaire à un mandat, d'autant que, si le droit belge le limite aux seuls actes juridiques, le mandat peut par contre avoir pour objet, en droit romain, tout acte matériel, intellectuel ou juridique.

D'après J. MICHEL, ce serait une raison d'ordre technique qui a empêché les juristes romains de recourir à cette qualification. Si l'expertise se fait au profit du propriétaire désireux de connaître la valeur de son bien, il s'agirait d'un mandat "*mea gratia*", ce qui est valable. Mais si elle se fait dans l'intérêt de l'expert qui pense acquérir le bien, il y aurait alors mandat "*tua gratia*", qui est nul. Pour J. MICHEL, "l'assimilation de l'*inspectio* au mandat, étant exclue dans une des deux hypothèses, se fût révélée insuffisante et inapplicable en pratique. C'est pourquoi la doctrine ne s'y est pas arrêtée"⁽³⁾.

L'explication n'est cependant pas entièrement satisfaisante. Dans la deuxième hypothèse, le mandat n'est pas seulement "*tua gratia*" (ce qui, il est vrai, n'est en principe pas admis en droit romain) mais plutôt "*mea et tua gratia*," car si l'expert a intérêt à estimer à son juste prix l'objet qu'il se propose d'acheter, le propriétaire y a intérêt également dans la mesure où la détermination du prix est la condition de la vente qui va lui rapporter précisément le paiement du prix.

⁽²⁾ De nombreux textes du Digeste et du Code insistent sur la gratuité du mandat. Voir notamment D.14,1,5,pr. (PAUL.), D.14,1,1,18 (ULP.), D.19,5,13,pr. (ULP.) et surtout D.17,1,1,4 (PAUL.).

⁽³⁾ J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962, p. 340.

Quoi qu'il en soit des causes, il faut bien constater que les textes ne parlent pas de mandat pour qualifier la mission de l'expert mais qu'elle est assimilée tantôt au dépôt,

D. 19, 5, 17, 2 (ULP.) : *Si uero mei dumtaxat causa datum est, dolum solum quia prope depositum hoc accedit.*⁽⁴⁾

tantôt au commodat,

D. 13, 6, 10, 1 (ULP.) : *Si rem inspectori dedi, an similis sit ei cui commodata res est, quaeritur.*⁽⁵⁾

avec d'ailleurs beaucoup d'hésitations, que traduit le fait que Papinien accorde au propriétaire une action *in factum* plutôt que l'action de dépôt ou de commodat :

D. 19, 5, 1, 2 (PAP.) : *Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum neque commodatum erit, sed non exhibita fide in factum ciuilis subicitur actio.*⁽⁶⁾

Un même problème de qualification se pose relativement à la convention par laquelle une personne reçoit un bien à l'essai avant de se décider à le garder ou à le rendre à son propriétaire.

⁽⁴⁾ D.19,5,17,2 (ULP.) in fine. Trad. : "Mais si l'expertise a eu lieu seulement à mon profit, il ne répond que de son dol parce que l'expertise se rapproche du dépôt."

⁽⁵⁾ D.13,6,10,1 (ULP.). Trad. : "Si j'ai remis une chose à un expert, on se demande si celui-ci peut être assimilé à celui à qui une chose a été prêtée."

⁽⁶⁾ D.19,5,1,2 (PAP.). Trad. : "De même, si quelqu'un remet une chose à un autre pour en déterminer le prix, il ne s'agit ni d'un dépôt ni d'un commodat, mais s'il commet une malhonnêteté, il y aura lieu à une action civile *in factum*."

La solution apparemment la plus simple consiste à analyser cette convention comme une vente. Si le droit romain n'admet pas la condition résolutoire, il arrive au même résultat en considérant que la vente est parfaite par le consentement des parties, mais qu'elle est accompagnée d'un pacte résolutoire frappé d'une condition suspensive : le pacte commissoire⁽⁷⁾ ou la faculté de surenchère⁽⁸⁾ en sont de bons exemples. Le *pactum displicentiae*, entendu comme une vente à l'essai, se rencontre également dans l'un ou l'autre texte, mais de façon moins fréquente. Ainsi dans

D. 9, 2, 52, 3 (ALF.) : *Quidam boues uendidit ea lege, uti daret experiundos : postea dedit experiundos : emptoris seruus in experiundo percussus ab altero boue cornu est : quaerebatur, num uenditor emptori damnum praestare deberet. Respondi, si emptor boues emptos haberet, non debere praestare : sed si non haberet emptos, tum, si culpa hominis factum esset, ut a boue feriretur, non debere praestari, si uitio bouis, debere.*⁽⁹⁾

Que l'on ait affaire dans ce texte à un véritable contrat de vente se déduit aisément du fait que la personne dont l'esclave a été blessé par l'animal reçu à l'essai est qualifiée

(7) Le pacte commissoire permet au vendeur impayé de reprendre la chose vendue dans un certain délai. La jurisprudence classique a hésité sur la qualification à donner à cette garantie conventionnelle. D'abord analysée comme une vente sous condition suspensive (avec l'inconvénient de faire peser les risques sur le vendeur alors que la clause était prévue dans son intérêt), elle a été considérée par la suite comme une vente accompagnée d'un pacte résolutoire : cfr D.18,3,1 (ULP.).

(8) La faculté de surenchère (*in diem addictio*) permet au vendeur d'écarter le premier acheteur, dans un certain délai, si un second lui offre un prix plus intéressant. La jurisprudence hésite également sur la qualification à donner à la convention. Ulpien admet les deux possibilités (vente sous condition suspensive - vente avec pacte résolutoire), tout en estimant qu'il faut se reporter à la volonté des parties : cfr D.18,2,2,pr.

(9) D. 9,2,52,3 (ALF.). Trad. : "Quelqu'un a vendu des boeufs avec une clause d'essai et les a livrés dans ce but. Pendant l'essai, un esclave de l'acheteur a reçu un coup de corne d'un des boeufs. On s'est demandé si le vendeur devait répondre du dommage à l'acheteur. J'ai répondu qu'il ne devait pas le faire si l'acheteur était devenu propriétaire des boeufs achetés et que si l'acheteur n'était pas devenu propriétaire, le vendeur ne serait pas tenu si le dommage avait été causé par une faute de l'esclave, mais qu'il le serait si le dommage était dû à un vice du boeuf."

d'acheteur et agit contre un "vendeur", sans compter que la question posée est de savoir si la vente a ou non opéré transfert de propriété.

Même qualification du contrat, mais avec moins d'assurance, dans

D. 18, 5, 6 (PAUL.) : *Si conuenit, ut res quae uenit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex empto actio est, ut Sabinus putat, aut proxima empti in factum datur.*⁽¹⁰⁾

où Sabinus considère que la convention intervenue est une vente avec pacte résolutoire. Mais l'hésitation des juristes quant à la qualification juridique de la convention se marque par le fait que Paul accorde à l'acheteur à l'essai l'*actio empti* ou, à défaut, une action *in factum* "proche de l'*actio empti*", sans doute pour le cas où l'on refuserait d'y voir un contrat de vente.

Si Alfenus considère la convention comme une vente, si Paul hésite, Ulpien par contre considère dans plusieurs cas qu'au moment de l'essai, la vente n'a pas encore eu lieu :

D. 19, 5, 20, pr. (ULP.) : *Apud Labeonem quaeritur, si tibi equos uenales experiendos dedero, ut, si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris et uiceris, deinde emere nolueris, an sit aduersus te ex uendito actio. Et puto uerius esse praescriptis uerbis agendum : nam inter nos hoc actum, ut experimētum gratuitum acciperes, non ut etiam certares.*⁽¹¹⁾

⁽¹⁰⁾ D.18,5,6 (PAUL.). Trad. : "Si l'on a convenu que la chose vendue serait rendue dans un certain délai si elle ne convenait pas, l'acheteur a l'*actio empti*, comme le pense Sabinus, ou du moins une action *in factum* semblable à l'*actio empti*."

⁽¹¹⁾ D.19,5,20,pr. (ULP.). Trad. : "Labéon pose la question suivante. Si je t'ai donné des chevaux à vendre, pour les essayer à condition que tu les rendes dans les trois jours s'ils ne conviennent pas, et que toi qui es acrobate tu les aies engagés dans une course que tu as gagnée, et qu'ensuite tu aies refusé de les acheter, ai-je contre toi l'action de la vente ? Je pense plutôt qu'il faut agir par l'action *praescriptis uerbis* : il a en effet été convenu entre nous que tu les recevrais pour un essai gratuit et non pour participer à une course."

D. 19, 5, 20, 2 (ULP.) : *Si, cum emere argentum uelles, uascularius ad te detulerit et reliquerit et, cum displicuisset tibi, seruo referendum dedisti et sine dolo malo et culpa tua perierit, uascularii esse detrimentum, quia eius quoque causa sit missum. Certe culpam eorum, quibus custodiendum perferendumue dederis, praestare te oportere* Labeo ait, et puto praescriptis uerbis actionem in hoc competere.⁽¹²⁾

Ulpien évite en effet de parler de "vendeur" et d'"acheteur", se contente de formules plus évasives ("*equos uenales experiendos dederō*", "*cum emere argentum uelles*"), qualifie la convention d'essai gratuit ("*experimentum gratuitum*"). Le texte, tel qu'il nous est parvenu, accorde dans les deux cas l'action *praescriptis uerbis* et non les actions *empti* ou *uenditi* pour régler les recours entre parties. Dans le premier cas, le candidat vendeur agit au motif que l'acheteur à l'essai ne s'est pas contenté d'essayer les chevaux qu'on lui a livrés, mais les a engagés dans une course qu'il a gagnée. Le propriétaire est en droit de lui réclamer les prix gagnés par la participation de ses chevaux à la course parce que l'essai, s'il est gratuit, ne peut procurer aucun gain à son bénéficiaire⁽¹³⁾. Dans le second cas, il y va également d'une vente à l'essai sanctionnée par l'action *praescriptis uerbis* en cas de perte de la marchandise.

C'est avec raison, selon nous, que le *pactum displicentiae* n'est pas assimilé par Ulpien à une vente, contrairement à ce que fait la jurisprudence classique pour le pacte comissoire

⁽¹²⁾ D.19,5,20,2 (ULP.). Trad. : "Comme tu avais l'intention d'acheter de l'argenterie, un fabricant de vases t'en a apporté et l'a laissée chez toi; et comme elle ne te convenait pas, tu l'as donnée à ton esclave pour qu'il la rapporte et elle a été perdue sans dol ni faute de ta part. La perte sera pour le fabricant parce que l'argenterie a été envoyée également dans son intérêt. Bien sûr, il faut, d'après Labéon, que tu répondes de la faute de ceux à qui tu as confié la garde et le transport, et je pense que l'on a dans ce cas l'action *praescriptis uerbis*."

⁽¹³⁾ Cfr D.13,6,13,1 (POMP.) : *Si quem quaestum fecit is qui experiendum quid accepit, ueluti si iumenta fuerint eaque locata sint, id ipsum praestabit qui experiendum dedit : neque enim ante eam rem quaestui cuique esse oportet, priusquam periculo eius sit*. Trad. : "Si un gain a été réalisé par celui qui a reçu quelque chose à l'essai, si ce sont par exemple des bêtes de somme données en location, il le versera à celui qui les lui a données à l'essai : en effet, il ne faut pas que cette chose soit source de gain pour quelqu'un avant qu'elle ne soit à ses risques."

ou l'adjudication sous réserve de surenchère. Dans les deux derniers cas en effet, on peut considérer qu'il y a bien rencontre des volontés, que les parties ont définitivement arrêté leurs souhaits, l'une de vendre et l'autre d'acquérir, dans la mesure où la mise en oeuvre éventuelle du pacte résolutoire ne se fait que si un élément matériel au moins partiellement extérieur à la volonté des parties intervient : le non-paiement du prix dans un cas, l'intervention d'un tiers qui offre un prix supérieur dans l'autre. Dans le pacte de déplaisance, par contre, l'acheteur est libre de rendre l'objet reçu à l'essai, sans devoir en aucune manière justifier son refus de l'acheter.

On aurait pu qualifier l'essai gratuit de commodat, d'autant que dans un autre texte, le même Ulpien semble considérer l'essai à titre onéreux comme une *locatio rei* puisqu'il qualifie la redevance due de "*merces*" (14). Il faut bien constater cependant qu'on ne mentionne pas l'*actio commodati* si l'essai a lieu gratuitement.

Pour J. MICHEL, la chose s'explique par le fait que "un contrat gratuit, tel le commodat, ne pourrait être lié de quelque manière que ce soit, fût-ce de façon seulement éventuelle, à un contrat onéreux. Dans le cas présent, l'essai ne peut donner lieu à un commodat, parce qu'il peut être suivi d'une vente, peu importe qu'elle soit conclue sous condition suspensive"(15).

(14) Cfr D.19,5,20,1 (ULP.) : *Item apud Melam quaeritur, si mulas tibi dederō ut experiaris et, si placuissent, emerēs, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid praestares, deinde mularum a grassa toribus fuerint ablatae intra dies experimenti, quid esset praestandum, utrum pretium [et merces] (MOMMSEN) an merces tantum ...* . Trad. : "De même, Mela pose la question suivante. Je t'ai donné des mules à l'essai à condition que tu les achètes si elles te plaisaient et que, si elles ne te plaisaient pas, tu payes quelque chose pour chaque jour. Ensuite, les mules ont été enlevées par des brigands pendant la période d'essai. Que dois-tu payer ? Le prix [et le loyer] (MOMMSEN) ou seulement le loyer ?

(15) J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, p. 40.

Cet argument ne semble pas décisif. Un commodataire, séduit par les qualités de la chose, pourrait très bien convaincre son propriétaire de la lui vendre. Il se pourrait même que cette éventualité ait été envisagée dès le départ par les parties, en manière telle que l'on verrait un contrat de vente succéder à un commodat. C'est plutôt dans l'absence d'intention libérale du candidat vendeur qu'il faut chercher la raison véritable de la décision d'Ulpien. Le prêteur à usage n'attend en principe rien du commodataire, sinon sa reconnaissance et l'espoir d'être aidé à son tour en cas de besoin, tandis qu'il n'entre pas dans les intentions du vendeur de rendre service, mais de placer sa marchandise : les clients du vendeur ne sont pas (nécessairement) ses amis, et tout porte à croire qu'un vendeur qui accepte un pacte de déplaisance ne le ferait certainement pas s'il savait dès le départ que son cocontractant n'a de toute façon pas l'intention d'acheter.

Le *pactum displicentiae* doit donc être considéré comme une convention *sui generis*, sanctionnée, au moins dans le droit de Justinien, par l'action *praescriptis uerbis*, et caractérisée par la faculté offerte à l'acheteur d'essayer la chose sans en retirer de gain, et par l'obligation, soit de la rendre au terme convenu, soit d'en payer le prix, tandis que le vendeur est tenu de vendre si telle est la volonté de son cocontractant.

Ces problèmes de qualification posés, comment se présente la responsabilité de l'acheteur à l'essai et de l'expert ? Celle de ce dernier est traitée essentiellement dans deux textes d'Ulpien qui mettent également en oeuvre la théorie de l'utilité :

D. 13, 6, 10, 1 (ULP.) : *Si rem inspectori dedi, an similis sit ei cui commodata res est, quaeritur. Et si quidem mea causa dedi, dum uolo pretium exquirere, dolum mihi tantum praestabit : si sui, et custodiam : et ideo furti habebit actionem. Sed et si dum*

refertur periit, si quidem ego mandaueram per quem remitteret, periculum meum erit : si uero ipse cui uoluit commisit, aequae culpam mihi praestabit, si sui causa accepit.⁽¹⁶⁾

D. 19, 5, 17, 2 (ULP.) : *Papinianus libro octauo quaestionum scripsit : si rem tibi inspiciendam dedi et dicas te perdidisse, ita demum mihi praescriptis uerbis actio competit, si ignorem ubi sit: nam si mihi liqueat apud te esse, furti agere possum uel condicere uel ad exhibendum agere. Secundum haec, si cui inspiciendum dedi siue ipsius causa siue utriusque, et dolum et culpam mihi praestandam esse dico propter utilitatem, periculum non : si uero mei dumtaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit.*⁽¹⁷⁾

Il importe de distinguer la responsabilité de l'expert pour son fait personnel et celle qu'il assume éventuellement s'il a chargé un de ses préposés de rapporter la chose examinée à son propriétaire.

D'après Ulpien (D. 13, 6, 10, 1) comme d'après Papinien cité par lui (D. 19, 5, 17, 2), la responsabilité personnelle de l'expert sera plus ou moins sévèrement appréciée selon

⁽¹⁶⁾ D.13,6,10,1 (ULP.). Trad. : "Si j'ai remis une chose à un expert, on se demande s'il est comparable à celui à qui une chose a été prêtée. Et si je la lui ai donnée dans mon intérêt parce que je veux en déterminer le prix, il ne répondra envers moi que de son dol; si c'est dans son intérêt, il devra également répondre de la garde et c'est pourquoi il aura l'action de vol. Mais si la chose périt pendant qu'elle est rapportée, si c'est moi qui ai choisi le porteur, les risques seront pour moi; mais si l'expert a remis la chose à quelqu'un qu'il a choisi, il répondra envers moi également de sa faute, s'il a reçu la chose dans son intérêt." D'après LENEL (*Pal.*, Ulp. 2732), D.13,6,10 (= Ulp. 29 *ad Sab.*) traitait notamment "*de custodia a uenditore praestanda*". Il faut remarquer que les compilateurs l'ont rangé dans le titre du commodat (D.13,6), ce qui témoigne de leurs hésitations quant à la qualification de la convention.

⁽¹⁷⁾ D.19,5,17,2 (ULP.). Trad. : "Papinien au livre 8 des Questions a écrit : si je t'ai remis une chose pour que tu l'examines et que tu prétends l'avoir perdue, j'ai seulement l'action *praescriptis uerbis*, si j'ignore où elle se trouve. S'il m'apparaît que la chose est chez toi, je puis agir par l'action de vol, ou par une *condictio*, ou agir *ad exhibendum*. D'après cette opinion, si j'ai remis à quelqu'un une chose à examiner, soit dans son intérêt, soit dans notre intérêt à tous les deux, je dis qu'à cause de l'utilité, il doit répondre de son dol et de sa faute mais non des risques; si la chose est remise seulement dans mon intérêt, il doit répondre seulement de son dol, parce que cette expertise est proche du dépôt." D'après LENEL (*Pal.*, Ulp. 806), D.19,5,17,2 (= Ulp. 28 *ad Sab.*) vient du titre *De rebus creditis*, c'est-à-dire du commodat.

qu'il a ou non intérêt à cette expertise. Dans le premier texte cité, il apparaît que l'expert répond seulement de son dol si l'expertise est faite dans l'intérêt du propriétaire ("*si mea causa dedi, dolum mihi tantum praestabit*"), mais répond du dol et de la *custodia* si elle est faite dans son intérêt ("*si sui, et custodiam*").

Le deuxième texte présente un double avantage. Il explique tout d'abord pourquoi la responsabilité de l'expert est éventuellement limitée au dol : en l'absence d'intérêt de sa part, l'expertise est, pour Papinien et Ulpien, assez semblable à un contrat de dépôt ("*quia prope depositum hoc accedit*") où il est vrai que le débiteur de la chose répond en principe seulement de son dol. En second lieu, la question de l'intérêt des parties au contrat est présentée de façon plus correcte. Ulpien, dans le premier texte, fait varier la responsabilité de l'expert selon que l'intérêt se trouve dans le chef du propriétaire d'une part, de l'expert de l'autre. Mais cette disposition reste théorique dans la mesure où le propriétaire a toujours intérêt à l'expertise, soit qu'il désire être informé de la valeur de la chose, soit qu'elle ait lieu en vue d'une vente dont il retirera le paiement du prix. On ne voit d'ailleurs pas pourquoi un propriétaire demanderait ou accepterait une expertise s'il n'y a aucun intérêt. Papinien, plus proche de la réalité, devait distinguer selon que l'expertise a lieu au profit des deux parties ("*utriusque causa*") ou seulement dans l'intérêt du propriétaire ("*mea dumtaxat causa*"), et cette distinction a été reprise par Ulpien, non sans hésitation puisqu'il mentionne à nouveau l'hypothèse de l'intérêt du seul expert ("*ipsius causa*"). Du reste, comme la question posée est celle du critère de responsabilité applicable à l'expert, il est à la fois plus logique et plus simple d'envisager seulement la question de l'intérêt dans le chef du seul débiteur de la chose. Le rapprochement opéré par Ulpien avec le contrat de dépôt va d'ailleurs dans ce sens⁽¹⁸⁾.

(18) Le déposant a toujours intérêt au contrat. La question n'est donc pas de savoir si l'intérêt réside chez lui ou chez le dépositaire, mais elle se réduit à l'alternative intérêt-absence d'intérêt dans le chef du seul dépositaire.

Quoi qu'il en soit de l'intérêt du propriétaire, la variation du critère de responsabilité applicable à l'expert est bien établie, et ce dernier répond tantôt du dol, tantôt de la *custodia* qui englobe bien entendu le dol. Le second texte d'Ulpian pose un problème du fait qu'au lieu de la *custodia*, il mentionne la *culpa* si l'expert a intérêt au contrat. Il n'en a pas fallu plus pour qu'on invoque l'intervention des compilateurs qui auraient subsisté "*culpam*" à "*custodiam*"⁽¹⁹⁾. Mais si la mention de la *culpa* dans D. 19, 5, 17, 2 est due aux compilateurs, on ne voit pas pourquoi ils auraient laissé substitué la mention de la *custodia* dans le premier texte cité d'Ulpian⁽²⁰⁾ et dans le §4 du même fragment qui traite d'une hypothèse similaire (voir infra).

On le voit d'autant moins que la *culpa* se trouve mentionnée de façon opportune dans D. 19, 5, 17, 2, compte tenu de l'hypothèse envisagée au départ. Il est en effet question de la "perte" de la chose, l'expert à qui le propriétaire la réclame avouant l'avoir perdue : "*dicas te perdidisse*". Dès lors, ce qui peut lui être reproché est moins d'en avoir mal assuré la garde que d'avoir été négligent au point de ne plus se souvenir de l'endroit où il l'a laissée. Ce manque d'attention, cette désinvolture vis-à-vis de la chose d'autrui justifient pleinement que la *culpa* soit mentionnée dans ce texte.

Ces deux textes permettent donc de retenir que l'expert répond, pour son fait personnel, du dol s'il examine la chose sans y avoir intérêt, du dol, de la *culpa* et de la *custodia* dans le cas contraire.

(19) V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale* ..., pp. 114-115; J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, p. 342.

(20) J. PARIS (*La responsabilité de la custodia* ..., pp. 141-143) ne mentionne pas D.19,5,17,2, ce qui lui évite de devoir à nouveau invoquer la distraction des compilateurs ou l'inattention d'un copiste.

Il est possible de trouver confirmation de cette responsabilité pour *custodia* dans le fait que l'acheteur à l'essai, dont la situation est fort proche de celle de l'expert, en répond lui aussi, comme il ressort de

D. 19, 5 17, 4 (ULP.) : *Si, cum mihi uestimenta uenderes, rogauero, ut ea apud me relinquas, ut peritioribus ostenderem, mox haec perierint ui ignis aut alia maiore, periculum me minime praestaturum : ex quo apparet utique custodiam ad me pertinere.*⁽²¹⁾

Un acheteur a reçu à l'essai des vêtements qui ont été détruits par un cas de force majeure, ce dont Ulpien déduit qu'il n'est pas responsable. Mais le juriste ajoute que la *custodia* est à charge de l'acheteur. L'exclusion de la responsabilité par la force majeure correspond bien à ce qu'enseignent la plupart des textes qui traitent de la *custodia*.

Que l'on ne fasse pas état d'une éventuelle limitation de responsabilité au dol se comprend aisément. L'essai se fait nécessairement dans l'intérêt de l'acheteur qui peut ainsi vérifier, avant de s'engager, les qualités de la chose et son aptitude à répondre réellement à ses besoins. Dès lors, la faveur que constitue une responsabilité limitée^e au dol ne se justifie guère.

La responsabilité éventuelle de l'expert si la perte survient lors du transport de la chose est détaillée par Ulpien au D. 13, 6, 10, 1, celle de l'acheteur à l'essai l'est au D. 19, 5, 20, 2.

⁽²¹⁾ D.19,5,17,4 (ULP.). Trad. : "Si, comme tu voulais me vendre des vêtements, je t'ai demandé de me les laisser pour les montrer à de meilleurs connaisseurs, et que par la suite ils ont péri par la violence du feu ou quelque autre cas de force majeure, je ne répondrai en rien de la perte. Il apparaît par là que la garde me concerne."

Si le porteur a été choisi par le propriétaire, c'est lui qui supportera la perte de la chose. Il n'y a là rien que de très logique, car il serait surprenant d'imputer à l'expert (ou à l'acheteur) un dommage survenu par le fait d'un préposé de son cocontractant.

Si l'expert a choisi le porteur et qu'il a intérêt à l'expertise, il répondra de sa *culpa* : "*si uero ipse cui uoluit commisit, aequae culpam mihi praestabit*" (22), et la solution est identique pour l'acheteur à l'essai qui a fait reporter l'objet par un de ses préposés : "*culpam eorum quibus custodiendum perferendumue dederis praestare te oportere Labeo ait*" (23).

Dans les deux cas, c'est par le concept de *culpa* qu'est appréhendée la responsabilité du débiteur pour le fait de ses préposés. L'authenticité de cette mention a également été contestée par certains auteurs qui estiment, comme J. PARIS, que "les compilateurs ont voulu transformer en une responsabilité pour faute dans le choix du messager la responsabilité de la *custodia* qui devait incomber à l'*inspector* jusqu'au moment où la chose était remise au *tradens* ou à son envoyé" (24).

Cette interpolation est loin d'être établie (25), car la notion de faute dans le choix du préposé (*culpa in eligendo*) est plus apte que la *custodia* à rendre compte de la responsabilité du débiteur si la perte survient lorsque la chose n'est plus sous son contrôle direct, dans sa

(22) D.13,6,10,1.

(23) D.19,5,20,2.

(24) J. PARIS, *La responsabilité pour custodia* ..., p. 142. Dans le même sens, V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale* ..., p. 112.

(25) J. MICHEL, qui considère pourtant que la mention de la *culpa* dans D.19,5,17,2 est une interpolation, accepte apparemment l'authenticité de celle de D.13,6,10,1 et D.19,5,20,2 (*Gratuité en droit romain*, pp. 340-341). Remarquons également, à propos de D.13,6,10,1, que les compilateurs, si l'on suit la thèse de PARIS, ont dû être d'une distraction étonnante pour remplacer in fine la *custodia* par la *culpa* et la laisser subsister dans la même phrase, quand il s'agit d'apprécier la responsabilité de l'expert pour son fait personnel.

sphère immédiate de responsabilité. C'est elle qui est invoquée par Paul dans la sentence qui suit immédiatement D. 13, 6, 10, pour justifier que l'expert soit tenu :

D. 13, 6, 11 (PAUL.) : *Qui non tam idoneum hominem elegerit ut recte id perferri possit.*⁽²⁶⁾

Le rapprochement entre les deux textes a bien entendu été opéré par les compilateurs, mais ceci n'établit pas que la notion ne soit pas classique, d'autant qu'on la retrouve dans d'autres contrats, comme la vente⁽²⁷⁾, la *locatio operis*⁽²⁸⁾, ou la *locatio rei* (29).

Enfin, si l'expertise a lieu au profit du propriétaire et que la perte survient par le fait d'un préposé de l'expert, celui-ci ne répondra que du dol : "*si mei causa, dolum tantum*"⁽³⁰⁾. C'est, nous l'avons vu plus haut, moins l'intérêt dans le chef du propriétaire que l'absence d'intérêt dans celui de l'expert qui justifie cet adoucissement de responsabilité, qui n'a pas d'équivalent pour l'acheteur, en principe toujours intéressé par l'essai.

En conclusion, l'*inspectio*, qui aux yeux des juristes classiques oscille entre le dépôt et le commodat pour être le plus souvent considérée comme une convention *sui generis*, illustre bien la théorie de l'utilité qui fait opportunément varier le critère de responsabilité - du dol à la *custodia* - en fonction de l'intérêt de celui qui est le centre de gravité du problème de responsabilité : le débiteur de la chose. Le *pactum displicentiae*, assez proche, ne connaît

⁽²⁶⁾ D.13,6,11 (PAUL.). Trad. : "lui qui n'a pas choisi un homme assez compétent pour qu'il puisse la transporter correctement."

⁽²⁷⁾ Voir le chapitre VII.

⁽²⁸⁾ Voir le chapitre IV.

⁽²⁹⁾ Voir ce chapitre, section 2.

⁽³⁰⁾ D.13,6,12 (ULP.).

pourtant pas cette variation, par le fait qu'il n'y a pas d'alternative quant à l'intérêt de l'acheteur. Ce dernier répond toujours de la *custodia*, ce qui constitue après tout une contrepartie assez normale à l'avantage important que le vendeur lui consent en lui permettant d'apprécier la chose avant d'arrêter sa décision.

SECTION 2. *LOCATIO REI*

Beaucoup d'auteurs estiment que dès l'époque classique, le *conductor rei* répond de la *custodia*. Certains en font un critère de responsabilité applicable à tous les locataires⁽³¹⁾ tandis que d'autres, plus nuancés, n'en tiennent pour responsables que certains⁽³²⁾, généralement les locataires de choses mobilières⁽³³⁾. Les textes classiques, pourtant, ne parlent guère de *custodia* mais de *culpa* pour qualifier la responsabilité dans la *locatio rei* ⁽³⁴⁾, et c'est seulement sous Justinien que la *custodia* y joue un rôle, d'ailleurs assez limité : elle intervient comme critère de responsabilité, mais seulement pour certains locataires, comme il résulte d'un texte des Institutes,

I. 3, 24, 5 : *Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare. Qui pro usu aut uestimentorum aut argenti aut iumentum mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia*

(31) Voir notamment G. LUZZATTO, *Custodia*, dans NNDI 5, p. 94; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 7^e éd., Naples, 1984, p. 807, n. 87.5.

(32) A. GIFFARD et R. VILLERS, *Droit romain et ancien droit français*, Paris, 1958, p. 345.

(33) V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale* ..., pp. 130-138; R. MONIER, *Manuel de droit romain - Les obligations*, 5^e éd., Paris, 1954, p. 228.

(34) Sur la responsabilité du *conductor rei* en général, voir G. LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella locatio conductio rei*, dans *Studi Arangio-Ruiz* 2, pp. 379 sv.; T. MAYER-MALY, *Locatio-conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Munich, 1956, pp. 177 sv.; F. DE ROBERTIS, *Exactissima diligentia*, dans *S.D.H.I.* 23 (1957), pp. 119 sv.; C. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale* ..., pp. 144 sv. Sur le *periculum locatoris*, voir M. KASER, *Periculum locatoris*, dans *Z.S.S.* 74 (1957), pp. 155 sv.; MIQUEL, *Periculum locatoris. Ricerche in tema di responsabilità contrattuale*, dans *Z.S.S.* 81 (1964), pp. 134 sv.; C. ALZON, *les risques dans la locatio-conductio*, dans *Labeo* 12 (1966), pp. 311 sv.

talis desideratur, qualem diligentissimus pater familias suis rebus adhibet. Quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.⁽³⁵⁾

En se fondant sur la volonté présumée des parties au contrat, le texte met à charge du locataire la *custodia* que le "*diligentissimus pater familias suis rebus adhibet*", mais il ne parle explicitement que du louage de vêtements, d'argenterie ou de bêtes de somme ("*uestimentorum aut argenti aut iumentum*"). Il est légitime de penser, comme le fait C. ALZON⁽³⁶⁾, que ce critère de responsabilité s'applique également aux baux portant sur des choses du même genre, mais il est imprudent d'aller au-delà car les choses visées par ce texte, si elles sont généralement d'une valeur élevée, ce qui explique que le propriétaire, explicitement ou non, exige la *custodia* du locataire, sont aussi des choses qui en principe peuvent être gardées facilement, ce qui explique que le locataire, explicitement ou non, accepte de *praestare custodiam*. On ne peut appliquer ce raisonnement à tous les *conductores rei* et supposer qu'ils répondent de la *custodia* quelle que soit la chose donnée en location.

Qu'en est-il de la responsabilité du locataire à l'époque classique ? Le texte des Institutes ne vaut évidemment que pour l'époque de Justinien, avec les limites que nous venons d'indiquer, et rien ne permet de croire que Justinien se serait inspiré d'un texte de l'époque classique qui ne nous serait pas parvenu. Relativement à la question de savoir si le locataire répond *ipso facto* de la *custodia*, les textes classiques montrent au contraire, d'abord que sa responsabilité est liée au concept de *culpa*, ensuite que la *custodia*, lorsqu'elle intervient, est conventionnelle et additionnelle.

⁽³⁵⁾ I.3,24,5. Trad. : "Le locataire doit se conformer en tout aux clauses du contrat de louage et si quelque chose y a été omis, il doit agir conformément à ce qui est bon et juste. Celui qui a donné ou promis un loyer pour l'usage de vêtements, d'argenterie ou d'une bête de somme, doit y apporter la même garde que celle qu'assure un *paterfamilias* très diligent vis-à-vis de ses propres biens. S'il l'a fournie et qu'il perd la chose par accident, il ne sera pas tenu de sa restitution."

⁽³⁶⁾ C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* ..., p. 209.

C'est autour de l'idée de *culpa* que s'articule la responsabilité du locataire. Ceci résulte d'un texte d'Ulpien, dans lequel le fermier est tenu de sa faute en ce qui concerne les meubles qu'il a reçus en location avec l'exploitation agricole :

D. 19, 2, 19, 2 (ULP.) : *Illud nobis uidendum est, si quis fundum locauerit, quae soleat instrumenti nomine conductori praestare, quaeque si non praestet, ex locato teneatur. Et est epistula Neratii ad Aristonem dolia utique colono esse praestanda et praelum et trapetum instructa funibus, si minus, dominum intruere ea debere : sed et praelum uitiatum dominum reficere debere. Quod si culpa coloni quid eorum corruptum sit, ex locato eum teneri.*⁽³⁷⁾

De même, dans

D. 19, 2, 30, 2, (ALF.) : *Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione. Respondit uel lege Aquilia uel ex locato recte eum agere, sed lege Aquilia tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset, ex locato etiam si alius eas rupisset, cum conductore recte agi.*⁽³⁸⁾

Des mules prises en location ont été blessées parce qu'on les a surchargées, alors que le contrat avait probablement fixé la charge acceptable de façon précise ("*ad certum pondus oneris locaret*"). Alfenus décide que le locataire est responsable, soit qu'il ait conduit lui-même les mules, soit qu'il les ait confiées à un préposé.

⁽³⁷⁾ D.19,2,19,2 (ULP.). Trad. : "Examinons quelles sont les choses que le bailleur d'un fonds doit fournir au locataire, à titre d'outillage et qui, s'il ne les fournit pas, donneront lieu à l'action de louage. Il y a une lettre de Neratius à Ariston, qui précise que l'on doit en tous cas fournir des tonneaux au fermier, ainsi qu'un pressoir et une meule munies de leurs cordages, et s'ils manquent, que le propriétaire est tenu d'y pourvoir; de même, si le pressoir est défectueux, il a l'obligation de le réparer. Mais si l'une de ces choses est détériorée par la faute du fermier, il sera tenu par l'action de louage."

⁽³⁸⁾ D.19,2,30,2 (ALF.). Trad. : "Quelqu'un a donné en location des mules pour porter une charge déterminée, mais le locataire les a blessées en les chargeant au-delà du poids convenu. Le bailleur a demandé par quelle action agir. Il a été répondu qu'il pouvait agir soit par l'action de la loi Aquilia, soit par celle du louage, mais que par la première il ne pouvait agir que contre celui qui avait conduit les mules, tandis que par la seconde, il pouvait agir à bon droit contre le locataire, même si les mules avaient été blessées par quelqu'un d'autre."

Le fondement de cette responsabilité n'est pas donné dans le texte, mais la référence à la *lex Aquilia* permet de supposer que dans les deux hypothèses, c'est la *culpa* : le locataire est en faute, soit pour avoir surchargé les mules contrairement aux clauses du contrat⁽³⁹⁾, soit pour avoir laissé son préposé faire de même.

Dans ces deux cas, le dommage se produit sans intervention d'un tiers ou d'un événement extérieur. Ils ne peuvent donc nous éclairer sur une éventuelle responsabilité pour *custodia* du locataire. Il est nécessaire d'examiner les textes qui traitent d'hypothèses comme l'incendie, le vol ou la détérioration causée par un tiers, où la *custodia* est susceptible d'être mentionnée.

L'incendie intervient comme cause du dommage dans

D. 19, 2, 11, 4 (ULP.) : *Inter conductorem et locatorem conuenerat, ne in uilla urbana faenum componeretur : composuit : deinde seruus igne illato succendit. Ait Labeo teneri conductorem ex locato, quia ipse causam praebuit inferendo contra conductionem.*⁽⁴⁰⁾

où l'on trouve de nouveau une convention particulière annexée au bail et destinée à régler les droits et obligations du locataire. Il a été convenu dans le cas d'espèce que le locataire ne pourrait pas déposer de foin dans les locaux loués. Malgré cette interdiction, le locataire l'a fait et un des esclaves y a mis le feu. Selon Labéon, cité et approuvé par Ulpien, le locataire

⁽³⁹⁾ On peut croire qu'à défaut de convention en ce sens, il faudrait, pour apprécier la responsabilité du locataire, se reporter au comportement d'un *bonus paterfamilias* et plus particulièrement à la manière dont on utilise habituellement ces bêtes de charge.

⁽⁴⁰⁾ D.19,2,11,4 (ULP.). Trad. : "Il avait été convenu entre le bailleur et le locataire que ce dernier ne déposerait pas de foin dans la maison : le locataire en a déposé : ensuite son esclave a mis le feu au tas. D'après Labéon, le locataire est tenu *ex locato*, parce qu'il a été lui-même la cause (du dommage) en déposant (le foin) contrairement aux termes du contrat."

est tenu parce qu'il a été, du fait de son comportement contraire à la convention, la cause de l'incendie. Ce non-respect des engagements souscrits par le locataire constitue bien une *culpa*, même si le mot n'est pas employé par Ulpien.

C'est d'ailleurs sur base d'un défaut de diligence, cette autre face de la *culpa*, qu'Ulpien tient le locataire pour responsable de l'incendie, dans

D. 9, 2, 27, 9 (ULP.) : *Si fornicarius seruus coloni ad fornacem obdormisset et uilla fuerit exusta, Neratius scribit ex locato conuentum praestare debere, si negligens in eligendis ministeriis fuit.*⁽⁴¹⁾

Ces deux textes d'Ulpien permettent de préciser en quoi consiste la responsabilité du *conductor rei* pour le fait de ses préposés. Le locataire, comme le vendeur, n'assume apparemment pas de responsabilité automatique pour les dommages causés par ses préposés, contrairement à ce qu'affirment les textes pour le transporteur par voie de terre⁽⁴²⁾ ou le *nauta* ⁽⁴³⁾, peut-être parce que le locataire ou le vendeur sont généralement de simples particuliers alors que le transporteur est un professionnel, ce qui pourrait justifier une plus grande sévérité à son égard. Quoi qu'il en soit des causes, le locataire n'est responsable que de sa *culpa in eligendo*, c'est-à-dire qu'il n'est tenu que s'il a commis une faute dans le choix de ses préposés. En d'autres termes, le locataire, comme le vendeur, ne sera pas

⁽⁴¹⁾ D.9,2,27,9 (ULP.). Trad. : "Si un esclave du locataire, chargé du four, s'est endormi près du four et que la maison a été détruite par le feu, Neratius écrit que le locataire doit en répondre *ex locato* s'il a été négligent dans le choix de ses serviteurs."

⁽⁴²⁾ Cfr D.19,2,25,7 (GAIUS) : *Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit ...* . Pour Gaius, le transporteur est responsable des fautes de ses préposés comme s'il s'agissait des siennes : il n'est pas question, dans ce texte, de *culpa in eligendo*, mais de faute dans la manipulation des objets transportés.

⁽⁴³⁾ Le *nauta*, dans le cadre du *receptum*, encourt une responsabilité objective, "*sine culpa*", qui comprend nécessairement les dommages causés par le fait de ses préposés. Voir le chapitre II.

responsable de la simple négligence occasionnelle d'un préposé habituellement compétent, mais sera tenu s'il s'avère que le préposé est physiquement ou professionnellement incapable. Voilà sans doute pourquoi D. 18, 6, 12, à première vue surprenant, déclare que le vendeur n'est pas nécessairement responsable de l'incendie survenu par le fait d'un préposé "bien qu'un incendie n'arrive jamais sans la faute de quelqu'un"⁽⁴⁴⁾. Pour les mêmes raisons sans doute, Ulpien parle de "*neglegentia in eligendis ministeriis*" dans D. 9, 2, 27, 9.

A la faute du locataire dans le choix de ses préposés, il faut bien entendu ajouter l'hypothèse de sa propre faute. C'est sur cette base qu'il est responsable dans le cas visé par D. 19, 2, 11, 4 : même si l'incendie est dû à un esclave et non à lui, le locataire est tenu par le seul fait d'avoir entreposé du foin. Il n'est pas nécessaire de s'interroger sur l'existence d'une *culpa in eligendo*. La *culpa* personnelle du locataire est d'ailleurs à ce point suffisante que le texte suivant D. 19, 2, 11, 4 précise qu'il serait responsable même si la maison avait été incendiée par un tiers⁽⁴⁵⁾.

La question de la *culpa in eligendo* ne se pose évidemment pas si, par convention, le locataire accepte de répondre des fautes de son personnel. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre

D. 19, 2, 30, 4 (ALF./PAUL.) : *Colonus uillam hac lege acceperat, ut incorruptam redderet praeter uim et uetustatem : coloni seruus uillam incendit non fortuito casu.*

⁽⁴⁴⁾ D.18,6,12 (ALF.) : *Si uendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit ? Respondit, quia sine patris familias culpa fieri potest neque, si seruorum neglegentia factum esset, continuo dominus in culpa erit.* Sur ce texte, voir le chapitre VII.

⁽⁴⁵⁾ D.19,2,12 (HERM.) : *Sed et si quilibet extraneus ignem iniecerit, damni locati iudicio habebitur ratio.*

Non uideri eam uim exceptam respondit nec id pactum esse, ut, si aliquis domesticus eam incendisset, sed extrariam uim utrosque excipere uoluisse.⁽⁴⁶⁾

Dans le cas d'espèce, le locataire d'une maison a accepté de répondre de tous les dommages hormis ceux causés par la *uis maior* ou la vétusté de l'immeuble. Un esclave du locataire provoque un incendie par sa faute ("*non fortuito casu*"). Le locataire invoque vraisemblablement la convention pour dégager sa responsabilité au motif que l'incendie est un cas de "violence". Le problème traité par Alfenus est donc de savoir si l'incendie causé par l'esclave fait ou non partie de la violence dont question dans la convention annexe au bail, et le juriste y répond en estimant que cette violence élisive de responsabilité est seulement celle provoquée par une personne extérieure à la famille du locataire. Mais au-delà de l'interprétation de la convention, il faut remarquer que le bailleur, si cela lui avait été possible, aurait eu intérêt à invoquer la responsabilité du locataire pour le fait de ses préposés, plutôt que de fonder sa demande sur une clause d'interprétation aussi difficile. On peut en déduire qu'il n'y a pas de responsabilité automatique du locataire pour le fait de ses préposés, parce qu'il faut établir qu'il y a *culpa in eligendo* ⁽⁴⁷⁾.

Le vol, comme l'incendie, engage éventuellement la responsabilité du locataire sur base de la *culpa*, comme il ressort notamment d'un texte où Ulpian se prononce sur la question de la légitimation active du locataire à l'*actio furti* :

⁽⁴⁶⁾ D.19,2,30,4 (ALF./PAUL.). Trad. : "Un fermier a reçu en location une maison, avec la clause selon laquelle il la rendrait en bon état, sauf les cas de violence et de vétusté. Un esclave du locataire a mis le feu à la maison, sans qu'il s'agisse d'un cas fortuit. Il a été répondu que cet événement ne semblait pas être un cas de violence écarté par les parties et que la convention n'avait pas été que le locataire ne répondrait pas d'un incendie causé par quelqu'un de la maison, mais que les parties avaient voulu parler d'une violence extérieure."

⁽⁴⁷⁾ Dans ce sens, C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* ..., p. 145, n. 700.

D. 47, 2, 14, 12 (ULP.) : *Quod si conduxerit quis, habebit furti actionem, si modo culpa eius subrepta sit res.*⁽⁴⁸⁾

Nous avons déjà étudié ce texte et les discussions qu'il a suscitées⁽⁴⁹⁾, en particulier chez V. ARANGIO-RUIZ⁽⁵⁰⁾. Il nous suffit ici de remarquer qu'Ulpien donne l'*actio furti* au locataire pour lui permettre de se retourner contre le voleur, mais seulement s'il est responsable du vol, c'est-à-dire si le vol est survenu par sa faute. L'attribution du recours contre le voleur au locataire plutôt qu'au bailleur seulement si le premier a commis une faute se comprend aisément, car si le locataire a agi correctement et a malgré tout subi un vol, le propriétaire, ne pouvant faire jouer la responsabilité du locataire, n'obtiendra rien sur base de l'*actio locati* et devra agir lui-même contre le voleur. Il n'y a dès lors pas de raison de donner l'*actio furti* au locataire qui a agi "*sine culpa*".

Ce texte est également intéressant par ce qu'il ne dit pas. Il n'y est pas question de *custodia*, alors que l'hypothèse qu'il vise est le lieu idéal pour une responsabilité de ce type, car le vol est tout naturellement une des causes de perte ou de dommage que permet d'habitude d'éviter une activité correcte de garde, normalement sanctionnée par la responsabilité du même nom. La conclusion qu'il faut tirer de cette absence est tout simplement que le locataire ne doit pas en principe *praestare custodiam*.

La même observation peut être faite à propos de

D. 19, 2, 13, 7 (ULP.) : *Exercitu ueniente migravit conductor, dein de hospitio milites fenestras et cetera sustulerunt. Si domino non denuntiauit et migravit, ex locato*

⁽⁴⁸⁾ D.47,2,14,12 (ULP.). Trad. : "Si quelqu'un a pris un bien en location, il aura l'*actio furti*, du moins si la chose a été volée par sa faute."

⁽⁴⁹⁾ Voir le chapitre IV.

⁽⁵⁰⁾ V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale* ..., pp. 86-87.

tenebitur : Labeo autem si resistere potuit et non resistit, teneri ait, quae sententia uera est.(51)

Le locataire, sans doute pris de peur, a quitté l'immeuble loué à l'arrivée d'une troupe de soldats. Les détériorations causées à l'immeuble par ces derniers seront mises à sa charge, d'après Ulpien, s'il a abandonné les lieux en omettant d'avertir le propriétaire. La remarque de Labeon, approuvée par Ulpien, est aussi éclairante sur la conduite attendue du locataire qui sera tenu "s'il n'a pas résisté aux soldats alors qu'il avait la possibilité de le faire", ce qui correspond assez clairement à la conduite espérée d'un gardien diligent, une telle obligation pouvant se traduire dans ce texte par la mention de la *custodia*. Mais ce n'est pas le cas et il n'est pas excessif de penser que si le locataire répondait *ipso facto* de la *custodia*, Ulpien l'aurait mentionnée.

Un dernier indice du fait que la *custodia* ne figure pas au nombre des critères de base applicables à la responsabilité du *conductor rei* peut être trouvé dans

D. 43, 24, 16, pr. et 1 (PAUL.) : *Competit hoc interdictum etiam his qui non possident, si modo eorum interest. Si quis ui aut clam arbores non frugiferas ceciderit, ueluti cupressos, domino dumtaxat competit interdictum.*(52)

L'interdit *quod ui aut clam* appartient à celui qui y a intérêt et ce peut être le locataire. Mais, ajoute Paul, si ce ne sont pas des arbres fruitiers qui ont été coupés par violence ou

(51) D.19,2,13,7 (ULP.). Trad. : "A l'arrivée d'une troupe, le locataire a quitté la maison, puis les soldats ont enlevé des fenêtres et d'autres objets du bâtiment. Le locataire sera tenu s'il n'a pas averti le propriétaire et qu'il a quitté les lieux. Labéon dit qu'il sera également tenu s'il pouvait résister et qu'il ne l'a pas fait, et cette opinion est correcte. Par contre, s'il ne pouvait pas avertir le propriétaire, je ne pense pas qu'il soit tenu."

(52) D.43,24,16,pr. et 1 (PAUL.). Trad. : "Cet interdit (*quod ui aut clam*) appartient même à ceux qui ne sont pas possesseurs, à condition toutefois qu'ils y soient intéressés. Si quelqu'un a coupé par violence ou à la dérobée des arbres autres que fruitiers, comme des cyprès, l'interdit appartient seulement au propriétaire." Voir M. DAVID, *Etudes sur l'interdit quod ui aut clam*, Paris, 1947, pp. 21 sv.

clandestinement, c'est le bailleur et lui seul qui pourra agir contre le tiers auteur du dommage.

D'un point de vue patrimonial, on comprend bien que l'interdit ne soit pas accordé au locataire. Comme il n'est pas question d'arbres fruitiers, le locataire ne subit aucune perte⁽⁵³⁾. Le bailleur, par contre, qui est normalement propriétaire du fonds et des plantations, est le seul intéressé à recouvrer la valeur de ses arbres. Mais le problème de la responsabilité du locataire doit également être posé. S'il n'a aucun intérêt à agir par l'interdit, c'est que sa responsabilité ne peut être mise en cause. Il est vrai que le locataire ne peut être tenu, quel que soit le critère de responsabilité qu'on lui applique, *culpa* ou *custodia*, si les arbres ont été coupés, "*ui*", par violence, car "même la *custodia* est impuissante contre la violence"⁽⁵⁴⁾. Par contre, dans l'hypothèse où les arbres ont été coupés "*clam*", à la dérobée, le locataire pourrait voir sa responsabilité engagée, sur base de la *custodia*, s'il s'avère qu'il n'a pas assuré une garde active, pris les mesures de protection nécessaires contre les tiers. Que la question ne soit même pas évoquée par Paul confirme l'hypothèse qu'à l'époque classique du moins, le *conductor rei* ne répond pas de la *custodia*.

Dans l'autre sens, il existe apparemment l'un ou l'autre témoignage en faveur de la responsabilité pour *custodia*, mais ils ne sont guère probants, comme nous allons le voir.

La *custodia* est mentionnée dans une constitution de Dioclétien et Maximien (294 P.C.) rapportée au code de Justinien,

⁽⁵³⁾ A contrario, quand il s'agit d'arbres fruitiers, D.43,24,12 précise que le fermier peut exercer l'interdit parce qu'il a évidemment intérêt à la conservation des fruits : *Quamquam autem colonus et fructuarius fructuum nomine in hoc interdictum admittantur, tamen et domino id competet, si quid praeterea eius intersit.*

⁽⁵⁴⁾ Cfr D.19,1,31,pr. (NER.) : *Custodia aduersus uim parum proficit.*

C. 4, 65, 28 : *In iudicio tam locati quam conducti dolum et custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, uenire constat.*⁽⁵⁵⁾

Outre la date assez tardive de cette constitution, il faut remarquer que la mention de la *culpa* est omise. C'est à tort que J. PARIS voit dans cette omission l'indice d'une interpolation⁽⁵⁶⁾, car la *culpa*, critère de responsabilité de l'époque classique, l'est tout autant par la suite et sous Justinien. Dès lors, sauf à sortir une nouvelle fois du placard un "compilateur ignorant" ou un "copiste distrait", on ne voit pas pourquoi les compilateurs auraient supprimé le mot "*culpa*" ou remplacé une mention existante de la *culpa* par "*custodia*", alors qu'on invoque le phénomène inverse chaque fois que le besoin se fait sentir de justifier la théorie de la *custodia* objective.

Si l'on accepte le texte tel qu'il est rédigé au Code, l'omission même de la *culpa* peut éclairer le sens qu'il a pour ses auteurs. Leur but n'est pas de définir ce qu'est la responsabilité dans le louage, mais plutôt ce qu'elle n'est pas : une responsabilité pour cas de force majeure. En d'autres termes, la substance du texte n'est pas dans la mention du dol ou de la *custodia*, mais dans l'exclusion du "*casum cui resisti non potest*". Les auteurs de la constitution ont entendu signifier que dans le louage, la responsabilité des parties peut aller jusqu'à la *custodia* mais pas au-delà, en manière telle qu'il est imprudent de tirer une conclusion, positive ou négative, sur la *custodia* du *conductor rei* à l'époque classique, d'autant que la constitution ne vise pas la *locatio rei* en particulier, comme le montrent les mots "*in iudicio tam locati quam conducti*" qui permettent tout autant d'atteindre l'ouvrier dans le cadre d'une *locatio operarum*, ou l'entrepreneur dans celui d'une *locatio operis*.

⁽⁵⁵⁾ C.4,65,28. Trad. : "Aussi bien dans l'action contre le preneur que dans l'action contre le bailleur, il est établi que le dol et la *custodia* interviennent, mais non les événements auxquels on ne peut résister."

⁽⁵⁶⁾ J. PARIS, La responsabilité de la *custodia* ..., pp. 146-148.

Le second texte qui témoigne apparemment du fait que le locataire répond de la *custodia* est une sentence d'Ulpien au titre du Digeste 13.6. *Commodati uel contra* et qui concerne en ordre principal le contrat de prêt d'usage. La question qui y est posée est de savoir si, lorsqu'un véhicule a été prêté à deux personnes en même temps, chaque emprunteur est tenu pour le tout ou seulement pour partie. Mais on y envisage également de façon incidente, l'hypothèse où le véhicule a été loué, et non prêté, de sorte que la réponse est :

D. 13, 6, 5, 15 (ULP.) : (...) *Uerum in uehiculo commodato uel locato pro parte quidem effectum me usum habere, quia non omnia loca uehiculi teneam. Sed esse uerius ait et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere : quare duo quodammodo rei habebuntur et, si alter conuentus praestiterit, liberabit alterum et ambobus competit furti actio.*⁽⁵⁷⁾

D'après Ulpien, chacun des deux emprunteurs ou locataires doit répondre du dol, de la *culpa*, de la *diligentia* et de la *custodia*. Il est cependant vraisemblable qu'au départ le texte ne concernait que le commodataire, et que la mention du locataire y a été ajoutée ultérieurement afin de compléter l'énoncé du juriste classique, car il faut remarquer que l'hypothèse du louage est introduite de façon assez artificielle dans le texte qui commence par

"Si duobus uehiculum commodatum sit uel locatum..."

alors que l'on aurait dû trouver, si le louage avait été visé dès le départ,

"Si duobus uehiculum commodatum uel locatum sit..." .

⁽⁵⁷⁾ D.13,6,5,15 (ULP.). Trad. : "A la vérité, j'ai l'usage d'un véhicule prêté ou loué seulement pour partie, parce que je n'occupe pas toute la place dans le véhicule. Mais il est plus exact que je dois répondre pour le tout du dol, de la *culpa*, de la *diligentia* et de la *custodia* : c'est pourquoi les deux emprunteurs ou locataires, d'une certaine manière, seront tenus pour la chose, et si l'un, poursuivi, a satisfait le demandeur, il libérera l'autre et l'*actio furti* revient aux deux."

D'après LENEL^(57 bis), le problème envisagé dans D. 13, 6, 5, 15 se rattache au commodat, parmi les textes traitant *De rebus creditis*. De plus, l'examen du problème envisagé dans D. 13, 6, 5, 15 se poursuit dans un autre texte d'Ulpien, D. 13, 6, 7, pr. également tiré du livre 28 *ad edictum* et dans lequel, par contre, il n'est plus question de louage mais seulement de commodat, ce qui est normal puisque les deux textes figurent au titre 13. 6. *Commodati uel contra*.

Toutes ces raisons justifient l'hypothèse d'une intervention des compilateurs, ce qui enlève du même coup toute force probante à D. 13, 6, 5, 15 en ce qui concerne la responsabilité du locataire, d'autant que le problème étudié par Ulpien est moins celui du critère de responsabilité applicable aux codébiteurs que celui de leur solidarité face au propriétaire du véhicule.

Quoi qu'il en soit, un seul texte à l'appui de la *custodia* du locataire, c'est bien peu en face de tous ceux qui ont été examinés plus haut, et dans lesquels on devrait la trouver mentionnée, compte tenu du problème qu'ils traitent (vol ou dommage causé par un tiers notamment).

Certains auteurs, sans doute poussés par la constatation que les textes organisent la responsabilité du locataire autour de la *culpa*, sont allés plus loin et ont prétendu qu'il était certain qu'à l'époque classique, le *conductor rei* ne répondait pas de la *custodia*. Ils ont voulu en trouver une preuve dans un texte d'Ulpien concernant un cas de vol de bétail.

D. 19, 2, 9, 4 (ULP) : *Imperator Antonius cum patre, cum grex esset abactus quem quis conduxerat, ita rescripsit : si capras latrones citra tuam fraudem abegisse probari*

^(57 bis) LENEL, *Pal.*, Ulp. 807.

potest, iudicio locati casum praestare non cogeris atque temporis quod insecutum est mercedes ut indebitas recuperabis.⁽⁵⁸⁾

Ulpien rapporte un rescrit des Empereurs Caracalla et Septime-Sévère dont il est peut-être l'auteur, ayant été en charge à la chancellerie sous leur règne. Le locataire d'un troupeau, victime de brigands qui ont enlevé les bêtes, interroge l'Empereur sur la question de sa responsabilité vis-à-vis du bailleur. Il lui est répondu qu'il n'est pas tenu si le vol a eu lieu sans fraude de sa part ("*citra tuum fraudem*"), qu'il faut vraisemblablement comprendre comme une complicité avec les brigands.

De ce fait, certains auteurs ont vu dans ce texte la preuve que la *custodia* est exclue puisque le *conductor rei* n'est pas responsable en cas de vol, sauf s'il a lui-même été malhonnête⁽⁵⁹⁾. Mais le raisonnement est faussé par la qualification donnée à "l'*abigeatus*" qui, compte tenu des circonstances dans lesquelles il se produit, n'est pas un vol simple.

Ce délit, pour être compris dans le concept général de *furtum* et donner lieu à l'*actio furti*, n'en rentre pas moins dans la catégorie des *crimina extraordinaria* punis en outre de peines publiques⁽⁶⁰⁾. De ce fait, l'*abigeatus* peut être assimilé, quant à son effet libératoire, à l'*effractura latronum* dont une constitution du même Caracalla nous dit qu'elle libère en

⁽⁵⁸⁾ D.19,2,9,4 (ULP.). Trad. : "L'Empereur Antonin et son père, à propos d'un troupeau donné en location et qui avait été enlevé, ont donné cette réponse : s'il est possible de prouver que les brigands ont enlevé les chèvres en dehors de toute fraude de ta part, tu ne devras pas répondre de cet événement envers le bailleur et tu pourras récupérer les loyers payés indûment pour la période postérieure."

⁽⁵⁹⁾ Cfr F. HAYMANN, *Textkritische Studien* ..., dans Z.S.S. 40 (1919), p. 236; J. VAZNY, *Custodia*, dans A.U.Pal. 12 (1929), p. 128.

⁽⁶⁰⁾ V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale* ..., p. 137.

principe le débiteur⁽⁶¹⁾, ou au *latrocinium*, qu'Ulpien distingue du vol simple dans un autre texte du Digeste⁽⁶²⁾.

Il en résulte que ce texte traite d'un cas de *uis maior* ⁽⁶³⁾ et non d'un simple vol. On ne peut en tirer aucune conclusion quant au critère de responsabilité applicable au locataire - si ce n'est qu'il répond de son dol⁽⁶⁴⁾ - du fait que même s'il était tenu de la *custodia*, l'événement qui a provoqué la perte du troupeau aurait pour effet de le libérer car il est certain que la *custodia*, quelle que soit la nature qu'on lui donne, trouve sa limite dans l'événement "*cui resisti non potest*".

Rien n'interdit donc de penser que le *conductor rei* doit *praestare custodiam*. Mais en l'absence de témoignage en ce sens, il faut considérer que sa responsabilité est fondée sur le

⁽⁶¹⁾ C.4,65,1 : *Dominus horreorum periculum uis maioris uel effracturae latronum praestare non cogitur* Sur ce texte et le problème de l'*effractura* en général, voir le chapitre III, section 3.

⁽⁶²⁾ D.17,2,52,3 (ULP.) : *Damna quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogentur praestare : ideoque si pecus aestimatum datum sit et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit eius, qui aestimatum pecus acceperit : quod si a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est* Trad. : "Les associés ne sont pas obligés de répondre des dommages qui surviennent par surprise, c'est-à-dire des dommages inévitables : ainsi, si un associé a reçu avec estimation un troupeau qui périt dans un incendie ou dans une attaque de brigands, la perte sera supportée par la société, si cet associé n'a commis ni dol ni faute. Mais si le troupeau a été dérobé par des voleurs, la perte sera subie par lui ..."

⁽⁶³⁾ Dans ce sens, U. BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione*, dans *R.I.S.G.* 3 (1928), p. 14; C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts*, p. 69, n. 363.

⁽⁶⁴⁾ Pour F. HAYMANN, (*Textkritische Studien* ..., p. 237), les mots "*citra tuam fraudem*" sont l'indice du fait qu'à l'époque classique, le *conductor rei* ne répondait que de son dol. L'auteur considère que ces mots ont échappé par mégarde à la censure des compilateurs, et qu'ils ne correspondaient pas au système de responsabilité en vigueur à leur époque. Cette manière de voir ne peut être suivie car elle va bien au-delà de ce qu'affirme Ulpien. Une chose est de dire que le locataire n'est tenu que de son dol, une autre est de dire qu'il est tenu s'il a commis un dol. Ulpien ne décide pas que le dol est le seul critère de responsabilité applicable au locataire, mais simplement que le dol empêche la force majeure de jouer un rôle libérateur. Ceci confirme par ailleurs que l'apparente présentation objective de la *uis maior* n'empêche pas qu'il faille tenir compte, dans chaque cas d'espèce, du comportement effectif du débiteur.

dol et la *culpa*. On peut en trouver confirmation dans un texte d'Alfenus, qui a l'immense avantage de nous éclairer sur la nature même de la *custodia* :

D. 19, 2, 29 (ALF.) : *In lege locationis scriptum erat : redemptor siluam ne caedito neue cingito neue deurito neue quem cingere caedere urere sinito. Quaerebatur, utrum redemptor, si quem quid earum rerum facere uidisset, prohibere deberet an etiam ita siluam custodire, ne quis id facere possit. Respondi uerbum sinere utramque habere significationem, sed locatorem potius id uideri uoluisse, ut redemptor non solum, si quem casu uidisset siluam caedere prohiberet, sed uti curaret et daret operam, ne quis caederet.*⁽⁶⁵⁾

Le problème rapporté dans ce texte est relatif à l'interprétation d'une convention annexée à un contrat de louage (*locatio rei*). Le locataire d'une forêt s'est engagé, par convention, à ne pas porter atteinte aux arbres ("*ne caedito neue cingito neue deurito*") et à ne pas permettre que des tiers le fassent ("*neue quem cingere caedere urere sinito*").

Toute la question est d'interpréter correctement cette seconde clause qui est susceptible de recevoir une portée différente selon le sens, actif ou passif, que l'on donne au verbe "*non sinere*", "ne pas permettre", comme en français du reste⁽⁶⁶⁾.

Si l'on donne au verbe un sens actif, le locataire doit assurer la garde de la forêt ("*siluam custodire*") de manière à empêcher les tiers de commettre des dégradations ("*ne quis*

⁽⁶⁵⁾ D.19,2,29 (ALF.). Trad. : "Dans un contrat de louage, on a écrit cette clause : l'adjudicataire ne pourra ni couper ni écorcher ni brûler des arbres et ne devra laisser personne faire de même. On se demandait si l'adjudicataire devait seulement empêcher celui qu'il voyait agir ainsi de le faire, ou s'il devait assurer la garde de la forêt afin que personne ne puisse agir ainsi. Il a été répondu que le verbe "*sinere*" avait les deux significations, mais que le bailleur semblait plutôt avoir voulu que l'adjudicataire, non seulement empêche de couper des arbres quelqu'un qu'il aurait vu par hasard, mais qu'il veille activement à ce que personne ne le fasse."

⁽⁶⁶⁾ "Ne pas permettre" suivi du subjonctif a généralement le sens de "ne pas admettre que, ne pas consentir à ce que", tandis que "ne pas permettre de" suivi de l'infinitif signifie d'habitude "empêcher de, ne pas donner la possibilité de". Comparer : "mon père ne permet pas que je prenne sa voiture" et : "ma santé ne me permet pas de courir plus vite".

id facere possit"). Si le verbe a un sens passif, le locataire est seulement obligé d'intervenir s'il se trouve devant un tiers en train de commettre une dégradation ("*si quem quid earum rerum facere uidisset prohibere*").

C'est la première interprétation qui est retenue par Alfenus, pour qui la convention annexe impose au locataire une véritable garde active ("*curaret et daret operam*" : il s'agit véritablement d'un travail) destinée non seulement à faire cesser un dommage dont il serait témoin ("*prohibere*") mais également à prévenir ("*curaret*") de la même manière, pourrait-on ajouter, que le rôle d'un gardien de prison, d'ailleurs souvent appelé *custodiarus* (67), est non seulement d'intervenir en cas de tentative d'évasion d'un détenu, mais aussi et surtout de prévenir toute tentative par une surveillance active.

On peut tirer au moins quatre conclusions de ce texte important.

Premièrement, si le bailleur a cru nécessaire d'ajouter au bail une convention prévoyant la *custodia*, c'est a contrario que la responsabilité de base dans la *locatio rei* est seulement la *culpa* (67), ce que confirment les autres textes relatifs à ce contrat.

Deuxièmement, le locataire, par l'effet du seul contrat de bail, a déjà l'obligation de protéger la chose contre les dommages qui seraient causés par les tiers, même si la surveillance qu'implique le concept de *culpa* a un aspect assez passif ("*prohibere*").

(67) Cfr *Corpus Inscriptionum Latinarum*, 6, 327.

(67) Il est possible d'objecter que ce ne serait pas le premier exemple d'une clause inutile ajoutée à un contrat par une personne désireuse d'éviter tout malentendu vis-à-vis de son contractant. Mais si cette clause n'ajoutait rien à la responsabilité du locataire -donc si ce dernier répondait déjà de la *custodia* par le fait du contrat de bail - la discussion relative à la portée de la convention annexe serait tout à fait inutile.

Troisièmement, ce ne sont en définitive pas les hypothèses de responsabilité qui vont permettre de distinguer la *custodia* de la *culpa* (en ce sens que la *culpa* serait une responsabilité pour le dommage causé par le débiteur lui-même alors que la *custodia* le serait pour le dommage causé par un tiers), mais bien l'aspect passif ou actif de la surveillance : la *custodia* implique une activité en vue d'éviter le dommage.

Quatrièmement, de la même manière qu'on ne peut dire qu'il y a *culpa* sans vérifier si le locataire a bien eu la possibilité d'empêcher le dommage par son intervention, ainsi l'on ne peut dire qu'il y a défaut de *custodia* sans vérifier si les mesures prises par le locataire étaient ou non adéquates pour prévenir le dommage⁽⁶⁹⁾. La *custodia*, comme la *culpa*, est un critère de responsabilité subjective.

⁽⁶⁹⁾ Dans cette perspective, on comprend parfaitement pourquoi, dans D.13,6,5,14, Ulpian exprime l'opinion que le commodataire ne répond pas de la *custodia* (technique) si c'est le propriétaire lui-même qui assure la *custodia* (matérielle) : *Ego puto commodati quidem agendum, uerum custodiam eum praestare debere penes quem res relictæ sunt*. Qui n'a pas les moyens d'assurer la conservation de la chose ne saurait être tenu de *praestare custodiam*.

CONCLUSION

1. S'il faut préciser la nature et le domaine d'application de la notion juridique de *custodia* à l'époque classique, la démarche la plus opportune est d'en dresser un portrait par touches successives, en reprenant les conclusions partielles auxquelles amènent les différents contrats qui ont été étudiés.

2. A la lecture des textes relatifs au contrat de dépôt, on ne peut manquer d'être frappé par une apparente contradiction. D'une part, il apparaît que la responsabilité du dépositaire - sauf s'il est rémunéré ou s'il a accepté par convention une aggravation de responsabilité - est limitée à son dol. Il est dit que le dépositaire "*non praestat custodiam*", ne répond pas de la *custodia*, pas plus qu'il n'est tenu de sa faute, ce qui se justifie aisément par le fait qu'il rend gratuitement un service d'ami. Mais d'autre part, les textes enseignent de façon tout aussi claire que l'on attend du dépositaire qu'il garde la chose qui lui a été remise, et qu'il s'agit là du but principal de ce contrat. Le dépôt est défini comme l'objet que l'on remet à quelqu'un pour qu'il soit gardé, et plusieurs textes parmi ceux qui ont été examinés ne se comprennent que si l'on admet, comme en droit positif belge d'ailleurs, l'existence d'une véritable obligation de garde à charge du dépositaire dont le champ des obligations, quoi qu'en aient dit certains, ne se réduit donc pas à la restitution de la chose.

Le problème surgit de la confrontation des deux affirmations. On ne peut en effet pas dire à la fois que la chose est remise pour être gardée ("*quod custodiendum alicui datum est*") et que celui à qui elle est remise ne doit pas la garder ("*custodiam non praestat*").

Devant cette difficulté suscitée par des textes que rien ne permet de considérer comme interpolés, il ne paraît pas satisfaisant de supprimer la contradiction en faisant disparaître un

de ses éléments, soit en niant l'existence de l'obligation de garde, soit en refusant de considérer la *custodia* comme un critère spécifique de responsabilité.

Une lecture cohérente des textes impose plutôt d'établir une distinction entre l'objet de l'obligation (les prestations attendues du débiteur) et le critère de responsabilité (les conditions d'imputation du dommage), c'est-à-dire entre la *custodia* matérielle et la *custodia* technique. Le dépositaire doit prendre les mesures adéquates pour éviter la perte ou le dommage, mais le fait qu'il le fasse gratuitement justifie une relative mansuétude à son égard si le dommage se produit néanmoins. Dans cette perspective, il est correct de dire à la fois que le dépositaire doit garder la chose (*custodia* matérielle) mais qu'il ne doit pas "*praestare custodiam*" (*custodia* technique) puisqu'il ne répond que de son dol.

Du reste, la distinction établie dans les textes entre le dépositaire ordinaire et le dépositaire salarié rend nécessaire la dissociation de la *custodia* matérielle et de la *custodia* technique. Le dépositaire ordinaire "*non praestat custodiam*", alors que celui qui est rémunéré en répond. On ne peut cependant en déduire que le déposant attend moins d'un ami en qui il a placé sa confiance que d'une personne qu'il paie. La différence qu'entraîne la rémunération se situe donc plutôt au niveau du critère de responsabilité. Mais la variation de celui-ci n'entraîne pas de modification du contenu des obligations : l'obligation de garde est constante, alors qu'au niveau de l'imputabilité du dommage, on passe du dol en cas de dépôt ordinaire à la *custodia* technique s'il y a rémunération.

3. L'institution prétorienne du *receptum nautarum cauponum et stabulariorum*, destinée à établir à charge des transporteurs maritimes, aubergistes et loueurs d'écuries un régime de responsabilité dérogatoire au droit commun, mérite une attention particulière dans la mesure où c'est à partir des textes qui en traitent que la majorité des auteurs entendent démontrer que

la *custodia* technique est bien, à l'époque classique, une responsabilité objective, "*sine culpa*".

Nombreuses sont les difficultés qui surgissent du manque de clarté de certains textes, de l'interrogation sur l'origine du *receptum nautarum*, sur sa nature et sa portée juridique, et de la coexistence à l'époque classique de plusieurs recours possibles contre le transporteur maritime, parmi lesquels il convient de distinguer les recours fondés sur le *receptum* (action *de recepto*) et ceux du droit commun (particulièrement l'action *locati*).

La responsabilité prétorienne imposée aux transporteurs, au départ plus lourde que celle des débiteurs qui répondent de la *custodia* puisque la première est semble-t-il absolue, va être limitée par l'octroi d'une exception attribuée à Labéon et permettant aux transporteurs d'invoquer la force majeure, ou du moins certains événements comme la piraterie ou le naufrage, afin de se libérer. Par ailleurs, le *receptum*, résultant au départ d'une convention expresse avec le client, va devenir tacite, tout en pouvant encore être écarté expressément par le transporteur.

A la suite de cette double évolution, le transporteur, par le seul fait qu'il a reçu les marchandises, va pouvoir être poursuivi par l'action *de recepto*. La responsabilité qui en découle conduit à le rendre responsable dès qu'il y a vol, perte ou dommage, hormis les cas de force majeure et même s'il n'a commis aucune faute : Ulpien précise on ne peut plus clairement qu'il y a responsabilité "*sine culpa*". A partir de cette précision, la majorité des auteurs estiment que cette responsabilité prétorienne est une responsabilité pour *custodia*, et y voient la preuve que tous ceux qui doivent *praestare custodiam* (foulon, tailleur et commodataire notamment) assument également une responsabilité sans faute, donc objective.

Mais un examen attentif des textes, y compris de ceux qui règlent le recours contre le transporteur non sur base du *receptum* mais dans le cadre de la *locatio-conductio*, ne permet nullement d'assimiler la responsabilité objective *ex recepto* et la responsabilité pour *custodia*.

S'il est question d'une responsabilité "*sine culpa*", c'est seulement dans le cadre de l'action *de recepto*, et les textes relatifs au *receptum* ne mentionnent pas la *custodia* technique, mais seulement, à l'occasion, une activité de garde, ce qui confirme la pertinence de la distinction qu'invitaient à établir les textes relatifs au dépôt. Comme dans le contrat de dépôt, il y a une *custodia* matérielle, une activité de garde à charge du transporteur, en ce sens que ses clients attendent de lui qu'il prenne les mesures adéquates pour éviter la perte ou la détérioration des marchandises qu'ils lui confient. Mais tandis que cette obligation est sanctionnée, chez le dépositaire, par un critère de responsabilité inférieur à la *custodia* technique, elle est sanctionnée par un critère supérieur chez le transporteur qui est tenu "*sine culpa*".

Quant aux textes relatifs à la responsabilité du transporteur dans le cadre de la *locatio-conductio*, et qui sont d'application s'il apparaît qu'il a écarté le *receptum* et la responsabilité aggravée qui en découle, ils semblent bien s'articuler autour de la notion de *culpa*. Il faut remarquer à ce propos que certains textes décident que le transporteur n'est pas responsable du dommage "*si culpa caret*", s'il n'a pas commis de faute. La *culpa* ne peut donc être considérée comme un critère de responsabilité objective qui se réduirait au seul lien de cause à effet entre un acte du débiteur et la survenance du dommage, puisque le transporteur peut n'avoir commis aucune faute alors qu'il a néanmoins "objectivement" provoqué le dommage dans la mesure où son activité intervient dans la chaîne causale.

Ces mêmes textes relatifs à la *locatio-conductio* n'excluent pas la *custodia* technique, et le lien sémantique qui existe entre elle et l'activité de garde incite même fortement à penser qu'elle s'applique au transporteur maritime. Mais à défaut de texte qui déclare que le transporteur "*praestat custodiam*", il reste à considérer la *custodia* technique comme une

hypothèse, même si elle est hautement probable. En supposant qu'elle soit établie, elle ne peut être que de nature subjective, par le fait de sa coexistence avec la *culpa*, comme le montrent de façon plus précise les textes relatifs au foulon et au tailleur.

4. De façon à peu près unanime, la doctrine considère que le bailleur d'entrepôts - le propriétaire ou l'*horrearius* s'il y a un double contrat de louage - répond normalement de la *custodia* vis-à-vis des clients, ce qui le rend responsable en cas de dommage, vol ou perte des marchandises, sauf cas de force majeure, cette dernière notion incluant l'hypothèse d'*effractura horreorum*, c'est-à-dire le vol avec effraction.

La difficulté surgit lorsqu'on découvre, notamment dans un rescrit d'Alexandre-Sévère et une sentence de Paul au Digeste, qu'il existe également une responsabilité pour *effractura*, conventionnelle et additionnelle, que les textes qualifient de *custodia*. Cette qualification ne peut être admise par la majorité des auteurs. Si l'on part en effet de l'idée que la *custodia* est la responsabilité de base dans le louage d'entrepôts, qu'elle est objective et qu'elle n'est écartée que par la force majeure, on ne peut admettre que le bailleur d'entrepôts n'en réponde que s'il l'accepte par convention, ni que cette *custodia* soit présentée comme une responsabilité pour *effractura*, le vol avec effraction étant généralement considéré comme un cas de force majeure.

Pour résoudre le problème, la majorité des auteurs n'ont trouvé d'autre solution que de recourir aux interpolations : la responsabilité additionnelle pour *custodia* du bailleur d'entrepôts serait le résultat d'une intervention maladroite des compilateurs qui auraient ainsi créé une confusion avec la responsabilité de base du contrat. Il n'est cependant pas sûr que la confusion soit le fait des compilateurs, et pour de multiples raisons dont la moindre n'est pas que ses partisans sont bien en peine de donner un motif à cette prétendue intervention, cette solution ne peut être retenue.

Il n'y a pourtant rien d'étonnant à ce que certains débiteurs soient responsables en cas d'*effractura* dans le cadre de la *custodia* technique, car le vol avec effraction, quoi qu'on en ait dit, ne constitue pas toujours un cas de force majeure. Il importe de remarquer à ce propos qu'il n'y a pas, en droit romain, de théorie élaborée de la force majeure. La seule définition qu'il est possible d'en donner est qu'il s'agit d'un événement "*cui resisti non potest*", auquel le débiteur ne peut résister, les textes classiques procédant seulement par énumération de cas. La question est donc de savoir, dans chaque cas d'espèce, si l'événement invoqué par le débiteur pour dégager sa responsabilité est bien, pour lui, de ceux auxquels on ne peut résister.

Dans le cas précis du bailleur d'entrepôts, on ne peut assimiler d'une façon absolue le vol avec effraction à un cas de force majeure, car les textes relatifs aux *horrea* distinguent clairement l'*effractura* et la *uis maior*, ce qui se comprend bien si l'on tient compte de l'organisation des entrepôts. On ne peut demander à un foulon ou à un tailleur d'assurer une garde active et permanente des vêtements qui leur sont confiés. Il est donc normal que ces artisans, qui répondent pourtant de la *custodia* technique, soient libérés en cas de vol avec effraction, qui est pour eux un cas de force majeure. Si le bailleur accepte, vraisemblablement contre un loyer plus élevé, d'assurer la garde des locaux qu'il met à la disposition des clients, il doit pouvoir éviter l'*effractura*, compte tenu de l'organisation des *horrea* telle que nous la connaissons par les données archéologiques ou épigraphiques, de la manière dont la garde était assurée par des vigiles et de la présence, à l'extérieur, d'un corps de police d'Etat. Le vol avec effraction n'est donc pas, pour lui, un événement auquel il ne peut résister.

Il s'agit là d'une responsabilité pour *custodia* qui s'ajoute à la responsabilité de base du bailleur fondée, elle, sur la *culpa*. On attend du bailleur d'entrepôts qu'il mette à la disposition des clients des locaux conçus et aménagés pour assurer en principe la sauvegarde

des marchandises, et qu'il reçoive les biens déposés, les enregistre, les conserve et les restitue à la demande des clients, obligations qui trouvent toutes leur sanction naturelle dans la *culpa*. Le bailleur n'assure normalement pas de garde des entrepôts, ce qui explique que les textes ne mentionnent la *custodia* que comme une responsabilité additionnelle et conventionnelle.

On peut dès lors retenir que les textes relatifs aux *horrea* confirment le lien étroit qui existe entre l'activité de garde et la responsabilité du même nom, que la *custodia* technique s'ajoute à la *culpa*, pierre d'angle du système de responsabilité, et que le concept de *custodia* doit être appliqué de façon souple au débiteur concerné, en tenant compte de sa situation particulière et des moyens dont il dispose pour empêcher le vol et le dommage aux biens qui lui sont remis.

5. Dans la littérature juridique, le foulon et le tailleur occupent une place plus importante que celle que devraient leur conférer leur statut social et leur importance économique. Souvent cités, il est vrai, par les juristes romains dans l'examen des problèmes de responsabilité contractuelle, ils apparaissent comme des exemples, des cas d'école aux yeux de la plupart des romanistes qui n'hésitent pas à généraliser à tous les artisans et entrepreneurs les textes relatifs aux seuls foulon et tailleur.

Une telle généralisation a pour elle l'avantage d'une apparente cohérence et de la simplicité : elle permet de régler de la même façon la responsabilité de l'ensemble des *conductores operis*. Selon beaucoup d'auteurs, tous les artisans et entrepreneurs doivent, comme le foulon et le tailleur, *praestare custodiam*, ce qui implique qu'ils sont tenus de façon objective.

Il ne nous paraît cependant pas opportun de faire régner une logique catégorielle dans un ordre juridique essentiellement casuistique. Lorsque certains auteurs écrivent que le foulon et le tailleur sont des types d'artisans, mais qu'on aurait pu en nommer d'autres à côté d'eux ou à leur place, il faut bien constater que les juristes romains ne l'ont pas fait. Les textes relatifs aux autres *conductores operis*, confirmant ce que nous avons dit du transporteur maritime et du bailleur d'entrepôts, analysent leur responsabilité en terme de *culpa*. Si le foulon et le tailleur répondent de la *custodia*, c'est parce que leur situation est particulière, eu égard à l'indice de probabilité de perte ou de vol, mais également à la gravité du sinistre potentiel. Le risque de vol des vêtements qui leur sont confiés est élevé, compte tenu de leurs conditions de travail, mais le remboursement éventuel de la valeur des biens volés à leur propriétaire ne ruinera pas le foulon et le tailleur qui peuvent donc être soumis, par le fait du contrat, à la responsabilité de la *custodia*. Une telle responsabilité est, par ailleurs, de nature à inspirer confiance aux clients et constitue un bon argument commercial, qui n'est pas trop coûteux.

On ne peut en dire autant des autres artisans et entrepreneurs. Il suffit de penser au bijoutier, qui se trouve dans une situation fort différente. L'indice de probabilité du vol est certes moins élevé : on n'expose pas des bijoux et métaux précieux en rue, à la convoitise des passants, comme on peut le faire pour des vêtements. Mais le vol, s'il se produit, risque de coûter très cher au bijoutier et l'on comprend alors pourquoi les textes ne mentionnent pas la *custodia* à son propos. Il faut donc défendre l'idée qu'à défaut de témoignage en ce sens, les artisans et entrepreneurs ne répondent pas d'office de la *custodia*. D'une façon générale, la spécificité du foulon et du tailleur illustre bien un aspect de la *custodia* technique, qui n'est pas un critère de responsabilité applicable à tous les débiteurs de la chose d'autrui, mais qui est utilisée par les juristes classiques de façon bien plus souple qu'on ne le dit, en tenant compte de la situation de chaque débiteur.

La seconde idée généralement défendue, selon laquelle la responsabilité du foulon et du tailleur est objective, ne peut s'appuyer sur aucun texte qui parlerait, comme c'est le cas pour le transporteur maritime dans le cadre du *receptum*, de responsabilité *sine culpa*. Bien plus, la coexistence de la *culpa* et de la *custodia* dans le chef de ces débiteurs est un argument sérieux en sens contraire. Face aux nombreuses mentions de la *culpa*, dont il faut bien reconnaître qu'elle a dans les textes un caractère subjectif, les partisans de la *custodia* objective n'ont pu adopter que deux attitudes, également insatisfaisantes. D'une part, certains ont prétendu que la *culpa* était le résultat d'une intervention des compilateurs, afin de réduire les critères applicables à l'époque classique à la seule paire *dol-custodia*. Mais cette thèse, outre le nombre considérable d'interpolations qu'elle suppose, ne peut s'appuyer sur aucun argument probant. D'autre part, si l'on maintient la coexistence *culpa-custodia*, il faut considérer soit que la *culpa* couvre les mêmes hypothèses que la *custodia* (vol, perte, dommage causé par un tiers), soit que la *culpa* concerne seulement les dommages causés par le débiteur lui-même. Mais dans le premier cas, une *culpa* subjective qui serait englobée par une *custodia* objective n'aurait guère de sens, car il suffirait au créancier d'invoquer la responsabilité sans faute du débiteur pour obtenir gain de cause. Et dans le second cas, on se trouve devant un système mixte de responsabilité assez impraticable et en tout cas incohérent, un même débiteur étant admis à faire la preuve de son absence de faute si l'on invoque la *culpa* alors qu'on lui refuserait ce moyen de défense si l'on invoque la *custodia*.

Il est cependant possible d'expliquer la coexistence de la *culpa* et de la *custodia* en donnant du système classique de responsabilité contractuelle une vue cohérente. On peut considérer qu'un même débiteur - le foulon, par exemple - doit répondre à la fois de la *culpa* et de la *custodia*, l'une et l'autre étant des critères de responsabilité subjective. Si les vêtements qui lui ont été remis sont volés ou perdus, le foulon pourra être poursuivi parce qu'il devait en assurer la garde afin d'éviter la perte ou le vol. Mais l'étendue de ses obligations ne s'arrête pas là, car le foulon doit surtout exécuter correctement le travail qui lui est demandé, et pourra également être poursuivi dans le cas contraire. En d'autres termes, si l'on trouve une

première série de textes relatifs à la *custodia* et une seconde série de textes qui concernent la *culpa*, c'est parce que la *custodia* n'épuise ni le champ des obligations du foulon, ni la question corrélatrice de sa responsabilité.

D'autre part, si la *custodia* est une *culpa in custodiendo* comme l'*imperitia*⁶ est une *culpa* dans l'exécution du travail, le système classique de responsabilité devient cohérent et surtout praticable. En cas de préjudice, quel qu'il soit, total ou partiel, le client pourra agir contre le foulon par l'action *locati*, et devra prouver l'existence du contrat et la réalité du préjudice. Le foulon, en principe tenu parce qu'il doit *praestare culpam et custodiam*, sera responsable sauf s'il prouve n'avoir commis aucune faute : il devra établir qu'il a pris toutes les précautions voulues (domaine de la *custodia*) ou qu'il a exécuté le travail conformément aux règles de la profession (domaine de la *culpa* au sens strict).

Quant aux textes relatifs à l'*actio furti* qui se contentent de dire que le foulon et le tailleur doivent *praestare custodiam*, sans parler d'une éventuelle absence de faute, laissant ainsi croire que la *custodia* est objective, ils sont simplement destinés à rappeler au *iudex* qu'en cas de condamnation du débiteur à la suite d'un vol, il faut lui donner l'*actio furti*. Ceci n'implique nullement qu'il faille le condamner par le seul fait que le vol s'est produit. Que ces textes aient subsisté dans le *Corpus Iuris Civilis* démontre d'ailleurs qu'ils ne sont pas, tels quels, incompatibles avec un système de responsabilité subjective. On ne peut, pour l'époque classique, tirer une conclusion contraire de leur silence.

6. Sauf à devoir recourir massivement à d'hypothétiques interpolations, il faut retenir des textes relatifs à la responsabilité du créancier gagiste à l'époque classique que celui-ci ne répond pas de la *custodia*, qui n'est mentionnée à son propos au Digeste que par une sentence d'Ulpien, dont il n'est pas sûr qu'elle s'appliquait à l'*actio pignoratitia*. Une sentence représente peu de chose face aux nombreux textes qui ne mettent à charge du

créancier gagiste que le dol et la *culpa*, et dans le Code, seule une constitution de Dioclétien mentionne le dol, la *culpa* et la *custodia* à propos du créancier gagiste. Il est donc légitime de penser que ce dernier, comme la plupart de ceux qui sont dans les liens d'un contrat où l'intérêt est partagé entre les contractants, voit sa responsabilité fondée sur la *culpa*, comprise comme la face négative de la *diligentia* attendue du *diligens paterfamilias*. Il faut attendre la fin du III^e siècle pour que le créancier gagiste soit traité plus sévèrement, puisqu'on exige de lui qu'il réponde de la *custodia*, ce qui se traduit chez les compilateurs par une exigence d'*exacta* ou *exactissima diligentia*.

Les nombreuses hésitations que l'on peut relever dans la doctrine sur le point de savoir si le créancier gagiste répond de la *custodia* se portent également sur la question de la protection judiciaire du débiteur. Le lien entre les deux problèmes est étroit : il est certain que la question de la responsabilité d'une personne est en liaison avec celle de la protection judiciaire de son cocontractant. Si le dépositaire ne répond que de son dol, c'est parce qu'il peut échapper à la condamnation de l'action *depositi directa* en établissant que la perte de la chose n'est précisément pas due à son dol. Inversement, le transporteur maritime est responsable *sine culpa* dans la mesure où l'action *de recepto* permet au client d'obtenir sa condamnation sur base de la non-restitution des marchandises.

La question relative au contrat de gage porte à la fois sur l'existence à l'époque classique d'une action *pigneraticia in ius*, et surtout sur le lien qu'il convient ou non de faire entre le caractère de l'action (*in ius* ou *in factum*) et le critère de responsabilité qu'elle applique (*culpa* ou *custodia*).

Il est certain que la première protection du débiteur gagiste a été réalisée par le préteur grâce à une action en restitution *in factum*, parallèlement à l'octroi des interdicts possessoires destinés à protéger le créancier. Il est également établi que sous Justinien, l'action *pigneraticia* a été rangée parmi les *iudicia bonae fidei*, lorsque les compilateurs ont opéré la fusion du gage et

de la fiducie. Il en va déjà de même dans une constitution d'Alexandre-Sévère de 226 P.C., mais on ne peut pour autant conclure à une reconnaissance, à cette époque, du caractère *in ius* de l'action *pigneraticia*.

Par contre, sur base de l'absence d'indices dans le Digeste et chez Gaius, la prudence impose de conclure au fait que seule l'action *in factum* a existé à l'époque classique, et cette conclusion est renforcée par l'absence de l'action *in ius* dans les commentaires *ad edictum* des juristes classiques, et par le fait qu'à partir de la codification de l'Edit aux environs de 130 P.C., la création d'une nouvelle action *in ius* devient peu probable.

On est fort surpris de découvrir des contradictions irréductibles entre les romanistes, sur le lien à établir entre le caractère de l'action *pigneraticia* et le critère de responsabilité applicable au créancier gagiste : le même argument (l'absence d'action *in ius*) est utilisé tantôt pour prouver que la responsabilité pour *custodia* existe, tantôt pour établir qu'elle n'existe pas.

Devant ces contradictions, il faut défendre l'idée qu'il est inopportun d'établir un lien étroit (qu'il soit positif ou négatif) entre le caractère de l'action et la *custodia* technique, car la différence entre l'action *in factum* et l'action *in ius* n'est nullement fondée sur le critère de responsabilité applicable au défendeur.

L'action *in factum*, qui donne lieu à un *strictum iudicium*, ne prend en compte (d'où son nom) que le fait de la non-restitution de la chose, ce qui a pour effet de limiter le pouvoir d'appréciation du juge qui ne peut connaître des autres obligations du défendeur. L'action *in ius*, par contre, si elle existe, ouvre la porte à une appréciation plus large et plus souple des obligations du défendeur grâce à la mention du "*quidquid dare facere oportet ex fide bona*".

Mais il importe de remarquer que ni l'action *in factum*, ni l'action *in ius* ne fixent le critère de responsabilité applicable. L'action *in factum* n'implique pas que l'on retienne la *custodia*

plutôt que le dol ou la *culpa*, tandis que l'action *in ius* n'exclut en rien la *custodia*. Sans doute l'action *in ius* mentionne-t-elle normalement la bonne foi, mais si la bonne foi est un élément qui détermine le champ des obligations du défendeur et invite le juge à aller au-delà de la seule restitution de la chose, elle ne modifie pas le critère de responsabilité.

Il est donc erroné de lier, comme on le fait le plus souvent, la *custodia* à l'action *in factum* et la *culpa* à l'action *in ius*. La protection judiciaire du contrat de dépôt en est la preuve. La mention de la *bona fides* est présente dans l'action *in ius* alors que sur base de cette action comme sur base de l'action *in factum*, la responsabilité du dépositaire est limitée au dol. On ne peut pas objecter que cette limitation est due à la rédaction des formules, car s'il est vrai que la formule de l'action *in factum* contient les mots "*dolo malo*", ces termes font défaut dans celle de l'action *in ius*. L'existence de deux actions destinées à sanctionner le même rapport juridique ne fait pas varier le critère de responsabilité, comme le montre également la question de la sanction judiciaire du commodat, dont nous parlerons plus loin.

Par voie de conséquence, on ne peut prétendre qu'une action *in ius* est incapable d'atteindre la responsabilité pour *custodia*. Bien au contraire, c'est dans le cadre de l'action *pigneraticia in ius*, selon nous, que la *custodia* technique trouve son lieu naturel, parce que cette action élargit le champ des obligations du créancier gagiste qui peut ainsi voir sanctionnée, à côté de son obligation de restitution et préalablement à elle, une obligation de garde.

On ne peut d'ailleurs manquer d'être frappé par la convergence des réponses qu'il faut apporter à la question de la *custodia* du créancier gagiste et à la question de l'existence d'une action *in ius*. D'une part, la *custodia* apparaît tardivement, seulement mentionnée dans une constitution de Dioclétien. D'autre part, il faut attendre le troisième siècle pour voir l'*actio pigneraticia* intégrée dans les *iudicia bonae fidei*. Ce n'est qu'après cette intégration que le créancier gagiste doit répondre de la *custodia*.

Cette évolution historique, qui va dans le sens d'une plus grande sévérité à l'égard du créancier gagiste, se manifeste également par le fait que le pacte comissoire, qui lui est si favorable, sera interdit seulement à partir de Constantin.

Si durant toute l'époque classique, le créancier peut utiliser le pacte comissoire, ne répond pas de la *custodia*, ne peut être poursuivi que par une action *in factum* et n'a donc que la seule obligation de restitution, c'est vraisemblablement parce que ceux qui ont les moyens économiques d'être créanciers plutôt que débiteurs, ont également les moyens de peser sur l'ordre juridique pour assurer le maintien d'une réglementation qui leur est favorable. Le créancier gagiste, contrairement au commodataire, a dans le rapport contractuel une position dominante.

7. Comme par un jeu où la partie renvoie au tout, le problème de la responsabilité du commodataire contient à lui seul et résume celui de la responsabilité contractuelle en droit romain classique, du moins tel qu'il est posé par la doctrine contemporaine.

On y retrouve la question de la légitimation active à l'*actio furti*, invoquée comme preuve du caractère objectif de la *custodia*, la question de l'interprétation à donner aux textes où Gaius compare le commodataire et le dépositaire, invoquée comme preuve du fait que seuls le dol et la *custodia* sont les critères de responsabilité applicables à l'époque classique, la question de la coexistence, dans de nombreux textes, de la *custodia* et de la *culpa*, invoquée comme preuve de l'intervention massive des compilateurs qui auraient voulu remplacer un système de responsabilité par un autre, et la question de la sanction du contrat à la fois par une action *in factum* et par une action *in ius*, invoquée comme preuve du fait que la *custodia*, sanctionnée par la première, est indépendante de la notion de faute, sanctionnée par la seconde.

On a tort de considérer que l'attribution de l'*actio furti* au commodataire est la preuve qu'il doit *praestare custodiam*, et que la *custodia* est objective en ce sens qu'elle engagerait la responsabilité du commodataire par le seul fait du vol. Il est vrai que le commodataire peut recevoir l'*actio furti*, il est vrai qu'il doit répondre de la *custodia*. Le lien entre la *custodia* et la légitimation active n'est cependant pas exclusif, car c'est le principe de l'intérêt qui constitue en définitive le fondement de cette dernière. L'application par Gaius du principe de l'intérêt au créancier gagiste le montre bien. Le créancier peut recevoir l'*actio furti* sur base d'un double intérêt, de sécurité (la chose remise est la sûreté de sa créance) et de responsabilité (qui peut être engagée en cas de non restitution du gage) alors qu'il ne répond en principe pas de la *custodia* durant l'époque classique. L'intérêt fondé sur la responsabilité éventuelle du détenteur de la chose d'autrui ne se réduit donc pas à la *custodia*, comme le montrent les textes qui attribuent l'*actio furti* en se fondant sur la *culpa*.

L'affirmation selon laquelle il n'y a en droit romain classique que l'alternative dol-*custodia* doit également être écartée. Il est vrai que Gaius, dans les Institutes, affirme d'une part que le commodataire est responsable pour *custodia*, d'autre part que le dépositaire ne répond que de son dol. On ne peut cependant en tirer la conclusion que la responsabilité des autres débiteurs ne peut être liée qu'au dol ou à la *custodia*, ni que cette dernière exclut la *culpa* car c'est compter sans les nombreux textes qui mentionnent la *culpa* à charge du commodataire. Si Gaius, dans cette comparaison, ne parle que du dol et de la *custodia*, c'est précisément parce qu'il ne parle que du dépositaire et du commodataire.

L'enseignement principal que permettent de dégager les textes relatifs à la responsabilité du commodataire concerne la coexistence, dans le chef d'un même débiteur, de la *custodia* et de la *culpa*. Parmi les diverses hypothèses de dommage envisagées, trois méritent d'être particulièrement relevées. Elles sont relatives à la fuite de l'esclave, au dommage causé par un tiers et à l'usage incorrect de la chose.

La jurisprudence classique, pour régler le problème de la *fuga seruorum*, opère une distinction entre les esclaves à qui l'on accorde une relative confiance (*qui custodiri non solent*) et ceux que l'on tient sous étroite surveillance (*qui custodiri solent*). Si l'esclave est de ceux *qui custodiri solent*, le commodataire répond de la *custodia* et sa responsabilité est en principe engagée en cas de fuite. Dans le cas contraire, il ne répond que de sa *culpa*.

Face à cette coexistence de deux critères, on a prétendu que la *custodia* engage automatiquement le débiteur par le seul fait de la réalisation du dommage (la fuite) tandis qu'il n'est tenu, sur base de la *culpa*, que si le dommage se réalise à cause d'un comportement précis qui lui est reproché.

Une théorie qui établit une opposition aussi marquée entre la *custodia* et la *culpa* ne peut être retenue, parce qu'elle est contraire à l'enseignement des textes. La *custodia* est assurément un critère de responsabilité, mais elle est liée de façon très nette à l'activité matérielle du même nom : on parle bien de garde de l'esclave (*custodia hominis*), et il serait étonnant que la manière dont cette garde matérielle a été assurée ne soit pas prise en considération par le juge. Elle doit de toute façon l'être si le commodataire tenu de la *custodia* invoque un cas de force majeure, car une telle exception impose au juge de vérifier si la *vis maior* n'est pas précédée d'une faute du commodataire. Il est en effet établi que la faute a pour effet d'annihiler l'effet libératoire de la force majeure.

De plus, la théorie selon laquelle la responsabilité pour *custodia* est indépendante du comportement du commodataire ne tient plus devant sa mise en oeuvre judiciaire. Si le commodataire ne peut restituer l'esclave parce que ce dernier s'est enfui, le juge, dans l'examen des circonstances de fait du litige qui lui est soumis, va rechercher si l'on a affaire à un esclave qui est habituellement gardé ou non. D'après la théorie généralement défendue, il lui serait interdit, dans le premier cas, d'examiner le comportement du commodataire (responsabilité pour *custodia*) alors qu'il serait obligé de le faire dans le second

(responsabilité pour *culpa*). Un tel système est fort artificiel et il est douteux qu'il ait jamais été appliqué.

Sur base du lien étroit entre l'activité de garde et la responsabilité du même nom, sur base de la coexistence, chez un même débiteur et pour un même dommage, de la *culpa* et de la *custodia*, il faut penser que la distinction entre ces deux critères ne repose pas sur la cause du dommage en ce sens que la *culpa* sanctionnerait le débiteur si le dommage est dû à un fait personnel tandis que la *custodia* concernerait un événement qui lui est extérieur, mais qu'elle porte en fait sur le comportement que l'on attend de lui : le commodataire doit au minimum avoir vis-à-vis de la chose prêtée le même comportement que celui de son propriétaire. Si l'esclave n'est habituellement pas surveillé chez son maître, le commodataire est seulement tenu de prendre les mesures passives de garde requises par la prudence, et pourra être déclaré responsable, sur base de la *culpa*, s'il s'abstient par exemple d'intervenir lorsqu'il est témoin d'une tentative de fuite. Mais il ne devra pas garder activement l'esclave, parce que le propriétaire ne le faisait pas. S'il s'agit par contre d'un esclave qui est habituellement l'objet d'une surveillance particulière, le commodataire devra faire ce que faisait son propriétaire : prévenir la fuite en déployant l'activité adéquate. La *custodia* est donc le critère de responsabilité nécessaire et suffisant pour sanctionner le débiteur dont le comportement s'éloigne de celui d'un *custos diligens*, comme la *culpa* l'est par rapport au comportement d'un *bonus paterfamilias*.

La question du dommage causé par un tiers est réglée principalement par deux sentences importantes de Julien et d'Ulpien, dont on peut retenir en substance que la *custodia* technique implique une analyse du comportement du commodataire, car si l'on commence par poser en principe que le dommage causé par un tiers de façon illégitime ne peut pas être évité par la *custodia*, Ulpien qui reprend l'opinion de Marcellus, ajoute qu'il n'en va pas toujours ainsi : le propriétaire aura un recours contre le commodataire s'il s'avère que ce dernier aurait pu éviter le dommage par sa garde (*custodiri potuit ne damnum daretur*). La

mise en oeuvre judiciaire de cette règle implique nécessairement que le juge, dans le cas qui lui est soumis, examine si le comportement du commodataire a été adéquat devant le danger représenté par l'intervention d'un tiers. S'il arrive à la conclusion que la *custodia* matérielle n'a pas été efficace alors qu'elle aurait pu l'être, le juge condamnera le commodataire parce que celui-ci répond de la *custodia* technique, qui ne se réduit pas à la survenance du dommage.

La *custodia* technique est insuffisante pour rendre compte à elle seule de la responsabilité du commodataire. Nombre de textes du Digeste lient celle-ci au dol et à la *culpa*, notamment en cas d'*usus contrarius*. Si le commodataire a fait de la chose prêtée un usage contraire à sa nature ou à la volonté du propriétaire, ce dernier peut agir contre lui en invoquant le dol ou la *culpa*. Pour échapper à toute condamnation fondée sur le dol, il suffit que le commodataire se soit cru autorisé à user de la chose comme il l'a fait. Par contre, en ce qui concerne la *culpa*, on se montre plus exigeant, car la faute sera établie si le juge arrive à la conclusion que le commodataire n'avait pas de raison de penser que le propriétaire serait d'accord. En d'autres termes, la conviction d'agir correctement est insuffisante. Il faut de plus qu'elle repose sur des éléments objectifs, fondés sur les termes de la convention, ou sur les caractéristiques de la chose, ou sur l'utilisation qu'en faisait le propriétaire.

L'usage contraire n'est donc pas à lui seul une *culpa* et l'erreur, comprise comme discordance entre la volonté du propriétaire et la représentation que le commodataire s'en fait, n'est pas nécessairement une faute. Dès lors, le juge devra considérer le comportement du commodataire par rapport à celui d'un emprunteur idéal, *bonus paterfamilias*. S'il arrive à la conclusion que ce *bonus paterfamilias* se serait également trompé, l'erreur du commodataire reste une erreur, mais devient une *culpa* dans le cas contraire. De même que la *custodia* ne se réduisait pas à la survenance d'un dommage causé par un tiers, ainsi la *culpa* n'est pas un simple *factum debitoris*.

L'examen de la sanction judiciaire du commodat fait d'abord apparaître une question relative à l'action *in ius*. La majorité de la doctrine admet l'existence d'une action *in ius* du commodat dès l'époque classique, à côté de l'action *in factum* qui tend à faire condamner le défendeur à l'estimation de la *res non reddita*, sur base de sa valeur au moment du jugement (*quanti ea res erit*). Mais le problème est de savoir si l'action *in ius* fait référence au *quidquid dare facere oportet ex fide bona*, c'est-à-dire si elle est de bonne foi, car elle n'est pas mentionnée dans la liste des *iudicia bonae fidei* de Gaius, et les arguments décisifs en faveur de son caractère de bonne foi font défaut.

L'hypothèse d'une action *commodati in ius* de droit strict n'est, quoi qu'on en ait dit, ni absurde, ni inexplicable. Elle n'est pas contraire à cette loi de l'économie de procédure, bien réelle au demeurant, qui veut qu'on ne crée pas un second recours (l'action *in ius*) alors qu'il en existe déjà un (l'action *in factum*) si le second n'apporte rien de plus. L'action *commodati in ius*, même si elle est de droit strict comme l'action *in factum*, peut en effet se justifier. Il n'y a pas d'objection à ce que le prêteur, voulant intégrer dans le *ius civile* une relation contractuelle fréquente dans la pratique sociale et déjà protégée par une action *in factum*, crée une action *in ius* n'ayant pour objet que ce qui reste après tout le souci premier du créancier, la restitution de la chose, sans juger nécessaire d'étendre le champ des obligations du commodataire par une référence à la bonne foi. De plus, la création d'une action *in ius* peut se justifier par la possibilité de donner une action contraire, qui n'existe sans doute pas dans les actions *in factum*.

Au-delà de cette question, il apparaît, comme dans le contrat de gage, qu'on ne peut pas prétendre que seule l'action *in factum* permet d'atteindre la responsabilité pour *custodia* du commodataire, tandis que l'action *in ius*, si elle est de bonne foi, ne va que jusqu'à sa responsabilité pour *culpa*. Procéder à cette distinction, c'est reconstruire un système incohérent et arbitraire, où le critère applicable au défendeur dépend du choix de procédure du demandeur et où, surtout, la responsabilité du commodataire n'est pas uniforme. Un tel

système serait d'ailleurs contraire aux textes, car autant chez Gaius que dans le Digeste, il est dit que le commodataire "*praestat custodiam*" et non qu'il *praestat custodiam in actione in factum concepta*.

On ne peut donc établir une double ligne de continuité entre l'obligation de restitution, l'action *in factum* et la *custodia* d'une part, les autres obligations, l'action *in ius* et la *culpa* de l'autre. La *custodia* et la *culpa* peuvent l'une et l'autre justifier la décision du juge selon les circonstances de la cause et quelle que soit l'action intentée. La preuve en est que la *custodia* trouve à s'appliquer dans des contrats qui ne sont sanctionnés que par une action *in ius*, comme la *locatio operis* ou la vente.

8. En dehors de quelques cas particuliers (comme la vente d'une succession) où elle est limitée au dol, la responsabilité du vendeur avant la tradition du bien vendu repose en règle générale sur la notion de *culpa*. Celle-ci, qui a des contours nettement subjectifs puisque le vendeur a, semble-t-il, la possibilité de dégager sa responsabilité en établissant que son comportement a été celui d'un *bonus paterfamilias*, joue un rôle important dans l'application du principe du *periculum emptoris*.

De façon générale, le terme *periculum* renvoie à celui dont le patrimoine va être affecté par le dommage. Une perte ou une détérioration produisent nécessairement une moins-value, qui doit être affectée quelque part. La règle du *periculum emptoris*, déjà appliquée en droit romain classique, signifie précisément que l'acheteur va supporter la perte ou le dommage. En cas de perte ou de détérioration d'une chose d'espèce entre le moment de la vente et celui prévu pour la livraison, le vendeur est en principe libéré tandis que l'acheteur reste tenu de payer le prix.

Mais le lien entre le *periculum* et la responsabilité du vendeur est très étroit. Le *periculum emptoris* n'est d'application qu'en l'absence de faute du vendeur, et il faut constater que les rares textes qui paraissent remettre en cause le caractère classique du *periculum emptoris* ne s'expliquent en fait que par l'existence d'une *culpa* dans le chef du vendeur. De plus, la *custodia* mise à charge du vendeur joue également un rôle important à ce niveau : l'attribution des risques à l'acheteur est une règle sévère pour lui qui n'a aucun moyen de contrôle sur l'objet, mais sa dureté se trouve compensée par la *custodia* du vendeur, qui a pour effet naturel, si elle est accomplie correctement, de diminuer fortement le risque de perte ou de vol.

S'il ressort des Institutes de Justinien que la *custodia* est pour les compilateurs une responsabilité additionnelle et conventionnelle, il n'en va pas de même dans le Digeste où il apparaît qu'en l'absence de toute convention, le vendeur doit la *custodia*. Cette différence de régime permet de rejeter la thèse qui consiste à voir la main des compilateurs dans les mentions de la *custodia* du vendeur au Digeste, car il est peu probable que ceux-ci soient intervenus dans les textes classiques pour y donner de la responsabilité du vendeur une image différente de celle qu'elle présentait dans l'enseignement du droit à leur époque.

On ne trouvera pas de définition univoque et complète de la *custodia* dans les textes qui, à son propos, se contentent d'exiger du vendeur qu'il ait dans la garde le comportement d'un "*bonus paterfamilias*" ou celui d'hommes "*frugi et diligentes*", laissant ainsi au juge une grande marge d'appréciation.

Qu'il considère la *culpa* ou la *custodia*, le juge s'attachera avant tout au "*quidquid dare facere oportet ex fide bona*" pour apprécier la manière dont le vendeur a assuré la garde et la conservation de la chose jusqu'à la livraison. Particulièrement éclairante est, à ce propos, la controverse entre Labéon et Paul sur le point de savoir si le vendeur a encore le droit d'ordonner à l'esclave vendu d'effectuer un travail dangereux, même s'il le lui ordonnait

d'habitude. Il s'agit de distinguer entre le risque normal que fait courir le vendeur à l'objet vendu, et le risque injustifié, inacceptable, qui a pour effet d'engager sa responsabilité. Somme toute, la jurisprudence classique, plutôt que d'appliquer des règles générales et abstraites, s'efforce de résoudre les conflits au cas par cas, témoignant ainsi de beaucoup de souplesse, et la *custodia*, si elle est une *culpa in custodiendo*, s'intègre parfaitement dans cette perspective.

9. C'est dans la *locatio rei* qu'apparaît avec le plus de netteté la distinction entre *culpa* et *custodia* déjà établie à propos du commodat et fondée sur le caractère actif ou passif de la garde.

La *custodia*, comme critère de responsabilité applicable ipso facto, sans qu'il soit besoin d'une convention en ce sens, n'apparaît que sous Justinien. En se fondant sur la volonté présumée des parties au contrat, les Institutes la mettent à charge du locataire, mais seulement pour certains types de baux portant sur des biens de grande valeur et pouvant être gardés facilement, comme l'argenterie. Leur valeur élevée justifie que le bailleur soit en droit d'exiger la *custodia*, et le caractère aisé de leur garde explique que le locataire soit censé l'accepter. Mais il est imprudent, à défaut de témoignage en ce sens, de supposer qu'il en allait déjà de même à l'époque classique, et surtout d'appliquer la *custodia* à tous les types de baux. Les textes classiques ne mettent que la *culpa* à charge du locataire, y compris dans des hypothèses où l'on s'attendrait normalement à trouver la *custodia*, parce que le dommage survenu est de ceux qu'une garde attentive permettrait d'éviter, comme le vol ou les dégradations commises par des tiers.

On trouvera confirmation du fait que le locataire ne doit normalement pas *praestare custodiam* dans un texte d'Alfenus relatif à une convention annexée à un contrat de location d'une forêt. Il ressort de l'interprétation donnée par le juriste classique que le locataire, à la

suite de cette convention, doit fournir une véritable garde active (*curaret et daret operam*) destinée à prévenir les dommages causés par des tiers. Si le bailleur a cru nécessaire d'ajouter à la *locatio rei* une convention imposant la *custodia*, c'est parce que le contrat de bail ne la met pas à charge du locataire.

Il faut cependant remarquer que le locataire, par le seul fait du contrat de bail, a déjà l'obligation, sanctionnée par la *culpa*, de protéger la chose contre les dommages qui pourraient être causés par les tiers, mais que cette protection a un aspect plutôt passif (*prohibere*). C'est donc l'aspect passif ou actif de la surveillance qui fonde la différence entre les obligations sanctionnées dans le cadre de la *culpa* et celles qui le sont dans le cadre de la *custodia*, exactement comme dans l'hypothèse de la *fuga seruorum* subie par le commodataire.

Enfin, si le locataire qui accepte la *custodia* doit fournir un véritable travail, on peut considérer que le juge devra vérifier, le cas échéant, non seulement la survenance du dommage, mais également la réalité et l'opportunité des mesures de garde prises par le locataire. La *custodia*, comme la *culpa*, est de nature subjective.

10. Les situations contractuelles examinées dans cette étude peuvent être replacées dans un tableau d'ensemble qui permet d'apprécier le caractère permanent de la *custodia* matérielle et l'aspect multiforme de la *custodia* technique.

Rappelons que la *custodia* matérielle consiste en une activité de garde, en un ensemble d'actes destinés à prévenir ou empêcher la perte, le vol ou la détérioration d'une chose, bref à en maintenir l'intégrité corporelle et la valeur matérielle, ou même simplement morale, comme le montre cette sentence d'Ulpien relative à un testament confié à la garde d'un dépositaire pour qu'il en conserve les dispositions secrètes jusqu'à la mort du testateur : la

"valeur" du testament remis en dépôt se réduit dans ce cas au fait qu'il est pour son auteur le moyen de postposer la révélation de ses dernières volontés.

L'activité de garde prend les formes les plus variées, qui sont fonction de la valeur de la chose, de la gravité du sinistre potentiel, de l'indice de probabilité de ce sinistre et des moyens matériels et humains dont dispose ou est censé disposer le débiteur de la chose. Il peut s'agir de simples mesures préventives, qui ne requièrent ni beaucoup de temps, ni une activité intense (mettre l'objet emprunté sous clé, s'abstenir d'utiliser l'objet vendu mais non encore livré à des activités entraînant des risques de détérioration, éviter d'exposer des bijoux remis en gage à la convoitise du premier venu), ou au contraire d'une véritable garde active, assurée par des moyens appropriés et constants (faire garder par des vigiles présents en permanence les entrepôts ouverts au public).

Cette activité de garde, passive ou active, doit être comprise, dès l'instant où elle intervient dans un rapport contractuel, comme l'objet d'une obligation, c'est-à-dire un comportement attendu du cocontractant. Le dépôt est un contrat dans lequel le dépositaire "doit" garder la chose qui lui est remise : *depositum est quod custodiendum alicui datum est*. Il est en effet aisé de passer de "ce que l'on fait" (l'activité de garde) à "ce que l'on doit faire" (l'objet de l'obligation) et, de là, à "ce qu'il aurait fallu faire" - et que le débiteur de la chose n'a pas fait - mais nous sommes alors devant le concept de critère de responsabilité, qui peut être la *custodia* technique.

La *custodia* technique, au même titre que le dol ou la *culpa*, doit être comprise comme un critère de responsabilité qui permet, dès l'instant où un dommage se produit, de déterminer les conditions d'imputation de celui-ci au débiteur de la chose.

Ainsi, le dol est une condition d'imputation d'un dommage par le fait que le débiteur qui en répond est tenu s'il a, par ses actes ou ses omissions, provoqué sciemment et volontairement le dommage, ou délibérément omis de mettre en oeuvre les moyens de l'empêcher.

Il en va de même pour la *culpa* qui trouve une large place dans l'ordre juridique, quoi qu'on en ait dit. Les romanistes qui ont voulu considérer qu'elle était une notion postclassique, n'y sont parvenus qu'en étendant outre mesure le domaine d'application de la *custodia* en y faisant rentrer des hypothèses qui n'avaient manifestement rien à voir avec la notion de garde et de conservation de la chose (un travail de nettoyage d'un vêtement mal exécuté par exemple) ou, comme l'a fait V. ARANGIO-RUIZ, en donnant à la notion de dol une telle élasticité que cette dernière englobe alors la *culpa*.

Nombreux sont ceux qui reconnaissent le caractère classique de la *culpa*, qui peut être définie comme le comportement (par acte ou omission) que n'aurait pas eu, dans des circonstances identiques, un *bonus paterfamilias*, un Romain sérieux, honnête, ne prenant pas ses affaires à la légère, bien conscient de la valeur d'un sesterce et de la difficulté de le gagner, même si c'est par l'exploitation du travail d'autrui. Cet idéal abstrait correspond parfaitement aux moeurs et au système de valeurs défendues à l'époque classique. On ne comprend pas que des romanistes aient pu affirmer que le *bonus paterfamilias* dont parlent les auteurs littéraires ait été inconnu des magistrats. Ou plutôt, on le comprend bien lorsqu'on découvre que la *culpa*, cette face négative de la *diligentia*, impose au juge d'examiner le comportement du débiteur pour décider s'il a ou non été celui du *bonus paterfamilias*, car cette *culpa* subjective constitue un obstacle de taille à la théorie de la *custodia* objective, du fait de la coexistence de ces deux critères à l'époque classique.

Il est possible de classer les huit situations contractuelles qui ont été particulièrement étudiées, dépôt, *receptum*, louage d'entrepôts, *locatio operis*, gage, commodat, vente et louage de choses, selon la gravité de la responsabilité qui pèse sur chacun des débiteurs

concernés. Seule une conception subjective de la *custodia* technique, étroitement liée à l'activité du même nom et laissant au débiteur la possibilité d'établir qu'il a correctement effectué cette activité, permet de comprendre les deux propositions suivantes. Premièrement, si la *custodia* matérielle, en tant qu'objet de l'obligation, est toujours présente dans les huit contrats, la *custodia* technique par contre n'est pas une constante. Deuxièmement, lorsque la *custodia* technique est mise à charge du débiteur, elle est loin de présenter les mêmes caractéristiques d'un contrat à l'autre, et dans le cadre d'un même contrat.

Tous ces débiteurs doivent garder la chose qu'ils auront à restituer ou à livrer à leur cocontractant, quel que soit le caractère de cette garde, active ou passive. Même le dépositaire, le plus généreusement traité au niveau du critère de responsabilité, doit le faire. Mais cette *custodia* matérielle va être sanctionnée par le dol, ou par la *culpa*, ou par la *custodia*, ou encore par une responsabilité *sine culpa* selon le cas, en fonction de plusieurs facteurs agissant de concert, parmi lesquels on peut relever l'existence ou non d'une rémunération, la position sociale et économique du débiteur, sa réputation, le droit qu'il a ou non d'utiliser la chose, et le degré de confiance qu'on lui accorde.

Ainsi, le dépositaire, qui rend un service d'ami et ne peut en principe utiliser la chose, ne répond pas de la *custodia* mais seulement de son dol. A l'autre extrémité se situe le transporteur maritime, rémunéré par le client et dont la réputation n'était pas excellente : il est tenu *sine culpa*, ce qui veut dire que la condition d'imputation du dommage se réduit normalement à sa seule survenance. Il faut noter qu'une responsabilité aussi lourde est dérogatoire au droit commun puisqu'elle est le résultat d'une intervention prétorienne.

Entre ces deux possibilités se situent la *culpa* et la *custodia*, critères les plus fréquents. Il est intéressant de comparer la situation du commodataire, du créancier gagiste et du locataire. Le premier répond de la *custodia* technique et le second seulement de sa *culpa*. Plusieurs facteurs se conjuguent pour expliquer cette différence. Le commodataire peut (et c'est le but

économique du contrat) utiliser la chose reçue, ce qui n'est en principe pas le cas du créancier gagiste. De plus, le créancier gagiste a une position dominante dans le rapport contractuel par rapport à son débiteur obligé de se dessaisir d'un bien pour obtenir un crédit, tandis que le commodataire est demandeur car c'est lui qui a besoin de la chose d'autrui. Et si le locataire d'une chose, qui peut l'utiliser comme le commodataire, ne répond que de sa *culpa*, c'est parce qu'il verse un loyer qui est la contrepartie de cette utilisation.

Il faut également noter qu'une même situation contractuelle (la *locatio operis* par exemple) ne doit pas être régie par un seul et même critère de responsabilité : il est faux de dire que tous les *conductores operis* répondent de la *custodia*. Si tel est bien le cas pour le foulon ou le tailleur, il n'en va pas de même pour le bijoutier par exemple, eu égard notamment aux conséquences pécuniaires fort lourdes que pourrait représenter pour lui une responsabilité aggravée.

Enfin, lorsque l'on compare la situation des débiteurs qui répondent de la *custodia* technique, on découvre que celle-ci n'a pas la même signification et ne présente pas le même degré de sévérité pour chacun d'eux. Le foulon et le tailleur par exemple, tenus en cas de vol simple, voient leur responsabilité dérogée en cas de vol avec effraction, alors qu'il n'en va pas de même pour le bailleur d'entrepôts qui a, contre rémunération, accepté la *custodia*. L'un comme l'autre doivent pourtant *praestare custodiam*. On ne peut cependant pas en tirer la conclusion qu'il y avait, en droit romain classique, deux critères distincts. C'est le même critère de responsabilité qui se trouve appliqué, mais la souplesse du système judiciaire et la marge d'appréciation laissée au juge, lui permettent de tenir compte de la situation de chacun: si l'*effractura* est un cas de force majeure pour le foulon, il n'en va pas de même pour le bailleur d'entrepôts.

Il ne faut pas perdre de vue le caractère essentiel de la procédure judiciaire romaine, qui s'accommode difficilement d'une conception objective de la responsabilité contractuelle.

Etrangers à tout esprit de systématisation, les juristes classiques considèrent que le juge a pour mission de vider un litige, chaque fois différent, et non d'appliquer une règle à vocation générale et abstraite. Le rôle du juge, saisi d'une demande précise, n'est pas de décréter que le défendeur est tenu parce qu'il doit *praestare custodiam* pour le seul motif qu'il rentre dans la catégorie des commodataires ou des artisans et entrepreneurs, mais de décider que tel défendeur doit ou ne doit pas répondre du dommage subi par son cocontractant. On ne demande au juge, qui n'a d'ailleurs pas l'obligation de motiver sa décision, que de se faire une conviction, compte tenu de tous les éléments de la cause, en ce compris le comportement qui a été celui du défendeur.

Il n'y a pas lieu de s'étonner que la *culpa* et la *custodia*, qui devaient fort probablement être objectives à l'origine, soient devenues subjectives dès l'époque classique. L'étonnant serait au contraire qu'il ait fallu attendre le Bas-Empire pour voir s'opérer ce changement, car c'est le propre de tout ordre juridique élaboré de connaître la subjectivité des critères de responsabilité. Cette subjectivité, si elle rend plus délicat le travail d'analyse du juge, et si elle complique parfois l'administration de la preuve, a le grand avantage d'approcher l'équité de plus près, permettant notamment de résoudre les litiges de façon casuistique. C'est la raison pour laquelle la *custodia* ne présente pas un aspect uniforme, mais varie selon le type de débiteur, selon la nature et la valeur de l'objet qui devait être gardé, et selon les circonstances de la cause.

La *custodia* se trouve au centre d'un filet dont les noeuds ont pour nom : dol, faute, diligence, force majeure. Chacun de ces noeuds doit être étudié de façon détaillée, et une étude sur la *custodia* ne constitue qu'un élément d'un ensemble qui reste à construire. *La Responsabilità contrattuale* de V. ARANGIO-RUIZ doit être réécrite.

- B I B L I O G R A P H I E -

- B. ALBANESE, Studi sulla legge Aquilia. I. Actio utilitatis e actio in factum ex lege Aquilia. II. Le estensioni della leggitimazione attiva aquiliana, dans A.U. Pal. 21 (1950), pp. 5-349.
- ID., Per la storia del creditum, dans A.U. Pal. 32 (1971), pp. 5-173.
- E. ALBERTARIO, Variazione di responsabilità nell'actio depositi derivanti da patto, dans Archivio giuridico 25 (1912), pp. 15-42.
- ID., Compte rendu de B. KÜBLER, Gai Institutionum Commentarii quattuor, 5° éd., Leipzig, 1926, dans Archivio giuridico 97 (1927), pp. 124 sv. et dans Studi di diritto romano, t. VI, Milan, 1953, pp. 567-569.
- C. ALZON, Réflexions sur l'histoire de la locatio-conductio, dans R.H.D. 41 (1963), pp. 553-591.
- ID., Problèmes relatifs à la location des entrepôts en droit romain, Paris, 1966.
- ID., Les risques dans la locatio-conductio, dans Labeo 12 (1966), pp. 311-337.
- L. AMIRANTE, Ricerche in tema di locazione, dans B.I.D.R. 62 (1959), pp. 9-119.
- H. ANKUM, Furtum pignoris und furtum fiduciae im klassischen römischen Recht, (I) dans R.I.D.A. 26 (1979) pp. 127-161 et (II) dans R.I.D.A. 27 (1980) pp. 95-143.
- ID., L'actio de pauperie et l'actio legis Aquiliae dans le droit romain classique, dans Studi Sanfilippo, t. II, 1982, pp. 11-59.

- ID., La responsabilità del creditore pignoratizio nel diritto romano classico, dans Studi Biscardi, t. IV, 1983, pp. 588-630.
- C. APPLETON, Les risques dans la vente et les fausses interpolations, dans R.H.D. 5 (1926), pp. 375-417 et 6 (1927), pp. 195-252.
- V. ARANGIO-RUIZ, Responsabilità contrattuale in diritto romano, 2° éd., Naples, 1933 (réimpr. 1958).
- ID., Le formule con demonstratio e la loro origine, dans Studi Cagliari 4, 2 (1912) et dans Rariora, Rome, 1946.
- ID., La compravendita in diritto romano, 2° éd., Naples, 1954.
- ID., Il mandato in diritto romano, Naples, 1965.
- J. BARON, Diligentia exactissima, diligentissimus paterfamilias, oder die Haftung für custodia, dans A.C.P. 52 (1869) pp. 44-95.
- J. BARON, Die Haftung bis zur höheren Gewalt, dans A.C.P. 78 (1892), pp. 203-310.
- A. BERGER, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphie, 1953.
- B. BERGSMA- VAN KRIMPEN, Eine neue Interpretation von D.13,7,13, dans R.I.D.A. 26 (1979), pp. 163-175.
- E. BETTI, Studi sulla litis aestimatio del processo civile romano, Pavie, 1915.
- ID., Periculum : Problemi del rischio contrattuale in diritto classico e giustiniano, dans IUS 5 (1954), pp. 333-384 et dans Studi De Francisci, t. I, pp. 131-197.
- ID., Istituzioni di diritto romano, II, Padoue, 1962.
- J. BIERMANN, Custodia und uis maior, dans Z.S.S. 12 (1892), pp. 33-65.

- B. BIONDI, Iudiciae bonae fidei, dans A.U.Pal. 7 (1920) (dans le volume : 1918), pp. 3-280.
- ID., v° compensazione, dans N N D I, t. III, Turin, 1959.
- ID., Istituzioni di diritto romano, réimpr. 4° éd., Milan, 1972.
- M. BLAKE, Roman Construction in Italy from Tiberius through the Flavians, Washington, 1959.
- H. BLUMNER, Der Maximaltarif des Diocletian, 2° éd., Berlin, 1958.
- F. BONIFACIO, Deposito, dans N N D I, t. V, p. 496.
- ID., Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano, dans B.I.D.R. 49-50 (1947), pp. 128 sv.
- U. BRASIELLO, L'unitarietà del concetto di locazione, dans R.I.S.G. 2 (1927), pp. 529-580 et 3 (1928), pp. 3-38.
- F. BRUCKNER, Die Custodia nebst ihrer Beziehung zur uis maior nach römischen Recht, Munich, 1889.
- W. BUCKLAND, A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian, 3° éd., Cambridge, 1963.
- ID., Diligens paterfamilias, dans Studi Bonfante, t. II, pp. 87-108.
- J. BURILLO, Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum en derecho clasico, dans S.D.H.I. 26 (1960), pp. 190-281.
- C. CANNATA, Su alcuni problemi relativi alla locatio horrei, dans S.D.H.I. 30 (1964), pp. 235-262.
- ID., Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano, I, Milan, 1966.

- J. CARCOPINO, Ostiensia, dans Mélanges de l'Ecole française à Rome 30 (1910).
- E. CARELLI, Responsabilità ex recepto del nauta e legittimazione ad agire di danno, dans R.D.N. 4 (1938), I, pp. 323-346.
- E. CUQ, Manuel des institutions juridiques des Romains, 2° éd., Paris, 1928.
- S. CRUZ, Da solutio. Terminologia, conceito e características, e análise de varios institutos afins, I, Epoca arcaica e classica, Coimbra, 1962.
- M. DAVID Etudes sur l'interdit quod ui aut clam, Paris, 1947.
- M. DAVID
et H. NELSON, Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones, Leiden, 1981.
- P. DEL PRETE, v° exercitor, dans Nuovo Digesto italiano, t. V, 1938, pp. 744-746.
- F. DE MARTINO, Note di diritto romano marittimo, III, Lex Rhodia, dans R.D.N. 3 (1937), pp. 335-347.
- ID., Studii sull'actio exercitoria, dans R.D.N. 7 (1941), pp. 7-31.
- ID., Ancora sull'actio exercitoria, dans Labeo 4 (1958), pp. 274-300.
- ID., v° exercitor, dans N N D I, t. VI, 1960, pp. 1088-1092.
- A. DE MEDIO, Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano, dans B.I.D.R. 20 (1908), pp. 157-209.
- H. DE PAGE
et R. DEKKERS, Traité élémentaire de droit civil belge, t.V, 2° éd., Bruxelles, 1975.
- F. DE ROBERTIS, I rapporti di lavoro nel diritto romano, Milan, 1946.

- ID., La legittimazione attiva nell' actio furti, dans Ann. Bari 10 (1950), pp. 55 sv.
- ID., Receptum nautarum, studio sulla responsabilità dell'armatore in diritto romano con riferimento alla disciplina particolare concernente il caupo e lo stabularius, Bari, 1952.
- ID., Compte rendu de ROSENTHAL, Custodia und Aktivlegitimation ..., dans IURA 4 (1953), p. 348.
- ID., Exactissima diligentia, dans S.D.H.I. 23 (1957), pp. 119-148.
- ID., Ancora sul receptum nautarum (actio de recepto e actio locati), dans R.D.N. 26 (1958), pp. 241-266.
- ID., Locatio operarum e status del lavatore, dans S.D.H.I. 27 (1961), pp. 20-45.
- ID., La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana, Bari, 1964.
- E. DE SANTIS, Interpretazione del fr.31, D.19,2, dans S.D.H.I. 12 (1946), pp. 86-114.
- F. DE VISSCHER, Labéon et les ventes forcées de terres aux vétérans des guerres civiles, dans R.I.D.A. 1 (1954), pp. 299-313 et dans Etudes de droit romain public et privé, 3^e série, 1966, pp. 291-305.
- A. D'ORS, χειρέμβολον, dans Humanitas 2 (1948-1949), pp. 254-259.
- ID., Observaciones sobre el Edictum de rebus creditis, dans S.D.H.I. 19 (1953), pp. 134-201.
- ID., Creditum y contractus, dans A.M.D.E. 26 (1956), pp. 183 sv. et dans Z.S.S. 74 (1957), pp. 73 sv.

- A. ERNOUT
et A. MEILLET, Dictionnaire étymologique de la langue latine, 4° éd., Paris, 1959.
- W. ERNST, Periculum est emptoris, dans Z.S.S. 99 (1982), pp. 216-248.
- R. ETIENNE, La vie quotidienne à Pompéi, Paris, 1966.
- R. FEENSTRA, Deux textes de Gaius sur la responsabilité contractuelle, D.19,2,40 et D.4,9,5, dans Mélanges Lévy-Bruhl, pp. 105-118.
- C. FERRINI, Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano, dans Archivio giuridico 52 (1894), pp. 469-499 et 53 (1894), pp. 41-73 et 257-309.
et dans Opere di Ferrini (1929-1930), III, Studi vari di diritto romano e moderno, pp. 155 sv.
- ID., Manuale di Pandette, 4° éd., Milan, 1953.
- A. FLINIAUX, Compte rendu de J. PARIS, La responsabilité de la custodia en droit romain, Paris, 1926, dans R.H.D. 7 (1928), pp. 111-116.
- T. FRANK, An Economic Survey of Ancient Rome, t. V, Baltimore, 1959.
- P. FREZZA, Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano, II, Garanzie reali, Padoue, 1963.
- G. GANDOLFI, Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana, Milan, 1976.
- J. GAUDEMET, La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise aux IV° et V° siècles, Paris, 1957.
- A. GIFFARD, Précis de droit romain, t. I, 2° éd., Paris, 1938; t. II, Les Obligations; 3° éd., Paris, 1951.
- A. GIFFARD
et R. VILLERS, Droit romain et ancien droit français, Paris, 1958.

- P. GIRARD, Manuel élémentaire de droit romain, 8° éd., Paris, 1929.
- P. GRIMAL, La civilisation romaine, Paris, 1960.
- G. GROSSO, Ricerche intorno all' elenco classico dei "bonae fidei iudicia", I, Iudicium rei uxoriae, dans R.I.S.G. 3 (1928) pp. 39-96.
- ID., Il sistema romano dei contratti, Turin, 1963.
- A. GUARINO, Diritto privato romano, 7° éd., Naples, 1984.
- M. HARDER, Commodum eius esse debet cuius periculum est, dans Festschrift Kaser, pp. 351-372.
- J. HASSE, Die culpa des römischen Rechts, Bonn, 1838.
- F. HAYMANN, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit des Kaufsache, Berlin, 1912.
- ID., Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht, dans Z.S.S. 40 (1919), pp. 167-350 et Z.S.S. 41 (1920), pp. 44-185.
- H. HEUMANN -
E. SECKEL, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9° éd., Gratz, 1907.
- L. HOMO, Problèmes sociaux de jadis et d'à présent, Paris, 1922.
- ID., Rome impériale et l'urbanisme dans l'antiquité, Paris, 1951.
- P. HUVELIN
et H. LEVY-BRUHL, Etudes d'histoire du droit commercial romain, Paris, 1929.
- P. JORS
et W. KUNKEL, Römisches Privatrecht, 3° éd., Berlin, 1949.

- M. KASER, Periculum locatoris, dans Z.S.S. 74 (1957), pp. 154-200.
- ID., Die Jurisdiktion der kurulischen Ädilen, dans Mélanges Meylan, t. I, pp. 173-191.
- ID., Das römische Zivilprozessrecht, Munich, 1966.
- ID., Oportere und ius civile, dans Z.S.S. 83 (1966), pp. 1-46.
- ID., Restituere als Prozessgegenstand, Munich, 1968.
- ID., Das römische Privatrecht : I - Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2° éd., Munich, 1971.
- ID., Studien zum römischen Pfandrecht, I, dans T.R.G. 44 (1976), pp. 233-289; II, dans T.R.G. 47 (1979), pp. 319-345; III, Besitzfand und besitzloses Pfand, dans S.D.H.I. 45 (1979), pp. 1-92.
- ID., Die actio furti des verkäufers, dans Z.S.S. 96 (1979), pp. 89-128.
- ID., Furtum pignoris und furtum fiduciae, dans Z.S.S. 99 (1982), pp. 249-277.
- ID., Anhang B. Furtum pignoris und furtum fiduciae, dans Studien zum römischen Pfandrecht, Naples, 1982.
- ID., Die formula der actio ad exhibendum, dans Studi Volterra, t. III, pp. 545-577.
- M. KASER
et F. WUBBE, Romeins privaatrecht, 2° éd., Zwolle, 1971.
- F. KNIEP, Gai Institutionum Commentarius, 3 vol., Iena, 1911-1917.
- M. KONSTANTINOVITCH, Le periculum rei uenditae en droit romain, Lyon, 1923.

- P. KRUCKMANN, Einige Randfragen zum periculum emptoris, dans Z.S.S. 59 (1939), pp. 1-30.
- ID., Periculum emptoris, dans Z.S.S. 60 (1940), pp. 1-79.
- ID., Custodia, dans Z.S.S. 64 (1944), pp. 1-56.
- B. KÜBLER, Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht, dans Festgabe Gierke, t. II (1910), pp. 235-275.
- ID., Die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip, dans Z.S.S. 38 (1917), pp. 73-113 et dans Z.S.S. 39 (1918), p. 247 bis.
- ID., Geschichte des römischen Rechts, Leipzig, 1925.
- ID., Les degrés de faute dans les systèmes juridiques de l'antiquité, dans Rec. Lambert, t. I, pp. 174-184.
- W. KUNKEL, Diligentia, dans Z.S.S. 45 (1925), pp. 266-351.
- J. LAMBERT, Les operae liberti, Paris, 1934.
- L. LANTELLA, Note semantiche sulle definizioni di obligatio, dans Studi Grosso, t. IV, pp. 165-232.
- O. LENEL, Palingenesia Iuris Ciuilis, Leipzig, 1889.
- ID., Das Edictum perpetuum, 3° éd., Leipzig, 1927.
- G. LEPOINTE et R. MONIER, Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français, Paris, 1954.
- E. LEVY, Zur Lehre von dem sogenannten actiones arbitrariae, dans Z.S.S. 36 (1915), pp. 1-82.

- ID., Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht, Berlin, 1922.
- ID., Weströmischen Vulgarrecht. Das Obligationenrecht, Weimar, 1956.
- L. LOMBARDI, Aperçus sur la compensation chez les juristes classiques, dans B.I.D.R. 66 (1963), pp. 35-91.
- G. LONGO, Sul regime della obbligazioni corrispettive nella locatio-conductio rei, dans Studi Arangio-Ruiz, t. II, pp. 379-403.
- L. LUSIGNANI, Studi sulla responsabilità per custodia secondo il diritto romano.
 I. Il receptum nautarum cauponum stabulariorum. Gli Altri casi di locatio-conductio, Modène 1902.
 II. L'emptio uenditio, Parme, 1903.
 III. Mandatum, Parme, 1905.
- G. LUZZATTO, Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale. I. La responsabilità per custodia, Milan, 1938.
- ID., Commodati uel contra, dans Labeo 2 (1956), pp. 357-362.
- ID., Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale, dans B.I.D.R. 63 (1960), pp. 47-127.
- ID., Custodia, dans N N D I, t.V, pp.93-94.
- G. MAC CORMACK, The cautio damni infecti : Buyer and Seller dans Z.S.S. 88 (1971), pp. 300-321.
- ID., Culpa, dans S.D.H.I. 38 (1972), pp. 123-188.
- ID., Custodia and culpa, dans Z.S.S. 89 (1979), pp. 149-219.
- ID., Periculum, dans Z.S.S. 96 (1979), pp. 129-172.

- ID., Further on periculum, dans B.I.D.R. 82 (1979), pp. 11-37.
- J. MACQUERON, Le travail des hommes libres dans l'Antiquité romaine, 2^o éd., Aix-en-Provence, 1958.
- ID., Les dommages causés par des chiens dans la jurisprudence romaine, dans Flores legum Scheltema, 1971, pp. 133 sv.
- ID., Histoire des obligations. Le droit romain, 2^o éd., Aix-en-Provence, 1975.
- A. MAGDELAIN, Le consensualisme dans l'Edit du préteur, Paris, 1958.
- A. MARRONE, L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo romano, dans A.U.Pal. 24 (1955), pp. 382 sv.
- ID., Actio ad exhibendum, dans A.U.Pal. 26 (1957), pp. 177 sv.
- G. MARTON, Un essai de reconstruction du développement probable du système romain de responsabilité civile, dans Mélanges De Visscher, t. II, pp. 177-191.
- C. MASCHI, La categoria dei contratti reali, Milan, 1973.
- T. MAYER-MALY, Locatio-conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht, Vienne, Munich, 1956.
- ID., Compte rendu de AMIRANTE, Ricerche in tema di locazione, dans Labeo 5 (1959), pp. 390-397.
- H. et L. MAZEAU et A. TUNC, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 5^o éd., Paris, 1957.
- R. MEIGGS, Roman Ostia, Oxford, 1960.

- L. MENAGER, "Naulum" et "receptum rem saluam fore". Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes en droit romain, dans R.H.D. 38 (1960), pp. 177-213 et 385-411.
- R. MENTXAKA, La pignoracion de colectividades en el derecho romano classico, Bilbao, 1986.
- A. METRO, La datazione dell' Editto de inspiciendo uentre custodiendoque partu, dans Synteleia Arangio-Ruiz, t.II, Naples, 1964, pp. 944-957.
- ID., L'obbligazione di custodire nel diritto romano, Milan, 1966.
- ID., Custodiam praestare, dans Labeo 13 (1967), pp. 60-67.
- P. MEYLAN, Paul D.21,2,11 et la question des risques dans le contrat de vente, dans Mélanges De Visscher, t. II, pp. 193-212.
- ID., Fr. Vat. 16 et la question des risques dans le contrat de vente, dans IURA I (1950), pp. 253-264.
- J. MICHEL, Gratuité en droit romain. Etude d'histoire et d'ethnologie juridique, Bruxelles, 1962.
- J. MIQUEL, Periculum locatoris. Ricerche in tema di responsabilità contrattuale, dans Z.S.S. 81 (1964), pp. 134-190.
- L. MITTEIS, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, Leipzig, 1908.
- I. MOLNAR, Periculum emptoris im römischen Recht der klassischen Periode, dans Scritti Guarino, t. V, 1984, pp. 2227-2255.
- T. MOMMSEN, Römisches Stafrecht, Leipzig, 1899, réimpr. Darmstadt, 1955.
- R. MONIER, La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine, Paris, 1930.

- ID., Manuel élémentaire de droit romain,
t. I, Introduction historique, les sources,
la procédure, les personnes, les droits
réels, les successions, 6° éd., Paris, 1947.
t. II, Les obligations, 5° éd., Paris, 1954.
- G. NICOSIA, La responsabilità del locatore per i vizi
della cosa locata nel diritto romano, dans
R.I.S.G. 92 (1957-1958), pp. 403-426.
- M. NITSCHKE, Die Hinterlagung der geschuldeten Leistung
im römischen Recht, dans S.D.H.I. 24
(1958), pp. 112-223.
- D. NORR, Die Entwicklung des Utilitätsgedankens
im römischen Haftungsrecht, dans Z.S.S.
73 (1956), pp. 68-119.
- F. OLIVIER-MARTIN, Des divisions du louage en droit romain,
dans R.H.D. 15 (1936), pp. 419-475.
- P. OURLIAC
et J. DE MALAFOSSE, Histoire du droit privé. I. Les obligations,
2° éd., Paris, 1969.
- J. PARICIO, La pretendida formula in ius del commodato
en el Edicto pretorio, dans R.I.D.A. 29
(1982), pp. 235-251.
- J. PARIS, La responsabilité de la custodia en droit
romain, Paris, 1926.
- F. PASTORI, Il commodato nel diritto romano, Milan,
1954.
- ID., Sulla duplicità formulare dell'actio
commodati, dans Labeo 2 (1956), pp. 89-94.
- ID., Gayo e la responsabilità contrattuale,
dans Labeo 2 (1956), pp. 291-326.
- ID., v° Commodato, dans N N D I, t. III, Turin,
1959.
- A. PERNICE, Marcus Antistius Labeo, 4 vol., Halle,
1873 à 1892.

- A. PEZZANA, Azioni di garanzia per vizi della cosa in diritto bizantino, dans Synteleia Arangio-Ruiz, t. II, Naples, 1964, pp. 648-652.
- H. PFLUGER, Zuhr Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischen Recht, dans Z.S.S. 65 (1947), pp. 121-218.
- V. POLACEK, Commodato e furto : spunti d'interpretazione dialettica, dans Labeo 19 (1973), pp. 161-184.
- J. POTHIER, Traité des contrats maritimes, société et cheptel, Paris et Orléans, 1774.
- F. PRINGSHEIM, Ius aequum und ius strictum, dans Z.S.S. 42 (1921), pp. 643-668.
- G. PROVERA, Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano, dans Studi Betti, t. III, pp. 693-724.
- G. PUGLIESE, In tema di actio exercitoria, dans Labeo 3 (1957), pp. 308-343.
- E. RABEL, Gefahrtragung beim Kauf, dans Z.S.S. 42 (1921), pp. 543-565.
- C. RASCON, Pignus y custodia en el derecho romano classico, Oviedo, 1976.
- P. ROMANELLI, Horrea, dans D.E. 3, pp. 967-992.
- J. ROSENTHAL, Custodia und Aktivlegitimation zur actio furti, dans Z.S.S. 68 (1951), pp. 216-265.
- M. ROSTOWZEW, Conductor, dans D.E. 2,1, pp. 578-597.
- W. ROSWADOWSKI, Studi sulla compensazione nel diritto romano, dans B.I.D.R. 81 (1978), pp. 71-150.

- L. ROTA, Contrasti dottrinari e ipotesi di studio in tema di responsabilità del creditore pignoratizio, dans Studi Biscardi, t.V, Milan, 1984, pp. 329-368.
- J. ROUGE, Recherches sur l'organisation du commerce maritime en méditerranée sous l'empire romain, Paris, 1966.
- J. ROUSSIER, Compte rendu de A. METRO, L'obbligazione di custodire nel diritto romano, Milan, 1966, dans R.H.D. 45 (1967), pp. 515-517.
- M. SARGENTI, Problemi della responsabilità contrattuale, dans S.D.H.I. 20 (1954), pp. 127-258.
- G. SCHERILLO, v° Collatio legum romanarum et mosaicarum, dans N N D I, t. III, Turin, 1959.
- ID., Le definizioni romane delle obbligazioni, dans Studi Grosso, t.IV, 1971, pp. 95-116.
- F. SCHULZ, Die Aktivlegitimation zur actio furti im klassischen römischen Recht, dans Z.S.S. 32 (1911), pp. 23-99.
- ID., Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im klassischen römischen Recht, dans Z. Grünhut 38 (1911), pp. 9-54.
- ID., Einführung in das Studium der Digesten, Tübingen, 1916.
- ID., Classical Roman Law, Oxford, 1951.
- E. SECKEL, Custodia, dans HEUMANN-SECKEL, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9° éd., Graz, 1907, pp. 116-118.
- ID., Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht, dans Z.S.S. 47 (1927), pp. 117-263.
- H. SIBER, Contrarius consensus, dans Z.S.S. 42 (1921), pp. 68-102.

- ID., Römisches Recht in Grundzüge für die Vorlesung. II. Römisches Privatrecht, Berlin, 1928.
- S. SOLAZZI, Appunti di diritto romano marittimo, III. Responsabilità ad agire di danno, dans R.D.N. 5 (1939) I, pp. 35-47; IV. La responsabilità del vettore e D.4,9,7,pr., dans R.D.N. 6 (1940) I, pp. 245-253.
- ID., La compensazione nel diritto romano classico, 2^o éd., Naples, 1950.
- W. STUEDEMUND, Gaii Institutionum Commentarii quattuor, Leipzig, 1874.
- M. TALAMANCA, Custodia, dans Enc. Dir. 11 (1962), pp. 562-564.
- C. TARDIVO, Studi sul commodatum, dans Archivio Giuridico 204 (1984), pp. 225-311.
- R. TAUBENSCHLAG, Opera minora, 2 vol., Varsovie, 1959.
- O. TELLEGEN-COUPERUS, The Law of Testamentary Successions in the Constitutions of Diocletian, Zutphen, 1982.
- H. THEDENAT, Horreum, dans D.S. 3,1, pp. 268-275.
- G. THIELMANN, Actio redhibitoria und Zufälliger Untergang der Kaufsache, dans Studi Volterra, t. II, pp. 487-520.
- J. THOMAS, Custodia and horrea, dans R.I.D.A. 6 (1959), pp. 371-383.
- ID., Carriage by Sea, dans R.I.D.A. 7 (1960), pp. 489-507.
- ID., Return to horrea, dans R.I.D.A. 13 (1966), pp. 353-368.
- ID., Furtum pignoris, dans T.R.G. 38 (1970), pp. 135-162.

- ID., Text-Book of Roman Law, Oxford, 1976.
- ID., Furtum pignoris : a Commentary of the Commentaries, dans Studi Sanfilippo, t. I, 1982, pp. 585-601.
- E. UDE, Das receptum nautarum, ein pactum praetorium, dans Z.S.S. 12 (1892), pp. 66-74.
- G. VAN DEN BERGH, Custodiam praestare : Custodia-Liability or Liability for Failing Custodia ? dans T.R.G. 43 (1975), pp. 59-72.
- ID., Custodia and furtum pignoris, dans Studi Sanfilippo, t. I, pp. 601-614.
- J. VAN OVEN, Compte rendu de F. DE ROBERTIS, Receptum nautarum ..., dans R.I.D.A. 2 (1955), pp. 423-435.
- ID., Actio de recepto et actio locati, dans T.R.G. 24 (1956), pp. 137-157.
- P. VAN WARMELOO, Le rescrit de Marc-Aurèle à propos de la compensation, dans Mélanges Lévy-Bruhl, pp. 335-341.
- J. VAZNY, Custodia, dans A.U.Pal. 12 (1929), pp. 101-159.
- R. VIGNERON, Offerre aut deponere. De l'origine de la procédure des offres réelles suivies de consignation, Liège, 1979.
- ID., Résistance du droit romain aux influences hellénistiques : le cas du dépôt irrégulier, dans R.I.D.A. 31 (1984), pp. 307-324.
- R. VILLERS, Rome et le droit privé, Paris, 1977.
- K. VISKY, La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République, dans Mélanges De Visscher, t. II, pp. 437-484.
- E. VOLTERRA, Istituzioni di diritto privato romano, Rome, 1961.

- A. WALDE
et J. HOFMANN, Lateinisches Etymologisches Wörterbuch,
3° éd., Heidelberg, 1930-1956.
- A. WATSON, The Law of Obligations in the Later
Roman Republic, Oxford, 1965.
- ID., The Original Meaning of Pauperies, dans
R.I.D.A. 17 (1970), pp. 357-367.
- ID., The Imperatives of the Aedilician Edict,
dans T.R.G. (1971), pp. 72-83.
- F. WIEACKER, Haftungsformen des römischen Gesellschafts-
rechts, dans Z.S.S. 54 (1934), pp. 35-79.
- B. WINSCHIED, Lehrbuch des Pandektenrechts, 4° éd.,
Dusseldorf, 1875.
- J. WOLF, Barkauf und Haftung, D.19,1,23 Iul. 13 dig.,
dans T.R.G. 45 (1977), pp. 1-25.
- F. WUBBE, Zur Haftung des Horrearius, dans Z.S.S.
76 (1959), pp. 508-520.
- ID., Opus selon la définition de Labéon
(D.50,16,1,5), dans T.R.G. 50 (1982),
pp. 241-251.
- R. YARON, Sale of Wine, dans Studies in the Roman
Law of Sale, Oxford, 1959, pp. 71-77.

TABLE DES MATIERES

AVANT-PROPOS.....	1
INTRODUCTION.....	6
1. Les occurrences du terme <u>custodia</u>	7
2. <u>Custodia</u> matérielle et <u>custodia</u> juridique.....	13
3. <u>Custodia</u> objective et <u>custodia</u> subjective.....	15
4. Théorie de LUSIGNANI.....	17
5. Théorie de la <u>custodia</u> objective.....	20
6. La <u>custodia</u> sous Justinien.....	25
7. Les débiteurs tenus de la <u>custodia</u>	27
CHAPITRE PREMIER. LE DEPOT.....	31
Section 1. Responsabilité du dépositaire.....	38
Section 2. Obligations du dépositaire.....	53
CHAPITRE DEUX. LE <u>RECEPTUM NAUTARUM</u>	66
Section 1. Nature juridique du transport maritime.....	70
Section 2. Responsabilité <u>ex recepto</u> du transporteur maritime...	77
§ 1. Multiplicité des recours juridiques.....	77
§ 2. Le <u>receptum</u> prétorien.....	85
§ 3. L'exception de Labéon.....	87
§ 4. Destinataires de l'Edit.....	91
§ 5. Nature et portée juridique du <u>receptum</u>	97
§ 6. <u>Receptum</u> et <u>custodia</u>	105
Section 3. Responsabilité <u>ex locato</u> du transporteur maritime....	110
§ 1. Responsabilité subjective du transporteur.....	110
§ 2. Gaius, D.4,9,pr. et la <u>custodia</u>	113
CHAPITRE TROIS. LA <u>LOCATIO HORREORUM</u>	120
Section 1. Les parties au contrat.....	123
§ 1. Le texte de Labéon au D.19,2,60,9.....	123
§ 2. L' <u>horrearius</u> et la gestion des entrepôts.....	133
Section 2. Nature juridique du louage d'entrepôts.....	150

Section 3. Responsabilité du bailleur d'entrepôts.....	159
§ 1. La doctrine et les textes.....	159
§ 2. L' <u>effractura</u> et la notion de force majeure....	172
§ 3. Responsabilité de base du bailleur d'entrepôts..	179
A. Responsabilité du bailleur dans le cadre de	
la <u>locatio rei</u>	181
B. Responsabilité du bailleur dans le cadre de	
la <u>locatio operis</u>	189
§ 4. Responsabilité additionnellle du bailleur	
d'entrepôts.....	195
 CHAPITRE QUATRE. LA <u>LOCATIO OPERIS</u>	202
Section 1. Spécificité de la <u>locatio-conductio operis faciendi</u> ...	204
§ 1. Unité ou trichotomie du louage.....	206
§ 2. Réalité de la trichotomie.....	209
§ 3. Les contrats mixtes.....	218
Section 2. Responsabilité du <u>fullo</u> et du <u>sarcinator</u>	226
§ 1. Les textes sur la <u>custodia</u> objective.....	227
§ 2. Les textes sur la <u>custodia</u> subjective.....	239
§ 3. <u>Custodia</u> et <u>culpa</u>	245
Section 3. Responsabilité des autres <u>conductores</u>	
<u>operis faciendi</u>	252
§ 1. Spécificité du <u>fullo</u> et du <u>sarcinator</u>	254
§ 2. La responsabilité du gardien salarié.....	259
§ 3. Responsabilité du transporteur par voie de terre..	266
A. Responsabilité du porteur de lettres.....	266
B. Responsabilité des autres transporteurs par	
voie de terre	274
§ 4. Responsabilité du transporteur maritime.....	279
A. Nature du contrat de transport par mer.....	279
B. Responsabilité du <u>conductor operis</u>	281
 CHAPITRE CINQ. LE GAGE.....	284
Section 1. La doctrine et la responsabilité du créancier gagiste..	287
Section 2. Légitimation active à l' <u>actio furti</u> et	
<u>utilitas contrahendi</u>	299

Section 3. Les textes relatifs à la responsabilité du créancier gagiste.....	308
§ 1. Textes invoqués à l'appui de la <u>custodia</u> technique	308
§ 2. Textes mentionnant la <u>culpa</u>	322
Section 4. Responsabilité du créancier et protection judiciaire du débiteur.....	342
CHAPITRE SIX. LE COMMODAT.....	357
Section 1. La responsabilité du commodataire dans les Institutes de Gaius.....	357
Section 2. Nature et étendue de la <u>custodia</u> dans les textes du Digeste.....	374
§ 1. Principe de la responsabilité pour <u>custodia</u> ...	374
§ 2. <u>Fuga seruorum</u>	381
§ 3. <u>Damnum ab alio datum</u>	389
Section 3. Nature et étendue de la <u>culpa</u> dans les textes du Digeste.....	402
§ 1. Principe de la responsabilité pour <u>culpa</u>	403
§ 2. <u>Usus contrarius</u>	411
§ 3. Dommage causé à la chose prêtée.....	416
§ 4. Perte de la chose prêtée.....	421
§ 5. Vol ou rétention par un tiers.....	423
Section 4. La sanction judiciaire du commodat.....	428
CHAPITRE SEPT. LA VENTE.....	464
Section 1. <u>Periculum</u>	467
Section 2. <u>Dolus</u> et <u>culpa</u>	478
Section 3. <u>Custodia</u>	498
CHAPITRE HUIT. <u>VARIA</u>	527
Section 1. <u>Inspectio</u> et <u>pactum displicentiae</u>	528
Section 2. <u>Locatio rei</u>	543
CONCLUSION.....	561
BIBLIOGRAPHIE.....	589
TABLE DES MATIERES.....	607