

Le concept de « bonne foi » et la sanction judiciaire du contrat de prêt en droit romain classique

René ROBAYE

Nombreux sont les termes issus du langage usuel qui subissent un glissement de sens dès qu'ils sont adoptés par les juristes pour être utilisés dans un contexte particulier ou dans un domaine spécifique. Ainsi, la *bona fides* des juristes classiques, issue bien évidemment de la *fides* qui emprunte sa signification à la religion romaine, ne peut pas être confondue avec cette notion d'ordre éthique. La *fides*, que Max Kaser appelle une « *vox media* »¹, est un terme générique, tandis que la *bona fides* est utilisée par les juristes pour recevoir une signification d'ordre essentiellement judiciaire.

La *fides*, qui se trouve dans l'héritage indo-européen reçu et conservé par les Romains, a été représentée, dans la sphère des conceptions religieuses, comme une divinité, selon l'habitude romaine de personnalisation des valeurs jugées fondamentales². La déesse Fides est, à Rome, la personnification de la Parole Donnée³. Une fois

1. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, 2^e éd., Munich, 1971, p. 486, n.12.

2. Voir l'essai d'anthropologie de M. MESLIN, *L'homme romain, des origines au premier siècle de notre ère*, Paris, 1978, pp. 24-25 et 232-235 (dans l'édition 1985).

3. P. GRIMAL, *Dictionnaire de la mythologie grecque et romaine*, 5^e éd., Paris, 1976, p. 159.

laïcisée, la *fides* va couvrir et animer la plupart des relations humaines⁴. Compte tenu du glissement logique qui s'opère de l'idée de loyauté à la notion d'obligation, la *fides* va constituer le fondement de la *fiducia*, qui donnera naissance au gage, au dépôt et au commodat, et préparer le chemin aux contrats consensuels de bonne foi.

Mais sa signification est plus large que celle de la *bona fides* de la procédure formulaire. Selon la définition de Cicéron, «*fundamentum autem iustitiae est fides, id est dictorum conuentorumque constantia et ueritas*»⁵ (le fondement de la justice est la bonne foi, c'est-à-dire le respect de la vérité de nos paroles et de nos conventions). L'auteur du traité *Des devoirs* ajoute que «*quia fiat quod dictum est, appellatum fidem*» (la bonne foi est appelée ainsi parce qu'il faut faire ce qu'on a dit). L'étymologie est fantaisiste mais révèle que la *fides* sert de fondement à tous les contrats et qu'elle est la cause fondamentale de toute obligation contractuelle, quelles que soient les caractéristiques de l'action en justice qui la sanctionne. En ce sens, elle joue plus ou moins le rôle de l'article 1134 du code civil, qui dispose que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Elle est, comme l'article 1134, le fondement de l'obligatorité des conventions.

La *bona fides* de la procédure formulaire, par contre, n'est pas la cause de l'obligation, mais sa mesure : elle permet au juge de considérer que l'étendue des obligations des parties va au-delà de ce qui a été expressément convenu. Elle correspond plutôt à l'article 1135, qui précise que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

La plupart des romanistes enseignent que le commodat, ou prêt d'usage, est, dès l'époque classique, un contrat de bonne foi⁶, comme

4. Sur le concept de *fides*, voir la thèse de G. FREYBURGER, *Fides. Etude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Paris, 1986. On peut regretter que cette étude ne traite pas de la notion juridique de *bona fides*.

5. Cicéron, *De Officiis*, I, 7.

6. Outre les références données plus loin, voir par exemple, parmi les derniers, A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 7^e éd., Naples, 1984, p. 770; C. CANNATA et B. SCHMIDLIN, *Droit privé romain, II, Obligations, successions, procédure*, Lausanne, 1987, p. 152.

le dépôt, le louage, la vente, la société ou le mandat, tandis que la doctrine est divisée en ce qui concerne le gage ⁷.

Il faut immédiatement relever que l'opposition entre contrats de bonne foi et contrats de droit strict, quel que soit son intérêt pédagogique, semble bien ne pas être classique, du moins sous sa formulation habituelle (*bonae fidei iudicia* — *actiones stricti iuris*). En effet, si l'expression *iudicium bonae fidei* est assez répandue dans les sources classiques ⁸, il n'en va pas de même pour l'expression *actiones stricti iuris*, qui ne se rencontre textuellement que dans les Institutes ⁹. Ce qui est certain par contre, et admis par tous, c'est que les juristes classiques, dès la fin de la République, ont élaboré la catégorie des *iudicia bonae fidei*, comprenant les actions civiles dont la *demonstratio* contient les mots *ex fide bona* réalisant une amplification des obligations du défendeur (*quidquid dare facere oportet*) que le juge est ainsi invité à considérer de façon assez souple. Mais on ne peut pas dire que les contrats dont la formule judiciaire ne contient pas ces mots ne sont pas pour autant régis par la bonne foi, car une telle formulation laisserait penser que le défendeur à l'action directe peut ne pas être de bonne foi. En réalité, la *fides* est présente dans tous les rapports juridiques, y compris ceux que les romanistes ont pris l'habitude d'appeler « contrats de droit strict ». Il importe donc de ne pas confondre *fides* et *bona fides*.

La question qui nous intéresse plus précisément est de savoir si le commodat, dès l'époque classique, est sanctionné par une action *in ius* définissant les obligations de l'emprunteur par un recours à la *bona fides* ou si, au contraire, cette mention fait défaut. Dans ce dernier cas, il faut alors considérer que l'*actio commodati in ius* est, pour reprendre l'expression habituellement utilisée par les romanistes, une action « de droit strict ».

D'une manière générale, les questions relatives à la protection judiciaire du commodat — du moins les questions sur lesquelles les

7. Cf. R. ROBAYE, *Sanction judiciaire du contrat de gage en droit romain classique*, dans *R.I.D.A.*, 34 (1987), pp. 311 - 326.

8. Cf. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II, 2^e éd., Munich, 1975, p. 353 et n. 13.

9. Dans I.4,6,28, où elle est opposée à « *bonae fidei actio* ». Les expressions analogues que l'on trouve dans quelques sentences du Digeste (D.12,3,5,4 et D.13,6,3,2) semblent bien être interpolées. En ce sens, voir M. KASER, *op. cit.*, p. 353 et n. 11; M. TALAMANCA, *Processo civile (diritto romano)*, dans *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVI (1987), p. 64.

romanistes ne s'accordent pas — 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 au contenu de la formule *in ius concepta* et à la référence au « *quidquid dare facere oportet ex fide bona* », tandis que les troisièmes divisent la doctrine sur le point de savoir si la responsabilité pour *custodia* du commodataire¹⁰ 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.

ACTION IN FACTUM ET ACTION IN IUS

Il résulte des Institutes de Gaius que le commodat est sanctionné, comme le dépôt, par une action *in factum* et par une action *in ius*. Les formules de ces deux actions sont données in extenso pour le contrat de dépôt¹¹, mais pour le commodat, Gaius se contente de dire que « *similes etiam commodati formulae sunt* » et son silence sur leur rédaction est regrettable parce qu'il est source d'incertitudes, que traduisent les nombreuses discussions qu'on peut relever parmi les romanistes.

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 une sanction non juridique fondée sur la réprobation sociale liée à l'absence de respect de la parole donnée. 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 dans l'Edit vers le milieu du premier siècle a.C., période d'importantes innovations prétoriennes¹².

10. Les textes établissent avec certitude que le commodataire doit *praestare custodiam*. C'est d'ailleurs à propos de ce débiteur que la responsabilité pour *custodia* est la plus détaillée. Voir notamment Gaius, III,206; D.13,6,5,5; D.13,6,5,6; D.13,6,5,9; D.13,6,5,10; D.13,7,13,1; D.19,2,41.

11. Gaius, IV, 47.

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

L'action *in factum* a selon toute vraisemblance été créée par le prêteur 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 bien¹³.

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 Gaius¹⁴, la formule de l'*actio commodati in factum*, dont Gaius dit qu'elle est analogue à celle du dépôt, peut être reconstituée comme suit :

«*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 absoluto*»¹⁵.

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 dol¹⁶, le commodataire, lui, de l'aveu même de Gaius, répond de la *custodia*. Il serait à peu près inconcevable que l'*actio commodati*

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

14. Gaius, IV, 47.

15. 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 ».

16. Cf. Gaius, III, 207. Le principe énoncé par Gaius est confirmé par de nombreux textes du Digeste dont D.13,6,5,2 et D.50,17,23.

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'Ors¹⁷, qui semble faire école en Espagne¹⁸ et au Portugal¹⁹, 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* »²⁰, et ajoute, après avoir donné les formules des actions de dépôt *in factum et in ius* : « *Similes etiam commodati formulae sunt* »²¹.

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 postclássica* »²², 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 d'habitude qu'un et non

17. A. D'ORS, *Observaciones sobre el Edictum de rebus creditis*, dans *S.D.H.I.*, 19 (1953), pp. 134 sq.; *Creditum y contractus*, dans *A.H.D.E.*, 26 (1956), pp. 183 sq. et *Creditum und Contractus*, dans *Z.S.S.*, 74 (1957), pp. 73-99.

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

19. S. CRUZ, *Da « solutio ». Terminologia, conceito e características, e análise de vários institutos afins, I, Epocas arcaica e clássica*, Coimbra, 1962, pp. 209 sq. et n. 304.

20. 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 ».

21. Trad. : « Les formules du commodat sont semblables ».

22. S. CRUZ, *op. cit.*, pp. 209 sq.; J. PARICIO, *op. cit.*, pp. 238 et 247.

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 formule²³, 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*²⁴, et dans le fait que le *commodat* ne figure pas dans la rubrique édictale « *de bonae fidei iudiciis* »²⁵. 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.

23. Gaius, IV, 40.

24. Gaius, IV, 40.

25. J. PARICIO, *op. cit.*, pp. 249-250.

ACTION IN IUS ET BONA FIDES

Le problème posé par l'action *in ius*

La plupart des auteurs défendent une thèse opposée à celle de Paricio. Ils estiment que l'action *in ius* du commodat existe dès l'époque classique, et que sa formule contient les termes « *quidquid dare facere oportet ex fide bona* » qui ont pour objectif de procurer au demandeur, le cas échéant, l' *id quod interest*, « évalué par le juge, sur base de son pouvoir discrétionnaire, à la lumière de la *bona fides* »²⁶. Cette action serait postérieure à l'action *in factum* 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 Lévy au début du siècle²⁷ et Kaser aujourd'hui²⁸, 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 tutelle²⁹ et l'impossibilité de reconstituer

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

27. E. LEVY, *Zur Lehre von den sogenannten actiones arbitrariae*, 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 sq.

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

29. 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 STUEMUND, après un travail d'une minutie et d'une patience remarquables (*Gaii Institutionum Commentarii quattuor*, Leipzig, 1874).

avec certitude le mot manquant, ont amené certains auteurs³⁰ 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.

Cette lecture a cependant suscité assez vite des critiques³¹ et se trouve actuellement abandonnée. La doctrine contemporaine, à notre connaissance unanime, estime que le mot manquant est « *rei uxoriae* »³², confirmant de la sorte l'absence du *commodat* dans la liste que dresse Gaius des *iudicia bonae fidei*³³.

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.

30. 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 : cf. 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 sq. et dans *Studi Albertario*, VI, pp. 567-569.

31. 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*). Cf. notamment P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, Rome, 1925, p. 343, n. 2 et F. PASTORI, *Il commodato nel diritto romano*, Milan, 1954, p. 56.

32. A la suite de G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei « bonae fidei iudici »*, I, *Iudicium rei uxoriae*, dans *R.I.S.G.*, 3 (1928), pp. 39 sq.

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

Sur base de cette omission, V. Arangio-Ruiz³⁴, F. Pastori³⁵ et d'autres auteurs à leur suite³⁶, 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 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-t-il, que Lenel³⁷ 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 bonne foi à l'époque classique³⁸. 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. Paricio³⁹ 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

34. 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.

35. *Il commodato...*, p. 81.

36. Cf. 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 sq.; A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milan, 1966, p. 159.

37. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, 3^e éd., p. 253.

38. Il est certain que dans le droit de Justinien, le commodat est considéré comme un contrat de bonne foi : l'*actio commodati* est 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 ...*

39. J. PARICIO, *op. cit.*, pp. 239-240.

même contrat, ne servirait à rien et n'apporterait rien de plus que cette dernière.

L'argument, déjà avancé par F. Pastori⁴⁰, 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 auteurs⁴¹ 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 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

40. 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 incomprendibile 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 commodato...*, p. 58).

41. Voir par exemple F. PASTORI, *Il commodato...*, p. 53 et J. PARICIO, *La pretendida formula...*, p. 248.

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 droit⁴². 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*⁴³. 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.

Les arguments invoqués en faveur de la mention de la *bona fides*

Parmi les textes souvent cités à l'appui de la thèse selon laquelle l'action *in ius* du commodat fait référence à la bonne foi, 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, obseruatur, quamuis in stricti (iuris Mommsen) litis contestatae tempus spectetur*»⁴⁴.

La référence à la bonne foi n'est manifestement pas destinée à appuyer la règle établie par Ulpien dans ce texte : les mots « *sicut in ceteris bonae fidei iudiciis similiter* », que nous croyons interpolés, comme nous le verrons plus loin, ne font 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

42. Gaius, IV, 45-46.

43. Gaius, IV, 62.

44. 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 *litis contestatio* ».

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*⁴⁵. 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 *litis contestatio*. Dans cette phrase, rien que l'opposition introduite par « *quamuis* » permet de croire que l'action dont il est question ne peut être qu'une action sans référence à la bonne foi⁴⁶, 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 chose ». Les deux formules du dépôt données par Gaius illustrent bien ce principe⁴⁷. 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* ».

45. 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).

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

47. Gaius, IV, 47.

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 interpolation⁴⁸.

Un deuxième argument est tiré d'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)*»⁴⁹.

Ce texte traite du contrat de société et de 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*, parmi lesquels il cite notamment le commodat. Le plus surprenant est qu'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

48. L'interpolation est très largement admise dans la doctrine (O. LENEL, *Das Edictum perpetuum...*, 3^e éd., 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).

49. 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) ».

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. 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 compilateurs⁵⁰.

Un troisième argument invoqué en faveur de l'action *in ius* de bonne foi se fonde sur la question de la compensation dans le commodat. On sait, notamment par Gaius⁵¹, qu'en droit romain classique et jusqu'à Marc-Aurèle, la compensation n'est possible, en règle générale⁵², 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.*»⁵³

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

51. Gaius, IV, 63.

52. 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 actions de droit strict (*condictio*, action *ex stipulatu*) par l'exception de dol. Cf. S. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano classico*, 2^e éd., Naples, 1950; B. BIONDI, v^o *compensazione*, dans *NNDI*, t. III, Turin, 1959, pp. 719 sq.; P. VAN WARMELO, *Le rescrit de Marc-Aurèle à propos de la compensation*, dans *Mélanges Lévy-Bruhl*, Paris, 1959, pp. 335-341; W. ROSWADOWSKI, *Studi sulla compensazione nel diritto romano*, dans *B.I.D.R.*, 81 (1978), pp. 71-150.

53. 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

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 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* »⁵⁴.

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'appuyer⁵⁵. La doctrine considère en général sans hésitation que ce texte est authentique dans sa rédaction⁵⁶.

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

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 ».

54. F. PASTORI, *Il commodato...*, p. 368.

55. J. PARICIO, *op. cit.*, pp. 244-245.

56. 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.

simplement envisagé la possibilité d'une exception donnée au 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 texte⁵⁷.

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 peut penser qu'en province, le magistrat, à des degrés divers, avait probablement 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 sénatus-consulte Orfitien⁵⁸. On sait par ailleurs que Marc-Aurèle, dans un rescrit qui nous est connu seulement par les Institutes de Justinien⁵⁹, a

57. Il est possible également que cette altération de D.13,6,18,4 ait été réalisée à la fin du III^e ou au début du IV^e siècle, lors d'une publication du commentaire de Gaius à l'Edit provincial, destinée à la pratique juridique et qui 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.

58. Le sénatus-consulte Orfitien est le dernier texte juridique repris au Digeste comme ayant été commenté par Gaius : cf. 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.

59. Nous ne connaissons pas grand chose de ce rescrit, cité dans les Institutes de Justinien, I.4,6,30 : *Sed et in strictis iudiciis ex rescripto diui*

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, même si D.13,6,18,4 était antérieur au décret de Marc-Aurèle, il serait alors 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*.

Enfin, le quatrième argument à l'appui de cette thèse repose sur le texte des Institutes de Gaius, IV, 47, déjà cité : « *similes etiam commodati formulae sunt* ». Outre ce qui en a été dit plus haut, il faut bien reconnaître qu'on ne peut en tirer avec certitude qu'une seule conclusion : le *commodat*, comme le dépôt, est sanctionné à la fois par une action *in factum* et par une action *in ius*. Aller plus loin, c'est manifestement solliciter le texte car on ne peut nullement en déduire que l'action *in ius* soit de bonne foi.

Il faut donc reconnaître qu'aucun des arguments généralement avancés n'est vraiment convaincant. 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 inverse, selon laquelle l'action *commodati in ius* n'aurait pas mentionné la *bona fides*. La plupart de ces arguments, à notre connaissance, n'ont pas été suffisamment rencontrés par les partisans de la thèse dominante.

Les arguments en faveur d'une action *in ius* de droit strict

Premièrement, on remarquera que les textes du Digeste consacrés, de près ou de loin, au *commodat*, ne mentionnent pas, en

Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. A ce sujet, voir l'article de VAN WARMELO cité plus haut.

règle générale, la bonne foi. Ni le commentaire à l'Edit, ni les autres sentences ne parlent d'un « *iudicium bonae fidei* » à propos de ce contrat. Le *commodat* est également absent de la liste que dresse Gaius 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*»⁶⁰.

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* »⁶¹. C'est dans ce sens qu'il est employé plus de deux cents fois par Gaius dans les Institutes⁶². De plus, « *autem* » est renforcé par « *haec* », ce qui augmente encore la certitude qu'il s'agit ici d'une énumération exhaustive⁶³.

On a bien entendu cherché une explication à cette absence de l'action *commodati*, soit en invoquant une lacune dans le manuscrit⁶⁴, 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*⁶⁵. 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 haut⁶⁶.

60. 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 ».

61. *Thesaurus Linguae Latinae*, II, 1576.

62. *Thesaurus Linguae Latinae*, II, 1576-1597.

63. Dans ce sens, S. CRUZ, *Da « solutio »...*, p. 209, n. 304 in fine.

64. Voir *supra*. Cette explication n'est plus guère défendue aujourd'hui.

65. Voir par exemple F. PASTORI, *Il commodato...*, pp. 56-57.

66. 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

Deuxièmement, 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*»⁶⁷.

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 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*⁶⁸. Cette réponse ne fait pas disparaître le

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.

67. 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 n'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 ».

68. C'est l'idée que défendent, pour des raisons fort différentes, J. PARICIO (*op. cit.*, p. 236) parce qu'il entend démontrer que l'action *in ius* n'existe pas, et F. PASTORI (*Il commodato...*, pp. 142-143) 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

problème : on ne comprend pas alors pourquoi le prêteur accorderait l'action *in factum* plutôt que l'action *in ius* en cas d'endommagement de la chose n'empêchant cependant pas sa restitution.

Troisièmement, une sentence de Paul plaide également contre la mention de la *bona fides* dans la formule de 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, habebō tecum ex locato uel uendito uel mandati actionem : quod si, ut id, quod ex testamento uel ex stipulatu debebas redderes mihi, pecuniam tibi dederim, condictio dumtaxat pecuniae datae eo nomine erit. Idque et Pomponius scribit*»⁶⁹.

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

obligations du *commodataire*, sauf celle de restituer (sur cette thèse, voir *infra*).

69. 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 ».

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 permettre ainsi à leur cocontractant d'agir en utilisant simplement l'action même du contrat ⁷⁰.

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 ⁷¹, 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

70. 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. Cf. 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 ».

71. Plautius est un juriste du 1^{er} siècle p.C.

fait que Paul, par conservatisme, se serait contenté de reproduire une solution de Plautius, nettement opposée à celle en vigueur à son époque. 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*⁷², 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 commodat⁷³. 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 établie⁷⁴, 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 mandat⁷⁵, c'est, à défaut d'autre explication valable, que l'action *commodati in ius* n'est pas de bonne foi à son époque.

Le quatrième argument 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

72. F. PASTORI, *Il commodato...*, p. 100.

73. F. PASTORI, *Il commodato...*, p. 101.

74. Voir *infra* p. 391 sq.

75. Comme le fait Labéon pour le contrat de dépôt (voir note 70).

en louage, ou en contrat innommé si la contrepartie s'effectue en nature⁷⁶. 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*»⁷⁷.

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 action *praescriptis uerbis*, si la contreprestation est convenue dès la conclusion du contrat⁷⁸.

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

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

77. 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* ».

78. 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. Cf. Gaius, III, 144 : *Vel 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. Cf. 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 ».

D.19,5,17,pr. (Ulp.) : «*Si gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possim ? Et Viuianus ait posse : sed est tutius praescriptis uerbis agere*»⁷⁹.

Le commodat d'immeuble est rarement cité dans les sources⁸⁰, 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'un⁸¹. 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*.

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 commodati actionem locum habere, quod ego puto uerum esse, nisi merces interuenit : tunc enim uel in factum uel ex locato conducto agendum erit ...*»⁸².

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'emprunteur⁸³. Ce dernier n'a pas payé sa dette et le créancier retient la chose. Ulpien, à la suite de Labéon, estime que le

79. 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* ».

80. 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.

81. 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 (cf. 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).

82. 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 ».

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

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 Ulpian 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*)⁸⁴.

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 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 mandat⁸⁵. 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 »⁸⁶. 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 »⁸⁷. Il s'agit là d'une explication séduisante tant il est vrai qu'à toutes les

84. L'expression « *ex locato conducto* » est insolite (cf. J. MICHEL, *Gratuité...*, p. 100).

85. J. MICHEL, *Gratuité...*, pp. 168-197.

86. J. MICHEL, *Gratuité...*, p. 322.

87. J. MICHEL, *Gratuité...*, p. 197.

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 *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.

Enfin, le cinquième argument peut être tiré d'une sentence de Julien :

D.3,2,1(Iul.) : «*libro primo ad edictum. Praetoris uerba dicunt : "Infamia notatur (...) : qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit".*»⁸⁸.

Le juriste classique y énumère les actions dans lesquelles la condamnation du défendeur entraîne l'infamie prétorienne. Dans cette longue liste sont repris notamment tous les contrats de nature non économique⁸⁹ dont on sait par ailleurs qu'ils sont de bonne foi. Tous les contrats, sauf le commodat ! L'observation est d'autant plus intéressante que Julien reprend les termes mêmes de l'Edit, comme l'indiquent les premiers mots (« *praetoris uerba dicunt* »), et que cette

88. D.3,2,1(IUL.). Trad. : « Du livre premier *ad edictum*. L'Edit du prêteur dispose qu'est frappé d'infamie (...) celui qui a été condamné en son nom, dans une action autre que contraire, relative à une société, une tutelle, un mandat, un dépôt ».

89. C'est-à-dire les contrats qui n'ont pas pour finalité première un échange patrimonial, mais un service d'ami, en principe gratuit (dépôt, mandat) ou une activité exercée en commun et régie par l'*affectio societatis* (société).

liste paraît bien être exhaustive, d'où son caractère hétéroclite⁹⁰. Toujours à défaut d'autre explication, il est légitime de considérer que l'absence du commodat dans cette liste s'explique par le fait qu'il s'agit encore, à l'époque de Julien, d'un contrat de droit strict.

En conclusion, si le commodat est de toute évidence un contrat de bonne foi pour Justinien, il n'en va pas de même à l'époque classique. Le silence de Gaius dans sa liste des *iudicia bonae fidei* comme celui des juristes classiques à propos de la gratuité, et la lecture des textes cités plus haut d'Ulpien, Paul et Julien, permettent au contraire de penser que le commodat est à l'époque classique un contrat de droit strict.

Cette thèse n'est donc pas sans fondement. Elle n'est pas non plus absurde, contrairement à ce qu'on laisse parfois entendre⁹¹. Nous avons dit que la création par le prêteur d'une action *in ius* correspond simplement à sa volonté d'intégrer dans le *ius civile* une relation fréquemment nouée dans la pratique sociale et parfois déjà sanctionnée par une action *in factum*. Mais la réception d'une situation contractuelle dans la sphère du *ius civile* n'implique pas pour autant que la *bona fides* serve de mesure à l'étendue des obligations des parties. Après tout, la *condictio certae creditae pecuniae* et la *condictio certae rei* sont des recours judiciaires *in ius* mais de droit strict. De même, le prêt de consommation (*mutuum*) est un contrat de droit strict.

Mutuum et commodat sont d'ailleurs très proches l'un de l'autre quant à leur fonction économique et sociale. Il y a certes d'importantes différences juridiques entre eux, notamment par le fait du transfert de propriété qui intervient dans le premier et non dans le second. 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 au 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* : *Si*

90. Voir le début et la fin de la sentence, non cités.

91. Cf. J. PARICIO, *op. cit.*, p. 240.

*datum quod reddatur, mutuum, quod Siculi moi'ton*⁹². Cette définition pourrait tout aussi bien s'appliquer au commodat, et la sanction judiciaire de l'un a pu influencer celle de l'autre.

En définitive, la *bona fides*, comme élément technique de la procédure formulaire, ne trouve vraiment son utilité que dans les contrats où la complexité des obligations à charge des parties empêche de les exprimer de façon extensive à l'attention du juge. Le « *quidquid dare facere oportet ex fide bona* » permet d'éviter l'énumération des obligations premières du défendeur, qui peuvent être multiples, complexes et avoir été exprimées de façon ambiguë ou lacunaire.

Dans cette perspective, la mention de la *bona fides* se comprend mieux dans des contrats comme la vente, le louage, le mandat et même le dépôt⁹³, que dans le commodat, où l'obligation de l'emprunteur se réduit en pratique à restituer en bon état l'objet reçu. Dès lors, pourquoi le commodat a-t-il été, sans plus, assimilé par Justinien aux contrats de bonne foi ? C'est sans doute sous l'action de deux facteurs : la perte du sens technique des mots « *ex fide bona* » due à l'abandon de la procédure formulaire d'une part, et le souci de voir tous les contrats régis par la notion morale de « *fides* » de l'autre. Il suffit, pour s'en persuader, de voir que le contrat de gage a, lui aussi, connu une évolution similaire⁹⁴.

92. (*De Lingua Latina*, V, 179). Trad. : « Si l'on donne quelque chose qui doit être rendu, il y a *mutuum*, ce que les Siciliens appellent moi'ton ». D'après d'autres sources, ce terme équivaut à *cavri*», « grâce, faveur, reconnaissance », et serait peut-être emprunté à un mot italique voisin de *mutuus* (LIDDELL - SCOTT, s.v.). Ceci ne fait que confirmer l'idée de service gratuit propre aux deux contrats.

93. L'obligation du dépositaire ne peut être réduite à la seule restitution de la chose. Il ressort de la définition même du contrat (D.16,3,1,pr.) que l'objet est déposé non pour être restitué, mais pour être gardé avant sa restitution. En ce sens, le cas le plus clair est celui d'Ulpien au D.16,3,1,38, où le dépositaire d'un testament, indigne de la confiance qu'on lui a faite, en a donné lecture à des tiers. Il est poursuivi pour cette raison, et non parce qu'il aurait méconnu l'obligation de restitution, que son geste n'empêche d'ailleurs pas.

94. Pendant la plus grande partie de l'époque classique, le gage n'a été sanctionné que par une action *in factum*. Il faut attendre une constitution d'Alexandre-Sévère (225 p.C.) pour trouver une mention d'un « *iudicium bonae fidei* » relatif au gage. Contre l'existence à l'époque classique d'une formule *in ius* de l'action *pigneraticia*, voir notamment H. ANKUM, *La*

ACTION IN FACTUM, ACTION IN IUS ET CRITÈRES DE RESPONSABILITÉ

Il faut encore se demander si l'existence de deux actions, destinées à sanctionner un même contrat, peut avoir pour effet de modifier les règles de responsabilité qui régissent ce contrat à défaut de convention contraire. En d'autres termes, le critère de responsabilité applicable à l'emprunteur (dol, *culpa, custodia*) est-il différent selon que son cocontractant agit par l'action *in factum* ou au contraire par l'action *in ius* ? Cette question a été particulièrement traitée par F. Pastori qui a développé à son propos 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 commodat⁹⁵ 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*⁹⁶ 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 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*,

responsabilità del creditore pignoratizio nel diritto romano classico, dans *Studi Biscardi*, t. IV, Milan, 1983, p. 604.

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

96. 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* ».

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 doctrine⁹⁷.

Si, comme nous le pensons, l'action *in ius* du commodat est de droit strict à l'époque classique, il serait tout à fait étonnant qu'elle ne permette pas, comme l'action *in factum*, d'atteindre la non-restitution de l'objet prêté. Ce n'est du reste pas de cela que traite Pastori, partisan d'une action *in ius* de bonne foi.

Mais la solution serait identique même si l'action *in ius* était de bonne foi. En effet, l'objection suffisante contre la thèse de Pastori tient à la structure de l'action de bonne foi. La formule de l'action *in ius* de dépôt par exemple⁹⁸, telle qu'elle est décrite par Gaius, contient les mots « *nisi restituat* »⁹⁹. Ces mots ne modifient pas le caractère de bonne foi de l'action *in ius* mais permettent au 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 Vérone¹⁰⁰, ne peut figurer dans un

97. 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.

98. Pour les auteurs qui considèrent que l'action *commodati in ius* est de bonne foi, la formule de cette action doit présenter la même rédaction que celle du dépôt. Cf. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, p. 288. En ce sens, voir également G. LUZZATTO, *op. cit.*, p. 359; A. METRO, *op. cit.*, p. 135; C. TARDIVO, *op. cit.*, p. 247.

99. Gaius, IV,47.

100. 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

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 discrétionnaire¹⁰¹. 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 formule¹⁰².

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 souplesse¹⁰³ qu'ils impliquent quant à la détermination de la mission du juge, 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 affirmation, selon laquelle la responsabilité pour *custodia* ne peut être sanctionnée que par une action *in factum*, et la

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* ».

101. F. PASTORI, v° *Commodato*, dans *NNDI*, vol. III, Turin, 1959, p. 689, n. 8.

102. 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 note 94) 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 - indépendant de la question de la restitution - est établi.

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

responsabilité pour *culpa* par une action *in ius*, doit également être critiquée. Il est arbitraire de faire varier le critère de responsabilité applicable au commodataire selon l'action intentée contre lui. Telle est cependant la thèse de 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*)¹⁰⁴, d'autre part que la formule *in ius* ne permet pas d'atteindre une responsabilité pour *custodia*¹⁰⁵.

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 déposant exerce contre lui¹⁰⁶. 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'affirmer¹⁰⁷ mais les exemples du *fullo* et du *sarcinator* sont là pour démontrer le contraire. Ces débiteurs répondent de la *custodia* et

104. « 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).

105. « 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).

106. 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 applicable à défaut de convention contraire reste toujours le dol.

107. Cf., 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 ».

Gaius dit clairement que, contre eux, le propriétaire des vêtements peut agir par l'*actio locati*¹⁰⁸, 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 »¹⁰⁹.

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*¹¹⁰, 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 *locatio-conductio*¹¹¹, en se basant notamment sur un texte de Gaius¹¹² qu'il interprète, comme J. Paris¹¹³, de façon contestable¹¹⁴, car il est certain qu'à l'époque classique, *fullo* et *sarcinator*, qui *praestant custodiam*, sont dans les liens d'une *locatio-conductio* qui est, comme la vente, 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*.

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

109. G. LUZZATTO, *Commodati uel contra*, p. 360.

110. J. PARIS, *op. cit.*, p. 69.

111. Voir les arguments développés dans *Sulla duplicità formulare...*, pp. 92-93.

112. 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* ».

113. J. PARIS, *op. cit.*, p. 68.

114. Contrairement aux conclusions que tirent Paris et Pastori, ce texte n'est pas la preuve que les juristes classiques éprouaient 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.

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*. Et si l'action *in ius* est de droit strict, il est encore plus évident que les critères de responsabilité qui y sont mis en oeuvre sont les mêmes que ceux qui sont d'application dans l'action *in factum*.

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 commodat, les textes relatifs à la responsabilité de l'emprunteur montrent qu'il n'est pas possible de séparer l'obligation de restituer la chose (qui serait sanctionnée par la *custodia*) de l'obligation 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 (*custodia*), soit en une négligence de l'emprunteur sans intervention d'un tiers (*culpa*), entraînera tantôt un simple dommage, tantôt une absence de restitution, selon que le hasard fait plus ou moins mal les choses. Par exemple, 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. A 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.

En conclusion, il est impossible de mettre d'un côté action *in factum*, *custodia* et non-restitution de la chose, et de l'autre côté action *in ius* (surtout si elle est de droit strict), *culpa* et détérioration ou mauvais usage de la chose. En réalité, la *custodia* et la *culpa* pourront

l'une et l'autre justifier la décision du juge selon la cause du dommage, total ou partiel, et cela quelle que soit l'action intentée.

Cette question a également été posée dans d'autres contrats, comme le gage. L'étude de ce contrat fait naître des contradictions entre les romanistes, sur le lien à établir entre le type d'action judiciaire du débiteur et le critère de responsabilité applicable au créancier gagiste. Un même argument (l'absence probable d'action *in ius* à l'époque classique) est invoqué tantôt pour prouver que la responsabilité pour *custodia* existe¹¹⁵, tantôt pour établir que le créancier gagiste n'en répond pas¹¹⁶. Ces contradictions reposent sur le fait que le problème est mal posé. A l'inverse, H. Ankum a raison de dissocier la question de la responsabilité pour *custodia* du créancier gagiste et la question de l'existence d'une action *in ius*, même si les mots qu'il emploie sont peut-être trop catégoriques¹¹⁷. L'éminent romaniste hollandais a raison parce qu'il n'y a pas de lien de causalité nécessaire entre l'action *in ius* et la *custodia*.

Il en va de même, selon nous, pour le commodat. Il y a coexistence, non seulement dans un même contrat, mais également sur base d'une même action en justice, de deux critères de responsabilité comme la *culpa* et la *custodia*. Cette coexistence implique que les deux

115. Cf. L. ROTA, *Contrasti dottrinari e ipotesi di studio in tema di responsabilità del creditore pignoratizio*, dans *Studi Biscardi*, t.V, Milan, 1984, pp. 366-367. L'auteur lie l'*actio pigneraticia in factum* à la responsabilité objective à charge du créancier gagiste et considère que celle-ci a été assimilée à la *custodia* par la jurisprudence classique.

116. Cf. M. KASER, *Studien zum römischem Pfandrecht*, II, dans *T.R.G.*, 47(1979), p.337, n. 315 et III, dans *S.D.H.I.*, 45 (1979), p.73. L'auteur estime que par l'action *in factum*, on ne peut pas atteindre la responsabilité pour *custodia*, qui ne peut dériver que de l'action *in ius*. Dans le même sens, voir A. METRO, *L'obbligazione di custodire...*, pp. 186-187.

117. Pour H. ANKUM (*op. cit.*, pp. 603-604), « non c'è alcuna relazione fra la responsabilità per *custodia* del creditore pignoratizio e l'esistenza di una formula *in ius concepta* contenente un rinvio alla *bona fides* ». Il est vrai que l'une n'implique pas l'autre. On peut cependant relever qu'en vertu du lien sémantique et logique entre l'activité de garde (*custodia* matérielle) et la responsabilité qui la sanctionne (*custodia* technique), cette dernière trouve en quelque sorte son lieu naturel dans l'action *in ius* de bonne foi, qui étend le champ des obligations du défendeur pour atteindre l'obligation de garde, préalable à l'obligation de restitution.

critères aient la même nature subjective¹¹⁸, sous peine de reconstruire un ordre juridique incohérent et impraticable. C'est peut-être cela, en définitive, qui dérange nombre de romanistes, partisans d'une *custodia* objective à l'époque classique, et qui les pousse à vouloir distinguer radicalement l'action *in factum* de l'action *in ius*, et donc à vouloir faire de l'action *commodati in ius* une action de bonne foi dès l'époque classique.

118. Sur cette notion, voir notre article, *Responsabilité objective ou subjective en droit romain : questions de terminologie et de méthode*, dans *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 58 (1990), pp. 345-359.