

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

---

**QUELQUES REMARQUES SUR LA RESPONSABILITE DE LA  
« CUSTODIA » EN DROIT PRIVÉ ROMAIN CLASSIQUE\*\***

**SOME REMARKS ON THE LIABILITY FOR « CUSTODIA » IN  
CLASSICAL ROMAN LAW**

**Iván Siklósi**  
**Assistant Professor**  
**“Eötvös Loránd” University (Budapest)**  
**E-mail: [ivan.siklosi@ajk.elte.hu](mailto:ivan.siklosi@ajk.elte.hu)**

---

\*\* La présente étude a été supportée par la Bourse de Recherche de János Bolyai de l'Académie Hongroise des Sciences.

## 1. Sur les recherches romanistiques concernant la responsabilité de la « custodia » généralement

La *culpa* en tant que clef de voûte du système de la responsabilité civile succombe aux nouvelles attaques depuis déjà 150 ans.<sup>1</sup> Dans la littérature de droit civil, la nécessité de la mise en œuvre étendue de la responsabilité objective est évoquée de plus en plus souvent.<sup>2</sup>

À la lumière de la théorie reposant sur des considérations de critiques d'interpolation, la responsabilité de la *custodia* en droit romain classique peut inciter à réflexion également à l'égard du système moderne de la responsabilité contractuelle étant basé principalement sur le concept de la *culpa*.

La nature juridique, l'essence et l'étendue de la responsabilité de la *custodia*, même la détermination du cercle des personnes responsables de la *custodia* sont contestées jusqu'à nos jours dans la littérature abondante de ce sujet.

La *custodia* est un sujet qui est très à la mode même aujourd'hui. Outre les auteurs de nombreuses monographies et études abordant ce sujet, la majorité des romanistes, qui ne s'occupent pas de ce sujet séparément et d'une manière

---

<sup>1</sup> Cf. R. ZIMMERMANN : *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford 1996<sup>3</sup>, 195 « *Culpa* as the essential cornerstone of our system of liabilities has come under attack ».

<sup>2</sup> Cf. p. ex. G. MARTON : *Les fondements de la responsabilité civile*, Paris 1938.

détaillée, s'efforça et s'efforce également de prendre position par rapport à cette question. À la lumière de la littérature abondante et de l'apparition de non seulement des deux conceptions d'interprétation (celle objective et celle subjective), mais des conceptions intermédiaires supplémentaires – sans parler ici de nombreuses questions fortement contestées, de l'interprétation très variée des sources y afférant et des recherches d'interpolation et textuelles –, il nous faut constater que l'étude de cette matière en sa globalité est une tâche extrêmement difficile pour le chercheur.

Bien qu'une certaine présomption d'exemption de l'interpolation prévaille dans la littérature romaniste récente,<sup>3</sup> il semble préférable, même aujourd'hui, d'employer la méthode d'interpolation dans le cas de l'étude des sources concernant l'analyse des problèmes de la responsabilité de la *custodia* – et de la responsabilité en général – au cours des recherches romanistes en raison du fait, entre autres, que l'admission de la théorie objective de la *custodia* nécessite en soi l'emploi de la méthode d'interpolation, dont l'emploi cependant ne doit pas

---

<sup>3</sup> « Textkritik ist heute nicht das erste, sondern das letzte Mittel bei der Textauslegung. »; W. KUNKEL–M. J. SCHERMAIER : *Römische Rechtsgeschichte*, Köln–Weimar–Wien 2001<sup>14</sup>, 309. Cf. p. ex. M. KASER : *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, Wien 1972 ; R. KNÜTEL : *Nicht leichter, aber um so reizvoller. Zum methodologischen Vermächtnis Max Kasers*, SZ 115 (1998), 33.

être absolu et arbitraire ; en particulier, nous considérons la critique textuelle totale comme inacceptable.

La théorie objective de la *custodia* n'est pas totalement admise dans la littérature aujourd'hui ; dans les années quatre-vingts du siècle dernier p. ex., RENÉ ROBAYE – en contestant au fond la raison d'être de la théorie objective de la *custodia* dominante – interpréta la responsabilité de la *custodia* de l'époque classique comme une responsabilité subjective (sa théorie [selon laquelle « la *custodia* est un critère de responsabilité subjective »] est contestée par de nombreux chercheurs en général et par rapport aux questions de détail également ; nous ne partageons pas sa thèse principale non plus, mais les constatations du romaniste belge sont souvent très justes).<sup>4</sup> Bien que de notre part, nous soutenions principalement la théorie objective largement admise dans la littérature, il est incontestable que la *custodia* ne signifia jamais une notion totalement cristallisée, sans mentionner le fait que dans de nombreuses sources, elle ne signifie pas une responsabilité de garde, mais seulement une activité de garde et dans certains cas dans le droit romain classique, elle eut une signification subjective qui devint exclusive dans le droit postclassique-justinien.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> R. ROBAYE : *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles 1987.

<sup>5</sup> Toutefois, la littérature plus récente ne voit pas toujours une telle nette différence entre les systèmes de la responsabilité des droits classique et

Selon notre opinion, l'analyse de la question de la responsabilité de la *custodia* qui est faite exclusivement des points de vues objectif et subjectif et qui est dans tous les deux cas fragmentaire, ne reflétant pas la réalité d'une manière adéquate, ne mène, même, ne peut pas mener à un résultat convenable car même les notions elles-mêmes désignées par des mots « objectif » et « subjectif », mais non définies ne peuvent pas être contrastées d'une manière diamétrale. De ce point de vue, il est important de souligner que la responsabilité de la *custodia* peut être analysée d'une côté subjective également car l'empêchement de la survenance des *casus minores* nécessite une diligence accrue de la part du débiteur et la responsabilité de la *custodia* ne s'applique pas aux événements dont la survenance ne peut pas être empêchée même avec *diligentia* accrue (y compris outre les forces majeures la rapine et le délabrement commis par un tiers).

En ce qui concerne la littérature très variée de ce sujet – en mentionnant ici seulement quelques auteurs –, dans la

---

postclassique-justinien que la littérature antérieure. Les différences résident plutôt en la base théorique de la réglementation et elles sont de nature stylistique, à cet égard cependant nous pouvons lire dans la compilation justinienne que les textes, basant la responsabilité totalement sur le principe de la faute et employant des termes qui sont absolument étrangers à la terminologie des juristes classiques, ont rien à voir avec les textes originaux de l'époque classique.

littérature française JEAN PARIS,<sup>6</sup> dans la littérature belge ROBAYE, mentionné ci-dessus, dans la littérature italienne GIUSEPPE IGNAZIO LUZZATTO<sup>7</sup> et ANTONINO METRO,<sup>8</sup> dans la littérature espagnole récente MARTIN SERRANO-VICENTE<sup>9</sup> consacrèrent une monographie indépendante à la question de la responsabilité de la *custodia*, de nombreux auteurs étudièrent la question de la responsabilité de la *custodia* en général (p. ex. JAN VAZNÝ,<sup>10</sup> PAUL KRÜCKMANN,<sup>11</sup> GEOFFREY MACCORMACK,<sup>12</sup> G. C. J. J. VAN DEN BERGH<sup>13</sup>) et des questions de détail (par rapport à l'*actio furti* qui peut être intentée par la personne responsable de la *custodia* p. ex. FRITZ SCHULZ,<sup>14</sup> JOACHIM ROSENTHAL,<sup>15</sup> MAX

---

<sup>6</sup> J. PARIS : *Responsabilité de la « custodia » en droit romain*, Paris 1926.

<sup>7</sup> G. I. LUZZATTO : *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale I. La responsabilità per custodia*, Milano 1938.

<sup>8</sup> A. METRO : *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano 1966.

<sup>9</sup> M. SERRANO-VICENTE : *Custodiam praestare. La prestación de custodia en el derecho romano*, Madrid 2006.

<sup>10</sup> J. VÁŽNÝ : *Custodia*, *Annali Palermo* 12 (1929), 101-159.

<sup>11</sup> P. KRÜCKMANN : *Custodia*, *SZ* 64 (1944), 1-56.

<sup>12</sup> G. MACCORMACK : „*Custodia*” and „*culpa*”, *SZ* 89 (1972), 149-219 ; IDEM : *Dolus, culpa, custodia, and diligentia: Criteria of liability or content of obligation*, *Index* 22 (1994), 189-209 ; IDEM : *Periculum*, *SZ* 96 (1979), 129-172.

<sup>13</sup> G. C. J. J. VAN DEN BERGH : ‘*Custodiam praestare*’: ‘*custodia*’-liability or liability for failing *custodia*? *TR* 43 (1975), 59-72.

<sup>14</sup> F. SCHULZ : *Die Aktivlegitimation zur „actio furti” im klassischen römischen Recht*, *SZ* 32 (1911), 23-99.

KASER,<sup>16</sup> HANS ANKUM,<sup>17</sup> par rapport à la relation entre le *pignus* et la *custodia* CÉSAR RASCÓN,<sup>18</sup> par rapport à la relation entre la *stipulatio* et la responsabilité de la *custodia* INGO REICHARD,<sup>19</sup> par rapport à la responsabilité de *custodia* du *conductor rei* WOLFGANG HOFFMANN-RIEM<sup>20</sup>) dans le cadre d'une étude de revue indépendante et les auteurs analysant la question de la responsabilité d'une manière générale (p. ex. VINCENZO ARANGIO-RUIZ,<sup>21</sup> FRANCESCO M. DE ROBERTIS,<sup>22</sup> CARLO AUGUSTO CANNATA,<sup>23</sup> RICCARDO CARDILLI<sup>24</sup>) s'occupèrent également

---

<sup>15</sup> J. ROSENTHAL : „Custodia“ und Aktivlegitimation zur „actio furti“, SZ 68 (1951), 217-265.

<sup>16</sup> M. KASER : Die „actio furti“ des Verkäufers, SZ 96 (1979), 89-128.

<sup>17</sup> H. ANKUM : Justinien C.6.2.22.pr. – 3a de 530 après J.-C., et la légitimation active de l'actio furti en cas de vol d'une chose prêtée dans le droit romain classique, RIDA 47 (2000), 463-479.

<sup>18</sup> C. RASCÓN : *Pignus y custodia en el derecho romano clásico*, Oviedo 1976.

<sup>19</sup> I. REICHARD : *Stipulation und Custodiahaftung*, SZ 107 (1990), 46-79.

<sup>20</sup> W. HOFFMANN-RIEM : *Die Custodia-Haftung des Sachmieters untersucht an Alf./Paul. D. 19, 2, 30, 2*, SZ 86 (1969), 394-403.

<sup>21</sup> V. ARANGIO-RUIZ : *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli 1933<sup>2</sup>.

<sup>22</sup> F. M. DE ROBERTIS : *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, I-II, Bari 1982-1983.

<sup>23</sup> C. A. CANNATA : *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Milano 1966; IDEM : *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania 1996.

d'une manière approfondie des problèmes de la responsabilité de la *custodia*.

## 2. Sur les significations du mot « custodia » dans les sources du droit romain

Le mot *custodia* n'a rien à voir très souvent avec la responsabilité de la *custodia*, mais il signifie seulement une garde effective sur une chose (p. ex. Gai. 2, 67 ; Gai. D. 41, 1, 3, 2 ; Paul. D. 41, 1, 31, 1 ; Paul. D. 41, 2, 3, 3 ; Paul. D. 41, 2, 3, 13 ; Paul. D. 41, 2, 3, 15 ; Paul. D. 41, 2, 3, 23 ; Ulp. D. 41, 2, 10, 1 ; Pap. D. 41, 2, 44 pr. ; Iav. D. 41, 2, 51 ; Iul. D. 41, 5, 2 pr.), la garde du *nasciturus* (p. ex. Ulp. D. 25, 3, 1, 11ss. ; Ulp. D. 25, 4, 1, 10) et également (dans une relation du droit pénal public) la garde militaire (C. 10, 19, 2, 1 ; Ulp. D. 2, 11, 4, 1), la garde de l'accusé (p. ex. Ulp. D. 48, 3, 1) et dans les sources littéraires la garde par l'ennemi (p. ex. Tac. *Ann.* 14, 25).<sup>25</sup>

Dans les sources, c'est en général l'expression « *custodiam praestare* » (p. ex. Gai. 3, 206 ; Ulp. D. 13, 6, 5, 9 ; Ulp. D. 13, 6, 5, 15 ; Ulp. D. 17, 2, 52, 3 ; Ulp. D. 47, 2, 14, 10 ; Paul. D. 7, 9, 2) qui désigne la responsabilité de la *custodia* ; nous trouvons

---

<sup>24</sup> R. CARDILLI : *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano 1995.

<sup>25</sup> Cf. p. ex. PARIS: *op. cit.* 3ss. ; METRO: *op. cit.* 1ss. ; VAN DEN BERGH: *op. cit.* 63ss. ; ROBAYE: *op. cit.* 14ss. ; SERRANO-VICENTE: *op. cit.* 35ss.



également les expressions « *custodiae periculum praestare* » (Gai. D. 19, 2, 40), « *custodiae periculum subire* » (Ulp. D. 47, 5, 1, 4), « *custodiae nomine teneri* » (Gai. D. 4, 9, 5 pr.), « *custodia ad aliquem pertinet* » (Ulp. D. 47, 2, 48, 4), « *custodia alicuius est* » (Paul. D. 39, 2, 18, 9 : « *dum venditoris custodia est* ») ayant une signification équivalente.

### 3. Sur la responsabilité de la custodia en droit romain préclassique et classique en général

Selon notre opinion, à la base des sources qui sont à notre disposition, il est fort probable que la responsabilité objective de la *custodia* fut née à l'époque préclassique, donc à l'époque des *veteres*, par rapport au contrat de commodat<sup>26</sup> comme exemple de l'emploi précoce du principe de l'intérêt, au cas de l'intérêt unilatéral du *commodatarius* (KÁROLY VISKY démontra d'une manière très convaincante que la responsabilité objective de la *custodia* apparut à l'époque des *veteres* dans le cas où il ne s'agit pas d'un contrat à titre onéreux et dans le cas où c'est

---

<sup>26</sup> Sur la responsabilité du commodatario pour *custodia* voir p. ex. P. APATHY : „*Commodatum*“ und „*furtum*“, in: Festschrift für Herbert Hausmaninger zum 70. Geburtstag, Wien 2006, 15ss. ; SERRANO-VICENTE : *op. cit.* 173ss. ; J. BELDA MERCADO : *La responsabilidad del comodatarario en el derecho romano*, Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 8 de febrero de 2007, 1ss. (<http://www.refdugr.com/documentos/articulos/7.pdf>).

seulement la partie contractante gardant la chose qui a un intérêt au contrat<sup>27</sup>) et en considération de la fréquence des contrats de ce genre (Ulp. D. 13, 6, 5, 3 ; Ulp. D. 13, 6, 5, 6 ; Ulp. D. 13, 6, 5, 9). Dans une phase ultérieure de l'époque préclassique, l'autre cas de la responsabilité de la *custodia* fut la responsabilité pour le vol de la chose qu'incomba au vendeur étant en possession de la chose après la conclusion du contrat (p. ex. Paul. D. 18, 6, 15, 1). À l'époque préclassique cependant, la responsabilité de la *custodia* fut juste née, fut moins connue et elle ne signifia en aucun cas une responsabilité objective générale. Dans le droit romain classique, la responsabilité objective de la *custodia* fut étendue p. ex. aux entrepreneurs (voir p. ex. les textes établissant la responsabilité de *custodia* du *fullo*, du *sarcinator*, du *balneator* et du *horrearius*), au *conductor rei* (p. ex. Ulp. D. 13, 6, 5, 15), selon certaines sources au créancier hypothécaire (Ulp. D. 13, 7, 13, 1 et C. 8, 13, 19), au dépositaire volontaire (Ulp. D. 16, 3, 1, 35), au *socius* détenant le bien commun sous sa garde exclusive (Ulp. D. 17, 2, 52, 3), à

---

<sup>27</sup> K. VISKY : *La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République*, RIDA 3 (1949), 437-484. Sur l'origine de la responsabilité de la *custodia* voir autrement p. ex. CANNATA : *Ricerche sulla responsabilità contrattuale* (op. cit.), 119 ; R. KNÜTEL : *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*, SZ 100 (1983), 348 ; I. MOLNÁR : *Alfenus Varus iuris consultus*, in: *Studia in honorem Velimirii Pólay septuagenarii*, Szeged 1985, 325-326 ; SERRANO-VICENTE: *op. cit.* 351.

l'usufruitier (Paul. D. 7, 9, 2) et à l'*inspector* intéressé (Ulp. D. 13, 6, 10, 1).

En ce qui concerne les débats théoriques relatifs à la construction de la responsabilité de la *custodia* : les interprétations objectives, élaborées sur des bases d'interpolation et marquée surtout par le nom de SECKEL,<sup>28</sup> sont dominantes aujourd'hui. En mentionnant quelques auteurs parmi les représentants de la théorie objective de la responsabilité de la *custodia* : SCHULZ,<sup>29</sup> KÜBLER,<sup>30</sup> KUNKEL,<sup>31</sup> PARIS,<sup>32</sup> VAŽNÝ,<sup>33</sup> ARANGIO-RUIZ,<sup>34</sup> WIEACKER,<sup>35</sup> LUZZATTO,<sup>36</sup>

---

<sup>28</sup> H. G. HEUMANN-E. SECKEL : *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena 1907<sup>9</sup>, s. v. *custodia*.

<sup>29</sup> P. ex. F. SCHULZ : *Classical Roman law*, Oxford 1951, 515.

<sup>30</sup> B. KÜBLER : *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht*, in : Festgabe für Otto von Gierke, II, Breslau 1910, 235-276.

<sup>31</sup> W. KUNKEL : *Diligentia*, SZ 45 (1925), 266-351.

<sup>32</sup> PARIS : *op. cit.*

<sup>33</sup> VÁŽNÝ : *op. cit.*

<sup>34</sup> ARANGIO-RUIZ : *op. cit.*

<sup>35</sup> F. WIEACKER : *Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrechts*, SZ 54 (1934), 60-61.

<sup>36</sup> LUZZATTO : *op. cit.*

NÖRR,<sup>37</sup> METRO,<sup>38</sup> RASCÓN,<sup>39</sup> KNÜTEL,<sup>40</sup> DE ROBERTIS,<sup>41</sup> GUZMÁN BRITO,<sup>42</sup> ANKUM,<sup>43</sup> SERRANO-VICENTE,<sup>44</sup> dans la littérature

---

<sup>37</sup> D. NÖRR : *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, SZ 73 (1956), 68–119.

<sup>38</sup> METRO : *op. cit.*

<sup>39</sup> RASCÓN : *op. cit.*

<sup>40</sup> P. ex. KNÜTEL : *op. cit.* 340.

<sup>41</sup> P. ex. DE ROBERTIS : *op. cit.* I, 201<sup>100</sup>.

<sup>42</sup> A. GUZMÁN BRITO : *La responsabilidad objetiva por custodia en el derecho romano y en el derecho moderno, con una referencia especial a la regla periculum est emptoris*, Revista Chilena de Derecho 24 (1997), 179–199.

<sup>43</sup> P. ex. H. ANKUM : *Prêt de couverts d'argent pour un déjeuner en droit romain classique*, in : Mélanges Fritz Sturm, Liège 1999, I, 21.

<sup>44</sup> SERRANO-VICENTE : *op. cit.*

hongroise p. ex. MARTON,<sup>45</sup> VISKY,<sup>46</sup> MOLNÁR,<sup>47</sup> FÖLDI,<sup>48</sup> HAMZA.<sup>49</sup> Les interprétations subjectives peuvent être considérées comme minoritaires (p. ex. LUSIGNANI,<sup>50</sup> MITTEIS,<sup>51</sup> KRÜCKMANN,<sup>52</sup> PFLÜGER,<sup>53</sup> ROSENTHAL,<sup>54</sup> ROBAYE,<sup>55</sup> VOCI<sup>56</sup> et

---

<sup>45</sup> Voir p. ex. MARTON : *Les fondements* (op. cit.) ; IDEM : *Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité civile*, RIDA 3 (1949), 177-191 ; IDEM : *Rinascita della dottrina classica della responsabilità per custodia*, Iura 7 (1956), 124-131.

<sup>46</sup> P. ex. VISKY : *op. cit.*

<sup>47</sup> P. ex. I. MOLNÁR : *Die Haftungsordnung des römischen Privatrechts*, Szeged 1998.

<sup>48</sup> P. ex. A. FÖLDI : *Anmerkungen zum Zusammenhang zwischen der Haftung „ex recepto nautarum cauponum stabulariorum“ und der Haftung für „custodia“*, RIDA 40 (1993), 263-291 ; IDEM : *A másért való felelősség a római jogban* [La responsabilité du fait d'autrui dans le droit romain], Budapest 2004.

<sup>49</sup> G. HAMZA : *Gondolatok a felelősségről a római jogban* [Pensées sur la responsabilité en droit romain], in: *Animus in consulendo liber*. Sipos István Emlékkötet, Budapest – Pécs 2008, 89-113.

<sup>50</sup> L. LUSIGNANI : *Studi sulla responsabilità per custodia secondo il diritto romano*, Parma-Modena 1902-03.

<sup>51</sup> L. MITTEIS-U. WILCKEN : *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, Leipzig-Berlin 1912, II 1, 259.

<sup>52</sup> KRÜCKMANN : *op. cit.*

<sup>53</sup> H. H. PFLÜGER : *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, SZ 65 (1947), 125.

<sup>54</sup> ROSENTHAL : *op. cit.*

CERAMI<sup>57</sup>). Interprétations intermédiaires étaient élaborées par CANNATA<sup>58</sup> et MACCORMACK.<sup>59</sup>

Dans la littérature italienne, CANNATA démontre avec un fort accent que dans les sources l'expression « *custodiam praestare* » très souvent « ne désigne pas un critère de responsabilité, mais le critère d'une obligation contractuelle ». <sup>60</sup> Selon notre opinion, il est préférable d'admettre la théorie objective de la *custodia* avec certains accents subjectifs. Conformément à cela, nous représentons une opinion intermédiaire entre les conceptions objectives et subjectives de « *custodiam praestare* ». L'expression « *custodiam praestare* » désigne en même temps la garde comme activité (c'est-à-dire la diligence) et la responsabilité objective. Bien sûr, nous ne pouvons pas constater que l'expression « *custodiam praestare* » désigne uniquement une activité de garde, mais il n'est pas vrai

<sup>55</sup> ROBAYE : *op. cit.*

<sup>56</sup> P. VOCI : *Diligentia, custodia, culpa: i dati fondamentali*, SDHI 56 (1990), 86.

<sup>57</sup> Voir P. CERAMI : *Il comodato*, in : *Derecho romano de obligaciones. Homenaje Murga Gener*, Madrid 1994, 330; IDEM : *Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparatistiche*, *Annali Palermo* 43 (1995), 321.

<sup>58</sup> CANNATA : *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano* (*op. cit.*) ; IDEM : *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano* (*op. cit.*).

<sup>59</sup> Voir p. ex. MACCORMACK : „*Custodia*” and „*culpa*” (*op. cit.*), 149-219.

<sup>60</sup> CANNATA : *Ricerche sulla responsabilità contrattuale* (*op. cit.*), 128 : „non esprime un criterio di responsabilità, ma un'obbligazione contrattuale”.

non plus que le terme signifie l'existence d'une responsabilité objective – surtout pour le vol et des petits accidents déterminés d'une manière casuistique – car l'expression « *custodiam praestare* » désigne l'activité de garde et la responsabilité objective également.

#### **4. Sur la responsabilité de la custodia pour le vol en droit romain**

À la lumière des sources, nous pouvons constater avec certitude que la responsabilité de la *custodia* – contrairement à la responsabilité du *receptum* plus stricte que la *custodia* (qui, à notre avis, n'est pas une forme de la responsabilité de la *custodia*) qui s'étendit à *omne damnum* (voir surtout l'opinion plausible de ANDRÁS FÖLDI<sup>61</sup>) – désigna surtout la

---

<sup>61</sup> FÖLDI : *Anmerkungen* (op. cit.), 263–291. En ce qui concerne la relation entre la responsabilité de la *custodia* et celle du *receptum nautarum cauponum stabulariorum* : la responsabilité de la *custodia* et la responsabilité du *receptum* signifiaient deux responsabilités très similaires, mais concernant des cas différents, ayant des racines différentes et ayant une mesure partiellement différente l'une par rapport à l'autre. Les principaux critères de la distinction sont les suivants : la responsabilité de la *custodia* s'étendit uniquement aux biens qui furent sous la garde du débiteur, contrairement à la responsabilité du *receptum* ; la responsabilité de la *custodia* s'étendit surtout au *furtum*, tandis que le *receptum nautarum cauponum stabulariorum* s'étendit même au *damnum iniuria datum* d'une

responsabilité pour le vol, outre l'extension de la légitimation active de l'*actio furti* (voir p. ex. Gai. 3, 203 ; Ulp. D. 47, 2, 14 pr. ; Iav. D. 19, 2, 60, 2 ; Ulp. D. 47, 2, 48, 4 ; Paul. D. 47, 2, 83 [82] pr. ; Ulp. D. 47, 2, 14, 17 ; Ulp. D. 13, 6, 10, 1 ; Ulp. D. 19, 5, 17, 2).<sup>62</sup>

Par rapport à l'extension de la légitimation active de l'*actio furti* - en admettant la thèse de KASER<sup>63</sup> - nous pouvons constater que bien que la responsabilité objective de la *custodia* de la part du débiteur intéressé ayant à sa garde exclusive une chose d'autrui nécessite l'extension de la légitimation active de l'*actio furti* au débiteur tenu à responsabilité de la *custodia*, dans

---

manière générale ; la responsabilité de la *custodia* ne s'étendra jamais à la *vis maior*, tandis que la responsabilité du *receptum* s'étendra également à la *vis maior* jusqu'à l'époque de Labéon à la base de l'édit du préteur ; la base de la responsabilité du *receptum* n'est pas la *custodia*, mais la *salvum fore receptio*, c'est-à-dire l'engagement contractuel de la responsabilité pour tous les petits accidents jusqu'à la catégorie de la *vis maior*, ce qui implique cependant le droit d'intenter l'action du vol pareillement à la responsabilité de la *custodia* (Ulp. D. 47, 5, 1, 4 : « *Quod si receperit salvum fore caupo vel nauta, furti actionem non dominus rei subreptae, sed ipse habet, quia recipiendo periculum custodiae subit.* »).

<sup>62</sup> Voir p. ex. SCHULZ : *Die Aktiolegitimation zur „actio furti“* (op. cit.), 23-99 ; KASER : *Die „actio furti“ des Verkäufers* (op. cit.), 89-128 ; ANKUM : *Justinien C.6.2.22.pr. - 3a de 530 après J.-C., et la légitimation active de l'actio furti en cas de vol d'une chose prêtée dans le droit romain classique* (op. cit.), 463-479 ; A. PÓKECZ KOVÁCS : *Merces und pretium depositionis*, in : *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2009, 884.

<sup>63</sup> KASER : *Die „actio furti“ des Verkäufers*, SZ 96 (1979), 104.



de nombreux cas, qui ne peuvent pas être analysés par rapport à la responsabilité de la *custodia*, l'intérêt seul établit en soi l'extension de la légitimation active de l'action de vol au débiteur (qui n'est pas propriétaire), pour cela la base de l'extension de la légitimation active ne réside pas vraiment en la responsabilité de *custodia in se*, mais en général en l'intérêt qui ne concerne pas uniquement la responsabilité de la *custodia* (voir p. ex. Gai. 3, 204 ; Ulp. D. 47, 2, 12, 2 ; Ulp. D. 42, 2, 19, 5 ; Paul. D. 41, 3, 4, 21 ; Lab.-Paul. D. 41, 3, 49 ; Ulp. D. 47, 2, 46, 1 ; Iav. D. 47, 2, 75 ; Ulp. D. 47, 2, 52, 10 ; Ulp. D. 47, 2, 12, 1 ; Ulp. D. 47, 2, 14, 2).

### **5. Sur les questions de la responsabilité pour la rapine et pour le délabrement commis par un tiers. « Casus medius » en droit romain ?**

Le débiteur intéressé est tenu à responsabilité de la *custodia* également dans le cas d'autres *casus minores* (p. ex. le mâchement de la souris, Ulp. D. 19, 2, 13, 6<sup>64</sup>) déterminés d'une manière casuistique à partir de l'époque classique.

---

<sup>64</sup> « *Si fullo vestimenta polienda acceperit eaque mures roserint, ex locato tenetur, quia debuit ab hac re cavere. Et si pallium fullo permutaverit et alii alterius dederit, ex locato actione tenebitur, etiamsi ignarus fecerit.* » Sur le texte voir p. ex. PARIS : *op. cit.* 62s. ; ARANGIO-RUIZ : *op. cit.* 85s. ; TH. MAYER-MALY : *Locatio conductio*, Wien – München 1956, 207s. ; VAN DEN BERGH : *op. cit.* 69 ; ROBAYE : *op. cit.* 184s. ; SERRANO-VICENTE : *op. cit.* 154s.

Cette constatation ne vaut pas cependant pour la rapine (en tant qu'acte violent commis par un tiers) et pour le délabrement commis par un tiers (qui, au cas du dommage causé d'une manière intentionnelle, constitue violence contre des biens) non plus. Si le bien gardé par la personne responsable de la *custodia* est volé, le débiteur est responsable envers le créancier sur une base contractuelle ; mais si le bien a été volé du *custodiens* par force (rapine), le débiteur n'est pas tenu à la responsabilité objective (**Ner. D. 19, 1, 31 pr.**<sup>65</sup>) et dans le cas du délabrement commis par un tiers non plus (on peut conclure à cela à la lumière d'Ulp. D. 19, 2, 41 et de Iul. D. 13, 6, 19<sup>66</sup>).

---

<sup>65</sup> « *Si ea res, quam ex empto praestare debebam, vi mihi adempta fuerit: quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius quam actiones persequendae eius praestari a me emptori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit. Actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi praestare debebo, ut omne lucrum ac dispendium te sequatur.* » Sur le texte voir p. ex. PARIS : *op. cit.* 231 ; ARANGIO-RUIZ : *op. cit.* 157 et 163 ; METRO : *op. cit.* 100 et 120 ; MACCORMACK : *Custodia and culpa* (*op. cit.*), 188 ; VAN DEN BERGH : *op. cit.* 68 ; KASER : *Die „actio furti“ des Verkäufers* (*op. cit.*), 125 ; ROBAYE : *op. cit.* 375 ; M. PENNITZ : *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum „aktionenrechtlichen Denken“ im römischen Privatrecht*, Wien-Köln-Weimar 2000, 388 ; SERRANO-VICENTE : *op. cit.* 298.

<sup>66</sup> Sur ces textes voir p. ex. VÁŽNÝ : *op. cit.* 107 ; ARANGIO-RUIZ : *op. cit.* 165 ; KRÜCKMANN : *op. cit.* 52 ; CANNATA : *Ricerche sulla responsabilità contrattuale* (*op. cit.*), 61 ; IDEM : *Sul problema della responsabilità* (*op. cit.*), 28 ; METRO : *op. cit.* 99 ; MACCORMACK : *Custodia and culpa* (*op. cit.*), 171 ; KNÜTEL : *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht* (*op. cit.*), 410 ; ROBAYE : *op. cit.* 198 ; SERRANO-VICENTE : *op. cit.* 223.

Il est fort probable que – à l'époque classique entière – la responsabilité objective de la *custodia* ne s'appliqua pas à la rapine (voir encore sous cet aspect p. ex. **Ulp. D. 50, 17, 23** : « *rapinae... a nullo praestantur* ») et au *damnum ab alio iniuria datum*.

Étant donné que la faute est un critère du *damnum ab alio iniuria datum*, si le *custodiens* causa le dommage lui-même, il est responsable envers le créancier pour sa propre *culpa*, mais si le dommage fut causé par un tiers et le *custodiens* lui-même commit une faute par rapport à cela, il est responsable par l'intermédiaire de la *culpa* du tiers pour sa propre *culpa* également. Nous devons tenter d'éclaircir, dans le cadre du possible, d'une manière cohérente la problématique dénommée « polémique Julien-Marcel » dans la littérature et causant beaucoup de difficultés jusqu'à nos jours et nous sommes arrivés à la conclusion que la base de la responsabilité du débiteur intéressé gardant le bien d'autrui pour le délabrement commis par un tiers ne fut pas la responsabilité objective de la *custodia* en droit classique, mais la responsabilité pour faute du fait d'autrui et la polémique Julien-Marcel n'est pas en effet une vraie polémique car – et nous soutenons la théorie de ROBAYE<sup>67</sup> à cet égard – Marcel et Ulprien développèrent et nuancèrent simplement l'opinion de Julien, en interprétant la responsabilité du débiteur pour le délabrement commis par un tiers comme

---

<sup>67</sup> ROBAYE : *op. cit.* 199.

responsabilité subjective. La *custodia* mentionnée dans le passage Ulp. D. 19, 2, 41<sup>68</sup> ne peut être employée qu'au sens matériel (c'est-à-dire pas comme responsabilité objective), pour cela il n'a pas d'importance d'un point de vue dogmatique si l'expression « *cura aut diligentia* » employée au lieu de la *custodia* dans Iul. D. 13, 6, 19<sup>69</sup> est authentique ou moins (nous notons cependant qu'il est très probable que cette expression peut être le résultat des activités de modification des textes des compilateurs ce qui signifia au même temps seulement une modification stylistique). On peut remarquer que les passages Ulp. D. 19, 2, 41 et Iul. D. 13, 6, 19 ne sont pas compatibles avec la responsabilité objective de la *custodia* de l'époque classique s'étendant surtout au vol.

Le *damnum ab alio iniuria datum* ne peut pas être considéré – pour le moins à l'époque de Julien – comme *casus minor*. Julien exclut *a priori* la responsabilité du débiteur pour le délabrement commis par autrui, Marcel – dont la thèse est soutenue par Ulprien également – note cependant que si le débiteur avait pu garder la chose sans qu'un tiers cause un dommage, il est

---

<sup>68</sup> « *Sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse Iulianus ait: qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? Sed Marcellus interdum esse posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit: quae sententia Marcelli probanda est.* »

<sup>69</sup> « *Ad eos, qui servandum 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?* »

reponsable envers le créancier. Néanmoins, on peut constater ici une responsabilité subjective. À la lumière des passages Ulp. D. 19, 2, 41 et Iul. D. 13, 6, 19, le débiteur intéressé gardant la chose d'autrui n'est pas responsable pour le *damnum iniuria datum* dans le cas où le délabrement commis par autrui survient pour une raison qui n'est pas imputable au débiteur (plus exactement, à défaut de la *culpa* de la part du débiteur). Si les juriconsultes romains avaient construit la catégorie plus large de la notion du *casus minor*, il est imaginable que la responsabilité de la *custodia* se serait étendue au délabrement commis par autrui également, cependant cela ne semble pas possible car les juriconsultes romains classiques établirent manifestement la responsabilité du débiteur intéressé pour le *damnum ab alio iniuria datum* sur des bases théoriques différentes de celles de la responsabilité pour le vol ou pour le mâchement de souris. Une raison principale de l'exclusion catégorique de la responsabilité objective de la *custodia* pour le délabrement à l'époque de Julien put être le rejet de l'extension de la légitimation active de l'*actio legis Aquiliae* à d'autres personnes que le propriétaire (cf. p. ex. Ulp. D. 9, 2, 11, 9,<sup>70</sup> selon le témoignage duquel Julien ne confère pas l'*actio legis Aquiliae* au *commodatarius*, mais exclusivement au propriétaire). L'explication de cela réside vraisemblablement en la protection accrue du propriétaire, en le concept du droit romain préférant

---

<sup>70</sup> « *Eum, cui vestimenta commodata sunt, non posse... lege Aquilia agere Iulianus ait, sed domino eam competere.* »

les droits réels, en le traditionalisme, le conservatisme et non dernièrement en l'attitude casuistique des jurisconsultes romains ; par rapport à ce dernier on ne doit pas oublier que les jurisconsultes romains n'établirent pas encore la catégorie plus large du *casus minor* ; cependant nous pensons que s'ils l'avaient construite, il n'aurait pas considéré le *damnum ab alio iniuria datum* comme *casus minor*.

Selon le témoignage du passage Ulp. D. 13, 6, 7, 1<sup>71</sup> cependant le *commodator* est obligé à céder le droit d'intenter l'*actio legis Aquiliae* au *commodatarius* responsable envers celui-là sur une base contractuelle si le dommage fut causé par le *socius* du *commodatarius*. Il est possible qu'à l'époque d'Ulprien, la responsabilité du débiteur intéressé pour le délabrement commis par un tiers fut basée, pour le moins en partie, sur le fait qu'il n'y ait plus d'obstacles à l'extension de la légitimation active de l'*actio legis Aquiliae* à l'époque d'Ulprien, contrairement aux époques précédentes – il nous faut noter que le champ d'application de la *lex Aquilia* fut étendu très lentement et d'une manière progressive aux comportements ne figurant pas initialement dans la loi, aux dommages causés par négligence découlée de l'omission et aux blessures causées aux hommes

---

<sup>71</sup> « *Sed si legis Aquiliae adversus socium eius habuit commodator actionem, videndum erit, ne cedere debeat, si forte damnum dedit alter, quod hic qui convenitur commodati actione sarcire compellitur: nam et si adversus ipsum habuit Aquiliae actionem commodator, aequissimum est, ut commodati agendo remittat actionem...* »

libres. (Outre Ulp. D. 13, 6, 7, 1, déjà mentionné, par rapport à l'extension de la légitimation active de l'*actio legis Aquiliae* à d'autres personnes que le propriétaire nous pouvons nous référer à Ulp. D. 13, 6, 7, 1 et à Ulp. D. 9, 2, 17<sup>72</sup> également - ce dernier fragment cependant ne concerne pas le domaine de la responsabilité de la *custodia*.)

La question pourquoi et comment, sur quelle base (c'est-à-dire sur une base objective ou subjective) la responsabilité s'étend au délabrement causé par un tiers dans le cas Ulp. D. 13, 6, 7, 1, nécessite des éclaircissements supplémentaires ; à la question relative à la nature objective ou subjective de la responsabilité du débiteur dans Ulp. D. 13, 6, 7, 1, nous ne pouvons pas donner une réponse adéquate. Il est cependant sûr que dans ce cas-là, il s'agit d'une décision prise à la base de l'équité et ainsi l'extension de la légitimation active de l'*actio legis Aquiliae* ne fut pas générale même à l'époque d'Ulpien.

En tous cas, la base de la responsabilité pour le délabrement commis par un tiers ne fut pas la *custodia* objective, mais la *culpa* subjective, en droit romain classique également. À notre avis, les cas mentionnés dans Ulp. D. 19, 2, 41 et Iul. D. 13, 6, 19 ne sont pas les exemples de la responsabilité objective de la *custodia*, mais les exemples de la responsabilité purement subjective. À l'égard de l'interprétation des deux passages, ce

---

<sup>72</sup> « *Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori vel ei qui pignori accepit in factum actione tenebitur.* »

sont les auteurs représentant la conception subjective de la *custodia* et les auteurs représentant une opinion intermédiaire entre les interprétations exclusivement objective et subjective qui parviennent au résultat convenable.

À la lumière de ces constatations, il est clair que la division des accidents en *casus minor* et *casus maior* ne couvre pas le domaine entier des accidents ; à la frontière de ces deux catégories, nous trouvons certains actes qui ne sont pas encore considérés comme *vis maior* – ne s’agissant pas des événements objectivement irrésistibles par force humaine –, mais qui n’appartiennent non plus à la catégorie du *casus minor* mettant en jeu la responsabilité de la *custodia*. Nous pensons à la rapine et au délabrement commis par un tiers. À notre avis, il est nécessaire de classer ces événements dans une catégorie dogmatique située entre le *casus minor* et le *casus maior*, catégorie encore à constituer, que nous pourrions dénommer – à l’instar de l’expression *capitis deminutio media* – *casus medius*.

## 6. Conclusions

Il est naturellement impossible de présenter la problématique complexe de la responsabilité de la *custodia* dans une étude. Cet essai a été écrit à propos de l’élaboration de mon livre concernant les problèmes de la responsabilité de la *custodia* en droit privé romain.



Nous voudrions souligner que la conception purement subjective de la responsabilité de la *custodia* de l'époque classique est fondamentalement fautive car selon les témoignages des sources, la responsabilité des débiteurs intéressés gardant le bien d'autrui – en conformité avec le principe de l'intérêt<sup>73</sup> employé par les jurisconsultes classiques – signifia à l'époque classique une responsabilité indépendante de la *culpa* s'étendant toujours au vol et (d'une manière casuistique) – à l'exception du *damnum ab alio iniuria datum* – au délabrement également. Les contradictions du système de responsabilité apparues dans la compilation justinienne ne peuvent être résolues que par le biais de la conception objective de la responsabilité de la *custodia*, élaborée sur des bases de la recherche de l'interpolation.

Cependant, la théorie subjective nuance incontestablement l'opinion objective en soulignant la diligence accrue du débiteur, dans le cas duquel il peut éviter la survenance des *casus minores*. En outre, la théorie objective n'est pas pertinente

---

<sup>73</sup> Cf. B. KÜBLER: *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht*, in: Festgabe für Otto von Gierke, II, Breslau 1910, 235. Sur le principe d'utilité voir p. ex. NÖRR: *op. cit.* 68; J. H. MICHEL: *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, 325; ZIMMERMANN: *op. cit.* 198; M. BAUER: *Periculum emptoris. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf*, Berlin 1998, 86; M. NAVARRA: *'Utilitas contrahentium' e sinallagma*, in: *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano* (a cura di L. Garofalo), 2, Padova 2007, 223.

pour l'éclaircissement de toutes les questions de détail et son application inconditionnelle et parfois préconçue peut quelquefois conduire aux conclusions absolument fausses.

La responsabilité de la *custodia* ne peut pas être considérée comme le reste de l'archaïque responsabilité du résultat (*Erfolgshaftung*).<sup>74</sup> À notre avis, la responsabilité de la *custodia*, complétant le système de responsabilité classique basé fondamentalement sur la *culpa*, signifia plutôt une construction très moderne car cette responsabilité objective servit parfaitement les critères de la sécurité du commerce et de la protection de l'intérêt du créancier, conformément aux principes de *bona fides* et d'*utilitas* parce que toute personne fut exclue de la possession de la chose gardée – à l'exception du *custodiens* – et la diligence de lui-même fut incontrôlable ce qui absolument justifia l'exclusion de l'exculpation. Tout cela justifie *de lege ferenda* la reconnaissance de la raison d'être de la responsabilité contractuelle indépendante de la faute dans les droits modernes également.

---

<sup>74</sup> Sur la problématique de la responsabilité de résultat voir récemment P. GRÖSCHLER : *Zur Problematik der Erfolgshaftung im römischen Recht*, *Iura* 61 (2013), 155-180.