

Résistance du Droit romain aux influences hellénistiques : le cas du dépôt irrégulier^(*)

par Roger VIGNERON
(Liège)

Après de nombreuses et longues controverses, la doctrine dominante actuelle n'admet généralement — on le sait — la reconnaissance du dépôt irrégulier par les jurisconsultes romains que pour la fin de la période classique au plus tôt. Avant cela, la jurisprudence aurait considéré le phénomène comme un *mutuum* ⁽¹⁾.

(*) Communication présentée à la 37^e Session de la Société Internationale des Droits de l'Antiquité, le 8 décembre 1983 au Caire.

(1) V. en ce sens, en se limitant à la doctrine contemporaine: U. BRASIELLO, *Aspetti innovativi delle costituzioni imperiali, I. L'aspetto innovativo-interpretativo, St.de Francisca*, t. IV, Milano 1956, p. 471 ss.; J.-H. MICHEL, *La gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, p. 74 ss.; J. BURILLO, *Las formulas de la 'actio depositi'*, SDHI 28 (1962) p. 232 ss. (290); E. PÓLAY, *Die Zeichen der Wechselwirkungen zwischen dem römischen Reichsrecht und dem Peregrinenrecht im Urkundenmaterial der siebenbürgischen Wachstafeln*, SZ 79 (1962) 51 ss. (82); *Die Spuren eines hellenistischen Einflusses in den Verträgen der Siebenbürgischen Wachstafeln*, Labeo 19 (1973) 330 ss. (337); H.T. KLAMI, *Mutua magis videtur quam deposita. Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen*, Helsinki 1969, passim; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², München 1971, p. 536; W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier*, RIDA 21 (1974) 215 ss.; 22 (1975) 279 ss.; G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano 1976, p. 148 ss., 178 ss.; R. VILLERS, *Rome et le droit privé*, Paris 1977, p. 322 s.

Comp. les auteurs selon lesquels le dépôt irrégulier, inconnu du droit classique, aurait été introduit peut-être à l'époque postclassique, plus sûre-

Les discussions sur ce point ne sont probablement pas closes (2)

ment sous Justinien: C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, Milano 1973, p. 381 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 3^e éd., Torino 1975, p. 435.

Comp. en sens inverse ceux pour qui le dépôt irrégulier aurait déjà été pratiqué et reconnu par les juriconsultes romains dès la fin de la République: F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano*, BIDR 49-50 (1947) 80 ss., et dans un sens analogue, déjà M. VOIGT, *Ueber die Bankiers, die Buchführung und die Litteralobligation der Römer, Abhandl. der philol.-histor. Classe der Königl. Sächs. Gesellsch. d. Wissensch.*, B. X, n^o VII, Leipzig 1887, p. 525, texte et note 45; L. MITTEIS, *Trapezitika*, SZ 19 (1898) 198 ss. (208 s.).

Comp. enfin les positions prudentes adoptées par P. FREZZA, ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ, Eos, 48,1 = *Symbolae R. Taubenschlag, Vratislaviae-Varsaviae* 1956, p. 139 ss.; B. ADAMS, *Haben die Römer 'depositum irregulare' und Darlehen unterschieden?*, SDHI 28 (1962) 360 ss.; G. ASTUTI, v^o *Deposito (storia)*, *Encicl. dir.*, t. 12, Milano 1964, p. 212 ss. (224 ss.); V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14^e éd., Napoli 1983, p. 312 s.; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1972, p. 490 s.

(2) Car le débat pourrait rebondir à l'occasion d'autres recherches. Je n'en veux pour preuve que la récente étude de M^{me} Maria Rosa CIMMA (*Ricerche sulle società di publicani*, Milano 1981): Verres ayant « déposé » des sommes auprès d'une société de publicains (Cic., *in Verr.*, 2,3,70,165), elle voit dans ce contrat un dépôt à intérêts (p. 83), c'est-à-dire un dépôt irrégulier de deniers publics, contrat que les sociétés de publicains auraient eu l'habitude de conclure (p. 94, texte et note 131). Il est clair, cependant, que ces sommes avaient été prêtées par Verres à un taux usuraire (Cic., *ibid.*: «...binis centesimis faeneratus est.»): *faenerare* et *faenus* se rattachent au prêt à intérêt, tant dans le langage juridique (v. VIR, t. II, Berlin 1933, v^o *faenus*; HEUMANN/SECKEL, *Handwörterbuch zu den Quellen des römischen Rechts*, 10. Aufl., Graz 1958, v^o *Faenerare*) que dans le langage profane (v. FORCELLINI, *Totius Latinitatis Lexicon*, t. III, Prati 1865, v^o *Feneror*; *Oxford Latin Dictionary*, 1968 ss., v^o *faenero*). La même remarque peut être faite à propos de l'autre passage des Verrines invoqué par M^{me} CIMMA comme exemple de « dépôt irrégulier »: Cic., *in Verr.*, 2,2,70,170 (v. sur ce passage: E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, t. I, 2^e éd., Bologna 1927, p. 164 s. note 1, p. 202 texte et note 6). Quant à la correspondance de Cicéron (Cic., *ad fam.*, 5,20,9; *ad Att.*, 11,2,3) qui, selon M^{me} CIMMA, porterait témoignage du même contrat, elle fait bien plutôt allusion à des sommes individualisées («...eam omnem pecuniam Pompeium abstulisse...»); «...ea pecunia, quae fuit in Asia...»), objets donc de dépôts réguliers (v. en ce sens: COSTA, *op. cit. supra*, p. 180 note 2; H.T. KLAMI, *op. cit. [supra note 1]*, p. 27 s.).

et je voudrais, pour ma part, lancer dans le débat un fragment du Digeste, resté jusqu'à présent et à ma connaissance, totalement inaperçu, alors pourtant qu'il se situe au cœur du problème, comme j'espère vous en convaincre.

La raison pour laquelle ce fragment n'a jamais été invoqué à propos du dépôt irrégulier est vraisemblablement qu'il relève au premier chef du droit pénal romain. Plus précisément, il s'agit de la définition, par Labéon, du *crimen peculatus* :

Paul. (*l. sing. de iudic. publ.*), D.48,13,11,2 + 4 :

Labeo libro trigensimo octavo posteriorum peculatum definit pecuniae publicae aut sacrae furtum non ab eo factum, cuius periculo fuit, et ideo aedituum in his, quae ei tradita sunt, peculatum non admittere.

is autem, qui pecuniam traiciendam suscepit uel quilibet alius, ad cuius periculum pecunia pertinet, peculatum non committit.

§ 2. — Au livre 38 des *Posteriores*, Labéon définit le péculat comme le vol de sommes d'argent publiques ou sacrées non commis par celui qui en assume le *periculum*, et par conséquent le gardien de temple ne commet pas de péculat à propos des choses qui lui sont remises.

§ 4. — Celui cependant qui accepte une somme pour la transporter ou quelqu'un d'autre, qui assume le *periculum*, ne commet pas de péculat.

Le nœud du problème que pose la compréhension du § 2 est évidemment de savoir pourquoi le gardien de temple échappe à l'accusation de péculat.

Écartons rapidement une explication curieuse, complètement abandonnée aujourd'hui, mais dont la réfutation reste utile pour la suite de l'exposé. Dans son « *Criminalrecht der Römer* » (3), Rein expliquait que les gardiens et transporteurs visés par le fragment étaient des employés subalternes qui gardaient ou transportaient matériellement les biens: eux ne

(3) W. REIN, *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus*, Leipzig 1844, p. 676.

répondaient d'un vol que dans le cadre de leur responsabilité civile et selon les dispositions de leur contrat de travail. Leur propre intérêt devait les détourner de pareils vols et de plus, il était aisé de les contrôler. En revanche, écrivait Rein, les fonctionnaires supérieurs, beaucoup moins contrôlables et mieux placés pour détourner l'argent de l'État, tombaient eux, sous le coup de la *lex Iulia peculatus*.

Cette interprétation n'a pas convaincu. Il est vrai qu'elle est démunie de tout support textuel : *aeditus* désigne tout aussi bien des esclaves que des affranchis ou que des citoyens romains (4). Elle ne correspond pas non plus à l'esprit du droit pénal romain, pour lequel il est au contraire courant qu'une infraction soit plus sévèrement réprimée lorsqu'elle est commise par un individu de rang subalterne que par une personne de statut élevé (5). On peut dès lors croire, avec Mommsen (6), que les employés subalternes des temples ont dû être, tout au contraire, des cibles privilégiées de la loi sur le péculat.

Encore conviendrait-il de concilier cette dernière observation avec la définition de Labeo, qui semble, de prime abord, exclure l'accusation de péculat pour tous les gardiens de temple.

Mais que pensait Mommsen, précisément, des §§ 2 et 4 du fragment en examen ? Les interprétations du grand romaniste ont singulièrement évolué. Dans son « *Römisches Strafrecht* », il scinde, de manière inattendue, le cas du gardien et celui du transporteur. L'*aeditus* aurait, selon lui, une responsabilité purement civile, en tant que dépositaire (7) ; le second risquerait par contre une peine, s'il ne restitue pas l'objet transporté, en vertu d'une condamnation *de residuis*, c'est-à-dire s'il est en demeure de restituer les biens publics ou sacrés (8).

(4) V. HABEL, v° *Aeditus*, RE t. I, Stuttgart 1894, col. 465 s. (466) ; H. VIDAL, *Le dépôt « in aede »*, RH 43 (1965) 545 ss. (573).

(5) V. Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, p. 78 ss., 1031 ss. ; J.L. STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of the Roman Criminal Law*, t. II, Oxford 1912, p. 170 ss.

(6) MOMMSEN, *op. cit.* (*supra* note 5), p. 764, texte et note 4.

(7) MOMMSEN, *op. cit.* (*supra* note 5), p. 762 note 6.

(8) MOMMSEN, *op. cit.* (*supra* note 5), p. 767.

Pourtant, bien des années plus tôt⁽⁹⁾, Mommsen avait conjecturé que le gardien, comme le transporteur, aurait accepté la garde, ou le transport, à ses risques (“auf seine Gefahr hin”). Il ne pourrait alors commettre de péculat, car dans ce cas la propriété du bien lui serait transférée, tout au moins sous condition (“wenigstens bedingungsweise”) et il serait considéré comme débiteur de l'État.

La technique ainsi imaginée me paraît assez peu plausible⁽¹⁰⁾. Néanmoins, l'idée d'un transfert de propriété sera reprise, quelque quarante ans plus tard, par Ferrini⁽¹¹⁾. L'*aeditus* est probablement devenu propriétaire, selon lui, parce qu'il s'engage à restituer les sommes « in genere » et non pas « in specie », de sorte qu'il supporte tous les risques de perte de la chose. Nous serions donc peut-être en présence, doit-on constater — et je rejoins ici mon propos initial — d'un véritable dépôt irrégulier, et cela, dès l'époque de Labeo!

Sur la seule base des mêmes §§ 2 et 4 du fragment D.48,13,11, Édouard Cuq⁽¹²⁾ va généraliser la conjecture d'un transfert total des risques: « Le magistrat⁽¹³⁾ qui s'approprie l'argent de l'État », écrivait-il en 1907, « ne commet pas un péculat lorsque l'argent est à ses risques: dans ce cas en effet l'État ne subit aucun préjudice; il a un recours contre le magistrat pour le montant de la somme dont celui-ci est responsable ».

Si l'on se souvient du nombre de magistrats romains qui ont

(9) V. MOMMSEN, *Die Scipionenprozesse*, Hermes 1 (1866) 161 ss. (180 note 74) (= *Römische Forschung*, t. II, Berlin 1879, p. 449 note 74).

(10) Car on a du mal à imaginer quel est l'événement prévu comme condition du transfert de propriété: serait-ce le fait, pour l'*aeditus*, de disposer des sommes? Mais il s'agit d'un *furtum*, dont on ne voit pas comment il pourrait être valablement érigé en condition! En outre et surtout, aucune trace ne nous est parvenue d'un *aeditus* acceptant un dépôt en s'engageant à en assumer tous les risques de perte.

(11) C. FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, ed. Pessina, Milano 1905 (rist. Roma 1976), p. 418.

(12) É. CUQ, v° *Peculatus*, *Daremberg-Saglio*, t. 4, Paris 1907, p. 365 ss. (366, texte et note 13).

(13) C'est moi qui souligne.

été accusés de péculat ⁽¹⁴⁾, l'affirmation paraît d'emblée suspecte, dans sa généralité.

De plus, force est d'objecter qu'un *aeditus* n'est pas un magistrat. Et un transporteur encore moins.

Beaucoup plus près de nous, M. Franco Gnoli a repris, dans son ouvrage sur le *crimen peculatus*, la conjecture de Ferrini, en y ajoutant un argument ⁽¹⁵⁾ : il est équitable, estime-t-il, que le gardien ne soit pas accusé de péculat, car comment pourrait-il sinon démontrer que la confusion qui s'est produite entre les sommes publiques ou sacrées et les siennes — confusion qui le rend propriétaire et débiteur de ces sommes —, révèle ou non une volonté de sa part de spolier l'État ?

De même pour le transporteur du § 4 : toujours selon M. Gnoli, il est, lui aussi, devenu propriétaire des sommes, en supporte les risques de perte mais ne pourrait pas être accusé de péculat. L'un comme l'autre, enfin, ne pourraient être condamnés qu'en vertu du chapitre *de residuis* de la *lex Iulia peculatus*.

Ce transfert de propriété de l'État au gardien de temple et au transporteur me paraît, à la réflexion ⁽¹⁶⁾, peu vraisemblable. Car en vertu de quel phénomène pourrait-il s'être produit ? Ni Ferrini, ni Cuq ne l'expliquent et M. Gnoli, tout en faisant allusion à la confusion des sommes, se contente prudemment de parler de la « consegna » et du « consignatario della pecunia » ⁽¹⁷⁾. Ces mots, si je ne m'abuse, impliquent simplement, en italien juridique, l'idée d'un transfert de propriété, sans rien préciser sur la cause du transfert ⁽¹⁸⁾. Celle-ci ne peut, je crois, résider que dans la force des choses ou dans le contrat conclu entre l'État et le gardien ou le transporteur :

(14) V. la liste des procès pour péculat établie par REIN, *op. cit.* (*supra* note 3), pp. 679 à 690.

(15) F. GNOLI, *Ricerche sul crimen peculatus*, Milano 1979, p. 137 ss.

(16) J'y ai cru lors de mon compte rendu de l'ouvrage de Mr F. GNOLI, SZ 99 (1982) 412 ss. (415).

(17) GNOLI, *op. cit.* (*supra* note 15), p. 141 s.

(18) V. C.A. FUNAIOLI, v° *Consegna*, *Encicl. dir.*, t. 9, Milano 1961, p. 131.

1) La force des choses: j'entends par là la confusion de fait des biens d'autrui dans le patrimoine de quelqu'un, comme lorsque l'argent qu'un pupille a prêté sans l'autorisation de son tuteur perd son individualité dans le patrimoine de l'emprunteur ou d'un tiers⁽¹⁹⁾, lorsque, en d'autres termes, cette *pecunia est consumpta*.

Certes, le cas pourrait se produire, à propos des sommes confiées au gardien ou au transporteur. Mais le cas inverse, où la *pecunia* est remise *obsignata* et reste individualisée, devait se produire aussi⁽²⁰⁾. D'autant plus que, même lorsqu'une somme d'argent était remise, à Rome, avec la volonté d'en transférer la propriété, il arrivait que cette somme conserve son individualité: c'est l'hypothèse bien connue des *nummi extantes*⁽²¹⁾. On comprend mal, dès lors, que Labéon, sans s'expliquer davantage, ait fait de l'hypothèse de la *pecunia consumpta* une règle générale, alors que dans le cas d'un dépôt dans un temple, elle ne devait certainement pas constituer l'écrasante majorité des cas⁽²²⁾.

(19) Iul. (*l. 10 dig.*), D. 12,1,19,1: *Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit aut soluendi causa dederit, consumpta pecunia conditionem habet uel liberatur non alia ratione, quam quod facto eius intellegitur ad eum qui acceperit peruenisse: quapropter si eandem pecuniam is, qui in creditum uel in solutum acceperat, alii porro in creditum uel in solutum dederit, consumpta ea et ipse pupillo obligatur uel eum a se liberabit et eum cui dederit obligatum habebit uel se ab eo liberabit. nam omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea habet obligatum eum qui acceperit: item qui in solutum dederit, liberabitur ab eo qui acceperit.*

V. sur ce fragment A. WACKE, *Die Zahlung mit fremdem Geld*, BIDR 79 (1976) 49 ss. (57 ss.).

(20) V. notamm. VIDAL, *op. cit.* (*supra* note 4), p. 548 ss.

(21) Sur l'explication d'un tel phénomène, v. WACKE, *op. cit.* (*supra* note 19), p. 91 ss.

(22) D'autant que, pour le gardien, Labéon précise *in his, quae ei tradita sunt*, le neutre utilisé pouvant bien désigner autre chose que de l'argent. L'objection n'a pas échappé à M. GNOLI (*op. cit.* [*supra* note 15], p. 143), lequel lui oppose que le fragment n'est compréhensible que si l'objet du dépôt est restituable « *in genere* », ce qui est une pétition de principe. Mais il est vrai qu'au paragraphe 4, seule la *pecunia* est explicitement visée.

2) Il est donc plus plausible que le transfert — s'il y en a un — résulte du contrat en vertu duquel l'argent a été confié au gardien et au transporteur. Quant au premier — qui nous intéresse plus particulièrement ⁽²³⁾ — ce pourrait être soit un *mutuum*, soit un dépôt:

a) *Mutuum*: l'État romain prêterait de l'argent à ses propres temples. D'emblée, l'idée paraît incongrue. Car si la figure du « dépôt in aede » est familière ⁽²⁴⁾, celle d'un « *mutuum aedi creditum* » semble insolite. C'est que, au rebours des temples grecs ⁽²⁵⁾, les temples romains ne pratiquaient pas d'opérations bancaires ⁽²⁶⁾ et ne consentaient, en particulier, pas de prêts ⁽²⁷⁾. On ne voit pas dès lors pourquoi ils auraient fait des emprunts. L'hypothèse d'un emprunteur contractant un *mutuum* sans utiliser ensuite la somme empruntée est, on l'admettra, économiquement aberrante ⁽²⁸⁾. Ne profitant pas dès lors des sommes déposées, il est normal qu'ils aient été considérés par les jurisconsultes comme rendant une espèce de service d'ami (nous dirions aujourd'hui un service public), à ranger donc dans la catégorie « dépôt ».

b) Dépôt: cette hypothèse est certes la plus vraisemblable ⁽²⁹⁾.

(23) Quant au transporteur, v. *infra*, texte et note 49.

(24) V. VIDAL, *op. cit.* (*supra* note 4), p. 554 ss.

(25) V. R. BOGAERT, *Banques et banquiers dans les cités grecques*, Leyde 1968, *passim*.

(26) V. MARQUARDT, *L'organisation financière chez les Romains* (trad. Vigié), Paris 1888, p. 98 ss., 104 s.

(27) V. B. BROMBERG, *Temple Banking in Rome, The Economic History Review* 10 (1939-40) 128 ss. (130).

(28) Si l'on voulait imaginer une autre utilisation par les temples des sommes empruntées à l'État que des opérations financières (emprunt pour la réfection du temple, par exemple), la définition du péculat de Labéon serait alors une pure naïveté (comp. *infra*, au texte): on voit mal l'*aeditus* accusé de péculat ou de vol pour avoir utilisé les sommes à l'usage prévu!

(29) V. déjà en ce sens MARQUARDT, *Le culte chez les Romains*, t. I (trad. Brissaud), Paris 1889, p. 261 note 5.

On pourrait théoriquement envisager l'hypothèse où ce *depositum* réalise la *depositio* d'une somme due (v. sur la question de terminologie R. VIGNERON, *Offerre aut deponere*, Liège 1979, p. 16 s.). Mais rien ne permet de penser qu'une tierce personne ait des droits sur l'objet du dépôt. En

Mais pour que ce dépôt transfère la propriété, il faut qu'il soit irrégulier. Et toute la question est reposée: Labéon admettait-il déjà l'existence du dépôt irrégulier? Si oui, toute la fameuse question de l'admission du dépôt par la jurisprudence classique devrait être réexaminée.

Remarquons d'emblée que si cette figure juridique avait en tout cas été usuelle à son époque, sa définition du pécumat ressemblerait fort à une naïveté: le pécumat est le vol de choses publiques ou sacrées, sauf s'il est commis par celui qui assume le *periculum* de ces choses, c'est-à-dire en est le propriétaire. Assurément! Il est bien évident qu'on ne conçoit pas le vol par une personne d'une chose qui lui appartient et sur laquelle nul autre n'a de droit. Mais au fait, comment ces choses pourraient-elles encore être qualifiées de « publiques ou sacrées », appartenant à un gardien ou à un simple transporteur privé?

En réalité, l'erreur que recèlent toutes ces interprétations a été d'associer le concept *periculum* à celui de « charge de tous les risques » et à celui de « transfert de propriété ». Car ces trois notions sont indépendantes. On peut supporter tous les risques sans être propriétaire, comme le banal débiteur en demeure. Et surtout — et c'est le mérite de M. MacCormack de l'avoir démontré en 1979⁽³⁰⁾ — *periculum* est un concept infiniment plastique, qui ne signifie pas toujours, tant s'en faut, la charge de tous les risques, mais désigne simplement celui sur qui la charge d'un dommage va tomber (« on whom is a particular loss to fall »⁽³¹⁾), parfois sans qu'il y ait faute de sa part, mais parfois en raison de sa faute. Le dépositaire, en particulier, est parfois considéré comme supportant le *periculum* lorsqu'il a commis un dol⁽³²⁾, d'autre fois parce qu'il a pris tous les

autres, je crois avoir démontré qu'à Rome, la procédure d'*oblatio-obsignatio-depositio* n'a fait son apparition qu'un siècle après Labeo (v. *op. cit.*, p. 49 s.; 57 ss.; 110 ss.).

(30) G. MacCORMACK, *Periculum*, SZ 96 (1979) 129 ss.; *Further on « Periculum »*, BIDR 82 (1979) 11 ss.

(31) *Op. cit.*, BIDR 82 (1979) 36.

(32) Ulp. (*l. 29 ad Sab.*), D. 47,2,14,3: *...quod si dolo fecit, iam quidem periculum ipsius est, sed...*; v. MacCORMACK, *op. cit.* (*supra* note 30), SZ 96 (1979) 155.

risques à sa charge⁽³³⁾, d'autres fois encore à des échelons intermédiaires de responsabilité⁽³⁴⁾. Et en toute hypothèse, le point de savoir qui est propriétaire du bien endommagé reste un problème distinct.

Par conséquent, la définition du péculat par Labéon ne paraît pas attester l'existence du dépôt irrégulier en droit romain à son époque. Encore, pour être catégorique, faudrait-il savoir pourquoi en réalité le gardien de temple ne commet pas de péculat, non plus que le transporteur, ni tous ceux qui assument le *periculum* du bien public ou sacré⁽³⁵⁾.

Dans ce but, m'inspirant de certains des arguments évoqués, qui contiennent leur part de vérité, mais surtout, partant du texte même de Labeo, vais-je à mon tour proposer une explication.

De la phrase « *peculatum (sc. esse) furtum non ab eo factum, cuius periculo fuit* », il me semble que l'on peut logiquement déduire que Labeo envisage bien dans sa définition le cas d'un « *furtum factum ab eo, cuius periculo fuit* ». Ce *furtum*-là n'est

(33) Nerat. (l. 7 membr.), D. 17,1,39; v. MacCORMACK, *op. cit.* (supra note 30), SZ 96 (1979) 155.

(34) V. MacCORMACK, *op. cit.* (supra note 30), SZ 96 (1979) 154 ss.

(35) A moins de renoncer à s'expliquer la définition de Labéon: c'est ainsi que E. SCHEPSES (*Der Rechtsfall des Atypius* [Aug. Conf. VI 9,14 u. 15], SDHI 5 [1939] 140 ss.) se résignait naguère: après avoir concédé que la règle ne devait en tout cas pas avoir été en vigueur au-delà de la moitié du premier siècle de notre ère (p. 144), il constatait en note (17 p. 144) que déjà à l'époque de Cicéron des fonctionnaires étaient accusés de péculat lorsqu'ils se livraient à des malversations de biens publics dont ils avaient l'administration. Aussi lui paraissait-il peu vraisemblable que la situation ait changé à l'époque de Labéon. D'ailleurs, ajoutait-il (p. 145), comme Paul ne prend pas parti sur la définition de Labéon, il est impossible de savoir si cette définition a prévalu à l'époque classique.

On répondra avec P. HUVELIN (*Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, Lyon-Paris 1915, p. 577) que « Paul présente la formule comme une *definitio*, non comme une *opinio*, et il n'exprime pas le moindre doute ni la moindre restriction à ce sujet ». En outre, nul ne contestera qu'il se soit commis des péculats avant comme après Labeo, mais cela n'exclut pas que, dans certaines circonstances, certaines personnes soient poursuivies pour *furtum*, comme je vais tenter de le démontrer.

pas un pécuniaire. Qu'est-il alors? Il n'est qu'un simple *furtum*. C'est-à-dire qu'au lieu d'être frappé d'une amende du quadruple, son auteur, coupable d'un *furtum nec manifestum*, ne risquera que la peine du double.

En ce sens, Huvelin avait raison lorsque, dans son étude sur le *Furtum*, après avoir pourtant adopté une position similaire à celle de Cuq⁽³⁶⁾, il rectifiait en note subpaginale⁽³⁷⁾: « Inversément, le *furtum rei publicae* ou *sacrae* commis par un fonctionnaire sur ce dont il est comptable, s'il n'est point un *peculatus*, reste bien un *furtum* »⁽³⁸⁾.

Car c'est bien là que gît l'erreur initiale commise par beaucoup: croire que le gardien et le transporteur, sous prétexte qu'ils ne commettent pas de pécuniaire, ne peuvent plus commettre de délit du tout! Erreur que n'avaient pas commise les auteurs des *Basiliques*⁽³⁹⁾, trop hâtivement dénigrés par Ferrini⁽⁴⁰⁾ et restés peut-être pour cela trop longtemps dans l'oubli.

Au demeurant, si le dépositaire d'un bien privé peut le soustraire en commettant ainsi un *furtum*⁽⁴¹⁾, on ne voit pas pourquoi le fait que le dépôt porte sur une chose publique ou sacrée

(36) V. HUVELIN, *op. cit.* (*supra* note 35), p. 577, où il parle cependant de « fonctionnaires » et non de magistrats.

(37) HUVELIN, *op. cit.* (*supra* note 35), note 2, p. 577.

(38) V. dans le même sens, mais sans approfondir davantage la question: R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966, p. 137 s., 379 s.; F. HORAK, *Rationes decidendi*, Aalen 1969, p. 204.

(39) Bas. 60,45,10 (HEIMBACH, 5 p. 818):

Ἐὰν ἔξωτικὸς ἀφέληται δημόσια ἢ ἱερὰ χρήματα, ὑποπίπτει περιορισμῶ· οὐ μὴν ἐὰν ὁ τὴν αὐτῶν πιστευόμενος φυλακὴν ὑφέληται.

Si extraneus auferat publicam vel sacram pecuniam, deportationi subiacet: non etiam si is, cui eius pecuniae custodia credita est, eam auferat.

(40) FERRINI, *op. cit.* (*supra* note 11), p. 418. L'auteur avait bien compris la façon dont les Byzantins entendaient la définition de Labeo. Il a eu seulement le tort de se débarrasser des *Basiliques* par une brève note subpaginale (note 1 p. 418): « È chiaro come tale concetto non risulti soddisfacente ». Voir!

(41) Paul. (*l. 39 ed.*), D. 47,2,1,2; Paul. (*l. 54 ed.*), D. 41,2,3,18; v. sur ces fragments J.A.C. THOMAS, « *Infitiando depositum nemo facit furtum* », *St. Volterra*, t. II, Milano 1971, p. 759 ss.

exclurait que le dépositaire puisse en être le voleur, lorsqu'il ne tombe pas sous le coup de la *lex Iulia peculatus*.

Cette interprétation aboutit à la conséquence toute opposée que l'*aeditus* peut commettre, selon les circonstances, trois délits différents :

Reste-t-il en retard de restituer les sommes publiques ou sacrées déposées, il encourt une condamnation *de residuis* et est donc passible de la peine du tiers des sommes dont la restitution est tardive⁽⁴²⁾. Vole-t-il ces sommes, alors qu'on les lui a confiées, et la peine, on vient de le voir, passe au double. Vole-t-il enfin ces sommes, alors qu'on ne les lui a pas confiées, et il devient coupable de péculat avec une peine du quadruple.

Mais quand cette dernière hypothèse, non encore envisagée, pourra-t-elle se rencontrer? Évidemment lorsque l'*aeditus* commet ce vol dans un autre temple, à l'égard duquel il est sur le même pied qu'un tiers quelconque. Mais je pense aussi et surtout au cas bien plus banal de l'*aeditus* à qui on n'a pas confié les sommes déposées dans « son » temple, c'est-à-dire à l'*aeditus*, employé subalterne, qui n'est pas partie au contrat de dépôt et qui — comme le pensait Mommsen en opposition à Rein⁽⁴³⁾ — a dû bien souvent subir les rigueurs de la *lex peculatus*.

Il est à remarquer, dans cette perspective, que Labeo n'exonère pas l'*aeditus* du crime de péculat pour les sommes déposées (ce qui aurait donné la formulation : *et ideo aeditus in his, quae deposita sunt*), mais bien pour les sommes qui lui ont été remises, à lui (*quae ei tradita sunt*). Cette formulation laisse sous l'empire du droit commun le gardien étranger au contrat de dépôt et n'assumant pas de responsabilité contractuelle vis-à-vis de l'État.

(42) En cela réside la part de vérité que l'on peut concéder aux conceptions de MOMMSEN dans son *Strafrecht* (v. *supra* texte et note 8). Il limitait cependant de manière inexplicable cette règle au cas du transporteur, limitation que M. GNOLI a eu raison de ne pas maintenir (v. *supra* texte et note 15).

(43) V. *supra* texte et note 6.

Car il reste vrai aussi que l'*aeditus* peut en outre être responsable contractuellement⁽⁴⁴⁾. Il n'y a pas de raison en effet que le contrat de dépôt qui a été conclu entre l'État et lui ne produise pas ses effets. Et dès lors, en cas d'inexécution contractuelle constituée par un *furtum* ou un péculat, l'État, placé dans une situation de concours d'action, aurait un choix à exercer. Mais il n'y a rien là de fort original⁽⁴⁵⁾.

Pour compléter la démonstration, il pourrait être intéressant de se pencher quelques instants sur le sort du gouverneur de province dont parle le § 6 de la *lex 11* en examen.

Paul. (*lib. sing. de iud. publ.*), D.48,13,11,6:

Eum, qui pecuniam publicam in usus aliquos retinuerit nec erogauerit, hac lege teneri Labeo libro trigensimo octauo posteriorum scripsit. cum eo autem, qui, cum prouincia abiret, pecuniam, quae penes se esset, ad aerarium professus retinuerit, non esse residuae pecuniae actionem, quia eam priuatus fisco debeat, et ideo inter debitores eum ferri: eamque ab eo is, qui hoc imperio utitur, exigeret, id est pignus capiendo, corpus retinendo, multam dicendo. sed eam quoque lex Iulia residuorum post annum residuam esse iussit.

Pour le reliquat de gestion qu'il conserve lorsqu'il abandonne ses fonctions, le gouverneur bénéficie, dans le cadre de la *lex de residuis*, d'un régime de faveur: s'il a reconnu sa dette envers l'État dans une *professio*, il ne risque les pénalités de la loi qu'après un délai d'une année. La caractéristique de ce régime est que, pendant ses fonctions, le gouverneur est propriétaire

(44) Autre part de vérité à concéder à MOMMSEN (v. *supra* texte et note 7), qui n'envisageait toutefois de responsabilité contractuelle qu'à propos de l'*aeditus*, alors que l'observation vaut tout autant, me semble-t-il, pour le transporteur.

(45) Comp. dans le cas d'un prêt à usage: Paul. (*l. sing. de concurr. action.*), D. 44,7,34,1 et E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, t. II, Berlin 1922, p. 104 et, en cas de concours entre une action criminelle et une action privée: Paul. (*l. 45 ed.*), D. 47,10,6 *in fine* et M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, p. 232 note 20.

de l'argent qu'il a reçu pour l'accomplissement de sa mission (46). Par la *professio*, il en devient débiteur. Le régime est donc tout différent de celui du gardien ou du transporteur (47).

En confrontant ce passage avec les §§ 2 et 4, on comprend mieux le sens du mot *periculum*, utilisé par Labéon. Il concorde parfaitement avec le sens général et souple dégagé par M. MacCormack (48) : ne commet pas de péculat, celui qui supporte la charge du dommage qui pourrait survenir à la chose publique ou sacrée. Soit qu'il en soit simple détenteur, comme l'*aeditus* tenu seulement de son dol ; soit qu'il soit tenu de la *custodia*, comme le transporteur (49) ; soit qu'il soit tenu dans tous les cas en tant que propriétaire, comme le gouverneur de province.

Cette interprétation est susceptible de confirmer mon hypothèse sur la situation de l'*aeditus* : il peut commettre un vol des choses dont il est responsable, ce qui n'est pas envisagé et serait impossible pour le gouverneur de province, lorsqu'il s'agit de sommes dont il est régulièrement devenu propriétaire (50). C'est donc bien que l'*aeditus*, lui, n'en est pas propriétaire.

Ainsi, en définitive, l'analyse du fragment de Labéon, loin d'inciter à croire à l'existence d'un dépôt irrégulier, tend plutôt à en confirmer l'inexistence : les dépôts d'argent *in aede* devaient être réguliers, puisqu'il n'envisage pour l'*aeditus* que cette hypothèse-là !

Et pourtant, l'absence de cette figure juridique à Rome est un fait historique déconcertant ! Car voilà que, dès le 4^e siècle

(46) V. F. KNIEP, *Societas Publicanorum*, Iena 1896, p. 156 ; GNOLI, *op. cit.* (*supra* note 15), p. 161 ss.

(47) Ce régime de faveur n'empêchait évidemment pas que des gouverneurs aient pu être condamnés pour péculat, lorsqu'ils détournaient des butins de guerre ou des deniers publics (v. la liste établie par REIN, *supra* note 14). Mais ces valeurs n'étaient pas reprises, par hypothèse, dans leur *professio* éventuelle.

(48) V. *supra* texte et notes 30 ss.

(49) V. KASER, *op. cit.* (*supra* note 1), t. I², p. 571.

(50) Il en va naturellement autrement des sommes dont le gouverneur est devenu irrégulièrement propriétaire : v. *supra* note 47.

avant notre ère, les premiers banquiers s'installent à Rome⁽⁵¹⁾ : ils seraient grecs⁽⁵²⁾ ! et ils apporteraient donc logiquement avec eux leur technique bancaire, dont la παρακαταθήκη, laquelle pouvait notamment fonctionner comme un dépôt irrégulier et produire des intérêts au profit du déposant⁽⁵³⁾.

On pourrait s'attendre à ce que les Romains — qui n'en sont alors nulle part en matière de technique bancaire — profitent de l'apport grec qui leur est offert, si l'on peut dire, « à domicile ». Or il n'en est, apparemment, rien⁽⁵⁴⁾. Ceux qui ont étudié la question dans le théâtre de Plaute et de Térence n'ont pu en tout cas y déceler la moindre trace sûre de dépôts irréguliers⁽⁵⁵⁾.

Les Romains auraient donc imposé leur propre système de *mutuum* assorti d'une *stipulatio* pour les intérêts. Or ce système présente certains inconvénients que la technique grecque aurait pu éviter. Sans parler de la nécessité, dans la procédure romaine, d'intenter deux actions en cas de litige, avec les risques de contradictions qui en découlent, sans même évoquer les intérêts moratoires, inconcevables dans une *condictio* de droit strict⁽⁵⁶⁾, je pense surtout à la possibilité de réclamer à tout moment la restitution de la chose remise. Cette possibilité est de règle

(51) V. VOIGT, *op. cit.* (*supra* note 1), p. 515 s.; MITTEIS, *op. cit.* (*supra* note 1), p. 203.

(52) V. VOIGT, *op. cit.* (*supra* note 1), *ibid.*; MITTEIS, *op. cit.* (*supra* note 1), *ibid.*; LAUM, *v° Banken*, RE, Suppl. 4, Stuttgart 1924, col. 68 ss. (72).

(53) V. W. HELLEBRAND, *v° Παρακαταθήκη*, RE, 18,3, Stuttgart 1949, col. 1186 ss. (1195 s.); FREZZA, *op. cit.* (*supra* note 1), p. 152 ss.

(54) V. VOIGT, *op. cit.*, (*supra* note 1), p. 515 note 3; comp. Th. NIEMEYER, C.R. de Voigt, SZ 11 (1890) 312 ss. (314).

(55) V. J. ANDREAU, *Banque grecque et banque romaine dans le théâtre de Plaute et de Térence, École française de Rome, Mélanges d'Archéologie et d'Histoire*, t. 80 (1968) p. 461 ss. (p. 505: « En général, il n'est pas précisé s'il s'agit d'un dépôt régulier ou d'un dépôt irrégulier, d'un dépôt de paiement ou d'un dépôt de placement, car les allusions sont trop rapides »).

(56) V. notamm. A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 6^e éd., Napoli 1981, p. 871; comp. pour le droit grec: HELLEBRAND, *op. cit.* (*supra* note 53), col. 1193.

dans le dépôt romain ⁽⁵⁷⁾, comme dans la παρακαταθήκη ⁽⁵⁸⁾; elle est beaucoup plus aléatoire pour le *mutuum*, même pour la période envisagée des 4^e et 3^e siècles avant notre ère, et davantage encore pour les périodes ultérieures ⁽⁵⁹⁾.

En dépit de cela, la conception romaine subsiste toujours intacte à l'époque de Labéon — on vient de le voir — malgré qu'entretiens se soit développée ce que Schulz a appelé « la période hellénistique de la science juridique romaine » ⁽⁶⁰⁾. Et les jurisconsultes romains ne consentiront à assouplir leurs conceptions, à envisager un dépôt irrégulier productif d'intérêts qu'à la fin de la période classique, c'est-à-dire six siècles plus tard!

Or cette méconnaissance d'institutions provinciales ne se limite pas au cas — somme toute secondaire, encore que caractéristique — du dépôt irrégulier: il est très général ⁽⁶¹⁾ et peut s'observer non seulement pour toutes les techniques bancaires plus raffinées de l'Orient ⁽⁶²⁾, mais aussi pour tous les perfectionnements qu'on y connaissait en matière de preuve écrite ⁽⁶³⁾.

On a l'impression d'une sorte d'absence systématique d'intérêt

(57) V. notamm. KASER, *op. cit.* (*supra* note 1), t. I², p. 535 note 2.

(58) V. HELLEBRAND, *op. cit.* (*supra* note 53), col. 1193; U. BRASIELLO, *Esegesi delle fonti del diritto romano (deposito irregolare)*, Bologna 1953, p. 88.

(59) V. sur cette question: M. KASER, « *Mutuum* » und « *Stipulatio* », *Brantion Maridakis*, t. I, Athènes 1963, p. 155 ss. (161 ss.) (= *Ausgewählte Schriften*, t. II, Camerino 1975, p. 271 ss.).

(60) F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, p. 44 ss.

(61) Sur la faible influence des droits hellénistiques sur le droit romain, v. *ad generalia* KASER, *op. cit.* (*supra* note 1), t. I², p. 178 s. et la litt. cit.; récemment encore J.A. ANKUM, *Griekse invloed en op het Romeinse recht en op de Romeinse rechtswetenschap*, Lampas 15 (1982) p. 331 ss.

(62) V. et comp. BOGAERT, *op. cit.* (*supra* note 25), *passim*; VOIGT, *op. cit.* (*supra* note 1), *passim*.

(63) V. notamm. H.J. WOLFF, *Das Recht der Griechischen Papyri Ägyptens*, t. II, München 1978, p. 3 ss.; sur l'absence de publicité foncière à Rome, dans l'ignorance des βιβλιοθήκαι ἐγκτήσεων des Égyptiens, v. notamm. H. WIELING, v^o *Grundbesitz*, *Reallexicon für Antike u. Christentum*, t. III, Stuttgart 1983, col. 1172 ss. (1181).

des jurisconsultes romains pour le droit étranger⁽⁶⁴⁾. Cette attitude est d'autant plus remarquable qu'elle paraît bien être propre aux juristes. Car quel contraste dans le restant de la culture romaine ! Les philologues et historiens qui ont étudié les phénomènes d'hellénisation du monde romain nous livrent un tableau en flagrante discordance avec celui — si familier pour nous — du monde juridique. Il vont jusqu'à parler du « solide complexe d'infériorité qui apparaît de façon sous-jacente dans le comportement des Romains vis-à-vis des Grecs » et du « rôle important de l'apport grec et de l'hellénisation dans l'élaboration de la civilisation romaine classique »⁽⁶⁵⁾.

Paradoxe ou nécessaire complexité des phénomènes culturels ? Si nos jurisconsultes avaient eu, eux aussi, des "complexes", ce ne pourrait être que de supériorité. Mais qui oserait l'affirmer, sur la base de leurs seuls écrits, au style neutre et impersonnel ?

Il vaut peut-être mieux observer, plus sobrement, qu'ils étaient pleinement conscients de la supériorité globale de leur droit⁽⁶⁶⁾. Supériorité qui était bien réelle, au demeurant, et on comprend qu'ils n'aient pas été enclins à rechercher des modèles dans des systèmes qu'ils jugeaient inférieurs. Mais du même coup, ils se sont objectivement privés, pendant la période préclassique et une partie de la période classique⁽⁶⁷⁾, des enrichissements

(64) Certes, dans le cas de la παρακαταθήκη grecque, la complexité de sa structure a pu constituer un frein puissant à son absorption par le droit romain (v. à cet égard D. SIMON, *Quasi-ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ*, SZ 82 [1965] 39 ss.). Mais des difficultés techniques ne peuvent suffire à expliquer, me semble-t-il, une attitude de refus aussi générale et prolongée.

(65) M. DUBUISSON, *Remarques sur le vocabulaire grec de l'acculturation*, *Rev. belge de philologie et d'histoire* 60 (1982) 5 ss. (32) ; v. aussi : *Utraque lingua*, *Antiquité classique* 50 (1981) 274 ss. (283) ; *Problèmes du bilinguisme romain*, *Études Classiques* 49 (1981) 27 ss. et litt. cit.

(66) V. R. JHERING, *L'esprit du droit romain* (trad. DE MEULENAERE), t. I, 3^e éd., Paris 1886, p. 324 : « Le droit et l'état étaient pour les Romains ce que furent la religion pour le peuple hébreu, l'art pour le peuple grec : un objet d'orgueil national vis-à-vis de tous les peuples étrangers, la supériorité dont ils étaient le plus certains... ».

(67) Sur leur prise en considération des normes non romaines pendant la période classique, v. F. STURM, *Unerkannte Zeugnisse römischen Kollisionsrechts*, *Festschr. Schwind*, Wien 1978, p. 323 ss. ; *Comment*

qu'aurait pu leur apporter le droit comparé. Et donc, des perfectionnements techniques que leurs conquêtes avaient pourtant mis à leur portée immédiate.

l'Antiquité réglait-elle ses conflits de lois?, *Clunet* 106 (1979) p. 259 ss.; *Gaius I 77 und das römische Kollisionsrecht*, in (SPRUIT), *Maior viginti quinque annis*, Assen 1979, p. 155 ss.; *Kollisionsrecht in Gaius* 3,120, *IURA* 29 (1978) p. 151 ss.; *Compte rendu de H.J. WOLFF, Das Problem der Konkurrenz von Rechtsordnungen in der Antike*, *IURA* 31 (1980) p. 151 ss.