

Sanction judiciaire du contrat de gage en droit romain classique

par René ROBAYE

Chercheur qualifié F.N.R.S.

(Louvain-la-Neuve)

Il est certain que la question de la responsabilité d'une personne est en liaison avec celle de la protection judiciaire de son cocontractant. Le critère de responsabilité applicable à l'époque classique au débiteur de la chose d'autrui est fonction de ce que son créancier peut obtenir en justice, et des conditions de son succès. Si le transporteur maritime assume, dans le cadre du *receptum*, une responsabilité « *sine culpa* », c'est parce que le client peut obtenir sa condamnation en établissant le simple fait de la non-restitution des marchandises (1). A l'inverse, si le dépositaire ordinaire ne répond que de son dol (2), c'est parce qu'il peut échapper à la condamnation prévue par l'*actio depositi directa*, en établissant précisément que la perte ou le dommage n'est pas dû à son dol.

Comment est organisée la protection du débiteur gagiste à l'époque classique? Deux questions doivent être traitées. La première est de savoir si, et à partir de quand, le débiteur a disposé d'une action *in factum* contre le créancier, et quand cette protection a été complétée, le cas échéant, par l'introduction d'une action *in ius*. La seconde est de déterminer si l'existence (ou

(1) Sauf au transporteur à prouver que la perte est due à un naufrage ou à un acte de piraterie (cfr D. 4,9,3,1 (ULP.) *in fine*).

(2) Cfr R. ROBAYE, *Incidence de la gratuité sur les obligations et la responsabilité du dépositaire en droit romain*, dans *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1985, n° 15, pp. 89-127.

l'absence) d'une action *pigneraticia in ius* à l'époque classique est un argument en faveur de la responsabilité pour *custodia* dans le chef du créancier gagiste, ou contre cette responsabilité, car des positions contradictoires sont défendues à ce propos dans la doctrine. De même, l'unanimité ne règne guère à propos de la première question.

1. Parallèlement à la protection du créancier par l'octroi des interdits possessoires⁽³⁾, le prêteur a dû réaliser la première protection du débiteur grâce à une action en restitution *in factum*, comme il l'a fait pour le déposant et le prêteur à usage. Le fait que la protection du débiteur a d'abord été réalisée par une action *in factum* permet de comprendre pourquoi le gage, comme le commodat, figure dans l'Édit sous la rubrique « *de rebus*

(3) Le prêteur a accordé la protection possessoire au créancier gagiste, bien que celui-ci n'ait pas véritablement l'*animus possidendi* du fait qu'il compte en principe restituer le gage lorsque le débiteur aura exécuté son obligation. Ceci a fait naître une controverse doctrinale portant sur les raisons de cette protection. Les textes eux-mêmes sont équivoques puisqu'ils qualifient la situation du créancier vis-à-vis de la chose de *possessio* (D. 13,7,35,1), *possessio iusta* (D. 9,4,22,1) tout en précisant que l'usucapion n'est pas possible pour le créancier (D. 41,2,1,15; D. 41,2,36), ou de *possessio naturalis* (D. 10,4,3,15), *possessio corporalis* (D. 13,7,40,2) ou *possessio pro alieno* (D. 41,3,13, pr.). Pour qualifier cette situation, la doctrine a fait appel au concept de possession anormale, qu'elle applique également au précariste, au dépositaire séquestre, à l'emphytéote et au superficiaire. V. ARANGIO-RUIZ (*Responsabilità contrattuale in diritto romano*, 2^e éd., Naples, 1933, réimpr. 1958, pp. 149 et 151) et J. PARIS (*La responsabilité de la custodia*, Paris, 1926, p. 189) relèvent à juste titre une identité d'objectifs entre la légitimation active à l'*actio furti* et la protection possessoire, destinées toutes les deux à assurer au créancier gagiste une protection efficace. C'est dans ce sens qu'il faut chercher la raison de l'attribution des interdits possessoires: le prêteur a vraisemblablement voulu permettre au créancier de récupérer le gage entre les mains des tiers. On pourrait également invoquer une tendance déjà ancienne du droit romain à assimiler la possession du créancier à une sorte de propriété. Cette tendance pourrait s'expliquer par l'influence de la fiducie, par la souplesse de la notion de « *meum esse* » et par la concession au créancier impayé du droit de conserver le gage « pour soi », le pacte comissoire n'ayant fait que consacrer ce qui paraissait déjà naturel antérieurement.

creditis », tandis que le dépôt est rangé dans la rubrique « *de bonae fidei iudiciis* » alors qu'il est, comme le gage, un contrat réel.

Le caractère réel du contrat de gage a été contesté par MASCHI au motif que l'obligation de restitution, élément caractéristique des contrats réels (4), ne vient à l'existence dans un contrat de gage que si le débiteur n'exécute pas sa propre obligation (5). Cette objection n'est pas relevante dans la mesure où la situation du créancier en cas de non paiement doit être analysée, non comme une suppression de son obligation de restitution, mais comme un droit de rétention (6), une situation figée vis-à-vis de la chose, dont on sort généralement par la vente de celle-ci, ce qui laisse d'ailleurs subsister l'obligation de restitution de la différence entre le prix obtenu et le montant de la créance. Somme toute, la rétention opérée par le créancier n'est pas de l'essence du contrat de gage, elle est un accident ou, pour reprendre la belle expression de L. ROTA, un « momento patologico, che viene in essere meramente nelle ipotesi di mancato rispetto dei propri obblighi da parte del debitore » (7).

Que le créancier, le cas échéant, soit libéré de son obligation de restituer la chose elle-même, n'empêche pas qu'au départ cette obligation existe et soit de l'essence du contrat. La position soutenue par MASCHI est contredite par les textes, autant dans les Institutes,

(4) Cette obligation est à ce point caractéristique que parfois la doctrine ne voit plus qu'elle, comme dans le contrat de dépôt par exemple (cfr R. ROBAYE, *op. cit.*, pp. 93-95).

(5) C. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, Milan, 1973, pp. 334 sv.

(6) Ce droit de rétention peut être comparé à celui du commodataire qui se le voit reconnaître dans le but d'obtenir notamment une indemnisation pour les dommages causés par la chose, sans qu'il faille pour autant remettre en question le caractère réel du commodat.

(7) L. ROTA, *Contrasti dottrinari e ipotesi di studio in tema di responsabilità del creditore pignoratizio*, dans *Studi Biscardi*, t. V, Milan, 1984, p. 358.

I. 3,14,4: *Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pigneraticia* (8)

que dans le texte parallèle du Digeste,

D. 44,7,1,6 (GAIUS): *Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur: qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur* (9).

Il apparaît que la catégorie des contrats réels, au nombre desquels figure le gage, est caractérisée par la remise matérielle d'une chose, qui fait naître le contrat en même temps que l'obligation de restituer (10). Les contrats réels reposent sur le concept de *credere*, entendu comme un acte de confiance, comme la remise d'une chose à quelqu'un sur la loyauté duquel on compte pour obtenir la restitution (11), concept que l'on retrouve dans le titre même de la rubrique « *de rebus creditis* ».

La même rubrique devrait mentionner, à côté du *mutuum*, du *commodat* et du gage, le contrat de dépôt qui, lui aussi, répond à la définition des contrats réels. Or le dépôt figure dans la rubrique « *de bonae fidei iudiciis* ». Si la chose est surprenante d'un point de vue conceptuel, elle s'explique assez clairement d'un point de vue procédural car, comme le souligne avec pertinence L. ROTA, « l'aspetto processuale prevalga su quello sostanziale e lo preceda cronologicamente, nel senso che avviene che rapporti della prassi sociale vengano recepiti nell'orbita del

(8) I. 3,14,4. Trad. : « Le créancier qui a reçu un gage est également tenu en raison de la chose, car il est lui-même tenu, par l'action de gage, de restituer la chose même qu'il a reçue ».

(9) D. 44,7,1,6 (GAIUS). Trad. : « Le créancier qui a reçu un gage est également tenu en raison de la chose, car il est lui-même tenu de restituer la chose même qu'il a reçue. »

(10) La remise de la chose entraîne transfert de propriété (*mutuum*), de détention (*commodat* ou dépôt) ou de possession « anormale » (gage). L'obligation de restitution porte sur la chose elle-même (gage, *commodat* ou dépôt) ou sur son équivalent (*mutuum*).

(11) Dans ce sens, C. MASCHI, *op. cit.*, p. 269 ; F. PASTORI, *Il commodato nel diritto romano*, Milan, 1954, p. 138 ; L. ROTA, *op. cit.*, p. 359.

diritto mediante l'opera del Pretore » (12). Si le gage et le commodat ont été placés dans la rubrique « *de rebus creditis* », c'est parce que l'analyse et la qualification de ces contrats ont été opérées par le prêteur sur base de la seule *actio in factum*.

La relation étroite qui existe entre la seule obligation de restitution — sur laquelle s'appuie la catégorie des *res creditae* et celle des contrats réels — et la formule *in factum*, apparaît clairement dans celle du dépôt, que nous connaissons grâce à Gaius (13). La seule situation visée par l'*actio in factum* à travers les mots « *eamque redditam non esse* » est la non-restitution de la chose, et l'on peut en déduire que les autres obligations du débiteur de la chose d'autrui ne peuvent être sanctionnées par cette action, qu'il s'agisse de l'obligation de s'abstenir d'user de la chose, ou d'en user contrairement à la nature de celle-ci ou aux termes de la convention, ou encore de l'obligation de veiller à sa conservation (14).

Si le dépôt, par contre, bien que possédant les caractéristiques d'un contrat réel, a été rangé dans la rubrique « *de bonae fidei iudiciis* », c'est parce que sa qualification juridique a été opérée également sur base de l'action *in ius* (15) qui permet d'élargir le champ des obligations du dépositaire par les mots « *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona* » (16). Ceci permet de

(12) L. ROTA, *op. cit.*, p. 359.

(13) Gaius, IV, 47. *At illa formula quae ita concepta est: « Iudex esto. Si paret A. Agerium apud N. Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N. Negidii A. Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemnato. Si non paret, absolutio », in factum concepta est. Et Gaius ajoute que les formules du commodat sont analogues.*

(14) Dans le même sens, pour le commodat, F. PASTORI, *op. cit.*, p. 139.

(15) Gaius, IV, 47. *Illam enim formulam quae ita concepta est: « Iudex esto. Quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argenteam deposuisset, qua de re id agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona eius, id iudex N. Negidium A. Agerio condemnato. Si non paret, absolutio », in ius concepta est.*

(16) Cfr R. ROBAYE, *op. cit.*, p. 116.

penser que pour les contrats de dépôt et de commodat⁽¹⁷⁾, l'action *in factum* a été doublée d'une action *in ius* assez rapidement à l'époque classique et en tout cas avant Gaius, et nous ramène à notre première question: en va-t-il de même pour le contrat de gage?

La doctrine paraît divisée sur ce point. Certains auteurs sont contre l'existence à l'époque classique d'une formule *in ius* de l'*actio pigneraticia*⁽¹⁸⁾ tandis que d'autres l'admettent, soit dès l'époque de Gaius⁽¹⁹⁾, soit seulement en droit classique tardif⁽²⁰⁾.

Il est certain qu'à l'époque de Justinien, le gage est sanctionné par une action *in ius* puisque la liste des *iudicia bonae fidei* comprend l'*actio pigneraticia*, comme le montre

I. 4,6,28: *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, familiae erciscundae, communi diuidundo, praescriptis uerbis, quae de aestimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio*⁽²¹⁾.

(17) Puisque Gaius précise que les formules d'action du commodat sont similaires (IV, 47). Il faut noter que l'existence de l'*actio commodati in ius* est contestée par certains auteurs dont J. PARICIO, *La pretendida formula in ius del comodato en el Edicto pretorio*, dans *R.I.D.A.* 29 (1982), pp. 235-251.

(18) Voir notamment H. ANKUM, *La responsabilità del creditore pignoratizio nel diritto romano classico*, dans *Studi Biscardi*, t. IV, Milan, 1983, p. 604.

(19) Voir notamment B. ALBANESE, *Per la storia del creditum*, dans *A.U.Pal.* 21 (1950), p. 19; F. PASTORI, *Sulla duplicità formulare dell'actio commodati*, dans *Labeo* 2 (1956), p. 93; L. ROTA, *op. cit.*, pp. 363-365.

(20) Voir M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht*, II, dans *T.R.G.* 47 (1979), pp. 319 sv.

(21) I. 4,6,28. Trad.: « Il y a des actions de bonne foi et des actions de droit strict. Sont des actions de bonne foi les actions de vente, de louage, de gestion d'affaires, de mandat, de dépôt, de société, tutelle, commodat, gage, en partage d'hérédité, en sortie d'indivision, ainsi que l'action *praescriptis uerbis*, celle qui résulte de l'*aestimatum*, de l'échange, et l'action en pétition d'hérédité. »

Mais l'existence de cette action à l'époque classique repose sur des indices faibles et peu nombreux. Deux sentences du Digeste parlent d'« actions » au pluriel, ce qui fait penser aux actions *in factum* et *in ius* (22). Par ailleurs, quand Gaius, dans ses Institutes, IV, 47, parle des actions *in ius* et *in factum* pour le dépôt et le commodat, l'expression qu'il emploie, « *ueluti* » (« comme par exemple »), permet de penser que la liste n'est pas limitative. De plus, si l'on sait que la *fiducia cum creditore*, qui est à l'origine du contrat de gage et a subsisté parallèlement à lui durant toute l'époque classique, est sanctionnée par une action *in ius*, on peut croire que son influence sur le gage a poussé également à la création d'une action *pigneraticia in ius* (23). Enfin, une constitution d'Alexandre-Sévère, de 225 P.C.,

C. 4,24,6: *Quae fortuitis casibus accidunt, cum praeuideri non potuerant, in quibus etiam adgressura latronum est, nullo bonae fidei iudicio praestantur; et ideo creditor pignora quae huiusmodi causa interierunt, praestare non compellitur nec a petitione debiti submouetur, nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem* (24),

(22) Cfr D. 13,6,18,1 (GAIUS): *Siue autem pignus siue commodata res siue deposita deterior ab eo qui acceperit facta sit, non solum istae sunt actiones, de quibus loquimur, uerum etiam legis Aquiliae...* Cet extrait n'est cependant pas probant car Gaius peut parler d'*actiones* pour viser l'action du commodat, celle du dépôt et celle du gage, sans que cela implique qu'il y ait plusieurs actions de gage. L'autre sentence est plus significative puisqu'Ulpien, dans D. 13,7,13,pr., dit que « *pigneraticis actionibus teneri creditorem* », ce qui ne peut se comprendre que s'il y a une action *in ius* et une *in factum*. Certains auteurs (cfr notamment P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, II, *Garanzie reali*, Padoue, 1963, p. 325) estiment ce texte interpolé. C'est à tort, selon nous, que l'on conteste l'authenticité de l'expression « *pigneraticis actionibus* » car les compilateurs, du fait de l'abandon de la procédure formulaire, n'avaient aucune raison de l'introduire, l'opposition entre l'action *in ius* et l'action *in factum* étant devenue sans intérêt.

(23) En ce sens, L. ROTA, *op. cit.*, pp. 363-364.

(24) C. 4,24,6. Trad.: « Les événements qui surviennent par cas fortuit alors qu'ils sont imprévisibles et parmi lesquels figure également l'agression commise par des brigands, ne sont pris en considération dans aucun

qualifie l'action donnée au débiteur gagiste pour obtenir la restitution de la chose remise en gage, de « *iudicium bonae fidei* ». H. ANKUM estime que dans le cas d'espèce, l'objet a été remis au créancier gagiste en fiducie et non en gage, ce qui expliquerait à la fois que le créancier soit responsable sur base de la *culpa* et qu'on parle d'un *iudicium bonae fidei* ⁽²⁵⁾, sans argument sinon le fait que ce texte ne cadre pas avec une responsabilité pour *custodia*, ce qui du reste est loin d'être établi pour l'époque classique ⁽²⁶⁾. Le texte parle d'ailleurs bien de « *pignora* ». M. KASER

Jugement de bonne foi. Par conséquent, le créancier n'est pas tenu de répondre des gages qui ont péri par une cause de cette nature et peut poursuivre sa créance, à moins qu'il n'ait été convenu entre les parties contractantes que la perte des gages libérerait le débiteur. »

(25) H. ANKUM, *La responsabilità del creditore pignoratizio...*, p. 626.

(26) Parmi les textes qui mentionnent explicitement la *custodia*, seuls D. 13,7,13,1 (ULP.) et C. 8,13,19 peuvent être appliqués au créancier gagiste. C'est fort peu, d'autant que la question de savoir si le premier concerne bien l'*actio pigneraticia* est controversée (voir notamment B. BERGSMAN VAN KRIMPEN, *Eine neue Interpretation von D. 13,7,13*, dans *R.I.D.A.* 26 (1979), pp. 163-175 et H. ANKUM, *op. cit.*, pp. 589-591). Quant au second, il ne concerne que le droit de Dioclétien et ce qui est valable à cette époque ne l'est pas nécessairement à celle d'Ulpien. C'est à tort que H. ANKUM voit dans C. 8,13,19 un « solide indice » du fait que la responsabilité du créancier pour *custodia* était admise à l'époque d'Ulpien. H. ANKUM se fonde sur le fait qu'il existe une identité presque complète entre le droit des successions chez Dioclétien et celui du droit classique tardif (*op. cit.*, p. 594). Mais en tirant la même conclusion pour le droit des contrats, l'éminent romaniste prend la partie pour le tout: une branche du droit objectif peut rester stable d'un point de vue diachronique, sans que pour autant les autres branches du même ordre le restent. Il suffit de constater que dans notre ordre juridique, le droit des biens a connu une relative stabilité depuis 1804 alors que le droit des personnes ou le droit des successions ont été, à plusieurs reprises, remaniés de façon importante. Il faut également remarquer que la preuve d'une responsabilité pour *custodia* du créancier gagiste à l'époque classique ne peut pas davantage être trouvée dans les textes qui lui accordent l'*actio furti*, car la légitimation active à l'*actio furti* peut se fonder tout autant sur l'intérêt de sécurité du créancier (conserver la sûreté de sa créance) que sur son intérêt de responsabilité, et cette dernière ne repose pas nécessairement sur la *custodia* technique: le seul fait d'avoir à répondre de sa *culpa* justifie largement que quelqu'un se voie attribuer l'*actio furti*. Enfin, les textes qui concernent le *periculum* ne prouvent rien, car ils sont susceptibles de plusieurs inter-

par contre, à l'époque où il était toujours opposé à l'existence en droit classique d'une action *in ius* (27), a, dans son traité (28), avancé l'hypothèse que C. 4,24,6 concerne bien le gage, et que ses auteurs ont qualifié l'*actio pigneraticia* d'*actio bonae fidei*, bien qu'elle ne le soit pas, parce que les mots « *rem redditam non esse* » (29) de la formule *in factum* donnaient au juge une grande liberté. Nous sommes d'accord avec cette dernière affirmation (30), mais il n'est pas nécessaire de l'invoquer pour expliquer que l'action *pigneraticia* soit qualifiée de *bonae fidei* dans C. 4,24,6, sauf si l'on refuse, comme M. KASER en 1971, l'existence de l'action *in ius*. Il est beaucoup plus simple de considérer que cette constitution est un indice de l'admission de l'action *in ius* à l'époque de sa rédaction.

Contre l'existence de l'action *in ius* en droit classique, il faut remarquer qu'elle n'est mentionnée ni dans les commentaires *ad edictum* de Gaius, Paul et Ulpien (31), ni dans la liste des *iudicia bonae fidei* que dresse Gaius dans ses *Institutes*:

IV, 62: *Sunt autem bonae fidei haec: ex empto uendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae* (32).

prétations quant au critère de responsabilité (dol, *culpa, custodia*): *periculum* sert simplement à désigner celui sur qui risque de tomber la charge du dommage, indépendamment du critère de responsabilité qui justifie cette charge (en ce sens, voir G. MACCORMACK, *Further on periculum*, dans *B.I.D.R.* 82 (1979), p. 36 et R. VIGNERON, *Résistance du droit romain aux influences hellénistiques: le cas du dépôt irrégulier*, dans *R.I.D.A.* 31 (1984), pp. 315-316).

(27) L'auteur a par la suite modifié son avis sur la question: voir *Studien zum römisches Pfandrecht*, II, pp. 319 sv.

(28) M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, 2^e éd., Munich, 1971, p. 537.

(29) Voir par exemple la formule *in factum* du dépôt (Gaius, IV, 47).

(30) Voir plus loin.

(31) Sauf peut-être dans D. 13,7,13,pr. (ULP.), qui parle d'actions de gage (voir note 22).

(32) Gaius, IV, 62. Trad.: « Les jugements de bonne foi sont les suivants: ceux relatifs à la vente, au louage, à la gestion d'affaires, au mandat, au dépôt, à la fiducie, à la société, à la tutelle, à la dot de la femme mariée. »

A vrai dire, ce dernier argument n'est pas décisif dans la mesure où Gaius ne mentionne pas non plus le *commodat* pour lequel, aux dires de Gaius lui-même⁽³³⁾, l'existence de deux formules (*in factum* et *in ius*) est certaine. Cette absence du gage peut s'expliquer par le fait que Gaius tient compte de la place de ce contrat, rangé dans la rubrique *de rebus creditis*, d'ailleurs avec le *commodat*, également omis dans IV, 62.

Il n'empêche que pour établir l'existence de l'action *in ius* à l'époque classique, nous ne disposons au total que d'une sentence reprise au Digeste (D. 13,7,13,pr.) et d'une constitution de 225 P.C. (C. 4,24,6). C'est fort peu, d'autant que la constitution C. 4,24,6 laisse entière la question de savoir si le procès éventuel qui a suivi sa réception par le demandeur s'est déroulé selon la *cognitio extra ordinem* ou selon la procédure *per formulam*. Dans le premier cas, la distinction entre l'action *in factum* et une éventuelle action *in ius* étant sans intérêt, la chancellerie a pu qualifier le litige de *iudicium bonae fidei* sans qu'il existe d'action *pigneraticia in ius*. Si la chancellerie a raisonné sur base de la *cognitio extra ordinem*, l'hypothèse énoncée par KASER en 1971 se trouve renforcée. Mais alors un des deux arguments textuels en faveur de l'existence de l'action *in ius* disparaît.

A notre première question, la prudence impose de donner la réponse suivante. Il est certain que sous Justinien, l'action *pigneraticia* a été rangée parmi les *iudicia bonae fidei*, lorsque les compilateurs ont opéré la fusion du gage et de la fiducie. Il en va de même dans la constitution citée d'Alexandre-Sévère (225 P.C.), sans qu'on puisse conclure à une reconnaissance, pour ses auteurs, du caractère *in ius* de l'action *pigneraticia*. L'absence d'indices dans le Digeste et chez Gaius permet de croire que seule l'action *in factum* a existé à l'époque classique. Cette conclusion est renforcée par le fait qu'il n'y a pas de mention d'une action *in ius* dans les commentaires *ad edictum* des juris-

(33) Dans IV, 47 *in fine*.

tes classiques⁽³⁴⁾ et qu'à partir de la codification de l'Édit aux environs de 130 P.C., la création d'une nouvelle action *in ius* devient peu probable⁽³⁵⁾.

La sanction des obligations du créancier gagiste par la seule action *in factum* a-t-elle un lien de cause à effet avec une éventuelle responsabilité pour *custodia*? C'est ce que nous allons examiner maintenant.

2. Dans leur recherche du critère de responsabilité applicable au créancier gagiste à l'époque classique, beaucoup d'auteurs, qu'ils défendent ou non l'idée que le créancier répond de la *custodia*, veulent trouver dans la question de l'existence de l'action *in ius* des arguments à l'appui de leur thèse.

On est surpris de découvrir dans la doctrine contemporaine des contradictions évidentes entre les auteurs, sur le lien à établir entre le type d'action et le critère de responsabilité applicable au créancier. Ainsi, L. ROTA estime que l'action *in factum* fonde la responsabilité objective à charge du créancier⁽³⁶⁾, tandis que M. KASER, qui pense également que seule l'action *in factum* existe au départ de l'époque classique, juge que par cette action, on ne peut atteindre la responsabilité pour *custodia*, qui ne peut dériver que de la formule *in ius*⁽³⁷⁾. En d'autres mots, le même argument (l'absence d'action *in ius*) est utilisé tantôt pour prouver que la responsabilité pour *custodia* existe, tantôt pour établir qu'elle n'existe pas⁽³⁸⁾.

(34) Sauf le pluriel « *pigneraticis actionibus* » de D. 13,7,13,pr., que l'on peut considérer comme une imprécision de langage, au lieu de « *pigneraticia actione* ».

(35) Dans le même sens, H. ANKUM, *op. cit.*, p. 604.

(36) L. ROTA, *op. cit.*, pp. 366-367. L'auteur lie l'*actio pigneraticia in factum* à la responsabilité objective à charge du créancier, et précise que celle-ci a été assimilée par la jurisprudence classique à la *custodia*, sur base du parallélisme entre la situation du créancier gagiste et celle du *fullo* et du *sarcinator*.

(37) M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht*, II, p. 337, n. 315 et III, dans *S.D.H.I.* 45 (1979), p. 73.

(38) A. METRO (*L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milan, 1966, pp. 186-187) suit le même raisonnement que M. KASER. Par contre,

Devant ces contradictions, on est tenté, ou de considérer que le problème est insoluble, ou de penser que la question a été mal posée. Faut-il vraiment établir un lien aussi étroit, qu'il soit positif ou négatif, entre l'action *in ius* et la *custodia* technique? Il faut d'abord examiner les caractéristiques et les conséquences judiciaires de l'action *in factum* d'une part, *in ius* de l'autre.

L'action *in factum*, telle que la reconstitue O. LENEL pour le gage,

Si paret Aulum Agerium Numerio Negidio ⁽³⁹⁾ *rem qua de agitur ob pecuniam debitam pignori dedisse eamque pecuniam solutam eoue nomine satisfactum esse aut per Numerium Negidium stetisse, quo minus solueretur, eamque rem Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna. Si non paret, absolue* ⁽⁴⁰⁾,

ou telle que nous la connaissons par Gaius pour le contrat de dépôt ⁽⁴¹⁾, donne lieu à un *strictum iudicium* qui a pour objet la condamnation du défendeur à l'équivalent de la chose non restituée (« *quanti ea res erit* »). La formule de cette action prend en compte le fait (d'où son nom d'action *in factum*) et seulement le fait de la non-restitution (« *rem redditam non esse* »). Il en découle que le pouvoir du *iudex* est strictement limité, et qu'il ne peut se fonder que sur la non-restitution du gage pour condamner le cas échéant le défendeur. Il n'y a en principe pas lieu d'apprécier les autres obligations de ce dernier.

J. PARIS (*La responsabilité de la custodia...*, pp. 112-113) estime, à propos du commodataire, que seule l'action *in factum* permet d'atteindre la responsabilité de la *custodia* mais, assez curieusement, passe la question sous silence dans son chapitre concernant le gage.

(39) Numerius Negidius, défendeur, est le créancier gagiste.

(40) O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, § 99, p. 255. Il faut souligner l'absence, dans cette formule, des mots « *dolo malo redditam non esse* », que l'on trouve seulement dans l'*actio depositi*.

(41) Gaius, IV, 47.

Dans une action *in ius* par contre, la mention du « *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona* » de l'*intentio* ouvre la porte à une appréciation plus large et plus souple des obligations du défendeur. Mais il faut remarquer, pour en venir à notre question, que ni l'action *in factum* ni l'action *in ius* ne fixent le critère de responsabilité applicable au défendeur. L'action *in factum* n'implique pas que l'on retienne le dol plutôt que la *culpa* ou la *custodia*, comme elle n'implique pas que la responsabilité du défendeur soit objective. On ne dit rien de la possibilité qu'aurait le défendeur de se libérer en établissant qu'il n'a pas commis de faute, mais ce silence n'est pas un argument probant contre cette possibilité: la formule ne mentionne pas non plus la *vis maior*, or il est bien certain que la force majeure, prouvée par le défendeur, a en principe pour effet de le libérer.

De même, la formule *in ius* est silencieuse quant au critère de responsabilité. Sans doute contient-elle la mention de la *bona fides*, mais celle-ci est un élément déterminant le champ des obligations du défendeur, invitant le *iudex* à aller au-delà de la seule restitution matérielle de la chose. C'est une erreur de lier étroitement la « *bona fides* » à la *diligentia*, comme le fait L. ROTA⁽⁴²⁾, ou à la *culpa*, comme le fait J. PARIS⁽⁴³⁾. La preuve en est que dans l'action *in ius* du contrat de dépôt, la *bona fides* est présente alors que, autant sur base de l'action *in factum* que de l'action *in ius*, la responsabilité du dépositaire est limitée au dol, ce qui indique clairement que l'introduction de la *bona fides* ne modifie pas le critère de responsabilité.

Si la responsabilité du défendeur, sur base d'une action *in ius*, peut être limitée au dol, il est également admissible, dans l'autre sens, que l'on atteigne par une action *in factum* la *custodia* technique. L'exemple du commodat le montre clairement. A

(42) L. ROTA, *op. cit.*, p. 367. L'auteur estime que l'évaluation du gage dans le cadre des *iudicia bonae fidei* permet d'estimer le comportement du créancier gagiste sur base de la *diligentia* qui est l'aspect manifeste de la *bona fides*.

(43) J. PARIS, *op. cit.*, p. 112.

l'époque de Gaius, le commodataire peut être poursuivi soit par l'action *in factum*, soit par l'action *in ius*. Prétendre, comme le fait J. PARIS, 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 sa responsabilité encourue par sa faute » (44), c'est reconstituer un système incohérent et arbitraire où le critère applicable au défendeur dépend du choix de procédure du demandeur et où, surtout, la responsabilité du commodataire n'est pas uniforme. Ce système est contraire aux textes car, autant chez Gaius que dans le Digeste, il est dit que le commodataire « *praestat custodiam* », et non qu'il « *praestat custodiam in actione in factum concepta* ». Si le commodataire répond en principe de la *custodia*, c'est parce que ce critère est également d'application dans le cadre de l'action *in factum*. Du reste, les mots « *eamque rem redditam non esse* » de la formule *in factum*, qui ne mentionnent pas la cause de la non-restitution, laissent assez de liberté au juge pour qu'il en soit ainsi.

C'est cependant aller trop loin que d'affirmer, comme le fait H. ANKUM, que « non c'è alcuna relazione fra la responsabilità per *custodia* del creditore pignoratorio e l'esistenza di una formula *in ius concepta* contenente un rinvio alla *bona fides* » (45). Il n'y a, c'est vrai, pas de lien de causalité nécessaire entre l'action *in ius* et la *custodia* technique. Il n'empêche qu'en vertu du lien sémantique et logique entre la *custodia* technique (critère de responsabilité) et la *custodia* matérielle (activité de garde), c'est dans le cadre de l'action *in ius* que la *custodia* technique trouve son milieu naturel, parce que l'action *in ius* élargit le champ des obligations du défendeur qui peut ainsi devoir assumer, à côté de l'obligation de restitution et préalablement à elle, une obligation de garde.

La liaison que nous venons de faire entre l'action *in ius* et la *custodia* technique peut être appuyée par la convergence des

(44) J. PARIS, *op. cit.*, pp. 112-113.

(45) H. ANKUM, *op. cit.*, pp. 603-604.

réponses apportées aux questions relatives à l'introduction de l'une et de l'autre dans l'ordre juridique.

Il semble bien que le créancier gagiste ne réponde pas de la *custodia* à l'époque classique, et que sa responsabilité soit analysée sur base de la *culpa*. Ce n'est que dans une constitution de Dioclétien datée de 293 P.C. que la *custodia* apparaît comme un critère de responsabilité qui s'ajoute à la *culpa*.

Parallèlement, le gage, pendant au moins une grande partie de l'époque classique, n'est sanctionné que par une action *in factum*. Une constitution d'Alexandre-Sévère (225 P.C.) parle bien de « *iudicium bonae fidei* », mais on ne peut pour autant conclure avec certitude à l'existence de l'action *in ius* à cette date.

Il faut poser en principe l'interdépendance des réponses des juristes classiques et de leur application judiciaire, du fait que celles-ci sont notamment destinées à éclairer le juge. De la sorte, une convergence entre les deux questions se dessine: aussi longtemps que le créancier gagiste ne peut être poursuivi que par l'action *in factum*, il ne répond que de sa *culpa*.

Ce n'est qu'après l'intégration de l'action *pigneraticia* dans les *iudicia bonae fidei*, que l'on assiste à un durcissement à l'égard du créancier gagiste, qui doit désormais répondre de la *custodia*. L'évolution historique va dans le sens d'une plus grande sévérité à son égard, ce qui se manifeste également dans d'autres décisions. Le pacte commissaire par exemple⁽⁴⁶⁾, probablement d'usage fréquent à l'époque classique compte tenu de la position dominante du créancier par rapport au débiteur, sera interdit par Constantin.

(46) Le pacte commissaire permet au créancier impayé à l'échéance de garder l'objet remis en gage. Cette convention est très dure pour le débiteur dans la mesure où, généralement, la valeur du gage est supérieure au montant de la créance. Le pacte commissaire a été interdit par Constantin (C. 8,34(35),3 - 326 ou, plus probablement, 320).

OK

Pourquoi, durant la plus grande partie de l'époque classique n'a-t-on pas jugé opportun d'introduire l'action *in ius*, d'imposer la *custodia* technique, d'interdire le pacte comissoire, mesures qui vont toutes dans le sens d'une meilleure protection du débiteur? C'est vraisemblablement que ceux qui ont les moyens économiques, non seulement d'être créanciers plutôt que débiteurs, mais encore d'imposer leurs conditions aux candidats emprunteurs obligés de se dessaisir d'un bien, ont également les moyens de peser sur l'ordre juridique en vue de maintenir une réglementation du gage qui leur est favorable. Voilà sans doute pourquoi l'intégration de l'action *pigneraticia* dans les *iudicia bonae fidei* et l'introduction de la responsabilité pour *custodia* sont aussi tardives: le créancier gagiste, contrairement à d'autres débiteurs de la chose d'autrui, a une position dominante dans le rapport contractuel.