

Remarques sur le concept de faute dans l'interprétation classique de la *lex Aquilia*

par René ROBAYE

(F.N.R.S., Bruxelles)

1. Le concept de faute, qui continue à jouer un rôle déterminant dans la plupart des droits européens, y compris dans le domaine des *torts* de la *Common Law*, a une origine étroitement romaine, au point que l'on parle très souvent de *faute aquilienne* pour qualifier la condition d'imputation du dommage extra-contractuel, ce qui est d'ailleurs assez paradoxal quand on sait que jamais la *lex Aquilia* ne mentionne la *culpa*. Malgré les résultats fournis par les nombreux travaux (1) qui y ont été

1) La littérature sur le sujet étant très vaste, relevons seulement, parmi les études marquantes, S. SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia". Criteri di imputazione e problemi della "culpa"*, Turin, 1969; G. BRANCA, *Struttura costante della responsabilità extracontrattuale attraverso i secoli*, dans *Studi in onore di E. Volterra*, t. I, Milan, 1971, pp. 99-111; C. CANNATA, *Genesi e vicende della colpa Aquiliana*, dans *Labeo* 17 (1971), pp. 64-84; U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen zur "lex Aquilia de damno iniuria dato"*, Berlin, 1971; G. MAC CORMACK, *Aquilian Culpa*, dans *Daube noster. Essays in*

consacrés, la *lex Aquilia* (2) continue de soulever des questions, et l'une des plus intéressantes pour l'histoire de la responsabilité au sens large est de déterminer la signification précise que le concept de *culpa* pouvait revêtir en droit romain classique.

Pour résoudre le conflit d'intérêts provoqué par la survenance d'un dommage, notre Code civil a utilisé une méthode impliquant la référence à des devoirs préexistants de l'auteur vis-à-vis de la victime: en gros, s'abstenir de nuire à autrui est, avant toute discussion sur la responsabilité, une obligation incontestable. Une telle perspective correspond bien à la tradition de notre ancien droit, transmise notamment par DOMAT (3) et élaborée par

Legal History for David Daube, Edimbourg, 1974, pp. 201-224; G. MAC CORMACK, *Aquilian Studies*, dans *S.D.H.I.* 41 (1975), pp. 1-78; H. HAUSMANINGER, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*, Vienne, 1980; D. PUGSLEY, *On the Lex Aquilia and Culpa*, dans *T.R.G.*, 50 (1982), pp. 1-17; A. WACKE, *Defence and Necessity in Aquilian Liability*, dans *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias*, t. I, Madrid, 1988, pp. 525-541; G. CARDASCIA, *Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain*, dans *La responsabilité à travers les âges*, Paris, 1989, pp. 1-45.

2) Selon toute probabilité, la *lex Aquilia* est du III^{ème} siècle A.C. Il paraît difficile d'être plus précis: la date de 287-286 A.C., traditionnellement avancée sur base du rapport avec la troisième sécession de la plèbe, est douteuse. Voir W. GORDON, *Dating the Lex Aquilia*, dans *Acta Juridica*, 1976, pp. 315-321. Voir également A. BISCARDI (*Sulla data della lex Aquilia*, dans *Scritti in memoria di Antonio Giuffrè*, 1967, p. 175) qui propose 242 A.C. comme *terminus ad quem*, et A. HONORÉ (*Linguistic and Social Context of the Lex Aquilia*, dans *The Irish Jurist*, 1972, pp. 138-150) qui préfère les environs de 200 A.C.

3) Sur la question de la réparation du dommage, DOMAT suit la pensée de GROTIUS, lui-même disciple des théologiens de Salamanque, fort marqués par l'idée du péché (voir R. FEENSTRA, *Théories sur la responsabilité civile en cas d'homicide et en cas de lésion corporelle avant Grotius*, dans *Études d'Histoire du droit privé offertes à P. Petot*, Paris, 1959, pp. 157-171.

les canonistes, qui considèrent que la responsabilité a d'abord pour but de moraliser l'agir individuel avant d'être un instrument de réparation du dommage (4). DOMAT définit clairement la faute comme un comportement différent de celui qu'aurait eu, dans les mêmes circonstances, un "bon père de famille", et s'efforce de rapporter en un seul principe des catégories variées de dommage tirées des casus romains:

"Toutes les pertes et dommages qui peuvent arriver par le fait de quelques personnes, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu, car c'est un tort qu'il a fait, quand même il n'aurait pas eu l'intention de nuire" (5).

Le Code civil a repris cette conception des choses à laquelle de nombreux juristes sont restés attachés (6). Mais l'adoption explicite d'un tel principe général et abstrait est étrangère à la mentalité des juristes romains, qui n'ont jamais dégagé la règle exprimée par l'article 1382 du Code civil. DOMAT est sans doute un des premiers à avoir voulu exprimer de façon synthétique le principe de la réparation des dommages, alors qu'on s'était

4) Voir G. VINEY, *De la responsabilité personnelle à la répartition des risques*, dans *Archives de Philosophie du Droit*, 22 (1977), pp. 5-22.

5) J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1745, p. 184 (livre II, titre VIII, section 4, § 1).

6) Voir par exemple, récemment, le plaidoyer énergique pour le maintien du critère de la faute dans la responsabilité, par Y. FLOUR, *Faute et responsabilité civile: déclin ou renaissance ?*, dans *Droits*, 5 (1987), pp. 29-43.

contenté jusque là d'un catalogue plus ou moins détaillé de cas d'espèce tirés de la jurisprudence romaine. En ce sens, DOMAT opère une rupture, même s'il reste fortement marqué par la casuistique romaine (7).

On sait qu'au départ, c'est la notion d'*iniuria* qui constitue le fondement de la responsabilité aquilienne. La *lex Aquilia*, qui n'a pas introduit la responsabilité pour dommage, mais, selon toute vraisemblance, seulement réformé et unifié le régime juridique antérieur (8), ne connaît pas la *culpa*, ni ses différentes figures - négligence, imprudence, incompetence - présentes dans les législations contemporaines. Elle sanctionne les dommages causés *iniuria*, c'est-à-dire les dommages provoqués non pas *contra ius*, mais bien *non iure*. La condition d'imputation du dommage consiste donc dans le fait que l'acte qui en est la cause ne trouve pas dans le *ius* sa justification.

En somme, la *lex Aquilia* sanctionne une conduite injustifiée qui cause un dommage, et non une conduite qui cause un

7) Comme l'a écrit J. GAZZANIGA, qui relève l'embarras des formules de DOMAT et ses difficultés à exprimer le principe général de la responsabilité civile, DOMAT "se contente bien souvent de transposer des exemples romains" (*Notes sur l'histoire de la faute*, dans *Droits* 5 (1987), p. 25).

8) Il est difficile de dire si ses dispositions ont été adoptées lors d'une unique délibération des *concilia plebis* ou si, plus vraisemblablement, elles résultent de la fusion de lois antérieures. Il est en tout cas hautement vraisemblable que le principe de responsabilité qu'implique la *lex Aquilia* existait avant elle, même s'il n'était pas - ou pas complètement - formulé. La thèse inverse impliquerait une lacune assez étonnante dans le droit romain antérieur. Comme l'a souligné G. CARDASCIA, "aucune société, si archaïque soit-elle, ne peut se passer d'un tel principe. Sa nécessité même explique qu'il appartienne d'abord à la coutume et qu'il apparaisse tardivement et incidemment dans les textes, par applications spéciales successives, pour régler, en général, l'évaluation de l'indemnité" (*op. cit.*, p. 33).

dommage injuste. Il n'y a pas là qu'une question de mots, compte tenu des conséquences sur la procédure, et notamment sur la question de la charge de la preuve. Dans un tel système, il appartenait vraisemblablement au défendeur d'établir que l'acte en cause trouve un fondement dans l'arsenal juridique, alors que dans l'autre hypothèse, on peut concevoir que le demandeur soit obligé d'établir le caractère injuste du dommage qu'il a subi (9).

Quoi qu'il en soit de cette question, on peut dire que la *lex Aquilia* vise un ensemble d'actes, décrits objectivement, indépendamment de leur auteur. Il suffit que l'acte qui a provoqué le dommage puisse trouver une justification dans l'arsenal juridique pour que son auteur échappe à toute condamnation, quelle que soit par ailleurs la manière dont cet acte a été posé, ou son opportunité. On est dans le domaine du tout ou rien: l'acte pouvait ou ne pouvait pas être posé. La jurisprudence classique, du reste, sera encore profondément marquée par cette

9) Il ne faut cependant pas donner une trop grande importance au principe bien connu selon lequel la charge de la preuve incombe au demandeur, car la question subsiste: la charge de la preuve de quoi? En principe, le demandeur doit établir la réalité et l'étendue du dommage. Mais faut-il, comme on l'a parfois prétendu, que le demandeur fasse seul la preuve du caractère répréhensible de la conduite du défendeur? Les textes ne permettent guère d'y répondre avec certitude, mais le rôle assigné au *iudex* et l'exigence de praticabilité du système formulaire imposent de reconnaître qu'on ne peut faire de cette preuve une exigence de principe. Comme le *iudex* doit seulement, par tout moyen qu'il juge bon, se faire une opinion sans avoir à la justifier, on n'imagine pas, dans ces conditions, que le défendeur puisse se contenter d'attendre que le demandeur fasse désespérément la preuve de la faute de l'adversaire, sous l'oeil impassible du juge. Le rôle actif donné au *iudex* lui permet d'obliger le défendeur à expliquer les circonstances du dommage, donc à décrire le comportement qui a été le sien.

vision des choses (10) qui influencera toute l'argumentation judiciaire (11).

C'est par une interprétation progressive de la *lex Aquilia* que la jurisprudence postérieure a dégagé la notion de *culpa* qui devient, pour les juristes classiques, déjà sous la République (12), le fondement de la responsabilité aquilienne, même si l'*iniuria* continue à être mentionnée dans la doctrine (13). Au terme de l'interprétation classique de la *lex Aquilia*, même s'il est difficile de dire comment et par quelles étapes on en est arrivé là, il est certain que le *damnum iniuria datum* doit être compris comme un *damnum culpa datum*. Ulpien explique le terme *iniuria* en disant que "*id est si culpa quis occiderit*" (14) et Gaius avant lui déclarait

10) Comme terme générique, le délit, chez les auteurs classiques, apparaît beaucoup moins comme un acte posé par un agent intervenant librement dans le champ du possible, que comme le résultat de cette intervention. Le concept de *furtum*, parmi d'autres exemples, montre bien que dans la perception que se font les juristes romains du phénomène délictuel, l'individu disparaît au profit de la réalité objective que constitue l'acte: le *furtum* n'est pas d'abord le vol (en tant qu'action d'un individu), mais bien le fait qu'une chose a été volée, réalité perceptible indépendamment du sujet.

11) Voir notre article sur *L'argumentation chez Cicéron et le concept de culpabilité en droit romain*, dans *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, 25 (1990), pp. 241-250.

12) En ce sens, voir notamment C. CANNATA (*Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milan, [1969], pp. 305-306) qui situe l'origine de la faute aquilienne dans le courant du II^e siècle A.C., et R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Le Cap / Johannesburg, 1990, p. 1004.

13) La coexistence des deux notions pose problème, et la jurisprudence classique ne paraît pas faire une distinction très nette entre la "non-juridicité" (*iniuria*) et l'élément subjectif du dommage (*culpa*).

14) D.9,2,5,1 (ULP.).

que "*iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit*" (15).

Sur base du rôle que peut jouer l'*iniuria* et de ses limites, on peut néanmoins proposer plusieurs étapes dans ce processus évolutif. Avant même l'entrée en vigueur de la *lex Aquilia*, la responsabilité a dû être absolue et objective (16), fondée sur une typologie d'actes bien délimités, qui ne pouvaient normalement être commis qu'avec l'intention de le faire: *occidere, urere, frangere* et *rumpere* supposaient normalement la volonté de produire le résultat, en manière telle qu'il n'était pas nécessaire de rechercher cette volonté. Par exemple, sanctionnant celui qui a tué l'esclave d'autrui, les juristes républicains pensaient sanctionner chaque homicide non justifié par les circonstances, de sorte que la distinction entre *iure facere* et *iniuria facere* est fonction de la présence ou de l'absence d'une règle qui permet de poser l'acte dommageable lui-même.

Mais une telle conception des choses a dû rapidement laisser apparaître ses limites et, somme toute, son aspect rudimentaire. Les circonstances précises invoquées par l'auteur de l'acte pour prouver qu'il avait agi "*iure*", selon le droit (légitime défense, état

15) Gaius, III,211. Voir également D.47,6,1,2 (ULP.) et D.44,7,34 pr. (PAUL.).

16) *Objective* dans le sens où il n'y a pas à examiner quel a été le comportement effectif de l'auteur, et pas seulement dans le sens où son intention ne serait pas prise en considération. Cette précision trouve son intérêt dans le fait que l'accord ne semble pas régner parmi les romanistes sur le sens qu'il faut donner aux mots. Voir notre article *Responsabilité objective ou subjective en droit romain: questions de terminologie et de méthode*, dans *T.R.G.*, 58 (1990), pp. 345-359.

de nécessité, accomplissement d'actes sur sa propre propriété) ont dû être comprises de façon stricte, avec l'inconvénient de ne pas permettre une répression adéquate des actes dommageables, du moins aux yeux d'une doctrine ne se contentant plus du raisonnement binaire (*iure - non iure*) et catégoriel qui était celui de la *lex Aquilia*. Car on peut très bien se trouver en état de légitime défense et réagir de façon disproportionnée face à la menace, ou poser un acte légitime mais inopportun, comme dans l'hypothèse où quelqu'un chasse violemment du bétail qui se trouve sur son propre terrain (17). A l'inverse, il est possible d'être en dehors des cas de justification définis de façon stricte, sans pour autant mériter nécessairement une sanction (18). L'affinement de la notion de responsabilité impose une prise en compte des éléments propres à chaque cas d'espèce, ce que ne permet pas le texte originaire de la *lex Aquilia*. Par contre, la *culpa* comme le *dol*, par rapport à l'*iniuria*, présentent l'avantage de permettre une prise en considération des circonstances particulières, des caractéristiques individuelles, de l'état d'esprit de l'auteur de l'acte.

17) D.9,2,39 pr. (POMP.). L'acte en cause est parfaitement licite, mais la manière d'agir (*uehementius*) fonde la décision sur la responsabilité du propriétaire. Selon les critères de départ de la *lex Aquilia*, la question n'aurait même pas dû être posée.

18) D.9,2,52,4 (ALF.). Dans le cas d'espèce, l'acte en cause ne permet pas à lui seul de trancher la question de la responsabilité, d'où l'hésitation du juriste qui finit par conclure qu'il y a dommage causé *casu magis quam culpa*, qu'il y va d'un hasard malheureux plus que d'une faute. Mais ceci fait intervenir un critère extérieur à l'acte lui-même.

Un autre facteur qui peut expliquer le changement dans l'économie de la *lex Aquilia* est le souci manifesté par les juristes de la fin de la République, de trouver un fondement intentionnel dans la responsabilité délictuelle. Dans le domaine des délits, le passage de la responsabilité objective à la responsabilité subjective, c'est-à-dire la transformation de l'essence même du concept de délit par l'introduction de l'exigence du dol, a rendu nécessaire l'élaboration de la *culpa*, qui permet de faire rentrer dans le champ de la répression des actes qui, sans cela, échapperaient à toute sanction du fait précisément de l'absence de dol. Somme toute, si l'introduction du dol joue un rôle centrifuge en écartant les actes involontaires, la *culpa* - ou ce qui en tient lieu - a une influence centripète puisqu'elle empêche l'auteur du dommage d'échapper à la sanction en invoquant ce caractère involontaire.

2. On souligne généralement que les auteurs classiques ont employé le mot *culpa* plus rarement que les compilateurs ne le laissent supposer (19). Ces auteurs, la plupart du temps, se contentent de décrire objectivement les circonstances de l'acte, abandonnant d'une certaine manière au destinataire le soin de décider qu'il y a *culpa*. Par exemple, dans le cas très connu du lanceur de javelot repris au Digeste 9,2,9,4, Ulpien dit seulement que l'action de la *lex Aquilia* trouve à s'appliquer lorsque

19) En ce sens, R. VILLERS, *Rome et le droit privé*, Paris, 1977, p. 414.

quelqu'un est tué par un javelot, sauf si l'accident a lieu dans un espace réservé à la pratique de ce sport, où la victime ne devait en principe pas se trouver. Il n'est pas fait mention de la *culpa*, ni d'ailleurs d'aucun critère de responsabilité, mais les distinctions opérées par Ulpien permettent de deviner son raisonnement, et interdisent en tout cas de réduire le critère d'imputation du dommage au seul fait objectif de l'agent.

Progressivement, la doctrine va construire et unifier le concept de *culpa*, à partir de ces cas d'espèce, pour en arriver à ce qui aurait pu tenir lieu de définition romaine, même imparfaite, de ce concept, marqué par une dimension éthique évidente:

D.9,2,31 (Paul.): (...) *Culpam autem esse, quod cum a diligente prouideri poterit, non esset prouisum, aut tum denuntiatum esset, cum periculum euitari non possit* (20).

Cette phrase est tirée d'une sentence de Paul rapportant une décision de Quintus Mucius Scaevola relative à la responsabilité d'un élagueur qui provoque la mort d'un passant par la chute d'une branche qu'il était en train de couper. Il ne semble pas que Scaevola, pour déterminer cette responsabilité, ait distingué selon que la branche tombe sur un terrain privé ou un chemin public. Dans les deux cas, l'élagueur est responsable s'il a commis une *culpa*, c'est-à-dire s'il n'a pas donné d'avertissement, ou s'il l'a donné trop tard, d'où cette apparence de définition de la *culpa*,

20) D.9,2,31 (PAUL.). Trad.: "C'est une faute de ne pas avoir prévu ce qu'un homme diligent aurait pu prévoir, ou de n'avoir lancé d'avertissement qu'au moment où le danger ne pouvait plus être évité".

qui consiste à ne pas avoir prévu (21) ce qu'un homme diligent aurait pu prévoir. Mais en réalité, la version de Paul, si elle est générale en son début (de "*culpam*" à "*prouisum*"), est bien limitée à l'hypothèse de l'élagueur (de "*aut*" à "*possit*") et n'a qu'une apparence de généralité. Scaevola devait selon toute vraisemblance se contenter de préciser en quoi consistait la faute de l'élagueur, sans qu'on puisse en conclure que la *culpa* était, à son époque, comprise en général comme une négligence. Le texte de Scaevola ne devait pas contenir de référence à un modèle général qualifié de "*diligens*", mais seulement mentionner l'élagueur (22). Comme le souligne avec raison MAC CORMACK, le texte ne disait pas qu'il y a faute là où une personne n'a pas prévu ce qu'un homme diligent aurait prévu, mais devait dire, plus concrètement, que l'élagueur commet une *culpa* s'il n'a pas prévu, comme l'aurait fait un homme diligent, que des gens passeraient vraisemblablement par là, omettant alors de lancer un avertissement, ou le lançant trop tard. Pour l'auteur, "the conclusion to be drawn is not that Mucius used culpa in the sense of negligence but that he treated a specific act of carelessness on the part of the pruner, which he defined in some detail, as a fault" (23). Il ne faut pas non plus écarter l'hypothèse d'une intervention

21) S. SCHIPANI (*op. cit.*, pp. 146 et 149) préfère traduire *prouidere* par "pourvoir, veiller, fournir", c'est-à-dire mettre en oeuvre les "mesures préventives tendant à éviter la réalisation d'un dommage". Mais il est certain qu'en traduisant *prouidere* par "prévoir", on ne se contente pas d'exiger que l'homme diligent ait conscience de ce qui peut survenir: on exige évidemment qu'il agisse en conséquence.

22) En ce sens, voir S. SCHIPANI (*op. cit.*, pp. 141 sv.) et C. CANNATA (*Genesis...*, p. 68).

23) G. MAC CORMACK, *Aquilian Culpa, cit.*, pp. 203-204.

des compilateurs qui auraient remanié le texte pour donner à la notion de *culpa* une portée plus générale que celle qu'elle avait pour Paul.

Dans le même article, MAC CORMACK s'efforce d'établir que dans tous les textes où, manifestement, la *culpa* est entendue comme une négligence, leurs auteurs ont considéré un acte spécifique de négligence, mais qu'on ne peut pas en conclure que, d'une façon générale, ils utilisaient le concept de *culpa* dans le sens de négligence. Il ajoute que "there is no other text [à part D.9,2,31] which can be construed as stating that culpa is the failure to foresee what a diligent man would have foreseen" (24). D'accord, du moins si l'on prend "to state" dans le sens de "déclarer, établir explicitement", mais quelle conclusion en tirer ? Que les juristes classiques ne concevaient pas la *culpa* comme une manifestation de négligence (dans le sens de non-prévision du dommage), ou que le principe qui les guidait n'a pas été explicitement formulé, sinon dans ce texte ? On peut très bien traiter d'un problème juridique en se laissant guider par un principe général, sans pour autant devoir le formuler tel quel. Il n'est pas nécessaire qu'un principe soit exprimé pour exister et fonder les raisonnements qui conduisent aux solutions exprimées dans les différents cas d'espèce repris au Digeste. C'est ce que nous voudrions examiner, de manière à pouvoir définir cette notion de *culpa*, bien présente dans le domaine de la responsabilité aquilienne. Même si elle est, dans les textes, moins fréquente qu'on aurait pu le penser, la *culpa* n'est pas, quoi

24) G. MAC CORMACK, *Aquilian Culpa*, p. 204.

qu'on en ait dit parfois (25), une création postclassique, comme en témoignent son usage par Gaius et sa présence dans la littérature républicaine (26).

3. Il est possible de trouver une manifestation de l'idée de prévisibilité, pour la période classique, dans des textes qui règlent un problème de responsabilité contractuelle. Bien sûr, ces deux domaines de responsabilité sont différents ou peuvent l'être, dans leurs solutions et dans la procédure suivie. Il est cependant difficile de croire qu'ils reposeraient sur des structures de raisonnement radicalement différentes, d'autant que des points de rencontre existent entre eux, comme nous le verrons.

25) A la suite de V. ARANGIO-RUIZ (*Responsabilità contrattuale in diritto romano*, 2^e éd., Naples, 1933 [réimpr. 1958], pp. 226 sv.), on a parfois considéré qu'à l'époque classique, la *culpa* devait être entendue comme un simple lien de causalité entre l'acte provoquant le dommage et la personne qui l'avait accompli, identifiant de la sorte la *culpa* à la simple imputabilité, pour conclure au fait que toute dimension subjective reconnue à cette notion devait être considérée comme le résultat d'une intervention postclassique.

26) L'étude des sources, surtout littéraires, de l'époque républicaine, permet d'établir la signification que le terme *culpa* pouvait revêtir à l'époque où, par l'interprétation de la *lex Aquilia*, a été élaborée la notion technique de faute. Il ressort des occurrences, étudiées notamment par S. SCHIPANI (*op. cit.*, pp. 104 sv.), que si l'idée de causalité est évidemment présente, elle s'accompagne toujours d'un jugement relatif au caractère répréhensible de la conduite du sujet. Si le comportement est répréhensible, c'est par rapport à un modèle de conduite alternative que le sujet avait la possibilité d'adopter (S. SCHIPANI, *op. cit.*, p. 109) ou bien, comme l'a utilement précisé C. CANNATA (*Genesis...*, p. 66), par rapport à la conduite qu'on est en droit d'attendre de lui. Il paraît difficile, dans ces conditions, de réduire la *culpa* à la cause.

C'est notamment dans la question de la responsabilité du bailleur pour vices cachés qu'apparaît, même si elle n'est pas explicite, l'idée de prévisibilité du dommage comme fondement de la responsabilité contractuelle. Cette idée est nécessaire si l'on veut comprendre les textes du Digeste qui traitent du problème.

S'il existe une législation sur ce sujet pour le contrat de vente (27), on ne trouve rien de semblable pour le louage. Comme les textes du Digeste relatifs à cette matière présentent parfois des solutions divergentes, la majorité des auteurs, invoquant des interpolations, estiment qu'à l'époque classique le bailleur ne répond que des vices qu'il connaît (28) alors que sous Justinien, il est responsable pour tous les vices, y compris les vices cachés.

Une telle position n'est cependant pas satisfaisante, parce qu'elle n'explique l'apparente incohérence qui règne entre les textes que par un recours à des interpolations que rien ne justifie vraiment. On pourrait penser à expliquer les contradictions apparentes entre les textes par une divergence de vues entre juristes, mais cette explication ne résiste pas à l'analyse: on peut

27) Sur cette question, voir notamment V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, 2^e éd., Naples, 1954, pp. 353 sv.; M. KASER, *Die Jurisdiktion der kurulischen Aedilen*, dans *Mélanges Meylan*, t. 1, Lausanne, 1963, pp. 173 sv.; R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, 1930; A. WATSON, *The Imperatives of the Aedilician Edict*, dans *T.R.G.* (1971), pp. 72-83.

28) Voir notamment A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 7^e éd., Naples, 1984, p. 806; T. MAYER-MALY, *Locatio-conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Vienne, Munich, 1956, pp. 167 sv.; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. II, *Les obligations*, 5^e éd., Paris, 1954, p. 171; G. NICOSIA, *La responsabilità del locatore per i vizi della cosa locata nel diritto romano*, dans *R.I.S.G.* 92 (1957-1958), pp. 403 sv.

facilement constater qu'un même juriste, vis-à-vis de ce problème, défend parfois des conclusions opposées (29).

Il est possible, pourtant, de lever cette contradiction entre les textes sans recourir à des interpolations. Il suffit d'abandonner le postulat défendu implicitement par la majorité des auteurs, selon lequel il ne doit exister qu'une seule réponse, affirmative ou négative, à la question de la responsabilité du bailleur pour vices cachés. Comme l'a fait remarquer fort justement C. ALZON, "il apparaît en effet que les jurisconsultes ont été avant tout guidés par des considérations très réalistes, aucune obligation doctrinale ne les obligeant à opter pour ou contre une responsabilité du bailleur pour vices cachés" (30).

Les juristes romains, dégagés de toute contrainte doctrinale, peuvent donc donner à la question des réponses différentes selon le cas, sans qu'elles soient pour autant contradictoires. La souplesse dont ils font preuve et leur démarche casuistique n'impliquent pas que les solutions soient distribuées selon l'effet du hasard. L'examen de quelques textes permet de le constater aisément.

Un premier texte, d'Ulpien, présente l'avantage d'être contradictoire pour celui qui défend l'idée d'une théorie univoque

29) Voir D.19,2,19,1 où Ulpien, dans le premier cas envisagé, estime que le bailleur est tenu même s'il ignorait le vice alors que dans le second cas, il ne peut être poursuivi que s'il avait connaissance du vice qui affectait la chose louée (sur ce texte, voir *infra*).

30) C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts en droit romain*, Paris, 1966, p. 133.

des vices cachés, mais logique si l'on tient compte de la souplesse des juristes romains. Il s'agit de

D.19,2,19,1 (ULP.): *Si quis dolia uitiosa ignarus locauerit, deinde uinum effluerit, tenebitur in id quod interest nec ignorantia eius erit excusata: et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora uel demortua sunt uel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti, si ignorasti, pensionem non petes, et ita Seruio Labeoni Sabino placuit* (31).

Le texte porte apparemment des solutions différentes. Dans le premier cas, le bailleur qui a donné en location des récipients fêlés, en manière telle que le vin s'est répandu, sera tenu, déclare Ulpien, même s'il ignorait le défaut, ce qui laisse à penser qu'à l'époque classique le *locator rei* répond des vices cachés. Mais dans le second cas envisagé, le bailleur de pâturages envahis d'herbes nocives pour le bétail ne sera pas tenu, d'après le même Ulpien, s'il ignorait l'état du terrain, ce qui amène à rejeter la théorie des vices cachés.

La contradiction n'a pas échappé aux auteurs qui ont pour la plupart essayé de la lever en ayant recours aux interpolations.

31) D.19,2,19,1 (ULP.). Trad. : "Si quelqu'un a donné en location des récipients qu'il ne savait pas défectueux, et que le vin s'est répandu, il sera tenu du préjudice et son ignorance ne sera pas une excuse : c'est ce qu'a écrit Cassius. Il en ira autrement si tu as donné en location une pâture dans laquelle poussent des herbes nocives : en effet, si le bétail en est mort ou a perdu de sa valeur, tu répondras du préjudice si tu le savais, mais si tu l'ignoris, tu ne pourras pas réclamer le loyer. C'est l'opinion de Servius, Labéon et Sabinus".

Ainsi MONIER estime, sans apporter de justification, que les mots "*nec ignorantia eius erit excusata*" ont été ajoutés par les compilateurs qui auraient remplacé "*sciens*" par "*ignarus*" (32), ce qui change complètement le sens de la décision d'Ulpien et permet à Monier d'affirmer qu'à l'époque classique, le bailleur ne répond que des vices qu'il connaît (33).

La thèse de l'interpolation de D.19,2,19,1 n'est manifestement pas satisfaisante. Les auteurs qui la défendent sont bien en peine de la justifier car la rédaction du texte est classique (34). De plus, pourquoi les compilateurs auraient-ils changé le sens d'une décision avec laquelle ils ne pouvaient être que d'accord, au risque d'introduire dans le texte une apparente contradiction ? On ne peut en effet qu'approuver le principe selon lequel "le bailleur qui connaît le vice de la chose ("*sciens*") est responsable", tant il tombe sous le sens. A ce niveau, une interpolation serait absurde.

Il est donc préférable de tenir le texte pour authentique, d'autant que les deux décisions sont loin d'être inconciliables, à condition toutefois d'accepter que la réponse à la question de la responsabilité du bailleur pour vices cachés ne soit pas simplement oui ou non (35).

32) R. MONIER, *op. cit.*, p. 171, n. 5.

33) Du même coup, D.19,2,19,1 retrouve une cohérence apparente puisque la deuxième décision d'Ulpien va également dans le sens d'une responsabilité du bailleur limitée aux vices connus de lui.

34) En ce sens : C. ALZON, *op. cit.*, p. 135, n. 661.

35) La diversité des solutions se comprend d'autant mieux que les juristes romains ont pu avoir en vue des cas particuliers dont les détails concrets ont

La seconde décision se comprend bien: le bailleur d'un pâturage où poussent des herbes nocives pour le bétail ne sera tenu que s'il connaissait l'état du terrain, et sera libéré dans le cas contraire. Décision raisonnable parce qu'il est à peu près impossible de savoir si la végétation est nocive lorsqu'elle n'a pas encore germé ou que les mauvaises herbes sont mélangées aux bonnes (36).

Pourquoi Ulpien décide-t-il, en sens contraire, que le bailleur des *dolia uinaria* est tenu même s'il ne connaissait pas l'état défectueux des récipients ? Parce qu'il aurait pu, dans le cas d'espèce, découvrir le vice de la chose s'il l'avait simplement examinée avec attention avant de la donner en location.

De l'étude comparée des deux textes, on peut conclure que le bailleur est évidemment responsable s'il connaissait le vice et qu'il a donné la chose en location sans avertir le preneur. S'il ignorait le vice, il peut malgré tout être tenu s'il apparaît qu'un examen de la chose devait lui permettre de le découvrir. Somme toute, la responsabilité est ici encore liée à l'appréciation du comportement du débiteur. On attend de lui qu'il se conduise en bailleur diligent, ce qui implique qu'il veille à s'assurer du bon état de la chose et avertisse le preneur des vices qu'il connaît.

été estompés dans les recueils (tels les *Libri ad Edictum*) ou dans la compilation de Justinien.

36) En ce sens : G. LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella locatio-conductio rei*, dans *Studi Arangio-Ruiz*, t. II, Naples, 1953, p. 400; G. NICOSIA, *op. cit.*, p. 417.

D'autres textes vont dans le même sens et confirment cette obligation du bailleur de prévoir le dommage, du moins s'il est raisonnablement prévisible. Ainsi,

D.9,2,27,34 (ULP.): *Si quis seruum conductum ad mulum regendum commendauerit ei mulum ille ad pollicem suum eum alligauerit de loro et mulus eruperit sic, ut et pollicem auelleret seruo et se praecipitaret. Mela scribit si pro perito imperitus locatus sit, ex conducto agendum cum domino ob mulum ruptum uel debilitatum, sed si ictu aut terrore mulus turbatus sit, tum dominum eius, id est muli, et serui cum eo qui turbauit habiturum legis Aquiliae actionem. Mihi autem uidetur et eo casu, quo ex locato actio est, competere etiam Aquiliae (37).*

où il est reproché au bailleur d'avoir fourni un ouvrier incompetent pour le travail qu'envisageait le preneur. Le reproche est fondé dans la mesure où les aptitudes professionnelles de l'ouvrier sont parmi les qualités que le bailleur est à même de vérifier assez aisément (38). Pour les mêmes raisons, dans un

37) D.9,2,27,34 (ULP.). Trad. : "Quelqu'un a pris en location un esclave comme muletier et lui a confié un mulet. L'esclave l'a attaché par les rênes à son pouce mais le mulet s'est dégagé d'une manière telle qu'il a arraché le pouce du muletier et s'est lancé dans une course aveugle. Mela écrit que si on a donné en location comme muletier expérimenté un homme incapable, on pourra agir par l'action de louage contre le propriétaire, pour les fractures du mulet ou pour son handicap. Mais si le mulet a été troublé parce qu'on l'a frappé ou effrayé, alors son propriétaire et celui de l'esclave pourront agir contre celui qui l'a troublé, par l'action de la *lex Aquilia*. Pour moi, je pense que dans le cas où il y a lieu à l'action de louage, il y a également lieu à l'action de la *lex Aquilia*".

38) On pourrait également considérer qu'il y a tromperie ou à tout le moins erreur sur la nature même de la chose louée: un esclave totalement incapable de tenir un mulet n'est pas un muletier ! De même, dans le texte

autre texte d'Ulpien (39), le bailleur est responsable du préjudice subi par le locataire d'une fromagerie poursuivi par son voisin au motif que le bâtiment, mal construit, laisse s'échapper la fumée chez lui. Le bailleur devait connaître ce vice de la chose et pouvoir mettre le preneur en garde contre les troubles de voisinage qui ne manqueraient pas d'en résulter.

L'hypothèse inverse est envisagée dans

D.19,2,45,1 (PAUL.): *Si hominem tibi locauero, ut habeas in taberna, et is furtum fecerit, dubitari potest, utrum ex conducto actio sufficiat, quasi longe sit a bona fide actum, ut quid patiaris detrimenti per eam rem quam conduxisti, an adhuc dicendum sit extra causam conductionis esse furti crimen et in propriam persecutionem cadere hoc delictum: quod magis est* (40).

examiné plus haut, des tonneaux percés ne sont pas véritablement des tonneaux, ceux-ci étant par nature destinés à contenir des liquides. Il y aurait ainsi une distinction à opérer entre défaut de nature et simple défaut de qualité (par exemple une pâture contenant des herbes nocives pour le bétail). Mais outre le fait que cette distinction n'est exprimée dans aucun texte, il faut remarquer qu'elle est d'un maniement difficile. Dans D.19,2,19,1 (ULP.), la différence entre une pâture où on ne peut mettre le bétail (défaut de qualité ?) et un récipient où on ne peut mettre du vin (défaut de nature ?) est fort mince. Si l'on considère qu'il y va, dans les deux cas, du même type de défaut (de nature ou de qualité, peu importe), on n'explique pas pourquoi les solutions données par Ulpien sont différentes.

39) D.8,5,8,5 (ULP.).

40) D.19,2,45,1 (PAUL.). Trad.: "Si je t'ai donné un esclave en location pour qu'il travaille dans ta boutique et qu'il a commis un vol, l'action de louage suffira-t-elle dans ce cas contre moi parce qu'il serait contraire à la bonne foi que tu subisses un dommage à cause de ce que tu as reçu en location ? Ou bien doit-on dire qu'en dehors de l'action de louage, il y a un

Dans le cas d'espèce, le bailleur n'est pas responsable *ex conducto* du vol commis par l'esclave chez le locataire, parce que l'on peut aisément s'assurer de la compétence professionnelle de quelqu'un, mais non pas de sa propension au vol (41) sauf si, bien entendu, l'esclave avait déjà fait preuve de pareille attitude chez son maître.

La lecture des textes relatifs à la responsabilité du bailleur en matière de vices cachés et spécialement de D.19,2,19,1, convainc que celle-ci doit s'analyser dès l'époque classique comme une responsabilité subjective, basée sur la *culpa*. La bonne foi qui préside au contrat impose au bailleur de veiller au bon état locatif de la chose, ce qui explique qu'il soit tenu de certains vices cachés. Limiter sa responsabilité aux vices connus de lui implique un recours injustifié aux interpolations et ne s'explique que par l'opinion erronée qui consiste à opposer la subjectivité du droit de Justinien et l'objectivité prétendue du droit classique. La seule lecture des textes, menée sans vouloir leur appliquer une théorie quelconque, montre que le bailleur répond, en cette matière, de son dol et de sa *culpa*. C'est un dol que de taire volontairement les défauts de la chose, c'est une faute de ne pas vérifier leur absence avant de remettre la chose au preneur, et c'est bien l'idée

délit de vol et que ce délit justifie une action particulière ? Cette dernière opinion est préférable".

41) En ce sens : M. KASER, *Periculum locatoris*, dans Z.S.S. 74 (1957), p. 164.

de prévision qui permet de comprendre les diverses solutions exprimées au Digeste.

4. Quels sont les points de rencontre entre responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne, et quelle leçon permettent-ils de tirer quant à la nature de la *culpa*, qui les fonde l'une et l'autre à l'époque classique ?

Un dommage pouvant résulter de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'une obligation contractuelle tout en répondant aux conditions de la *lex Aquilia*, il en résulte qu'un même cas d'espèce peut se voir appliquer les deux règles de responsabilité, la règle générale étant qu'en cas de concours entre responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne, le demandeur a le choix entre les deux actions, mais ne peut les cumuler (42). Il en va ainsi dans

D.19,2,30,2 (ALF.): *Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione. Respondit uel lege Aquilia uel ex locato recte eum agere, sed lege Aquilia tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset, ex locato etiam si alius eas rupisset, cum conductore recte agi* (43).

42) Sous Justinien, dans cette hypothèse, le demandeur peut seulement déduire de la condamnation sur base de la *lex Aquilia* le montant obtenu sur base de l'action répersécutoire intentée antérieurement.

43) D.19,2,30,2 (ALF.). Trad.: "Quelqu'un a donné en location des mules pour porter une charge déterminée, mais le locataire les a blessées en les

Si quelqu'un a pris en location des mules, que les animaux ont été chargés au-delà du poids convenu et ont subi de ce fait des blessures, Alfenus considère que le propriétaire des mules peut agir *ex locato* contre le locataire, bien que ce dernier n'ait pas personnellement provoqué le dommage. La justification en est que le débiteur, tenu par sa *culpa*, répond également de celle de celui qui a conduit les mules. Mais il résulte du texte que l'action de la *lex Aquilia* est également possible contre le locataire.

Au-delà de cette coexistence, il est important de remarquer que l'obtention de l'*actio legis Aquiliae* semble être liée à la concession de l'*actio ex locato*. Plus précisément, la possibilité d'agir *ex lege Aquilia* contre le locataire des mules dépend du fait que le contrat prévoyait une limite à la charge des mules, limite que le locataire n'a pas respectée. La faute aquilienne trouve sa justification dans la faute contractuelle, même si, bien entendu, le recours est possible, en dehors de toute limite prévue par contrat, contre celui qui a provoqué un dommage à l'animal d'autrui, comme dans

D.9,2,27,23 (ULP.): *Et si mulum plus iusto onerauerit et aliquid membri ruperit, Aquiliae locum fore* (44).

chargeant au-delà du poids convenu. Le bailleur a demandé par quelle action agir. Il a été répondu qu'il pouvait agir soit par l'action de la *lex Aquilia*, soit par celle du louage, mais que par la première il ne pouvait agir que contre celui qui avait conduit les mules tandis que par la seconde, il pouvait agir à bon droit contre le locataire, même si les mules avaient été blessées par quelqu'un d'autre".

44) D.9,2,27,23 (ULP.). Trad.: "Et si une mule a été excessivement chargée et s'est cassé un membre, il y aura lieu à l'action de la *lex Aquilia*".

où la faute (l'excès de poids dont on a chargé l'animal) est à apprécier en soi, indépendamment de toute prescription du cocontractant. De même, dans

D.9,2,53 (NERAT.): *Boues alienos in angustum locum coegisti eoque effectum est, ut deicerentur: datur in te ad exemplum legis Aquiliae in factum actio* (45).

où la faute qui a provoqué le dommage découle du caractère trop exigü de l'espace dans lequel on a confiné le bétail, sans qu'il soit nécessaire d'invoquer des clauses d'un contrat.

Le même type de raisonnement est mis en oeuvre dans le *casus* du cordonnier:

D.9,2,5,3 (ULP.): *Si magister in disciplina uulnerauerit seruum uel occiderit, an Aquilia teneatur, quasi damnum iniuria dederit? Et Iulianus scribit Aquilia teneri eum, qui eluscauerat discipulum in disciplina: multo magis igitur in occiso idem erit dicendum. Proponitur autem apud eum species talis: sutor, inquit, puero discenti ingenuo filio familias, parum bene facienti quod demonstrauerit, forma calcei ceruicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. Dicit igitur Iulianus iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae iniuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa: an ex locato, dubitat, quia*

45) D.9,2,53 (NERAT.). Trad.: "Tu as enfermé les boeufs d'autrui dans un endroit trop étroit, en manière telle qu'ils sont tombés. Une action *in factum* sur le modèle de la *lex Aquilia* peut être donnée contre toi".

leuis dumtaxat castigatio concessa est docenti: sed lege Aquilia posse agi non dubito (46).

Voulant punir son apprenti de sa négligence ou de sa distraction, le cordonnier l'a frappé avec une forme. Ce geste maladroit, en tout cas malheureux, blesse gravement l'apprenti. Julien, approuvé par Ulpien, écarte l'*actio iniuriarum*, avec raison puisqu'il n'y a eu aucune volonté de blesser la victime, mais accorde les actions *ex locato* et *ex lege Aquilia*. La lecture de ce texte peut être utilement éclairée par celle de

D.19,2,13,4 (ULP.): *Item Iulianus libro octagesimo sexto digestorum scripsit, si sutor puero parum bene facienti forma calcei tam uehementer ceruicem percusserit, ut ei oculus effunderetur, ex locato esse actionem patri eius: quamuis enim magistris leuis castigatio concessa sit, tamen hunc modum non tenuisse: sed et de Aquilia supra diximus. Iniuriarum autem actionem competere Iulianus*

46) D.9,2,5,3 (ULP.). Trad.: "Si un maître tue ou blesse un apprenti en lui donnant une correction, est-il tenu par la *lex Aquilia*, comme s'il avait causé un dommage illicite ? Julien écrit qu'y est tenu celui qui a éborgné l'apprenti en le corrigeant, et a fortiori s'il l'a tué. A ce sujet, il propose le cas suivant. Un cordonnier, qui apprenait le métier à un jeune homme libre et fils de famille qui ne faisait pas correctement ce qu'il lui avait montré, le frappa à la tête avec une forme à soulier, et lui creva un oeil. Julien dit que dans ce cas, il n'y a pas lieu à l'*actio iniuriarum*, parce qu'il n'a pas frappé pour blesser, mais pour corriger et instruire. On peut se demander s'il est possible d'agir *ex locato*, du fait que dans l'apprentissage, un droit de correction, pourvu qu'elle soit légère, est admis. Il n'y a pas de doute que l'on puisse agir sur base de la *lex Aquilia*."

negat, quia non iniuriae faciendae causa hoc fecerit, sed praecipendi (47).

qui rapporte le même cas d'espèce (48), et où il apparaît que la concession de l'*actio ex lege Aquilia utilis* (utile parce que la victime est un homme libre) se fonde sur le fait que le maître a dépassé les bornes en corrigeant son apprenti: *tamen hunc modum non tenuisse*, que précise l'opinion de Paul:

D.9,2,6 (PAUL.): *Praeceptoris enim nimia saevitia culpa adsignatur* (49).

C'est, ici également, le dépassement des limites implicites de l'obligation contractuelle qui fonde la responsabilité aquilienne.

Il en résulte donc que pour qualifier l'acte en cause du point de vue de la *lex Aquilia*, il est nécessaire de poser un jugement quant à son caractère répréhensible, et c'est la relation

47) D.19,2,13,4 (ULP.). Trad.: "De même, Julien, au livre 86 du digeste, écrit que si un cordonnier a frappé à la tête, avec une forme à soulier, un apprenti ne travaillant pas assez bien, si violemment qu'il lui a crevé l'oeil, le père de l'apprenti peut agir par l'action *ex locato*. En effet, bien qu'un droit de correction légère soit reconnu au maître, il ne pouvait cependant agir ainsi. De la *lex Aquilia*, nous avons parlé plus haut. Cependant, Julien nie que l'action *iniuriarum* puisse être accordée, parce que le cordonnier n'a pas agi pour provoquer une blessure, mais dans le but de former [son élève]".

48) Il faut remarquer que pour le même *casus*, tiré de Julien, on semble dénier l'*actio ex locato* dans le premier texte (D.9,2,5,3: *an ex locato dubitat*), alors qu'on l'admet dans le second comme allant de soi (D.19,2,13,4: *ex locato esse actionem*).

49) D.9,2,6 (PAUL.). Trad.: "En effet, la trop grande sévérité d'un maître est considérée comme une faute de sa part". Cette phrase de Paul, insérée pour donner le fondement de l'action *ex lege Aquilia* contre le cordonnier, semble bien être authentique. En ce sens, C. CANNATA, *Per lo studio ...*, p. 314, n. 1.

contractuelle des parties qui fournit les bases à ce jugement. Dans tous les cas où il y a concours des deux actions, l'identification de la faute aquilienne dépend de l'identification d'une faute contractuelle.

Outre une vraisemblable antériorité chronologique de la *culpa* contractuelle par rapport à la *culpa* aquilienne (50), il est également possible d'en déduire que la *culpa* aquilienne, dès l'époque où elle est en concours avec la *culpa* contractuelle, implique, comme elle, un critère d'évaluation extérieur à l'acte, une obligation implicite qui n'a pas été respectée par l'auteur de l'acte dommageable. Et cette obligation, à travers les cas d'espèce examinés plus haut, apparaît clairement comme un devoir de prévision des conséquences de l'acte.

5. Dans le domaine de la *lex Aquilia*, les cas d'espèce qui contiennent, explicitement ou non, l'exigence de *culpa* permettent de préciser les contours de cette notion.

Parmi les causes possibles de dommage, l'une des plus préoccupantes devait être l'incendie, avec comme corollaire la transmission du feu d'une propriété à l'autre et la question de savoir qui, en définitive, devait être tenu pour responsable. Le texte le plus clair relatif à cette hypothèse est de Paul,

50) En ce sens, C. CANNATA, *Per lo studio ...*, p. 306.

D.9,2,30,3 (PAUL.): *In hac quoque actione, quae ex hoc capitulo oritur, dolus et culpa punitur: ideoque si quis in stipulam suam uel spinam comburendae eius causa ignem immiserit et ulterius euagatus et progressus ignis alienam segetem uel uineam laeserit, requiramus, num imperitia eius aut negligentia id accidit. Nam si die uentoso id fecit, culpa reus est (nam et qui occasionem praestat, damnum fecisse uidetur): in eodem crimine est et qui non obseruauit, ne ignis longius procederet. At si omnia quae oportuit obseruauit uel subita uis uenti longius ignem produxit, caret culpa* (51).

Si quelqu'un a allumé du feu sur son propre terrain, et que le feu se communique aux fonds voisins, dans quelles conditions Paul le tient-il pour responsable ? Il faut, pour y répondre, déterminer s'il y a eu *imperitia* ou *neglentia*. Mais au-delà des qualifications juridiques, le plus intéressant est encore la distinction relative au vent, qui révèle bien les contours de la *culpa*: si le feu a été allumé un jour de grand vent, son auteur sera responsable, tandis que si le feu progresse à cause d'un coup de vent soudain, il ne le sera pas ("*caret culpa*"). C'est bien la

51) D.9,2,30,3 (PAUL.). Trad.: "Dans l'action fondée sur cette partie [de la loi], on poursuit également le dol et la faute. Ainsi, si quelqu'un met le feu à sa paille ou à des ronces pour les brûler, et que le feu se propage et brûle la moisson ou la vigne de son voisin, il faut voir si cet incendie est survenu par son incompetence ou sa négligence. Car s'il a fait ce feu par un jour venteux, il a commis une faute (en effet, qui fournit la cause est censé provoquer lui-même le dommage). Est tout autant blâmable celui qui n'a pas veillé à empêcher le feu de s'étendre. Mais s'il a pris toutes les précautions qui convenaient, ou qu'un coup de vent soudain ait porté le feu plus loin, il n'a pas commis de faute".

prévisibilité de l'extension du feu qui fonde la responsabilité de l'auteur. Comme dans les cas de responsabilité contractuelle analysés plus haut, la même cause de dommage engage ou non la responsabilité du défendeur selon qu'il y a ou non possibilité raisonnable de prévision. La mention de *imperitia*, si elle doit être comprise comme une incapacité personnelle à prévoir le dommage, ne constitue pas un critère différent, car l'imprévisibilité doit s'entendre par rapport à un agent-type, et non par rapport au sujet concret.

Toujours à propos de l'incendie, un texte d'Ulpien rapporte une sentence de Proculus relative à l'hypothèse où une maison a été détruite par le feu à cause de la faute des esclaves du locataire de cette maison:

D.9,2,27,11 (ULP.): *Proculus ait, cum coloni serui uillam exussissent, colonum uel ex locato uel lege Aquilia teneri, ita ut colonus possit seruos noxae dedere, et si uno iudicio res esset iudicata, altero amplius non agendum. Sed haec ita, si culpa colonus careret: ceterum si noxios seruos habuit, damni eum iniuria teneri, cur tales habuit. Idem seruandum et circa inquilinorum insulae personas scribit: quae sententia habet rationem* (52).

52) D.9,2,27,11 (ULP.). Trad.: "Proculus pense que si les esclaves d'un fermier brûlent la ferme, le fermier est tenu soit par l'action *ex locato*, soit par l'action *ex lege Aquilia*, de sorte qu'il pourra faire l'abandon noxal des esclaves. Et s'il y a eu une décision sur une de ces actions, on ne pourra pas recourir à l'autre. Mais ceci ne vaut que si le fermier n'a pas commis de faute. Autrement, si ses esclaves étaient enclins à nuire, il est tenu du dommage causé de façon illégitime, pour avoir eu de tels esclaves. Proculus écrit qu'il

Le problème posé par Proculus concerne d'abord la nature de l'action que le bailleur peut intenter contre son locataire et de ce fait, on ne dit rien des circonstances dans lesquelles le feu a été mis à la maison, ni si ces circonstances constituent une faute dans le chef des esclaves. D'après Proculus, le locataire est tenu, soit par l'action *ex locato*, soit *ex lege Aquilia*, et dans le second cas, il a le choix entre l'abandon noxal et le paiement d'une indemnité. Mais c'est la clause qui suit qui présente le plus grand intérêt. L'alternative laissée au locataire n'est valable que s'il n'y a pas de faute dans son propre chef. En quoi consiste cette dernière ? On peut le deviner à travers les termes "*noxios seruos*": c'est d'avoir confié la maison à des esclaves qui, à cause de leur incompétence, ou de leur dangerosité, étaient susceptibles de provoquer l'incendie. La faute qui peut être reprochée au locataire ne réside pas dans son fait personnel, mais dans le fait de ne pas avoir prévu ce qui devait l'être: le risque de dommage provoqué par des personnes placées sous son autorité (53).

doit en aller de même pour les locataires d'immeubles à loyer, et cette opinion est fondée".

53) On a pu voir dans ce texte un exemple de *culpa in eligendo*, puisque le problème réside en définitive dans le choix que le locataire a fait de ses esclaves. Mais on a parfois invoqué cet argument pour prétendre que le texte était interpolé, au motif que la *culpa in eligendo*, comme doctrine, est, c'est vrai, une création byzantine. Cet argument doit être rejeté car le fait que les Byzantins, pour élaborer leur doctrine, s'inspirent le cas échéant de casus antérieurs, ne permet pas de contester l'authenticité des casus eux-mêmes. En faveur de l'authenticité du texte, voir G. MAC CORMACK, *Culpa in eligendo*, dans *R.I.D.A.* 18 (1971), p. 536.

La négligence ou l'incompétence professionnelles du médecin sont prises en considération par Gaius et assimilées à une faute:

D.9,2,8 pr. (GAIUS): *Idem iuris est, si medicamento perperam usus fuerit. Sed et qui bene secuerit et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpa reus intellegitur* (54).

Tenir pour responsable le médecin qui exécute correctement un traitement mais néglige les soins postérieurs ne peut se comprendre que par rapport à une obligation implicite de prévision des conséquences dommageables de l'acte que l'on pose, même si celui-ci est légitime, opportun et correct, ou des conséquences dommageables de son abstention.

L'obligation de prévision du dommage dans le domaine médical est également imposée par Ulpien dans

D.9,2,9 pr. (ULP.): *Item si obstetrix medicamentum dederit et inde mulier perierit, Labeo distinguit, ut, si quidem suis manibus supposuit, uideatur occidisse: sin uero dedit, ut sibi mulier offerret, in factum actionem dandam, quae sententia uera est: magis enim causam mortis praestitit quam occidit* (55).

54) D.9,2,8, pr. (GAIUS). Trad.: "La solution juridique est la même si un médicament a été utilisé de façon inadéquate. Mais celui qui, après avoir correctement opéré, délaisse le malade, n'en sera pas quitte pour autant, car on comprend qu'il a commis une faute".

55) D.9,2,9,pr. (ULP.). Trad.: "De même, si une sage-femme donne un médicament à une femme qui vient à en mourir, Labéon fait cette distinction: si elle le lui a donné de ses propres mains, on considère qu'elle l'a fait mourir, mais si elle le lui a présenté pour que la femme le prenne elle-même, on

Indépendamment de la discussion sur le type d'action à accorder, l'intérêt du texte est d'établir implicitement l'obligation de prévision du risque, qu'on est en droit d'attendre d'une sage-femme, donc d'une professionnelle. On aurait pu trouver ici une mention de l'*imperitia*, comme le fait Gaius dans le texte qui précède:

D.9,2,8,1 (GAIUS): *Mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtriuierint, uulgo dicitur culpae nomine teneri. Idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit: nec uidetur iniquum, si infirmitas culpae adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo uel intellegit uel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram. Idem iuris est in persona eius, qui impetum equi, quo uehebatur, propter imperitiam uel infirmitatem retinere non poterit* (56).

Gaius distingue deux hypothèses: l'incompétence (*imperitia*) et la faiblesse physique (*infirmitas*), qu'il traite différemment. Si

accordera l'action *in factum*. Cette opinion est correcte: la sage-femme a en effet procuré la cause de la mort, plutôt qu'elle n'a fait mourir elle-même".

56) D.9,2,8,1 (GAIUS). Trad.: "De même, un muletier qui, par incompetence, ne parvient pas à retenir l'élan de ses mules qui écrasent l'esclave d'autrui, est considéré comme tenu par sa faute. On considère qu'il en va de même si c'est à cause de sa faiblesse physique qu'il n'a pu les retenir. Il n'est en effet pas injuste d'assimiler la faiblesse physique à une faute, parce que personne ne doit s'occuper d'une activité pour laquelle il comprend ou doit comprendre que sa faiblesse physique sera dangereuse pour autrui. La solution juridique est la même pour une personne qui, à cause de son incompetence ou de sa faiblesse, ne peut contrôler l'élan du cheval qui le porte".

l'imperitia est présentée comme une *culpa*, sans qu'il faille apparemment le justifier, *l'infirmitas* a dû présenter une difficulté pour être assimilée à la première comme cause de responsabilité. Une personne ayant provoqué un dommage par sa faiblesse physique a pu être tentée de se défendre en invoquant le fait que, cette incapacité étant naturelle, elle ne pouvait pas l'éviter. Gaius détruit d'avance l'argument en avançant qu'une personne physiquement faible ne doit pas se charger d'une tâche qu'elle sait être incapable d'assumer. D'une manière plus générale, qu'il s'agisse d'*infirmitas* ou d'*imperitia*, on peut considérer que cette sentence de Gaius est une application à un cas d'espèce d'un principe de négligence: est responsable la personne qui devait prévoir que sa conduite serait à même de provoquer le dommage.

Enfin, toujours chez Gaius, mais en dehors du Digeste, le passage des Institutes, III, 202, où sont distingués le *dol* et la *culpa* permet de comprendre en quoi consiste cette dernière. Gaius commence par relever plusieurs cas dans lesquels le complice d'un voleur peut être poursuivi, et cite l'hypothèse, déjà discutée par les Anciens, où le complice a mis en fuite un troupeau en agitant une étoffe rouge. Cette hypothèse pousse Gaius à envisager le cas où quelqu'un agit de même, mais par plaisanterie et non pour s'emparer du troupeau:

Sed si quid per lasciuiam et non data opera ut furtum committeretur, factum sit, uidebimus an utilis actio dari

debeat, cum per legem Aquiliam quae de damno lata est etiam culpa puniatur (57).

Dans ce cas, estime Gaius, une action utile (utile parce qu'il n'y a pas eu de dommage *corpore*, pas de contact physique direct) doit être donnée puisque la simple *culpa* est visée par la *lex Aquilia*. A travers la plaisanterie, ce qui peut être reproché à son auteur est de ne pas avoir prévu le dommage qui en résulterait pour le bétail puisqu'a contrario, s'il l'avait prévu, nous serions dans l'hypothèse du dol.

Pour comprendre la philosophie qui préside au règlement des cas d'espèce, il importe de tenir compte du caractère binaire du principe de responsabilité aquilienne, caractérisé par le fait que l'auteur de l'acte est ou n'est pas tenu, sans qu'il soit possible de parler de responsabilité partielle, ni de partage des responsabilités, de la même manière qu'en droit pénal, les auteurs classiques considèrent que l'accusé est ou n'est pas coupable, sans nuances ni degrés dans cette culpabilité. Cet aspect des choses apparaît très clairement dans les discours judiciaires de droit pénal, et particulièrement chez Cicéron.

Dans l'argumentation cicéronienne, les raisonnements relatifs à la personne impliquée n'ont pas pour but de peser le degré de responsabilité de l'accusé, de voir si sa faute est plus ou moins grave, si sa responsabilité est plus ou moins engagée, mais de

57) Gaius, III,202. Trad.: "Mais s'il s'agit d'une plaisanterie et non d'une aide fournie pour commettre le vol, nous verrons s'il faut donner une action utile, puisque par la *lex Aquilia*, qui a été établie dans l'hypothèse d'un dommage, même la faute est punie".

décider simplement si tel acte peut, oui ou non, être imputé à telle personne. On est coupable ou on ne l'est pas, et le débat ne peut guère aller plus loin, chose étonnante pour nous qui sommes habitués aux discussions et analyses menées dans nos cours d'assises. On ne trouvera dès lors rien de ce que l'on pourrait appeler des "analyses psychologiques" visant à déterminer si et surtout dans quelle mesure l'accusé est conscient et responsable de ses actes. Pour Cicéron et pour les juristes classiques en général, l'accusé est coupable ou innocent, sans qu'il y ait de degrés intermédiaires dans la responsabilité. La réponse judiciaire n'offre qu'une alternative.

Les arguments les plus fréquemment utilisés sont significatifs du rôle assigné au débat judiciaire: il s'agit seulement d'établir ou de rejeter une causalité personnelle. La préméditation par exemple, qui est invoquée aujourd'hui comme circonstance aggravante, est seulement, chez Cicéron, un *argumentum* permettant de croire à la culpabilité de l'accusé (58). De même, la passion, le sentiment violent, utilisés de nos jours pour atténuer la responsabilité du sujet, sont au contraire invoqués à sa charge par les juristes romains qui y voient une preuve supplémentaire de sa culpabilité.

Avec la même logique, l'avocat de la défense va au contraire s'efforcer de prouver que son client n'était mû par aucun sentiment personnel (59). Il s'agit de délier le lien entre l'acte et l'agent, et non de s'intéresser à la subjectivité de ce dernier. Le

58) *De Inventione*, II, 18, 20, 22.

59) *De Inventione*, II, 19, 25.

plus curieux est encore de constater que des attitudes mentales aussi différentes que le calcul et la préméditation d'une part, la passion de l'autre, constituent en réalité le même instrument de preuve. On ne peut le comprendre que si les sentiments sont les indices de l'acte en cause et non sa justification, comme les traces dans la neige sont l'indice du passage d'un animal et non son explication.

Le portrait qui est dressé de l'accusé montre également que la recherche d'une image psychologique ne constitue pas la préoccupation des juristes classiques. Fortune, nom, situation sociale, antécédents familiaux, défauts corporels, occupations, train de vie, actes antérieurs au crime, chances ou malchances de l'individu, sont invoqués pêle-mêle, en vrac, sans logique apparente (60). Il s'agit, en fait, de montrer, par tous ces éléments, que l'acte en cause est bien dans la ligne des actes antérieurs de l'agent, et que cet acte confirme ce qu'on savait déjà de lui (61). En quelque sorte, l'acte est le signe de l'homme.

Tous les cas d'espèce de la *lex Aquilia* qui mettent en oeuvre un dommage à causes multiples procèdent du même esprit lorsqu'il s'agit de leur donner une solution. Ainsi dans

D.9,2,37 (IAV.): *Liber homo si iussu alterius manu iniuriam dedit, actio legis Aquiliae cum eo est qui iussit, si*

60) *De Inuentione*, II, 28 sv.

61) *De Inuentione*, II, 24.

modo ius imperandi habuit: quod si non habuit, cum eo agendum est qui fecit (62).

Lorsqu'un dommage est provoqué volontairement, en exécution d'un ordre, il n'est pas envisagé d'agir à la fois contre l'auteur de l'acte et contre son commanditaire, mais de distinguer selon que ce dernier avait ou non le droit de commander au premier. Il n'est pas question de responsabilité partagée, ni de solidarité. Même type de raisonnement dans

D.9,2,52 pr. (ALF.): *Si ex plagis seruus mortuus esset neque id medici inscientia aut domini neglegentia accidisset, recte de iniuria occiso eo agitur* (63).

où celui qui a blessé la victime est poursuivi comme s'il l'avait tué, la faute du médecin étant exclue. Ceci permet de croire, a contrario, que seul le médecin, en cas d'incompétence de sa part, aurait été poursuivi pour la mort de la victime. Il s'agit donc, en cas de causalité multiple, non de les peser et de déterminer leur importance relative, mais de décider *en bloc* laquelle de ces causes sera retenue pour donner lieu à ouverture de l'action.

On peut contester cette analyse au motif que ces deux textes sont courts et peu explicites. Mais il est d'autres cas plus clairs

62) D.9,2,37 (IAV.). Trad.: "Si un homme libre, sur l'ordre d'un tiers, blesse quelqu'un par violence, il y a lieu à l'action de la *lex Aquilia* contre celui qui a donné l'ordre, s'il avait cependant le droit de commander. S'il ne l'avait pas, il faut agir contre celui qui a posé l'acte".

63) D.9,2,52, pr. (ALF.). Trad.: "Si un esclave est mort de ses blessures sans que ce soit à cause de l'incompétence du médecin, ni à cause de la négligence du maître, on intentera avec raison l'action pour homicide illégitime".

dans le Digeste où l'on retrouve ce type de démarche. Par exemple, l'hypothèse d'une pluralité de fautes est examinée dans

D.9,2,52,1 (ALF.): *Tabernarius in semita noctu supra lapidem lucernam posuerat: quidam praeteriens eam sustulerat: tabernarius eum consecutus lucernam reposcebat et fugientem retinebat: ille flagello, quod in manu habebat, in quo dolo<n> inerat, uerberare tabernarium coeperat, ut se mitteret: ex eo maiore rixa facta tabernarius ei, qui lucernam sustulerat, oculum effoderat: consulebat, num damnum iniuria non uideretur dedisse, quoniam prior flagello percussus esset. Respondi, nisi data opera effodisset oculum, non uideri damnum iniuria fecisse, culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere: sed si ab eo non prior uapulasset, sed cum ei lucernam eripere uellet, rixatus esset, tabernarii culpa factum uideri (64).*

Une rixe éclate entre un tavernier qui avait déposé une lanterne sur le chemin, et un passant qui emporte cette lanterne.

64) D.9,2,52,1 (ALF.). Trad.: "Pour la nuit, un tavernier avait posé une lanterne sur une pierre, sur la route. Un passant l'emporte. Le tavernier le suit, la lui réclame et le retient lorsqu'il veut s'enfuir. Le passant, pour se dégager, commence à frapper le tavernier avec un fouet armé d'une pointe, qu'il avait en main. La bagarre s'aggravant, le tavernier crève l'oeil de celui qui lui avait pris la lanterne. Pouvait-on dire qu'il n'avait pas provoqué le dommage de façon illégitime, puisque le passant l'avait frappé le premier avec le fouet ? J'ai répondu qu'à moins qu'il lui ait crevé l'oeil volontairement, il ne semblait pas avoir agi de façon illégitime, la faute se trouvant chez celui qui avait frappé le premier avec le fouet. Mais si le tavernier n'avait pas été frappé le premier par le passant, et qu'en voulant lui reprendre la lanterne, il en soit venu aux mains, alors il semble qu'il y ait une faute dans son chef".

La discussion s'envenime et le passant, pour se débarrasser du tavernier, le frappe avec un fouet armé d'une pointe. On en vient à s'empoigner et le tavernier, dans la mêlée, frappe à son tour le passant et lui crève un oeil. Alfénus, pour résoudre la question du recours judiciaire, pose seulement la question de savoir qui des deux parties, en définitive, a commencé à frapper le premier. Solution qui a l'avantage de la simplicité, encore qu'elle risque de poser de sérieux problèmes de preuve. Mais il faut remarquer qu'à aucun moment il n'est envisagé de partager les responsabilités, chacun, après tout, d'après ce que l'énoncé permet de croire, pouvant en avoir une part: le passant pour avoir emporté la lanterne ou, à tout le moins, refusé de la rendre à son propriétaire apparent, le tavernier pour avoir usé de violence. Il semble bien que pour Alfénus, il y aille soit d'une *culpa* du tavernier, soit d'une *culpa* du passant, mais que la possibilité d'une double faute ne lui vienne pas à l'esprit.

On est donc responsable ou non-responsable, comme on est coupable ou non-coupable au regard du droit pénal. La procédure judiciaire est du reste bien adaptée à cette conception des choses, puisqu'en règle générale le *iudex*, dans la procédure formulaire, n'a que le pouvoir de condamner ou d'absoudre, sans pouvoir moduler sa décision. Il ne faut cependant pas confondre la cause et l'effet. Même si les limites imposées au *iudex* par la procédure ont pu retarder l'évolution du système de responsabilité, c'est la conception que se faisaient les juristes classiques de l'agir humain qui a déterminé la rédaction de la formule judiciaire, et non l'inverse. Il n'était pas techniquement impossible de permettre au

juge d'arriver à une décision de partage des responsabilités pour rencontrer l'hypothèse, fréquente dans la réalité, où il y a pluralité de causes ou juxtaposition de fautes.

6. Pour mesurer le rôle que joue la *culpa* aquilienne, il est nécessaire de la rapprocher de son contraire, qui est la *uis maior*. Il est difficile de tracer de façon nette les frontières de la notion de *uis maior* en droit romain parce qu'il règne une certaine imprécision dans l'emploi des termes: "*uis maior*", "*damnum fatale*", "*casus fortuitus*" sont des expressions employées par les juristes romains pour désigner des cas d'exonération de responsabilité, sans que ces juristes aient éprouvé, semble-t-il, le besoin de les définir autrement que de façon sommaire, et de distinguer ces différentes notions.

Apparemment, l'idée d'imprévisibilité s'attache à l'expression "*casus fortuitus*", du moins dans certains textes. Ainsi en va-t-il dans D.50,8,2,7: "*quia fortuitos casus nullum humanum consilium prouidere potest*" ou dans C.4,24,6: "*quae fortuitis casibus accidunt, cum praeuideri non potuerant*". Pourtant, les textes montrent également que les juristes romains n'ont jamais distingué aussi nettement le "cas fortuit" de la "force majeure". Il suffit, pour s'en persuader, de constater que les mots "*casus fortuitus*" sont employés pour désigner des événements "*cui resisti non potest*", ce qui va nettement au-delà de la simple idée d'imprévisibilité. Ainsi, dans C.4,24,6 déjà cité,

l'aggressura latronum est rangée parmi les cas fortuits: "*quae fortuitis casibus accidunt... quibus etiam aggressura latronum*". De même, dans C.4,34,1: "*si incursu latronum uel alio fortuito casu...*".

Le plus important, au-delà du sens qu'il faut donner aux expressions latines, est de constater que pour les juristes romains, l'événement qualifié de *casus fortuitus* a, comme la *uis maior*, un effet libératoire. L'hypothèse de l'incendie par exemple est particulièrement intéressante dans la mesure où cet événement est qualifié tantôt de "*damnum fatale*" (65) ou de "*casus maior*" (66), ou de "*magna uis*" (67), tantôt de "*fortuitus casus*" (68) ou de "*casus*" sans autre précision (69), mais a, dans tous ces cas, le même effet libératoire. S'il n'y a pas de différence dans les effets juridiques, l'éventuelle distinction conceptuelle ne doit guère avoir d'importance. D'ailleurs, comme nous l'avons vu plus haut, l'incendie est en soi moins déterminant que les circonstances de fait, qui permettent ou non au défendeur à l'action *ex lege Aquilia* de dégager sa responsabilité (70).

On ne trouve pas, en droit romain, de théorie élaborée de la force majeure, mais seulement un examen, dans chaque cas d'espèce, de la question de savoir si l'événement rentre ou non

65) Dans D.17,2,52,3 (ULP.).

66) Dans D.44,7,1,4 (GAIUS).

67) Dans D.9,2,49,1 (ULP.).

68) Dans D.19,2,9,3 (ULP.) et D.19,2,11,1 (ULP.).

69) Dans D.9,2,52,4 (ALF.).

70) Dans D.9,2,30,3 (PAUL.).

dans la sphère des risques supportés par le débiteur (71). S'il faut donner une définition romaine de la *uis maior*, on peut seulement dire, en se fondant sur une série de textes (72), qu'il s'agit d'une force "*cui resisti non potest*", à laquelle on ne peut résister ou, comme le précise D.19,2,55,6, d'une force divine (73) qui fait penser au "doigt de Dieu" de notre droit maritime.

Ayant dit cela, les textes procèdent par énumération. Sont des cas de force majeure l'incendie, la ruine, le naufrage et les inondations, le brigandage, la piraterie et les effets de la guerre, la maladie et la mort naturelle ou accidentelle des animaux (74). On trouvera même des textes comme D.50,17,23 qui se contentent d'énumérer les événements sans les qualifier, mais en précisant qu'ils ont pour effet de libérer le débiteur ("*a nullo praestantur*"), ce qui montre le peu d'intérêt des juristes romains pour les

71) En ce sens, G. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale. I. La responsabilità per custodia*, Milan, 1938, p. 59; A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milan, 1966, p. 104.

72) Voir notamment D.4,2,2 ("*uis autem est maioris rei impetus, qui repelli non potest*"), D.13,6,18, pr. ("*ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit*"), D.19,2,15,2 ("*omnem uim, cui resisti non potest*"), D.44,7,1,4 ("*maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest*").

73) D.19,2,25,6: *Vis maior, quam Graeci θεοῦ βίαν appellant.*

74) Sur les cas de force majeure, voir D.13,6,18 pr., D.17,2,52,3, D.19,5,17,4, D.44,7,1,4 (incendie); D.44,7,1,4 (ruine); D.13,6,5,4, D.13,6,18 pr., D.17,2,52,3, D.50,17,23 (brigandage); D.13,6,18 pr., D.44,7,1,4, D.50,17,23 (naufrage, inondations, piraterie); D.13,6,18 pr., D.50,17,23 (guerre et passage de l'ennemi); D.13,6,5,4, D.13,6,18 pr., D.50,17,23 (mort des esclaves ou des animaux).

concepts de "*uis maior*" et de "*casus fortuitus*", et pour la distinction à opérer entre les deux.

Il faut immédiatement ajouter, à l'encontre d'une présentation apparemment aussi objective de la notion de force majeure, que celle-ci joue à la décharge du débiteur seulement s'il n'a commis aucune faute ayant avec le dommage un lien de cause à effet même indirect (75). La force majeure ne libérera pas le débiteur qui a en quelque sorte provoqué le dommage par une utilisation de la chose contraire à sa nature ou aux termes de la convention (76) ou qui, en dehors de tout lien contractuel, n'a pas adopté un

75) Les hypothèses où la faute du débiteur détruit l'effet libératoire de l'événement "*cui resisti non potest*" sont variées. Voir par exemple D.9,2,27,9 (le locataire n'a pas pris de précautions suffisantes pour éviter l'incendie), D.19,2,13,2 (le transporteur est responsable du naufrage du navire, malgré la tempête, parce qu'il s'est engagé dans un fleuve sans pilote pour le diriger), D.39,2,34 (le créancier gagiste est tenu malgré l'écroulement de sa maison, parce qu'il aurait pu éviter la perte du gage en le mettant dans un endroit plus sûr), D.19,2,13,7 (le locataire est responsable du pillage provoqué par une troupe armée, parce qu'il s'est enfui sans avoir prévenu le bailleur qui n'a de ce fait pas eu l'occasion d'intervenir), D.13,6,5,4 (le commodataire doit répondre de la perte survenue dans un incendie ou par un autre cas de force majeure, s'il a préféré sauver ses propres biens au lieu de ceux qu'il avait empruntés).

76) Voir D.19,2,13,1 (le transporteur est responsable malgré le cas de force majeure (la tempête) s'il a transbordé des marchandises sur un autre navire contre la volonté formelle du propriétaire des marchandises), D.19,2,9,3 (le locataire est responsable si un incendie éclate parce que le contrat de bail lui interdisait de faire du feu), D.19,2,13,3 (le *conductor operis* qui s'était engagé à garder un esclave chez lui est responsable de la mort de ce dernier survenue à l'étranger et quelle qu'en soit la cause), D.13,6,18 pr. (le commodataire est tenu si l'argenterie dont il devait se servir chez lui a disparu au cours d'un voyage, même si la perte est due à un naufrage ou à un acte de piraterie), D.13,6,5,7 (celui qui a emprunté un ouvrier qui devait travailler au sol est responsable de sa mort s'il l'a fait travailler sur un échafaudage), D.13,6,5,7 (le commodataire est tenu s'il a emmené à la guerre un cheval qui lui avait été prêté pour aller à la campagne).

autre comportement qui aurait, lui, permis d'éviter le dommage prévisible. Il y aura *uis maior* (ou *casus fortuitus*, ou cause extérieure, l'appellation n'ayant pas d'incidences juridiques), et donc absence de faute, soit si le dommage est imprévisible, soit si un autre comportement n'est raisonnablement pas possible.

L'état de nécessité (77) est une illustration claire de cette absence d'alternative dans le chef du défendeur, comme dans

D.9,2,29,3 (ULP.): *Item Labeo scribit, si, cum uiuentorum nauis impulsasset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. Idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in quae nauis piscatorum inciderat, aestimarunt. Plane si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum* (78).

Pour dégager leur navire poussé par la force du vent dans les cordages d'un autre, les marins n'ont eu d'autre solution que de couper ces cordages. Ulpien, reprenant une solution de Labéon, estime que leur responsabilité n'est pas engagée au regard de la *lex Aquilia*, parce qu'ils n'avaient pas d'autre possibilité pour

77) Sur l'état de nécessité dans la *lex Aquilia*, voir A. WACKE, *op. cit.*, pp. 533 sv.

78) D.9,2,29,3 (ULP.). Trad.: "De même, Labéon écrit que si un navire est poussé par la force des vents dans les cordages d'ancre d'un autre, et que les marins coupent les cordages, n'ayant pas d'autre moyen de dégager leur navire, aucune action [contre eux] ne sera donnée. Et Labéon comme Proculus pensent la même chose dans le cas d'un bateau de pêche pris dans les filets de pêcheurs. Mais si l'incident est survenu par la faute des marins, l'action de la *lex Aquilia* pourra certainement être intentée".

sauver leur navire. C'est bien l'absence d'alternative qui interdit tout recours contre eux, à condition toutefois, comme le précise clairement le texte, qu'ils n'aient pas commis de *culpa*. La faute dont il est question doit évidemment être recherchée dans le comportement des marins antérieur à l'état de nécessité.

Le recours à l'état de nécessité comme cause de justification de la destruction du bien d'autrui se retrouve également dans une autre sentence d'Ulpien, qui assimile cet état à un cas de force majeure:

D.9,2,49,1 (ULP.): *Quod dicitur damnum iniuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut uideatur damnum iniuria datum, quod cum damno iniuriam attulerit: nisi magna vi cogente fuerit factum, ut Celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia uicinas aedes intercidit: nam hic scribit cessare legis Aquiliae actionem: iusto enim metu ductus, ne ad se ignis perueniret, uicinas aedes intercidit: et siue peruenit ignis siue ante extinctus est, existimat legis Aquiliae actionem cessare* (79).

Dans l'hypothèse où une maison a été abattue par le propriétaire voisin pour éviter la propagation d'un incendie,

79) D.9,2,49,1 (ULP.). Trad.: "Quand on dit que la *lex Aquilia* vise le dommage causé de façon illégitime, il faut comprendre par là qu'un dommage a été causé de façon illégitime lorsqu'il induit, en plus du dommage, un acte illégitime, à moins qu'il n'ait été provoqué par la force majeure. Ainsi, Celse écrit, à propos de celui qui détruit la maison voisine pour contenir un incendie, que l'action de la *lex Aquilia* ne peut être intentée: c'est par une peur légitime qu'il a été conduit à détruire la maison voisine, pour que le feu ne parvienne pas à la sienne. Et Celse pense cela, que le feu soit parvenu jusque là, ou qu'il ait été éteint avant".

Ulpien, à la suite de Celse, invoque la peur légitime de l'auteur du dommage pour dégager sa responsabilité. Très intéressante est la remarque finale: l'auteur de la destruction ne peut être poursuivi, que l'on soit ou non parvenu à éteindre l'incendie avant qu'il ne parvienne à la maison détruite. Il suffit que l'auteur, au moment de l'acte en cause, ait pu légitimement croire au danger et à la nécessité d'intervenir. L'état de nécessité doit donc, comme l'imprévisibilité, être apprécié de façon relative.

7. Si l'on ne trouve pas de définition de la *culpa* dans les textes classiques, si même la mention de la *culpa* n'est pas fréquente, c'est parce qu'elle ne constitue pas l'élément central du système classique de la responsabilité. M. VILLEY a raison de dire que "le leitmotiv du régime romain de réparation des dommages n'est pas la faute, mais la défense d'une juste répartition entre les biens répartis entre les familles, d'un juste équilibre" (80). De plus, il ne faut pas perdre de vue que la faute, pour les juristes romains, n'est pas une condition nécessaire de la responsabilité, ni contractuelle (81), ni aquilienne: les juristes

80) M. VILLEY, *Esquisse historique sur le mot "responsable"*, dans *La responsabilité à travers les âges*, Paris, 1989, p. 79.

81) En dehors du principe, admis par la jurisprudence classique, de l'aggravation conventionnelle de responsabilité, il faut tenir compte des hypothèses où une responsabilité *sine culpa*, absolue, est imposée à certaines catégories de débiteurs de la chose d'autrui. Une règle aussi lourde n'a été appliquée qu'à de rares débiteurs en droit romain. En dehors évidemment de ceux qui acceptent par convention, probablement en échange d'une rémunération plus élevée, de répondre de tous les risques, seuls le transporteur maritime, l'aubergiste et le loueur d'écuries ont eu à répondre du dommage de

classiques n'ont sans doute pas été embarrassés, pour condamner l'auteur d'un dommage, par le fait qu'il n'y avait pas nécessairement de *culpa* dans son chef. Les hypothèses rencontrées par l'action *de pauperie*, entraînant l'obligation de réparer le dommage causé par la chute d'une tuile, ou celles de la responsabilité noxale du *paterfamilias* pour les actes de ses esclaves, en témoignent.

Il ne faut pas pour autant conclure à l'absence de la *culpa* dans la conception que se faisaient les juristes classiques de la responsabilité, mais se souvenir d'une caractéristique importante du système judiciaire de l'époque: le juge n'a pas à motiver ses décisions, il doit seulement se faire une conviction, compte tenu de tous les éléments de la cause. Il n'a donc pas à forger de définition de la *culpa*, il n'a même pas à la mentionner. Il lui suffit d'arriver à la conclusion que le défendeur n'avait pas à agir comme il l'a fait. D'une façon générale, les juristes classiques ne se demandent pas si les faits d'un cas peuvent se voir appliquer une règle générale qui donnerait les conditions nécessaires et suffisantes pour qu'il y ait *culpa*. Ils examinent les faits pour se demander si ceux-ci appellent une condamnation du défendeur parce que sa conduite, en l'espèce, a été répréhensible. Mais même dans une démarche casuistique comme celle-là, il faut

façon absolue, du moins au départ. Encore leur était-il possible d'écarter préalablement cette responsabilité, mais on comprend qu'un tel refus, qui n'était pas de nature à inspirer confiance au client, ait été peu fréquent. Voir notre étude sur *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles, 1987, pp. 57-91.

néanmoins qu'il y ait un critère d'imputation permettant de décider de la condamnation.

Outre l'absence de motivation du juge et la démarche casuistique des juristes classiques, il y a une troisième raison au fait que de nombreux énoncés mentionnant la *culpa* ne précisent pas en quoi elle consiste. C'est que plusieurs de ces énoncés traitent d'une autre question que celle de savoir s'il y a *culpa*, et notamment des problèmes de recours judiciaire. Par exemple, dans

D.39,2,24,7 (ULP.): *Praeterea si furni nomine damni infecti fuerit cautum, deinde furnarii culpa damnum datum fuerit, non uenire in hanc stipulationem plerisque uidetur* (82).

Dans cette hypothèse relative à un incendie provoqué par le fourneau d'un boulanger, si l'incendie est dû à une faute de ce dernier, le recours se fera sur base de l'*actio legis Aquiliae*, et non sur base de la *cautio damni infecti*. Ce qui est en discussion est donc une question de procédure, qui part du fait que la *culpa* du boulanger est supposée et n'appelle aucun développement particulier (83).

82) D.39,2,24,7 (ULP.). Trad.: "Si une *cautio damni infecti* a été fournie pour un four, et qu'ensuite le dommage a été provoqué par la faute du responsable du four, la plupart [des auteurs] considèrent que ce dommage n'entrera pas en ligne de compte dans cette stipulation".

83) Voir également *Collatio* 12,7,4 qui reproduit un extrait du livre 18 *ad Edictum* d'Ulpien: *Sed si stipulam in agro tuo incenderis ignisque euagatus ad praedium uicini peruenerit et illud exusserit, Aquilia lex locum habeat an in factum actio sit, fuit quaestio*. Ulpien pose la question de savoir quelle action intenter contre une personne qui allume, sur son propre terrain, un feu qui

Dans le domaine de la *lex Aquilia*, la *culpa* présente un visage unitaire, contrairement à ce que pourrait laisser croire la sentence d'Ulpien:

D.9,2,44 pr. (ULP.): *In lege Aquilia et leuissima culpa uenit* (84).

qu'il faut relier au casus qui suit:

D.9,2,44,1 (ULP.): *Quotiens sciente domino seruus uulnerat uel occidit, Aquilia dominum teneri dubium non est* (85).

sous peine de donner raison à ceux qui estiment que la *culpa leuissima* étant une création postclassique, D.9,2,44 pr. doit être interpolé.

En réalité, le fait qu'Ulpien décide, dans le *principium*, que la faute la plus légère suffit à entraîner la responsabilité aquilienne, permet de bien comprendre le casus repris au § 1, et vice versa. Dans ce casus, Ulpien affirme qu'il n'y a "pas de doute" ("*dubium non est*") - ce qui révèle, paradoxalement, qu'il y avait au contraire discussion sur ce point - qu'un propriétaire est responsable si son esclave commet un meurtre ou blesse un tiers.

s'étend ensuite à la propriété d'autrui. Celse considérait que l'action devait être l'*actio in factum* et non celle de la *lex Aquilia*, la personne en cause n'ayant pas causé directement le dommage.

84) D.9,2,44 pr. (ULP.). Trad.: "Dans la *lex Aquilia*, la faute même très légère intervient".

85) D.9,2,44,1 (ULP.). Trad.: "Quand un esclave blesse ou tue quelqu'un, il ne fait pas de doute que son maître est tenu par l'action de la *lex Aquilia*, si ce dernier en avait [préalablement] connaissance".

Le propriétaire, dans cette hypothèse, étant de toute façon responsable noxalement, la question est de savoir s'il l'est en outre personnellement d'après la *lex Aquilia*. Il a sans doute été objecté, pour sa défense, que le propriétaire n'avait rien fait lui-même, mais Ulpien réplique que si le propriétaire, connaissant l'esclave (86), ses intentions ou sa propension à la violence ("*sciente domino*"), n'a rien fait pour l'empêcher, il a commis une faute, même légère, qui justifie qu'il soit tenu. Ulpien suit en cela le même raisonnement que dans D.9,2,27,11 examiné plus haut, qui impose également au propriétaire de prévoir les comportements dommageables de ses esclaves et considère qu'il y a *culpa* dans le cas contraire.

Ce casus est donc une bonne illustration du *principium*, que l'on pourrait traduire, pour en rendre le sens précis qu'Ulpien lui donnait, par "dans le contexte de la *lex Aquilia*, c'est tout juste s'il faut établir qu'il y a une faute, il suffit qu'elle soit légère". Dans cette phrase, la *culpa leuissima*, dont on a contesté l'authenticité (87), à tort selon nous, n'a donc pas de sens technique (88), et peut dès lors être considérée comme classique.

86) La "connaissance" dont il est question ici, pour justifier qu'il y ait faute, est nécessairement préalable au délit et porte sur les intentions de son auteur.

87) On a contesté son caractère classique au motif que la *culpa leuissima* est un élément de la division postclassique de la *culpa* en différents degrés, et que l'usage du superlatif n'est pas classique. En ce sens, voir V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale* ..., p. 234.

88) En ce sens, voir M. KASER, *Das römische Privatrecht*, t. II, Munich, 1959, p. 259, n. 55 et U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, p. 93 et n. 42.

Proposons, pour conclure, une définition qui subira, nous l'espérons, le feu de la critique. Dans l'interprétation classique de la *lex Aquilia*, la *culpa* est un critère suffisant d'imputation du dommage, qui consiste à ne pas avoir prévu les conséquences dommageables de son comportement (acte ou abstention) alors que, d'une part, ces conséquences étaient prévisibles et que, d'autre part, un comportement différent était possible. Elle requiert donc trois éléments: l'imprévision, la prévisibilité, et la possibilité d'un autre comportement. Dégagée par la jurisprudence classique sous l'influence de la *culpa* contractuelle, elle suppose l'existence, au moins implicite, d'un devoir de prévision, qui joue dans le domaine extracontractuel le rôle que les obligations conventionnelles jouent dans celui de la responsabilité contractuelle.

L'introduction de la *culpa* marque une étape importante dans l'évolution de la responsabilité. Elle est liée à l'idée de prévisibilité des conséquences de l'agir humain. Cette idée de prévisibilité suppose elle-même l'introduction du concept de temps dans le raisonnement judiciaire. En somme, lorsque la *culpa* se substitue à l'*iniuria*, c'est une vision diachronique des choses qui remplace une analyse seulement synchronique.

En quelque sorte, l'homme romain possède certainement, dès l'époque classique, une dimension prophétique, non dans le sens où il aurait à deviner un futur déjà tracé, mais dans le sens où il lui appartient de le préparer. Le futur n'appartient pas aux dieux, il relève de l'homme qui se doit d'y imprimer sa marque, posant aujourd'hui des actes qui produiront demain des effets

prévisibles. Bien sûr, le *fatum* intervient, mais surtout pour fixer les limites du choix, pour baliser le champ du possible. Si les Romains font appel à l'oracle auprès du collège des Augures, ce n'est pas pour anticiper le futur, mais essentiellement pour savoir ce qui est *fas* et ce qui est *nefas*, c'est-à-dire ce qui est autorisé ou interdit par les dieux. Dans cet espace de liberté ainsi créé, c'est à l'homme qu'il appartient d'agir. Vision positive, bien éloignée de celle que se faisaient les Grecs du Destin (89). On comprend dès lors que dans la conception romaine, la *prévision* soit la pierre angulaire de la responsabilité. Qu'est-ce qu'une faute ? C'est, le plus souvent, une imprévision. Qu'est-ce que la *uis maior* ? C'est, dans des cas très précis, l'impossibilité d'adopter un comportement différent, ou, plus fréquemment, une imprévisibilité.

89) Voir M. MESLIN, *L'homme romain, des origines au I^{er} siècle de notre ère*, Paris, 1978 (pp. 75-92 dans l'édition de 1985).