Justinien C.6.2.22.pr.-3a de 530 après J.-C., et la légitimation active de l'*actio furti* en cas de vol d'une chose prêtée dans le droit romain classique[1].

Hans ANKUM
(*Universiteit Amsterdam*)

1. Il n'est pas rare que Justinien donne dans ses Constitutions des informations sur l'état du droit classique. A titre d'exemple, on peut donner C.7.25.*un*. et C.7.31.1.5. Dans la première Constitution, Justinien abolit la distinction entre le *nudum ius Quiritium* et la propriété prétorienne que l'on pouvait trouver dans les *inutiles legis antiquae dispositiones* et qui étaient un thème redouté par les étudiants de première année. Dans le § 5 de la Constitution de réforme de l'usucapion de 531 (C.7.31.5), Justinien parle de la vieille division des choses en *res mancipi* et *res nec mancipi*, qu'il élimine puisqu'elle mène à des différends inutiles. Schindler discute dans son livre de 1966 *Justinians Haltung zur Klassik*[2] une bonne trentaine de (passages de) Constitutions dans lesquelles Justinien donne des informations sur des controverses du droit classique. Un beau parallèle de C.6.2.22.3 et 3a (texte que nous étudierons plus tard au n° 7 de cet article) se trouve dans C.6.25.10 de 531 après J.-C., où Justinien suit pour l'interprétation d'une *substitutio vulgaris* l'opinion de Papinien.

---

[1] Élaboration d'une conférence que j'ai faite à Bruxelles le 19 septembre 1996 pendant la 50ème session de la "Société 'Fernand de Visscher' pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité". Cette étude est destinée aux Études qui seront offertes à mon collègue et ami Panagiotis Dimakis (Athènes).

[2] K.-H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*. *Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln-Graz 1966, p.143 à 197 et p.220 à 317.

2. Dans la présente étude, je voudrais attirer l'attention sur les informations que Justinien nous donne dans C.6.2.22pr.-3a[3], et qui concernent les controverses entre jurisconsultes classiques à propos de la légitimation active de l'*actio furti* dans le cas du vol d'une chose prêtée. Très peu d'auteurs modernes se sont occupés de cette Constitution. Jolowicz[4], Pastori[5], Schindler[6] et Liebs[7] sont les seuls romanistes à mettre en relief ce que la Constitution de Justinien de 530 (C.6.2.22) nous apprend sur les hésitations[8] et les doutes des juristes classiques sur la légitimation active de l'*actio furti* dans le cas mentionné. La Constitution mérite qu'on lui porte une attention plus grande que celle qui lui a été accordée jusqu'ici.

3. Les textes classiques donnent une image claire et assez simple du droit classique sur la question de la légitimation active de l'*actio furti* en cas de vol de la chose prêtée. L'image donnée par nos manuels[9] est conforme à celle que donnent les sources classiques. Je cite deux textes conservés hors de la législation de Justinien à titre d'exemple[10].

Gaius traite de notre cas aux Inst.3.206. Au paragraphe précédant le juriste a exposé à qui appartient l'*actio furti* si des

---

[3] Pour limiter l'étendue de cette étude, je laisse de côté les §§ 4, 4a et 4b de C.6.2.22 dans lesquels Justinien s'occupe du cas dans lequel une femme enlève une chose que le propriétaire avait donnée en prêt à son mari.

[4] H.F. JOLOWICZ, *Digest XLVII,2. De furtis*, edited with introduction, translation and notes, Cambridge 1940, p.XLII à XLV.

[5] F. PASTORI, *Il commodato nel diritto romano, con contributi allo studio della responsabilità contrattuale*, Milano 1954, p.195s. et *Commodato, contratto, responsabilità*, Milano 1982, p.253-256 et p.288. Dans son troisième livre sur le contrat de prêt: *Il commodato in diritto romano*, Milano 1995, Pastori ne s'occupe plus de la Constitution C.6.2.22.

[6] SCHINDLER (n.2), p.162, p.204-207 et p.341.

[7] D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen 1972, p.46-49.

[8] Comme nous le verrons ci-dessous au n° 4, Schindler nie avec des arguments faibles que de telles hésitations aient existé.

[9] Je cite à titre d'exemple : M. KASER, *Das römische Privatrecht* I[2] (ci-après : *RPR*), München 1971, p.619, P. VOCI, *Istitutuzioni di Diritto Romano*[4], Milano 1994, p.485 et G.PUGLIESE con la collaborazione di F.SITZIA e L.VACCA, *Istituzioni di Diritto Romano*[3], Torino 1991, p.603.

[10] Voir également: Jul. D.47.2.60(59) et Ulp. D.47.2.14.10, D.47.2.14.14 et D.47.2.14.15.

vêtements, qui ont été donnés à un *fullo* pour être nettoyés ou à un *sarcinator* pour être réparés, ont été volés. Dans ces cas, celui qui a conclu avec ces personnes un contrat de *locatio conductio operis faciendi* a l'*actio locati* contre le *fullo* et le *sarcinator*, qui sont responsables pour *custodia*, et ces derniers ont l'*actio furti* contre le voleur, à condition qu'ils soient solvables. Si cela n'est pas le cas, l'*actio furti* ne pourra pas aboutir à un résultat (satisfaisant) et l'*actio furti* revient au *locator*. Dans le premier cas, ce sont le teinturier et le tailleur qui ont intérêt au *rem salvam fore* ; dans le second cas c'est le *locator* qui a cet intérêt. Ensuite, Gaius traite du vol de la chose prêtée aux Inst. 3.206:

> *Quae de fullone aut sarcinatore diximus eadem transferemus ad eum cui rem commodavimus; nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare*[11].
>
> Ce que nous avons dit sur le teinturier et le tailleur, nous devons le transférer à celui à qui nous avons donné une chose en prêt ; car comme ceux-ci sont tenus de leur *custodia* en recevant une récompense, ainsi l'emprunteur doit être tenu de sa *custodia* en recevant l'avantage de l'usage de la chose empruntée.

Le second texte est le suivant :

> Mosaicarum et Romanarum legum Collatio, 10.2.6, Modestinus l.2 differentiarum :
>
> *Res deposita si subripiatur, dominus dumtaxat habet furti actionem, quamvis eius apud quem res deposita est intersit ob inpensas in rem factas rem retinere. Is vero cui res commodata sit furti experiri debebit, si modo solvendo fuerit.*
>
> Si une chose qui a été donnée en dépôt est volée, seul le propriétaire a l'*actio furti*, bien que celui à qui la chose a été donnée en dépôt ait un intérêt à conserver la chose pour les frais qu'il a faits pour elle. Celui cependant à qui une chose a été donnée en prêt devra procéder par l'*actio furti* à condition qu'il soit solvable.

[11] Les rédacteurs des Institutes de Justinien ont adapté aux Inst.4.1.15(17) ce passage de Gaius et ont écrit que les *veteres* (les juristes classiques) ont appliqué au commodataire ce qu'ils avaient écrit en conformité avec Gaius, Inst.3.205 sur le *fullo* et le *sarcinator*.

Selon un principe, qui remonte aux juristes de la République[12] et qui a été appliqué[13] par les juristes classiques[14], l'*actio furti* appartient à celui *cuius interest rem salvam fore*, c'est-à-dire à celui qui a un intérêt à ce que le délit de *furtum* ne soit pas commis. Puisque le commodataire est tenu de sa *custodia*[15], ce qui veut dire qu'il est responsable si la *res commodata* a été volée[16], sans qu'il soit d'aucune importance qu'il ait commis une *culpa* ou non[17], c'est lui et pas le prêteur qui est habilité à intenter l'*actio furti*, pour autant qu'il soit solvable. Si le commodataire est insolvable, c'est le *commodator* (qui est normalement le propriétaire) qui pourra intenter l'*actio furti*. C'est ce que l'on peut déduire des

[12] Cf. Q.Mucius Scaevola mentionné par Pomponius D.47.2.77.1.

[13] Voir Gaius, Inst.3.205 et Ulp. D.47.2.10.

[14] Comme M. KASER, *RPR* I[2], München 1971, p.617, n.30 l'a signalé, cette application était faite avec une certaine liberté. Ainsi l'intérêt du dépositaire à garder la chose pour forcer le déposant à payer les dépenses faites par lui pour la chose, n'était pas considéré comme assez fort pour lui donner l'*actio furti* ; cf. Modestin dans le passage de la *Collatio* que nous venons de citer.

[15] Voir sur la *custodia* en droit romain : M. KASER, *RPR* I[2], München 1971, p.506-509 et *SZ* 96 (1979), p.105-113 et récemment C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano,* Catania 1996, p.69-81. Voir dernièrement sur la responsabilité pour *custodia* du commodataire, F. PASTORI, *Il commodato in diritto romano,* Milano 1995, p.233-416 et H.ANKUM (n.17), p.19. L'opinion de Pastori selon laquelle l'*actio commodati* avec une *formula in factum* et non celle avec une *formula in ius,* aurait sanctionné la responsabilité pour *custodia* ne me semble pas exacte.

[16] Je laisse de côté ici les autres éléments de la *custodia,* comme la responsabilité pour l'endommagement d'une chose causé par un tiers, qui n'ont pas d'importance ici ; cf. sur ces éléments, CANNATA (n.14), p.70.

[17] Je ne suis donc pas convaincu par les auteurs qui ont soutenu que la *custodia* avait un caractère subjectif ; voir dans ce sens : R. ROBAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles 1987, P. VOCI, 'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. I dati fondamentali, dans *SDHI* 56 (1990), p.29-143 et P.CERAMI, Il commodato, dans *Derecho Romano de obligaciones, Homenaje J.L.Murga,* Madrid 1994, p.321-325 et p.330 = Il commodato nella storia dell'esperienza giuridica dal diritto classico ai diritti moderni, dans Ricerche Romanistiche e Prospettive storico-romanistiche, dans *Ann.Sem.Giur.Palermo* 43 (1995), p.309-315 et p.321. À mon avis la *custodia* est une responsabilité objective ou de garantie. Je suis d'accord avec Metro et Litewski dans leurs comptes-rendus du livre de Robaye ; cf. A. METRO dans *IVRA* 38 (1987), p.211-216 et W. LITEWSKI dans *SDHI* 54 (1988), p.385-401. Ce sujet, qui a été beaucoup discuté au cours des dernières années, ne peut être approfondi ici. Je renvoie à mon étude Prêt de couverts d'argent pour un déjeuner en droit romain classique, dans *Mélanges Fritz Sturm* I, Liège 1999, p.19-21, où j'ai exposé brièvement mon opinion.

textes de Gaius[18] et de Modestin[19], ainsi que des textes de Julien et d'Ulpien cités à la note 10.

Les Compilateurs des Institutes de Justinien donnent la même image peu compliquée de cette question aux Inst.4.1.16(18), avant de résumer la Constitution de réforme de 530 (C.6.2.22). Ils écrivent que ce qu'ils ont dit sur la responsabilité du *fullo* et du *sarcinator* et sur la légitimation active de l'*actio furti* dans les cas où les vêtements furent volés de ces derniers, doit être transféré — d'après les *veteres* (les juristes classiques) — à celui à qui une chose avait été donnée en prêt.

Tribonien nous montre dans la Constitution C.6.2.22 du 17 novembre 530[20], que nous allons étudier maintenant, que le droit classique a été plus compliqué et que Papinien a même changé d'avis sur le problème de savoir si l'emprunteur volé qui a obtenu du voleur la chose et la peine peut conserver cette *poena* ou non. Avant de commenter cette Constitution nous faisons suivre le texte et une traduction française.

C.6.2.22.pr - 3a.

Iustinianus A.Iuliano praefecto praetorio

Manifestissimi quidem iuris est furto perpetuato ei competere furti actionem, cuius interest, ne furtum committatur. 1. Sed quaerebatur apud antiquos legum interpretes, si quis commodavit alii rem ad se pertinentem et ipsa res subtracta est, an furti actio adversus furem institui possit ab eo qui rem utendam accepit, idoneo scilicet constituto, quia et ipse commodati actione a domino pro ea re conveniri potest. 1a. Et hoc quidem paene iam fuerat concessum, ut habeat ipse actionem, nisi inopia noscitur laborare: tunc enim furti actionem domino competere dicebant. 1b. Sed ea satis increbuit dubitatio, si tempore quo furtum committebatur idoneus erat is qui rem commodandam accepit, postea autem ad inopiam pervenit, antequam moveatur actio quae ei antea competebat, an debeat actio quae semel ei adquisita est firmiter apud eum manere vel ad dominum reverti, cum et hoc quaerebatur, an in hoc casu furti actio

[18] Ce juriste n'écrit pas d'une manière explicite que le régime est ainsi, mais les mots *Quae ...commodavimus* au début d'Inst. 3.206 nous forcent à admettre que l'opinion de Gaius était celle-là.

[19] Voir le texte de Modestin cité *supra*.

[20] Cette Constitution a sans doute été rédigée par Tribonien qui était *quaestor sacri palatii* entre septembre 529 et janvier 532 ; cf. T. HONORE, *Tribonian*, London 1978, p.48 et p.72.

ambulatoria sit nec ne. 1c. Sed omnem talem tractatum alia sequitur subdivisio, si ex parte solvendo sit is qui rem utendam accepit, ut possit non in totum, sed particularem solutionem ei facere, an habeat furti actionem vel non. 1d. Tales itaque ambiguitates veterum, immo magis, quod melius dicendum est, ambages nobis decidentibus in tanta rerum difficultate simplicior sententia placuit, ut in domini sit voluntate, sive commodati actionem adversus res accipientem movere desiderat sive furti adversus eum qui rem subripuit, et alterutra earum electa dominum non posse ex paenitentia ad alteram venire. 1e. Sed si quidem furem elegerit, illum qui rem utendam accepit penitus liberari: sin autem quasi commodator veniat adversus eum qui rem utendam accepit, ipsi quidem nullo modo competere posse adversus furem furti actionem, eum autem, qui pro re commodata convenitur, posse adversus furem furti habere actionem, ita tamen, si dominus sciens rem esse subreptam adversus eum qui eam accepit perveniat. 2. Sin autem nescius et dubitans rem non esse apud eum commodati actionem instituit, postea autem re comperta voluit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem pervenire, tunc licentia ei concedatur et adversus furem venire, nullo obstaculo ei opponendo, quoniam incertus constitutus movit adversus eum qui rem utendam accepit commodati actionem, (nisi domino ab eo satisfactum est: tunc etenim omnimodo furem a domino quidem furti actione liberari, suppositum autem esse ei, qui pro re sibi commodata domino satisfecit), cum manifestissimum est, etiam si ab initio dominus actionem instituit commodati ignarus rei subreptae, postea autem hoc ei cognito adversus furem transivit, omnimodo liberari eum qui rem commodatam suscepit, quemcumque causae exitum dominus adversus furem habuerit: eadem definitione obtinente, sive in partem sive in solidum solvendo sit is qui rem commodatam accepit. 3. Sed cum in secunda dubitatione incidebat, quid statuendum sit, si quis rem commodatam habuerit, quam aliquis furto subtraxerat et lite pulsatus condemnationem passus fuerat non tantum in rem furtivam, sed etiam in poenam furti, et postea dominus rei venerit omnem condemnationem accipere desiderans utpote ex suae rei occasione ortam, alia dubitatio incidit veteribus, utrumne rem tantummodo suam vel eius aestimationem consequatur, an etiam summam poenalem. 3a. Et licet ab antiquis variatum est et ab ipso Papiniano in contrarias declinante sententias, tamen nobis haec decidentibus Papinianus, licet variavit, eligendus est, non in prima, sed in secunda eius definitione, in qua lucrum statuit minime ad dominum rei pervenire: ubi enim periculum, ibi et lucrum collocetur, nec sit damno tantummodo deditus qui rem commodatam accepit, sed liceat ei etiam lucrum sperare.

Pr. Il est une règle de droit tout à fait manifeste que dans le cas où un vol a été perpétré, l'*actio furti* revient à celui qui a un intérêt à ce que le vol ne soit pas commis. 1. Il y avait pourtant, parmi les vieux juristes, une controverse sur la question de savoir si, dans le cas où quelqu'un a prêté une chose qui lui appartient et où cette chose a été emportée, l'*actio furti* peut être intentée par celui qui l'a reçue en prêt, pourvu qu'il soit solvable, puisque le propriétaire peut entamer un procès contre lui par l'*actio commodati* pour la chose en question. 1a. Et il a été reconnu d'une manière presque générale, que le commodataire a lui-même l'*actio furti*, à moins que l'on ne prenne pas connaissance du fait qu'il souffre d'insolvabilité ; dans ce cas ils (les vieux juristes) disaient en effet que l'*actio furti* appartient au propriétaire. 1b. Mais bon nombre de doutes ont surgi sur le problème de savoir si, dans l'hypothèse où le commodataire fut solvable au moment où le vol fut commis, mais où il est devenu insolvable plus tard, l'*actio furti* qu'il avait déjà acquise doit continuer à lui appartenir, ou bien si elle doit revenir au propriétaire, tandis qu'on se demandait également, si l'*actio furti* fut dans ce cas ambulatoire ou non. 1c. Mais à cet exposé, nous faisons suivre une autre subdivision : si le commodataire est partiellement solvable de sorte qu'il ne peut faire au propriétaire qu'un paiement partiel, la question se pose de savoir s'il a l'*actio furti* ou non. 1d. En prenant une décision sur de telles ambiguïtés des vieux juristes, ou plutôt, pour le formuler d'une meilleure manière, confusions, nous sommes venu, vu la grande difficulté des problèmes, à la solution la plus simple selon laquelle il dépend de la volonté du propriétaire de désirer d'entamer soit l'*actio commodati* contre celui qui accepte les choses (en prêt), soit l'*actio furti* contre celui qui a emporté la chose ; et le propriétaire, après avoir choisi l'une de ces deux actions ne pourra, en cas de regret, venir à l'autre. 1e. S'il a choisi le voleur, celui qui a reçu la chose en prêt sera libéré entièrement ; s'il s'adresse, dans sa qualité de prêteur, à celui qui a reçu la chose en prêt, l'*actio furti* contre le voleur ne pourra nullement lui appartenir, mais celui qui a été poursuivi à propos de la chose prêtée pourra avoir contre le voleur l'*actio furti* et la situation sera ainsi si le propriétaire, au courant du fait que la chose a été volée, s'adresse à celui qui a reçu (en prêt). 2. S'il a intenté l'*actio commodati* (contre le commodataire) ne sachant pas — ou ayant des doutes sur le fait — que la chose[21] ne se trouvait pas dans les mains de ce

[21] Thalelé, dans le passage de son *Index* sur C.6.2.22 qui est devenu le texte des Basiliques 60.6.39 n'a pas compris cette phrase. On y lit : E? d, ? go¸saq kaÁ nomºzvn par|aªtˆ e? nai tØ prågma…; voir *Basilicorum Libri*, Ser.A, vol.VIII, p.2799. On trouve la même erreur dans la traduction de C.E. OTTO/ B. SCHILLING/ C.F. SINTENIS, *Das Corpus Iuris Civilis in's Deutsche übersetzt* 5, Leipzig 1823, p.899. Ils

dernier et a voulu mettre fin au procès sur le prêt plus tard, après avoir trouvé la chose (auprès du voleur) et intenté l'*actio furti*, alors la permission doit lui être donnée de s'adresser au voleur tandis qu'aucun obstacle ne lui est opposé, puisqu'il a entamé l'*actio commodati* contre celui qui a reçu en prêt dans un état d'incertitude (à moins que le commodataire ne lui donne *satisfactio*, car dans ce cas le voleur est libéré entièrement du propriétaire et celui-ci sera remplacé par celui qui a donné *satisfactio* au propriétaire pour la chose qui lui a été prêtée), puisqu'il est de toute évidence que, même si le propriétaire avait intenté l'*actio commodati* dès le début, n'étant pas au courant du fait que la chose a été volée et qu'il a continué le procès contre le voleur après avoir appris le vol, le commodataire est libéré entièrement, indépendamment du résultat du procès entre le propriétaire et le voleur et cette règle doit être appliquée, pour autant que celui qui a reçu la chose en prêt soit partiellement ou totalement solvable. 3. Quand, en ce qui concerne un deuxième point douteux, la question s'est posée (aux vieux juristes) de savoir ce qu'il faut décider, si quelqu'un avait une chose reçue en prêt que quelqu'un d'autre avait emportée et si ce dernier, contre qui un procès avait été entamé, avait été condamné non seulement à remettre la chose volée mais également à payer la peine du vol, et si le propriétaire de la chose s'est présenté tout en exigeant d'obtenir tout ce que l'emprunteur avait reçu du voleur à la suite de la condamnation du juge, puisque cela était un produit de la chose, un autre problème a fait naître des doutes[22] aux vieux juristes, c'est-à-dire celui de savoir si le propriétaire obtient seulement la chose (ou sa valeur) ou aussi la somme de la peine. 3a. Et bien que différentes opinions aient été soutenues par les vieux juristes, et que Papinien soit arrivé à des décisions contraires, nous qui prenons une décision sur ce point, donnons la préférence à Papinien bien qu'il ait changé d'avis, pas à sa première mais à sa seconde décision, par laquelle il a prescrit que l'avantage ne doit pas venir auprès du propriétaire, car là où se trouve le dommage doit être placé aussi l'avantage et celui qui a reçu une chose en prêt ne doit pas seulement être délivré au dommage, mais il faut qu'il lui soit permis aussi de s'attendre à un bénéfice.

4. Si nous embrassons du regard le texte C.6.2.22pr.-3a que nous appellerons plus tard dans cette étude pour faciliter sa

---

écrivent : " Hätte aber der Eigenthümer, nicht wissend oder zweifelnd, daß die Sache sich noch bei dem Leiher befinde ... ".

[22] Je n'ai pas réussi à découvrir une différence entre la *secunda dubitatio* et l'*alia dubitatio* dont il est question ici.

rédaction "la Constitution", nous voyons que Tribonien nous informe de deux *dubitationes*[23] qui ont existé en droit classique. La première *dubitatio* divisée en deux points douteux concerne l'insolvabilité du commodataire. L'état du droit classique est présenté aux paragraphes 1b et 1c ; Justinien donne une nouvelle réglementation pour remédier à ces problèmes aux paragraphes 1 et 2. La deuxième *dubitatio* concerne le problème de savoir ce que l'emprunteur volé, qui a agi contre le voleur, doit céder à son *commodator*. L'état du droit classique est présenté au § 3 et au début du § 3a ; Justinien choisit une des deux solutions classiques au § 3a dans la phrase *Papinianus eligendus est ... sperare*.

L'objet de cette étude est l'information que cette Constitution nous donne sur le droit classique. Nous en traiterons aux n°s 5 et 7. Pour rendre les problèmes du droit classique plus clairs nous résumerons la réglementation Justinienne au n° 6 et à la fin du n° 7.

Il est étonnant que des romanistes modernes aient nié que les deux *dubitationes* mentionnées aient existé en droit classique. Au premier abord il semble peu probable que Tribonien, le plus grand juriste de son temps[24], ait donné une idée fausse des complications du droit classique, concernant la légitimation active de l'*actio furti* en cas de vol d'une chose prêtée[25]. Les arguments donnés par ces auteurs sont assez faibles. Pour Schindler[26], les points concernant l'insolvabilité de l'emprunteur, mentionnés aux paragraphes 1b et 1c, n'étaient pas des points douteux. Il invoque les mots *Tales itaque ... placuit* pour rendre vraisemblable que Justinien n'était pas d'avis qu'il y avait des doutes en droit classique. Quand Schindler écrit : "Es waren ... keine klassische Streitigkeiten, sondern Weitläufigkeiten..."[27], il oublie de traduire le mot

[23] Dans les §§ 4, 4a et 4b du texte que nous n'étudierons pas ici, une troisième *dubitatio* du droit classique est mentionnée, pour laquelle la Constitution donne une nouvelle réglementation. Elle concerne le cas où une chose reçue en prêt par quelqu'un a été prise par son épouse. Le problème qui se pose est celui de savoir si l'*actio furti* peut être intentée contre la femme par le prêteur ou par son mari.

[24] Cf. T. HONORE, *Tribonian*, (*supra*, n.20), p.66. p.244-246 et p.256.

[25] On pourrait tout au plus supposer que Tribonien ait exagéré un peu ces complications, pour les confronter à la réglementation considérée par lui comme plus simple, et qu'il introduit aux §§ 1e et 2.

[26] SCHINDLER, *Justinians Haltung*, (n.2), p.206-207.

[27] SCHINDLER (n.2), p.207

ambiguitates et interprète d'une manière inexacte le mot *ambages* qui signifie clairement "confusions ". Justinien lui-même emploie le mot dans ce sens dans sa *constitutio* " *Tanta* " (C.1.17.2.6a). Liebs, qui parle avec raison d'un " Bündel alter Kontroversen "[28], écrit à propos de l'opinion de Schindler : " *ambages* in § 1d spricht eher gegen ihn "[29].

Sur la controverse existant entre les juristes classiques (et de Papinien avec lui-même), mentionnée aux paragraphes 3 et 3a, Van den Bergh[30] écrit : " L'existence d'une controverse classique en cette matière me semble bien douteuse et l'assertion de Justinien erronée ". Schulz[31], qu'on ne peut soupçonner d'accorder une confiance excessive aux sources, a déjà écrit au début du siècle dernier qu'il s'agit ici d'un rapport de Justinien sur une controverse classique et Schindler[32] accepte, " daß dieser Streit wirklich ein klassischer war ". Ne voyant aucune raison pour croire que Tribonien ait donné consciemment ou inconsciemment une idée inexacte du droit classique, je suis d'accord avec ces deux derniers auteurs.

5. Venons maintenant aux *ambiguitates* et *ambages* des vieux juristes[33], dans le premier domaine des doutes, qui concerne la solvabilité de l'emprunteur.

Après avoir répété le principe que l'*actio furti* revient à celui qui a un intérêt à ce que le vol ne soit pas commis (pr.), Tribonien écrit (au § 1) que pour le cas du vol d'une chose donnée en prêt les *antiqui iuris interpretes* se sont demandés qui était habilité à intenter l'*actio furti*, si le commodataire était solvable. L'auteur de

---

[28] LIEBS, *Klagenkonkurrenz* (n.7), p.46.

[29] LIEBS (n.7), p.47, n.50.

[30] G.C.J.J. VAN DEN BERGH, *Qui habet commoda ferre debet onera*. Contribution à l'histoire d'une maxime juridique, dans *Flores Legum H.J.Scheltema oblati*, Groningen 1971, p.33.

[31] F. SCHULZ, Klagen-Cession im Interesse des Cessionars oder des Cedenten im klassischen römischen Recht, dans *SZ* 27 (1906), p.94-95. Cet auteur écrit : " Eine Reihe von Juristen, unter ihnen zeitweilig auch Papinian, soll der Ansicht gewesen sein, der Commodant habe gegen den Commodatar nicht nur einen Anspruch auf *res ipsa*, sondern könne auch verlangen, daß der Commodatar die *poena*, die er eventuell mit der *actio furti* eingetrieben hat, herausgebe ".

[32] SCHINDLER (n.2), p.162.

[33] Comme on le sait, les *veteres* sont pour les juristes classiques les juristes de la République et pour les juristes du temps de Justinien les juristes classiques.

la Constitution fait savoir que dans ce cas, il était accepté d'une manière presque générale, que l'emprunteur pouvait intenter l'*actio furti*[34]. Apparemment une minorité insignifiante, mais peut-être plus importante au début, a soutenu que l'*actio furti* appartenait au propriétaire qui avait donné sa chose en prêt. Le premier point sur lequel un doute est apparu, concerne un changement, au niveau de la solvabilité du commodataire, survenu après le vol. L'emprunteur était solvable au moment où la *res commodata* a été volée ; plus tard il est devenu insolvable, avant que la *litis contestatio* du procès sur le vol ait eu lieu. L'*actio furti* doit-elle être maintenue au commodataire ou être rendue au prêteur ? Sur ce point, il y avait une controverse parmi les juristes classiques. Je suppose que l'opinion qui a prévalu était celle qui attribuait l'*actio furti* au prêteur, lorsque survenait l'insolvabilité de l'emprunteur[35].

À la fin du § 1b, notre Constitution ajoute que la question avait été posée de savoir si l'*actio furti* était dans ce cas *ambulatoria* ou non[36]. J'avais supposé d'abord qu'il faut interpréter cette question ainsi : Si au moment du vol de la chose empruntée le commodataire est insolvable, mais qu'il redevient solvable avant que l'*actio furti* ait été intentée par le propriétaire, qui peut entamer le procès de vol contre le voleur ? Le propriétaire ou l'emprunteur ? Si l'on comprend pourtant les mots *in hoc casu* dans la question citée (*an in hoc casu furti actio ambulatoria sit nec ne)* à la lettre, une autre interprétation s'impose, à savoir la suivante : Si au moment du vol de la chose donnée en prêt l'emprunteur est solvable et qu'après être devenu insolvable, il parvient de nouveau à la solvabilité, l'*actio furti* revient-elle de nouveau à l'emprunteur où elle avait déjà été ?

Un deuxième problème dans le domaine de la première *dubitatio* concerne l'insolvabilité partielle du commodataire. Si ce

---

[34] Il est frappant que la base classique de la légitimation active de l'*actio furti* du commodataire, à savoir sa responsabilité pour *custodia*, n'est pas mentionnée par le rédacteur de la Constitution.

[35] Cf. pour le cas du vol des vêtements dans les mains d'un teinturier qui est devenu insolvable après le vol, Ulp.D.47.2.12 pr. qui écrit : *ad dominum actio redit*.

[36] Nous avons déjà discuté brièvement la signification de cette question dans notre étude *Ambulatorius* in the Roman Legal Sources, dans *The Irish Jurist* 31 (1996), Festschrift G.J.Hand, Dublin 1996, p.202-203.

dernier était partiellement solvable et ne pouvait dès lors donner pleine satisfaction au prêteur, à qui appartient le droit d'intenter l'*actio furti* ? Au propriétaire ou au commodataire ? Nous supposons que la première solution a été soutenue par la majorité des juristes classiques. Iavolenus a écrit au D.50.16.114 : *Solvendo esse nemo intellegitur, nisi qui solidum potest solvere*. Et les rédacteurs des Institutes de Justinien écrivent à la fin d'Inst. 4.1.5 que la règle selon laquelle l'*actio furti* appartient au propriétaire des vêtements volés en cas d'insolvabilité du *fullo* ou du *sarcinator* s'applique également en cas d'insolvabilité partielle de ces derniers.

6. Justinien a éliminé ces controverses en imposant une solution qu'il qualifie comme une *simplicior sententia*[37]. La règle principale, introduite aux paragraphes 1d et 1e, est en effet assez simple. Cependant, les nuances que la Constitution y apporte au § 2 ont pour résultat que le droit de Justinien est sans doute moins controversé que le droit classique, mais également quelque peu complexe.

Les rédacteurs des Institutes de Justinien ont incorporé en 533 la réforme de Justinien introduite par les paragraphes 1d, 1e et 2 de la Constitution de 530 dans leur manuel ; ils les citent littéralement aux Inst. 4.1.16(18). Ils introduisent cette citation par les mots suivants : *sed nostra providentia etiam hoc in decisionibus nostris emendavit*. Il s'agit ici sans doute d'une des *quinquaginta decisiones*[38]. La réforme de notre Constitution a toutes les caractéristiques de ces *decisiones*[39]. Puisque la réglementation de

---

[37] Nous avons à faire ici à une des *quinquaginta decisiones* ; cf. Carmela RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta Decisiones* (ci-après: *Studi*), Milano 1999, p.41-42.

[38] C'est également l'opinion de Madame RUSSO RUGGERI, *Studi* (*supra*, n.37), p.41-42.

[39] Cf. L.WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, p.573-574: " Daß diese in einer eigenen Sammlung vereinigt worden sind, daß in ihnen alte juristische Streitfragen durch kaiserliche Entscheidung erledigt, abgestorbene Rechtsinstitute auch formell aufgehoben worden sind, daß die Sammlung nach Erlaß des alten Kodex begonnen wurde und vor Publikation der Institutionen abgeschlossen vorlag (...) sind Ergebnisse der Forschung, die im großen und ganzen sicher genannt werden dürfen ". Voir récemment sur les *quinquaginta decisiones* en général, RUSSO RUGGERI, *Studi* (*supra*, n.37).

Justinien n'est pas le vrai thème de cette étude, je ne ferai qu'une explication concise du nouveau droit introduit en 530 après J.-C.

La règle principale est simple : le prêteur a le choix ; il pourra s'adresser soit à l'emprunteur soit au voleur. Après avoir fait son choix et avoir commencé un procès contre l'un de ces deux défendeurs possibles, il est lié par ce choix. Cette règle peut être appliquée d'une manière simple si le prêteur est au courant du fait que la chose a été volée à son emprunteur. S'il a entamé un procès contre le voleur, le commodataire est libéré. S'il a entamé un procès contre le commodataire, le prêteur ne pourra plus jamais agir contre le voleur et l'*actio furti* reviendra au commodataire. Le résultat n'est pas équitable si l'emprunteur est insolvable. Le commodataire qui n'a pas donné satisfaction au propriétaire peut réclamer la *poena*, tandis que ce dernier n'a que la *condictio furtiva* ou la *rei vindicatio* à sa disposition contre le voleur. On peut supposer que pendant la période classique, le juge qui a dû se décider sur l'*actio furti* intentée contre le voleur par l'emprunteur, ait pu attendre la fin du procès entre le prêteur et l'emprunteur et ait eu le pouvoir de permettre en cas d'insolvabilité de ce dernier une *translatio iudicii*[40] en admettant le propriétaire-prêteur comme demandeur au lieu du commodataire. Une telle possibilité, qui existait peut-être en droit classique, n'était pas permise dans le droit de Justinien puisque le prêteur avait perdu sa légitimation de l'*actio furti*.

La réglementation de Justinien devient plus compliquée dans le cas où le prêteur n'aurait pas été au courant du vol et aurait commencé à réclamer la chose de l'emprunteur. Tribonien a distingué deux situations qui sont très voisines. Dans la première, le prêteur a eu des soupçons sur le fait que la chose prêtée n'était plus dans les mains du *commodatarius*. Dans la seconde, le prêteur n'a pas su que la chose a été volée à l'emprunteur et suppose donc qu'elle se trouve encore auprès du commodataire. Si, dans ces deux cas, le prêteur a intenté l'*actio commodati* et plus tard prend connaissance du vol, il lui sera permis d'arrêter le procès contre l'emprunteur et d'entamer un nouveau procès contre le voleur. Dans ce cas, le commodataire est totalement libéré, même si le

[40] Cf. sur cette institution M. KASER/ K. HACKEL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, p.354.

procès concernant le vol n'aboutit pas à un résultat positif pour le prêteur, le voleur étant insolvable ou introuvable au moment de l'exécution de la sentence. Cette possibilité d'intenter l'*actio furti* contre le voleur, qui existait en droit classique seulement en cas d'insolvabilité du *fur*, est admise dans le droit de Justinien également si le commodataire est solvable. Jolowicz[41] a invoqué Paul D.47.2.54(53).1[42] pour soutenir que la solution de notre Constitution, selon laquelle le prêteur peut intenter l'*actio furti* après avoir renoncé à l'*actio commodati*, existait déjà en droit classique, à moins que ce texte ne soit interpolé. Dans le cas discuté par Paul, où A avait donné une chose en prêt à B, un esclave du prêteur avait volé la chose prêtée par son maître. Après nous avoir informé du fait que Sabinus a soutenu qu'en cas de solvabilité de l'emprunteur (B), A peut intenter l'*actio commodati* contre B et que ce dernier peut s'adresser à A par l'*actio furti noxalis*, Paul ajoute que l'*actio furti evanescit*, si A a restitué l'argent qu'il avait déjà reçu de B ou s'il fait remise de l'*actio commodati* qu'il avait intentée contre B. Dans ce cas tout particulier, où le demandeur de l'*actio commodati* est en même temps le défendeur à l'*actio furti*, la remise de l'*actio commodati* éteint l'*actio furti* revenant au commodataire. Je ne vois aucune trace d'une possibilité pour le propriétaire " to bring the *actio furti* " sur la base d'un vol pour lequel il est lui-même responsable comme maître de l'esclave-voleur. Je ne vois pas non plus de raison permettant de considérer le texte comme interpolé.

Justinien admet cependant une exception à la possibilité d'arrêter le procès contre l'emprunteur et d'entamer un nouveau procès contre le voleur, c'est le cas dans lequel le prêteur n'a plus le droit d'*adversus furem transire* si ce prêteur *satisfactum est* par le commodataire. *Satisfacere* a ici une double signification, à savoir soit celle de payer au prêteur ce qui lui est dû, soit celle de garantir au demandeur (en offrant des cautions) que la somme — que le juge fixera à la fin du procès — lui sera payée. Dans ces deux cas

[41] JOLOWICZ (n.4), p.XLV.

[42] D.47.2.54(53).1 Paulus l.39 ad edictum: *Si servus commodatoris rem subripuerit et solvendo sit is cui subreptum est, Sabinus ait posse et commodati agi cum eo et contra dominum furti servi nomine: sed si pecuniam quam dominus exegit reddat, evanescit furti actio, idem et si remittat commodati actionem*.

de *satisfactio* du prêteur, le commodataire sera admis comme demandeur en lieu et place du prêteur dans le procès de *furtum.*

7. Nous abordons maintenant la deuxième *dubitatio* des *veteres* dans le domaine des effets d'un vol d'une chose donnée en prêt. L'emprunteur qui a été la victime du vol de la *res commodata* a trouvé le voleur et a procédé contre lui. Le résultat de ce(s) procès est qu'il a obtenu la chose volée ou la *litis aestimatio* et la *poena furti*. Deux opinions étaient soutenues par les juristes classiques. Selon la première, le commodataire doit remettre au prêteur tant la (valeur de la) chose que la peine (du double de la valeur de la chose). Selon la seconde, le commodataire doit restituer au prêteur la (valeur de la) chose, mais il peut conserver pour lui, la *poena*. Papinien a changé d'avis sur ce point : d'abord il était un défenseur de la première, plus tard il a été parmi ceux qui étaient en faveur de la seconde opinion. Au premier abord, il peut sembler étonnant que le commodataire ait intenté non seulement l'*actio furti*, mais aussi une action réipersécutoire par laquelle il a obtenu la chose empruntée qui lui a été volée ou sa valeur. Tant en droit classique que dans le droit de Justinien, le propriétaire était le seul titulaire de la *condictio furtiva*[43]. L'emprunteur n'a donc pu intenter cette *condictio*, mais il a probablement pu agir par le biais d'une *condictio utilis*[44], comme Ariston, Nérace et Ulpien donnaient dans D.13.1.12.1 une *condictio incerti* au créancier-gagiste dans le cas où la *res pignori data* avait été volée. On peut penser également à la possibilité que l'emprunteur ait intenté la *rei vindicatio* ou la *condictio furtiva* comme *procurator* du prêteur[45]. En cas d'absence de ce dernier, une telle action intentée par l'emprunteur était un bon remède pour éviter que le voleur s'en

---

[43] Voir KASER, *RPR* I^2, 1971, p.618 et II^2, 1976, p.434.

[44] Cf. LIEBS, *Klagenkonkurrenz* (n.7), p.47,n.52 qui écrit : " Man wende nicht ein, es sei nicht ersichtlich, mit welcher Klage der bestohlene Nichteigentümer die Sache selbst vom Dieb hätte herausverlangen können. Zwar wurde unmittelbar *ex causa furtiva* die *condictio* nicht gewährt (...) Doch hatten schon die Klassiker in zahlreichen analogen Fällen die *condictio* gewährt und als *ex iusta causa* bezeichnet (...) ".

[45] Voir KASER/HACKL (n.40), p.214 : " Nach umstrittener Klassikermeinung wird als Prokurator des Klägers auch zugelassen, wer ohne gültige Ermächtigung redlicherweise (*bona fide*) den Prozeß führt, sofern er die *cautio ratam rem habiturum* leistet ".

aille avec la chose volée. L'argument pour la première opinion, selon laquelle le commodataire devait remettre au *commodator* non seulement (la valeur de) la chose empruntée mais aussi la *poena* reçue par lui du voleur, est que celle-ci est *ex suae* (*scil. commodatoris*) *rei occasione orta*. Elle peut être considérée comme un produit issu de la chose donnée en prêt[46] et pour cela le prêteur peut réclamer de l'emprunteur, en plus de la chose, ce " fruit " de la chose. L'argument en faveur de la seconde opinion est l'adage : *cuius periculum, eius est commodum* ; celui qui supporte le dommage du vol de la chose (à la suite de sa responsabilité pour *custodia*) doit aussi avoir l'avantage de la *poena furti*. Il doit remettre au prêteur la chose (ou sa valeur) qu'il a obtenue du voleur, mais il pourra conserver la peine. Justinien, qui a fait dériver la responsabilité du commodataire d'une *exactissima diligentia* à veiller sur la chose, mais qui a conservé le régime pratique de la responsabilité pour *custodia*[47], a adhéré à la seconde opinion, soutenue par Papinien en dernier lieu.

8. Nous en venons à quelques brèves observations finales. La Constitution que nous venons d'étudier peut aider à nous rendre conscient du fait que notre connaissance du droit classique — malgré les Institutes de Gaius et la grande anthologie des textes des juristes classiques qu'est le Digeste — est limité. Si l'on ne prend pas notre Constitution en considération, l'image que nous avons de la réglementation classique de la légitimation de l'*actio furti* en cas de vol d'une chose donnée en prêt, est assez simple et c'est celle que nous trouvons généralement dans nos manuels actuels[48]. Les Institutes de Gaius, si importants soient-ils, ne sont qu'un manuel élémentaire et dans les fragments des juristes classiques, on ne trouve plus les ambiguïtés concernant l'insolvabilité du commodataire et la *poena* obtenue par ce dernier, qui a agi contre

---

[46] SCHULZ *SZ* 27(1906), p.95 résume la première opinion ainsi: "Die *poena* ist etwas wie eine Frucht der verliehenen Sache und soll deshalb dem Eigentümer zufallen".

[47] F. PASTORI, *Il commodato in diritto romano*, Milano 1995, p.279 écrit : " l'indirizzo dei compilatori è quello di mantenere il regime pratico della responsabilità per *custodia* ricomprendendolo entro i limiti della responsabilità colposa ".

[48] Voir *supra*, n.9.

le voleur. Les Compilateurs n'avaient aucun intérêt à montrer les points discutés en droit classique, sur lesquels l'Empereur s'était exprimé d'une manière non équivoque en 530.

La Constitution étudiée est difficile. On ne peut pourtant l'ignorer, puisqu'elle contient des informations qui nous permettent de raffiner notre connaissance du droit classique. Ce droit était, sur le point de la légitimation active de l'*actio furti* dans le cas d'un vol d'une *res commodata*, assez complexe et peu certain[49].

[49] Je remercie vivement mon ami Jean-François Gerkens, chargé de cours adjoint à l'Université de Liège, qui a corrigé le style français de cette étude.