

Les responsabilités du fait d'autrui en droit romain dans la ligne de mire de Domat et de Pothier

Annette RUELLE

Professeure à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Introduction

1. Assurément, les régimes modernes de responsabilité contractuelle et extracontractuelle du fait d'autrui plongent leurs racines aux sources du droit romain. Il y a loin, toutefois, de ce dernier aux dispositions générales qui s'y rapportent dans la famille des droits romano-canoniques, en particulier dans le Code Napoléon (art. 1384 C. civ.)¹, le *Bürgerliches Gesetzbuch*² ou encore le *Codice civile italiano*³.

Pour s'en tenir à l'alinéa 3 de l'article 1384 dans le Code Napoléon, et donc à la question de la responsabilité des « maîtres et commettants » pour « le dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils ont été employés », il est bien connu que Jean Domat est « peut-être le premier à formuler un principe général de responsabilité du fait d'autrui à propos des personnes qui, pour l'exercice de leurs activités, utilisent des préposés »⁴.

Son apport décisif tient à l'élargissement à tout préposé de tout patron quelconque, « généralement tous ceux qui pour leurs commerces sur terre ou sur mer se servent de commis, agents et autres préposés »⁵, d'un régime de responsabilité pour autrui que le droit romain avait instauré à l'encontre d'une catégorie socioprofessionnelle particulière, les marins, les aubergistes et les maîtres d'écurie, obligés par le droit prétorien à raison de la garde des choses reçues (*recepta*) de leurs clients, « leurs hardes et leurs équipages », ainsi que l'écrivit joliment le célèbre avocat du droit.

¹ Art. 1384 Code Napoléon ; cf. art. 1242 C. civ. fr. (tel que réformé 2016) ; art. 5.156 et s. de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil belge (version du 6 août 2018).

² §§ 831-832 BGB ; § 278 BGB.

³ Art. 2047 et s., en part. art. 2049 (responsabilité extracontractuelle « *dei padroni e committenti* ») ; art. 1228 C. civ. ital. (1942).

⁴ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2^e éd., Paris, Economica, 2012, p. 797.

⁵ J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, t. I, Paris, 1689, XVI, III.

À ces règles, le grand contemporain de Pascal associa, avec une distance assumée par rapport aux sources, les mécanismes procéduraux par lesquels le prêteur, encore une fois, avait assuré les conditions juridiques de la mutation de la *familia* romaine en une véritable entreprise économique, obligeant le *pater familias* du fait des actes de ses êtres en puissance, fils ou esclaves, spécialement ceux qu'il avait préposés à la tête d'un commerce maritime ou terrestre, comme capitaine (*magister navis*) ou comme gérant d'entreprise (*institor*), sur la base des actions dites commerciales, dans le groupe plus large des actions *adiecticiae qualitatis*, qui constituent une autre grande souche de reconnaissance de cas de responsabilité pour autrui en droit romain.

L'auteur des *Loix civiles* précipite en cela (car elle le précède dans l'ancien droit français) l'hybridation typique des régimes continentaux de responsabilité complexe entre la préposition commerciale et l'obligation des professionnels de l'accueil en droit romain, suscitant le saut depuis une responsabilité à raison de la garde de la chose d'autrui pour le fait d'une personne quelconque à une responsabilité des commettants pour le fait de leurs commis ou préposés⁶. Quant à Pothier, il dégage le tableau d'un régime de responsabilité extra-contractuelle du fait d'autrui fondée sur l'autorité et le pouvoir de ceux qui en sont investis sur autrui, ouvrant la voie à la conception de l'article 1384 du Code de 1804.

Toujours est-il que le dispositif romain monté à l'encontre des marins, aubergistes et maîtres d'écurie est à l'origine, via Domat, de l'application dans le Code Napoléon de la notion de dépôt nécessaire aux hôteliers (art. 1952 ancien C. civ.), dépôt réservé chez les anciens aux cas de force majeure⁷, et surtout de l'extension de leur responsabilité au fait d'un membre de leur personnel ou de toute personne séjournant dans l'hôtellerie (art. 1953)⁸.

Mais ce n'est pas tout. Dans le champ de la responsabilité contractuelle, même si, à la différence des Codes civils allemand (§ 278) et italien de 1942 (art. 1228), le Code Napoléon ne consacre à ce principe aucune disposition de portée générale, on ne découvre pas moins dans les sources romaines le substrat des dispositions qui imposent, comme l'énonce l'article 1245 de l'ancien Code civil, à charge du débiteur d'un corps certain une responsabilité contractuelle pour les détériorations survenues à la chose qui doit être livrée lorsqu'elles résultent d'un fait « des personnes dont il est responsable »,

⁶ M. PLANIOL, « Études sur la responsabilité civile », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1909, pp. 282-301, p. 291 ; H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6^e éd. par A. Tunc, Paris, 1965, p. 941, n° 857.

⁷ *Le depositum miserabile*, art. 1949 ancien C. civ.

⁸ Art. 1953 C. civ. de 1804 : « Ils [soit les aubergistes ou hôteliers] sont responsables du vol ou du dommage des effets du voyageur, soit que le vol ait été fait ou que le dommage ait été causé par les domestiques et préposés de l'hôtellerie, ou par des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie ».

ainsi que de différents cas de responsabilité contractuelle pour autrui dans les contrats spéciaux, spécialement contre l'entrepreneur (art. 1797 ancien C. civ.) ou le locataire dans le louage de choses (art. 1735 ancien C. civ.).

La complexité de ces problématiques, leurs articulations, leurs fondements, le chassé-croisé dont leurs différentes justifications ont fait l'objet à l'occasion de leur réception dans l'ancien droit français⁹ et chez les auteurs modernes, non seulement Jean Domat et Pierre-Joseph Pothier, mais aussi Johannes Voet ou encore Hugo Grotius et l'École du droit naturel moderne, sans compter leurs développements au XIX^e siècle, tant en France qu'en Allemagne, sont tels qu'il ne peut de toute évidence s'agir ici que d'un aperçu.

Du moins semble-t-il intéressant de défaire l'écheveau monté par Domat et Pothier en restituant à son contexte propre la *praepositio* romaine, à la fois si différente et pourtant si proche qu'elle a fourni le principe d'une limitation *fonctionnelle* de la responsabilité des commettants pour les dommages causés par leurs commis ou préposés *dans l'exercice de leurs fonctions*.

2. Nous commencerons par envisager le champ extracontractuel avec une institution fondamentale du droit pénal romain, si typique d'une société ancienne, esclavagiste et patriarcale, qu'elle a perdu toute résonance directe dans l'ancien *ius commune*¹⁰, à savoir l'abandon noxal, dont le régime gouverne les conséquences à l'endroit du *pater familias* des délits commis par les êtres qu'il tient en sa puissance, ses *alieni iuris* : fils et filles, voire épouses mariées *cum manu*, et esclaves. Dans le champ délictuel toujours, mais en dehors du cercle familial, nous évoquerons ensuite l'important quasi-délit *de deiectis et effusis*, à la source d'une responsabilité de l'habitant pour le dommage causé aux passants par les choses jetées ou versées depuis l'immeuble dans la rue, quelle que soit la personne à l'origine du dommage, l'habitant lui-même ou autrui (*is, ex cuius cenaculo deiectum effusumve*) (chapitre 1).

Nous passerons ensuite à la responsabilité des marins, aubergistes et maîtres d'écurie pour les choses reçues des voyageurs, basée sur un pacte prétorien, le *receptum nautarum cauponum stabulariorum*, et exorbitante du droit commun de la responsabilité pour faute, que ce soit pour soi-même ou pour autrui au demeurant, en droit romain. Ces professionnels engageaient en outre leur responsabilité quasi délictuelle pour le vol (*furtum*) ou le dommage (*damnum*) des effets de leurs clients par leurs employés¹¹ (chapitre 2).

⁹ Voy. le texte d'Alan Watson, « The law of delict and quasi-delict in the French *Code civil* », qui, malheureusement, ne dit mot peu ou prou de l'alinéa 3 de l'article 1384, manquant en particulier de signaler le titre XVI du livre 1^{er} des *Loix civiles* de Domat. A. WATSON, *Failures of Legal Imagination*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1988, pp. 1-33.

¹⁰ Voy. toutefois ses effets « en creux » dans le texte d'Alan Watson cité *supra*.

¹¹ Ainsi que l'article 1953 du Code de 1804 le laisse encore si nettement transparaître : les aubergistes ou hôteliers sont responsables « du vol ou du dommage des effets du voyageur [...] ».

Une responsabilité contractuelle du fait d'autrui que, par contraste avec le *receptum nautarum cauponum stabulariorum*, on pourrait appeler de droit commun, fut également prise en considération par les juristes anciens dans certains contrats spéciaux (chapitre 3).

Enfin, nous achèverons notre boucle en revenant au contexte familial, avec la préposition (*praepositio*) par le *pater familias* d'un *alieni iuris* (et par la suite même d'une personne extérieure à la famille) à la tête d'un commerce maritime ou terrestre (chapitre 4), qui nous donnera d'apprécier la manière dont celle-ci a finalement servi, hybridée par Domat au régime monté contre les professionnels de l'accueil et du transport, et articulée ensuite par Pothier à la responsabilité délictuelle engagée du fait des personnes « soumises à notre autorité », à la conception de l'article 1384 du Code Napoléon (chapitre 5).

Chapitre 1

Le champ extracontractuel

3. Nous rencontrerons encore un cas de responsabilité quasi délictuelle, à l'encontre des marins et des aubergistes, où elle vient renforcer la responsabilité contractuelle de ces professionnels basée sur les contrats de louage de chose ou d'entreprise, voire de dépôt, conclus avec leur clientèle. Relèvent en revanche d'une responsabilité extracontractuelle étrangère à tout contrat le régime de l'abandon noxal (section 1) et le quasi-délit *de deiectis et effusis* (section 2).

Section 1

L'abandon noxal (*noxae deditio*)

4. L'organisation juridique de la *familia* romaine est structurée sur la base de positions définies par la notion de puissance (*patria potestas*), au principe d'une opposition fondamentale entre le titulaire de la *patria potestas*, qui n'est pas le géniteur, mais celui dont aucun ascendant mâle en ligne masculine directe n'est plus en vie au sein du lignage agnatique, et ceux qui y sont soumis (*in potestate*), qu'ils soient libres (fils et filles, voire épouses mariées avec *manus*) ou esclaves¹². Si le *pater familias* est *sui iuris*, « de son propre droit », les autres, en revanche, sont *alieni iuris*, ils relèvent du « droit d'autrui » et sont comme tels privés de la capacité patrimoniale.

Les *alieni iuris* ne peuvent donc pas être cités à comparaître ni, surtout, répondre des conséquences patrimoniales d'une éventuelle condamnation

¹² GAIUS, *Institutes* 1, 48 ; *Institutes de Justinien* 1, 8pr.

qu'ils pourraient encourir à la suite de leurs délits – mais pas davantage, on y reviendra à la fin de notre développement, à raison des actes juridiques qu'ils pourraient conclure en qualité d'agents de la *familia* entendue comme un groupe économique.

5. Le régime de la noxalité qualifie, dès le plus ancien droit romain¹³ et jusque dans le droit de Justinien, au VI^e siècle de notre ère, une responsabilité du fait d'autrui dans le chef du *pater familias* pour les délits commis par un être en puissance (vol, *iniuria*, dommage soumis à la *lex Aquilia*, etc.), voire par un animal dont il est propriétaire. Il consiste à ouvrir au *pater familias* une option¹⁴ : soit il soutient le procès, au risque de la condamnation, ou s'offre au paiement d'une composition amiable dont il conviendrait avec la victime, soit il se décharge de toute responsabilité en abandonnant à celle-ci le fils, l'esclave ou l'animal auteur du délit en lieu et place de la réparation du dommage subi (*pro pecunia*, dit Gaius 1, 140). Techniquement, l'action du délit est donnée contre le *pater familias* à titre noxal (*noxal*, « la faute »).

Le principe *noxal caput sequitur*¹⁵ signifie que le défendeur à l'action noxale n'est pas celui en la puissance duquel était l'*alieni iuris* au moment du délit, mais au moment du procès. On voit par là que, institution dérivée des systèmes vindicatoires archaïques, l'action noxale est étrangère au comportement, et donc à toute idée de faute ou de présomption de faute dans le chef du *pater familias*¹⁶. Elle constitue un pur effet mécanique de la puissance qui l'apparente à une responsabilité objective.

Ce régime n'a donc rien de commun avec les fondements modernes de la responsabilité des personnes – en particulier des enfants et des domestiques – et des choses que l'on a sous sa garde¹⁷.

Rigoureusement logique dans un ordre juridique qui connaît à la fois l'esclavage et la *patria potestas*, le *pater familias* n'étant jamais engagé, du fait de l'*alieni iuris*, au-delà de la valeur qu'il lui assigne lui-même, il s'est maintenu jusque sous Justinien (VI^e s. apr. J.-C.), du moins pour les esclaves¹⁸.

¹³ Loi des XII Tables, en 451-450 av. J.-C. [Girard] 2b (*alieni iuris*) ; 8, 6 (animaux).

¹⁴ M. KASER, R. KNUTEL et S. LOHSSE, *Römisches Privatrecht*, 22^e éd., Munich, 2020, p. 163 ; M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, 2^e éd., Munich, 1996, pp. 342-343.

¹⁵ « La faute suit la tête [de l'individu] ». GAIUS, *Institutes* 4, 77 ; ULPPIEN (41 *Ad Sabinum*), D. 47, 2, 41, 2.

¹⁶ Même si, à partir de l'époque classique, en cas de *damnum* donnant lieu à la *lex Aquilia*, les conséquences de la *scientia domini* et dès lors que le dommage a été causé par l'esclave ou le fils sur l'ordre du père ou du maître, en sa présence ou à sa connaissance, voire (chez PAUL, D. 9, 4, 4) de sorte qu'il aurait pu l'empêcher et s'en est abstenu, sont prises en compte d'une manière qui implique la reconnaissance de certains devoirs positifs attachés à la puissance familiale. F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité. De la vengeance à la responsabilité individuelle*, Bruxelles, éd. A. de Visscher, 1947, p. 490.

¹⁷ G. CRIFÒ, v^o « Abandon noxal », in J. LECLANT (éd.), *Dictionnaire de l'Antiquité*, coll. Quadrige, Paris, P.U.F., 2005, p. 1.

¹⁸ *Institutes de Justinien*, 4, 8, 3. L'abandon noxal du fils disparaît progressivement à partir du IV^e siècle apr. J.-C.

Section 2

Le quasi-délit de *deiectis et effusis*

6. Dans le champ délictuel toujours, mais en dehors du cercle familial, remarquable est le quasi-délit de *deiectis et effusis*¹⁹.

Sur fond de la croissance extraordinaire sur le plan urbanistique et démographique de la Ville qui, lâche Cicéron (*De lege agraria*, II, 35), paraît comme suspendue en l'air à ses pièces hautes (*cenaculis sublata atque suspensa*)²⁰, une simple promenade dans les rues étroites n'était pas sans danger, ainsi que l'évoque avec esprit Juvénal au début de l'Empire, où se multipliaient les fameuses *insulae*, les immeubles à plusieurs étages (*Sat.* III, 268-277)²¹ :

« [...] Vas-tu souper en ville ? Il serait imprudent de sortir du logis sans faire un testament. D'un trépas fortuit, partout, sur ton passage, une fenêtre ouverte est le triste présage. Au milieu de la grêle, hélas ! quels sont les vœux que tu formes alors ? "Heureux, cent fois heureux si je ne recevais qu'une eau sale et fétide" » (trad. V. Fabre de Narbonne).

Aussi le préteur urbain²² engagea-t-il, sur la base d'une action *in factum*, entre le II^e et le I^{er} siècle av. J.-C., une responsabilité de l'habitant, *habitor*²³, pour le dommage causé aux passants par les choses jetées ou versées dans la rue, et ce, que l'habitant lui-même ou un tiers se trouve *in concreto* à l'origine du dommage (*is, ex cuius cenaculo deiectum effusumve*)²⁴. Les mêmes raisons expliquent le quasi-délit voisin, à la source également d'une responsabilité du fait d'autrui, au surplus basée sur le risque et non sur la faute, pour tout objet simplement posé ou suspendu (*positum vel suspensum*) et dont la chute menaçait la sécurité du trafic²⁵.

Comme le précise Gaius, l'habitant ne répond pas sur base d'un délit (*ex maleficio*), car il est tenu le plus souvent du fait d'autrui, libre ou esclave²⁶.

¹⁹ ULPYEN (23 *Ad edictum*), D. 9, 3, 1pr ; *Institutes de Justinien* 4, 5, 1. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, Johannesburg, 1990, pp. 16 et s. ; *Idem*, « *Effusum vel deiectum* », *Festschrift Hermann Lange*, Köln, Stuttgart, Kohlhamer W., 1992, pp. 301-330.

²⁰ F. SERRAO, « La responsabilité per fatto altrui in diritto romano », *BIDR* 66 (1964), maintenant dans : *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale. Forme giuridiche di un'economia-mondo*, Pisa, Pacini Editore, 1989, pp. 93-112, spéc. pp. 98-99.

²¹ A. FÖLDI, « *Deiecta et effusa*: Etliche Rechtspolitische und Kulturhistorische Zusammenhänge », *Acta Antica Academiae Scientiarum Hungaricae* 47 (2007), pp. 261-277.

²² Magistrat en charge de la juridiction entre citoyens romains, dont l'édit est à l'origine du droit prétoire, ou encore droit honoraire.

²³ Qu'il soit propriétaire, locataire ou habitant à titre gratuit : ULPYEN (23 *Ad edictum*), D. 9, 3, 1, 4 & 4, 9.

²⁴ GAIUS (3 *Aureorum*), D. 44, 7, 5, 5.

²⁵ ULPYEN (23 *Ad edictum*), D. 9, 3, 5, 6.

²⁶ « Il semble tenu *quasi ex maleficio* : de fait, il n'est pas à proprement parler obligé *ex maleficio* parce qu'il est tenu la plupart du temps du fait d'autrui (*ob alterius culpam*), comme d'un esclave ou d'un libre » (GAIUS, D. 44, 7, 5, 5).

Paul le souligne également : « L'habitant doit prêter son fait et celui des siens (*Habitator suam suorumque culpam praestare debet*) »²⁷.

7. Le quasi-délit de *deiectis et effusis* a joué un rôle important dans la rédaction de l'article 1384 du Code de 1804, en particulier en ce qui concerne la mention relative au dommage causé par le fait « des choses que l'on a sous sa garde ». Mais il a également contribué à la conception d'une responsabilité du fait des « personnes dont on doit répondre », par l'intermédiaire de Domat une fois encore²⁸. L'habitant tenu à raison de la chose, en effet, répond de ceux qui s'y trouvent, en sorte que sont également visés – et Domat cite ici un texte d'Ulpien : les « maîtres d'école, les artisans, et autres qui reçoivent dans leurs maisons des écoliers, des apprentis, ou d'autres personnes pour quelque art, quelque manufacture, ou quelque commerce »²⁹.

Le texte d'Ulpien (23 *Ad edictum*) que cite Domat est le suivant :

D. 9, 3, 5, 3 : « Dans l'hypothèse où le locataire d'un entrepôt ou d'un magasin a jeté ou versé quelque chose, ou celui qui louait le bien à seule fin d'y travailler ou d'y enseigner, il y a lieu à l'action *in factum* même si c'est l'un des ouvriers ou des apprentis qui a jeté ou versé ».

La perspective d'Ulpien n'était certes pas d'engager une responsabilité des « instituteurs et artisans » du fait de leurs « élèves et apprentis », mais d'identifier l'habitant qui, même s'il ne dort pas dans les lieux, est passible comme tel de l'action *in factum*.

Or, si Domat se situe encore dans le contexte romain d'une responsabilité sans faute de l'habitant, ce ne sera plus le cas de Pothier, qui, ouvrant la voie à l'alinéa 5 de l'article 1384 du Code civil, pense les responsabilités complexes sur le fondement de l'autorité et du pouvoir de ceux qui en sont investis sur d'autres personnes, au nombre desquelles il compte, selon toute vraisemblance avec le texte de Domat en tête, les précepteurs³⁰ : « Ce que nous disons des pères [...] peut s'appliquer pareillement aux précepteurs, pédagogues, et à tous ceux qui ont des enfants sous leur conduite »³¹.

²⁷ PAUL (19 *Ad edictum*), D. 9, 3, 6, 2. Le mot *culpa* doit s'entendre au sens d'imputabilité (*zurechenbarkeit*).

²⁸ A. WATSON, *Failures of Legal Imagination*, op. cit., pp. 16 et s. ; D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., pp. 796-797.

²⁹ *Loix civiles*, II, VIII, I, VII.

³⁰ « Non seulement la personne qui a commis le délit ou le quasi-délit est obligée à la réparation du tort qu'elle a causé ; celles qui ont sous leur puissance cette personne, telles que sont les pères, mères, tuteurs et précepteurs, sont tenues de cette obligation, lorsque le délit ou quasi-délit a été commis en leur présence, et généralement lorsque pouvant l'empêcher, elles ne l'ont pas fait : mais, si elles n'ont pu l'empêcher, elles n'en sont point tenues » (P.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, in *Cœuvres de Pothier contenant les traités du droit français*, Paris, 1824, t. I, n° 121, consulté sur le site de la BNF : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6487441v/f11.item.r=precepteurs>).

³¹ P.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, op. cit., n° 455. Nous reviendrons sur ces textes au chapitre 5 (n° 27).

Chapitre 2

Les marins, les aubergistes et les maîtres d'écurie

8. Un régime dérogatoire au droit commun de la responsabilité fut monté par le préteur contre les marins, les aubergistes et les maîtres d'écurie (*nautae*, *caupones* et *stabularii*) à raison des biens (marchandises commerciales et effets personnels) que leur clientèle leur confiait ou simplement déposait dans le navire (*navis*), l'auberge (*caupo*) ou l'écurie (*stabulum*), que ces biens aient été endommagés ou perdus de leur propre fait ou de celui de leurs employés, voire de tiers.

Ces mesures coïncident avec la pleine période d'innovation de l'édit du préteur dans le contexte de l'essor sans précédent du commerce, des échanges et des transports, spécialement maritimes, en Méditerranée, et de l'avènement d'une économie mercantile « mondialisée » à l'époque médio-républicaine. Leur introduction dans l'édit a probablement eu lieu entre le premier tiers du II^e siècle av. J.-C. et le milieu du I^{er} siècle av. J.-C.³².

S'il fut vraisemblablement élaboré d'abord pour les transporteurs maritimes, ce régime visait de manière unitaire les trois professions dès le milieu du II^e siècle apr. J.-C.³³. Il s'applique donc à tous les professionnels de l'accueil et du transport maritime. Quant au transport par terre, il semble avoir été pris en compte précisément via les aubergistes et les maîtres d'écurie : au contraire de ce qui avait lieu en Orient, en effet, le transport sur route n'était pas organisé par caravanes en Occident³⁴, de sorte que les négociants se déplaçaient de ville en ville suivant le calendrier des foires et des marchés pour s'approvisionner ou écouler leurs marchandises et se trouvaient ainsi dans la nécessité d'entreposer leur stock à court terme dans les auberges, dont les stations devaient comporter des espaces ou des meubles dotés de systèmes de fermeture renforcés³⁵.

Il résulte de cette considération que les biens visés par la responsabilité de ces professionnels, en tout cas sur la base du *receptum* (le pacte préto-rien), étaient avant tout des marchandises à destination commerciale, même si l'extension de la garantie aux effets personnels des usagers (couverts en

³² Sur l'appréciation de ce contexte vu par une historienne qui se penche avec acribie sur les sources juridiques, voy. M.-A. LE GUENNEC, *Aubergistes et clients. L'accueil mercantile dans l'Occident romain (III^e s. av. J.-C. – IV^e s. ap. J.-C.)*, École française de Rome, 2010, p. 241.

³³ M.-A. LE GUENNEC, *Aubergistes et clients*, op. cit., p. 244 ; arg. D. 4, 9, 3, 2 *Eodem modo tenentur caupones et stabularii* : O. LENEL, *Essai de reconstitution de l'édit perpétuel*, trad. de l'allemand par Fr. Peltier, I, Paris, 1901, § 49, p. 147 [cité par la suite EP].

³⁴ À l'exception toutefois des convois âniers acheminant huiles, vins et blés du centre de l'Italie vers la côte. VARRON, *Res rusticae* II, 6 (cité par M.-A. LE GUENNEC, *Aubergistes et clients*, op. cit., p. 251).

³⁵ Le stockage dans les entrepôts (*horrearii*) soumis aux *leges horrearii* se faisait à moyen ou à long terme (baux calculés sur une base annuelle). M.-A. LE GUENNEC, *ibid.*

toute hypothèse par les actions pénales *in factum* pour vol ou pour dommage contre l'exploitant) s'est imposée par la suite³⁶.

9. Une originalité de la responsabilité des *nautae*, *caupones* et *stabularii* découle, on vient d'y faire allusion, de son double fondement, contractuel, avec le pacte prétorien qu'est le fameux *receptum nautarum cauponum stabulariorum*, et délictuel, sur la base de deux actions prétoriennes *in factum*, pour vol (*furtum*) et, dans un second temps probablement, pour dommage donnant lieu à la *lex Aquilia (damnum iniuria datum)*, commis par leurs employés, voire, pour les aubergistes, par leurs résidents permanents.

Le rapport chronologique entre ces voies de droit est très difficile à établir, mais il est probable que les actions délictuelles sont antérieures au pacte prétorien, auquel elles survécurent jusqu'à se maintenir dans le droit de Justinien lui-même.

Section 1

Une responsabilité contractuelle : le *receptum nautarum cauponum stabulariorum*

10. Pacte prétorien, le *receptum* est un pacte rendu contraignant par le préteur sur la base d'une action *in factum*³⁷ dont la formule figurait dans l'édit³⁸ pour protéger les voyageurs contre la malhonnêteté des transporteurs, des aubergistes et de leurs subordonnés, spécialement pour la perte de leurs effets et marchandises.

Aux termes de ce pacte, le *nauta*³⁹, le *caupo*⁴⁰ et le *stabularius*⁴¹ étaient tenus de répondre de tous les risques en cas de perte, totale ou partielle, des marchandises et des animaux qu'ils avaient « reçus » et à la conservation

³⁶ ULPPIEN (14 *Ad edictum*), D. 4, 9, 1, 6 ; PAUL (13 *Ad edictum*), D. 4, 9, 4, 2. M.-A. LE GUENNEC, *Aubergistes et clients*, *op. cit.*, p. 248.

³⁷ ULPPIEN (14 *Ad edictum*), D. 4, 9, 3, 1 : « *Ait praetor : Nautae caupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo. Ex hoc edicto in factum actio proficiscitur* » (LENEL, EP § 49, p. 147).

³⁸ *Si paret Nm Nm, cum navem exerceret, Ai Ai res quibus de agitur, salvas fore recepisse neque restituisse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm Nm Ao Ao condemna, si non paret absolve* (LENEL, EP § 49, p. 148).

³⁹ GAIUS (5 *Ad edictum provinciale*), D. 4, 9, 5pr : « Le marin (*nauta*) [reçoit une rétribution] pour transporter des passagers ». Ulpien précise que le terme doit s'entendre au sens de l'armateur (*exercitor navis*) et non du matelot : D. 4, 9, 1, 2. Sur l'évolution sémantique du terme *nauta* comme élément en vue d'une datation haute de l'édit, à une époque où l'organisation des navires marchands était encore relativement simple : M.-A. LE GUENNEC, *Aubergistes et clients*, *op. cit.*, p. 242.

⁴⁰ GAIUS (5 *Ad edictum provinciale*), D. 4, 9, 5pr : « L'aubergiste (*caupo*) [reçoit une rétribution] pour laisser les voyageurs séjourner dans son auberge ». La *caupo* est le professionnel de l'accueil par excellence (hébergement, restauration, débit de boissons). L'accueil mercantile s'oppose à l'hospitalité gratuite (*hospitium*). M.-A. LE GUENNEC, *Aubergistes et clients*, *op. cit.*, pp. 39 et s.

⁴¹ GAIUS (5 *Ad edictum provinciale*), D. 4, 9, 5pr : « Le palefrenier (*stabularius*) [reçoit une rétribution] pour fournir une écurie aux montures ». M.-A. LE GUENNEC, *Aubergistes et clients*, *op. cit.*, pp. 62 et s.

desquels ils étaient tenus en vertu d'une déclaration *salvum fore (recipere)*, selon laquelle les choses garanties ou simplement déposées seraient sauvées.

11. Probablement expresse à l'origine avant de devenir tacite, d'une manière que permet d'appuyer l'évolution sémantique du verbe *recipere*⁴², la garantie constituait une sorte d'assurance dans la mesure où la responsabilité du professionnel était engagée sitôt que la restitution du bien qui lui avait été confié ne pouvait avoir lieu, quels qu'aient été l'individu et même, au moins initialement, l'événement à l'origine de cette impossibilité de restitution. Il n'est pas déraisonnable de penser que certains professionnels en eurent l'initiative pour attirer la clientèle et qu'elle s'est ensuite généralisée et imposée à tous.

La garantie était universelle (*omnimodo qui receperit tenetur*), couvrant même la force majeure jusqu'à ce que, au début de l'Empire, au nom de l'équité, le jurisconsulte Labéon ne propose de retenir certains cas de force majeure (nauffrage et attaque de pirate) comme causes d'exonération, par la suite étendues aux cas survenus dans une écurie ou une auberge⁴³.

Ainsi s'exprime Ulpien (dbt III^e s. apr. J.-C.), toujours au chapitre 14 de son *Commentaire à l'édit du préteur urbain*, où il rapporte une opinion de Pomponius (mil. II^e s. apr. J.-C.) :

D. 4, 9, 3, 1 : « Le préteur dit : « S'ils ne restituent pas, je donnerai contre eux un recours » (*nisi restituent, in eos iudicium dabo*). [...] Il [Pomponius] s'étonne donc de ce qu'on a introduit une action honoraire, quand il existe des actions civiles ; à moins peut-être, dit-il, qu'il ne se soit agi pour le préteur de faire connaître qu'il avait soin de réprimer la malhonnêteté de ce genre d'individus (*improbitalis hoc genus hominum*) ; et parce que, dans le cas de l'action de *locatio conductio*, on ne répond que de sa faute et, dans le cas de l'action de dépôt, que de son dol, tandis qu'en vertu de cet édit celui qui a reçu est tenu responsable dans tous les cas (*omnimodo qui receperit tenetur*), même quand ce n'est pas par sa faute que le bien a disparu ou que le dommage s'est produit, à moins que ce soit par un cas de force majeure que survienne l'événement (*nisi si quid damno fatali contingit*). De là Labéon écrit que, si un bien est détruit par un naufrage ou à la suite d'une attaque de pirates, il n'est pas injuste (*non esse iniquum*) qu'on lui donne une exception. On se prononcera de la même manière si la force majeure est survenue dans une écurie ou dans une auberge » (trad. Le Guennec).

⁴² Qui signifie encore sous la République une promesse, et non l'action de *recevoir* des choses. M.-A. LE GUENNEC, *Aubergistes et clients*, op. cit., p. 242.

⁴³ De même, l'article 1954 du Code civil ancien énumère limitativement les causes d'exonération de l'hôtelier. Voy. la contribution de J. Mont et É. Vansteelman dans le présent ouvrage, n^{os} 71 et s., spéc. n^{os} 93 et s.

Le *receptum* suscite un régime de responsabilité sans faute qui déroge au cadre global de la responsabilité pour faute en droit romain⁴⁴. Une fois admise la force majeure, il se rapproche de celui défini sur la base de la *custodia (infra)*⁴⁵.

12. Il résultait de ce dispositif à charge desdits professionnels une responsabilité du fait d'autrui.

Sauf cas de force majeure, l'exploitant répondait en effet des dommages causés par ses gens, ses résidents permanents (pour l'aubergiste), et même ses passagers (*vectores*) et les simples voyageurs (*viatores*).

Ainsi, pour le *nauta* :

ULPIEN (14 *Ad edictum*), D. 4, 9, 1, 8 : « A-t-il reçu avec garantie de conservation si les biens mis dans le navire lui ont été déclarés (*res missae ei adsignatae sunt*) ? Ou bien, s'ils n'ont pas été déclarés, considère-t-on qu'ils ont été reçus (*receptae*) parce qu'ils ont été mis dans le navire ? Quant à moi, je pense qu'il reçoit la garde de tous les biens (*recipere custodiam*) qui ont été embarqués à bord du navire et qu'il doit répondre du fait des marins, mais aussi de celui des passagers (*et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum*) » (trad. Le Guennec).

On voit paraître dans ce texte la discussion relative au point de savoir si les biens couverts devaient être enregistrés (*res adsignatae*) ou, comme cela fut probablement admis par la suite (d'une manière que l'évolution sémantique du verbe *recipere* rend encore une fois sensible), s'ils étaient « reçus » dès qu'ils avaient été introduits dans le lieu d'accueil, discussion sur laquelle nous ne nous arrêtons pas ici pour noter en revanche la responsabilité du fait non seulement des marins, mais aussi des passagers, les *vectores*.

La responsabilité est encourue même si le dommage survient sur la grève (*in litore*), dès lors que les biens sont couverts par la garantie⁴⁶.

De même, l'aubergiste doit répondre des actes de son personnel et de tous ses clients, y compris les voyageurs de passage (*viatores*) :

GAIUS (5 *Ad edictum provinciale*), D. 4, 9, 1, 2 : « Tout comme l'aubergiste [doit répondre] de celui des voyageurs ».

⁴⁴ C.-A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, I, Milano, 1966.

⁴⁵ GAIUS (5 *Ad edictum provinciale*), D. 4, 9, 5pr ; D. 4, 9, 1, 8. Nous n'avons pas à entrer ici dans la question très discutée du rapport entre le *receptum* et le contrat de *locatio conductio* ; récemment : St. KORDASIEWICZ, « *Receptum nautarum and "Custodiam praestare" revisited* », *RIDA*, 58 (2011), pp. 193-210.

⁴⁶ ULPIEN/POMPONIUS, D. 4, 9, 3pr : *quas semel receperit, periculum ad eum pertinere*.

Les simples manœuvres de l'équipage, comme de même, au sein des auberges, les membres du petit personnel, étaient cependant réputés inaptes à conclure un *receptum*, sauf sur ordre d'une autorité qualifiée⁴⁷.

Section 2

Une responsabilité quasi délictuelle : l'action de *furto aut damno adversus nautas, caupones, stabularios*

13. Contre les professionnels de l'accueil et du transport, le préteur avait aussi délivré, sans doute avant même l'introduction du *receptum*, une action délictuelle *in factum* pour le vol (*furtum*) ou le dommage (*damnum iniuria datum*) causé aux effets de la clientèle par leurs employés, ainsi, dans le cas du *caupo*, que des pensionnaires résidant à l'auberge sur le long terme, les *inhabitatores perpetui*. L'action *in factum* était donnée au double⁴⁸.

Il en résulte une responsabilité quasi-délictuelle, précisément parce que le délit n'est pas propre à celui qui en répond, ainsi que l'explique Gaius, dans ses *Res cottidianae*, au II^e siècle de notre ère :

GAIUS (3 *Aureorum*), D. 44, 7, 5, 6 : « De même, l'exploitant d'un navire (*exercitor navis*), d'une auberge ou d'une écurie paraît tenu du dommage ou du vol (*de damno aut furto*) qui s'est produit sur le navire, dans l'auberge ou dans l'écurie sur [la] base d'un quasi-délict (*quasi ex maleficio*), du moins si le délit n'est pas le leur propre, mais celui de ceux par le travail desquels il exploite le navire, l'auberge ou l'écurie (*si modo ipsius nullum est maleficio, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret*). En effet, cette action n'a pas été établie contre eux sur la base d'un contrat et il y a bien une certaine faute dans leur chef (*aliquatenus culpa reus est*), parce qu'ils utilisent le travail d'hommes mauvais (*quod opera malorum hominum uteretur*), raison pour laquelle ils sont tenus *quasi ex maleficio* ».

⁴⁷ ULPNIEN (14 *Ad edictum*), D. 4, 9, 1, 2 (« Et la responsabilité de ce dernier [l'armateur], selon Pomponius, ne peut être engagée par un rameur ou un matelot, mais par lui-même ou par le capitaine du navire (*navis magister*) ; en revanche s'il a lui-même donné un ordre en ce sens à l'un de ses matelots, sans aucun doute il est obligé ») ; D. 4, 9, 1, 5 (« Nous entendons par aubergistes et palefreniers les exploitants d'une auberge ou d'une écurie et leurs préposés (*institores*). Du reste, cela n'inclut pas celui qui exerce les fonctions de domestique : par exemple les responsables de l'*atrium*, les responsables du foyer et leurs semblables ». D'où la reprise par Domat : si « un voyageur donne aux domestiques qui ont les clefs des chambres, une valise ou d'autres hardes, ou qu'il met son cheval dans l'écurie à la garde du palefrenier, le maître répond », mais il n'en est pas de même dès lors qu'un voyageur « mettant pied à terre, donne un sac d'argent à un enfant, à un marmiton, hors de la vue du maître et de la maîtresse » (I, XVI, I, III ; citant ces textes d'Ulprien).

⁴⁸ D. 47, 5, 1, 2 (vol) ; D. 4, 9, 7, 1 (dommage). Selon le système des délits privés, les actions pénales sont données à la victime à un multiple du dommage, le surcroît d'amende tenant lieu de peine.

Sous cette action que Gaius envisage comme unique (action *de damno aut furto*) se trouvent en réalité deux actions, dont l'une a un titre qui lui est propre dans le Digeste (47, 5 *Furti adversus nautas caupones stabularios*), tandis que l'autre, conçue sur le modèle de la *lex Aquilia*, se trouve en conclusion de l'exposé relatif au *receptum* (D. 4, 9, 6-7)⁴⁹.

14. Par rapport à l'action du *receptum*, ces actions *de furto/damno* sont plus restrictives eu égard aux personnes du fait desquelles est tenu l'exploitant : l'armateur répond, en effet, du vol de ses marins⁵⁰, mais les passagers (*vectores*) sont écartés ; quant aux aubergistes, si au vol des employés est ajouté le vol des pensionnaires à long terme (*qui habitandi causa in caupona sunt*), les voyageurs de passage sont également écartés (*viatores*) :

ULPIEN (38 *Ad edictum*), 47, 5, 1, 6 : « L'aubergiste répond du fait de ceux qui sont dans son auberge pour en assurer l'exploitation et pareillement de ceux qui y sont en vue d'y résider. Mais il ne répond pas du fait des voyageurs (*viatores*). En effet, l'aubergiste ou le maître d'écurie n'a pas la faculté de choisir ou de repousser ceux qui font route. Par contre, il choisit d'une certaine façon ses habitants perpétuels (*inhabitatores perpetuos*) pour ne pas les avoir renvoyés et donc il répond de leur fait. Pour le navire on ne répond pas non plus du fait des passagers (*vectorum*) ».

On note la justification d'Ulprien quant à la différence entre les résidents permanents et les simples voyageurs, à savoir la faculté de choisir ceux que l'on accueille (donc une *culpa eligendo, infra*).

Il en est de même au sujet de l'action *in factum* de la *lex Aquilia* pour dommage (*de damno*) aux choses du fait des matelots :

ULPIEN (18 *Ad edictum*), D. 4, 9, 7^{pr} : « L'armateur doit répondre du fait de ses matelots, qu'ils soient libres ou esclaves ; et ce n'est pas injuste qu'il réponde de leur fait, puisque c'est lui-même qui a pris sur lui le risque de les employer (*nec immerito factum eorum prestat, cum ipse suo periculo adhibuerit*) » (trad. Le Guennec).

Les conditions de l'action sont plus restrictives aussi quant au lieu du délit : le vol doit avoir été commis dans l'auberge ou sur le navire (D. 47, 5, 1, 3) ; de même pour le dommage (D. 4, 9, 7^{pr})⁵¹. Cette délimitation *ratione loci*

⁴⁹ Le texte est repris dans les *Institutes* de Justinien (4, 5, 3) avec substitution postclassique du dol au dommage (*de dolo aut furto*). Ph. KLAUSBERGER, « Zur actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios », *Fontes iuris*, Atti del VI. Jahrestreffen Junger Romanistinnen und Romanisten, Lecce, 30-31 marzo 2012, a cura di P. Buongiorno e S. Lohsse, Napoli, ed. scient. Italiana, 2013, pp. 205-217, spéc. p. 206.

⁵⁰ ULPIEN (38 *Ad edictum*), D. 47, 5, 1^{pr} : « Ceux qui sont employés à ce que le navire navigue, c'est-à-dire les marins ».

⁵¹ L'armateur ne répond « que lorsque le dommage est survenu sur le navire même ; autrement, si le dommage survient en dehors du navire (*extra navem*) du fait des matelots, il ne sera pas responsable ».

s'explique en raison du contrôle que n'est plus censé exercer l'exploitant sur ses gens en dehors du lieu de travail.

Une clause exonératoire de responsabilité pour le dommage est admise pourvu, insiste Ulpien, que les passagers y eussent consenti⁵².

15. L'existence de plusieurs voies de droit a amené les juristes à réfléchir à la question du concours entre elles⁵³.

Fondamentalement, la victime a le choix d'agir contre l'auteur du vol ou du dommage par l'action civile ou contre l'exploitant par l'action *in factum* prétorienne correspondante⁵⁴. Il s'agit d'une concurrence élective et non d'un cumul (D. 4, 9, 6, 4 *una [actione] contenti esse debemus*)⁵⁵.

Si la victime prend l'option de l'action honoraire contre l'exploitant, ce dernier a la faculté d'exiger d'elle la cession de l'action civile contre l'auteur du délit (*praestare actiones*), à laquelle il est légitimé activement, alors même qu'il dispose également contre celui-ci de l'action *ex conducto* du contrat de travail (*locatio conductio operarum*).

Et, pour résumer : si le vol ou le dommage est le fait d'un passager ou d'un voyageur, la victime n'a que l'action du *receptum* contre l'exploitant, donc une action en responsabilité contractuelle (sans préjudice toujours, mais sans cumul, de l'action civile contre l'auteur du délit).

S'il est le fait d'un employé ou d'un résident permanent, la victime a le choix de l'action du *receptum* ou de l'action délictuelle *in factum*. Il y donc un « concours » des responsabilités contractuelle et extracontractuelle contre l'exploitant (et non pas cumul, D. 4, 9, 3, 5).

Le choix de la victime s'exercera sur la base des critères suivants :

- demanderesse à l'action *in factum de damno ou furto*, la victime doit prouver le délit et l'imputer à une personne déterminée, qui doit donc avoir été identifiée. L'action est donnée au double ;

⁵² D. 4, 9, 7pr : « S'il a déclaré au préalable que chaque passager doit surveiller ses biens et que lui-même ne répondra pas en cas de dommage et si les passagers ont consenti à cette déclaration préalable ».

⁵³ Voy., ainsi que sur le système de la noxalité dans lequel ces actions s'inséraient, problème qui ne nous retient pas ici : F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale. Forme giuridiche di un'economia-mondo*, op. cit., pp. 249 et s. ; R. FERCIA, *Criteri di responsabilità dell'esercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e « regime » della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, Torino, Giappichelli ed., 2002, pp. 163 et s. ; Fl. CURSI, « *Actio de recepto e a. furti (damni) in factum adversus nautas, caupones, stabularios*. Logiche differenziali di un sistema composito », in *Studi in onore di G. Nicosia*, III, Milano, 2007, pp. 117-147.

⁵⁴ En cas de vol : ULPPIEN (38 *Ad edictum*), D. 47, 5, 1 : [...] *ut in potestate sit eius, cui res subrepta sit, utrum mallet cum exercitore honorario iure an cum fure iure civili experiri* ; en cas de dommage : PAUL (22 *Ad edictum*), D. 4, 9, 6, 4.

⁵⁵ La possibilité d'agir deux fois pour le même délit est exclue, même si, d'aventure, l'armateur est absous à l'action *in factum*.

- demanderesse à l'action basée sur le *receptum* : il lui suffit d'établir que les choses n'ont pas été restituées, mais l'action est au simple (*quanti ea res erit*). Elle est par ailleurs transmissible aux héritiers, précise Pomponius (D. 4, 9, 3, 4).

16. Il reste une ultime question à soulever : quelle est, enfin, la justification d'une action pénale dont le défendeur n'est pas l'auteur du délit ? Le texte de Gaius que nous avons cité (D. 44, 7, 5, 6, *supra*) donne des indices de sa perplexité à cet égard, le jurisconsulte concluant pour cette raison qu'il n'est pas tenu *ex maleficio*, mais *quasi ex maleficio*.

L'auteur (Gaius ou plutôt ici un auteur postclassique) admet à cet égard une certaine faute (*aliquatenus culpa*) dans le chef de l'exploitant : « et de fait il y a bien une certaine faute de sa part, parce qu'il a utilisé le travail d'hommes mauvais (*aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur*)⁵⁶. C'est donc le thème de la *culpa in eligendo* qui a permis de rectifier la trajectoire d'une responsabilité qui n'était ni contractuelle ni à proprement parler délictuelle⁵⁷.

Il apparaît cependant qu'en droit classique, le fondement de ces obligations nées de « quasi-délits » fut la reconnaissance d'une responsabilité du fait d'autrui basée sur le risque, et non sur la faute, du moins pour les trois d'entre eux qui nous occupent dans ces pages, quant aux choses jetées ou versées dans la rue par l'habitant (*deiectum et effusum*), quant aux choses posées ou suspendues dont la chute menace la sécurité du trafic (*positum vel suspensum*), et quant à l'obligation des marins, aubergistes et maîtres d'écurie de répondre du vol ou du dommage des biens de leurs clients⁵⁸.

Le thème de la *culpa in eligendo* assure la transition avec la suite, où nous allons encore le croiser en rapport avec la responsabilité contractuelle du fait d'autrui de droit commun – par contraste avec le régime exorbitant monté à l'encontre des marins, des aubergistes et des maîtres d'écurie – dans quelques contrats spéciaux.

⁵⁶ De même à propos du quasi-délit de *deiectum et effusum* : D. 9, 3, 1, 4 (*culpa enim penes eum est*).

⁵⁷ Ou mieux, même si cette distinction est étrangère aux sources, une *culpa in habendo/utendo/adhibendo* qui, distinctement de la *culpa in eligendo*, faute au sens propre, ou du moins présomption réfragable de faute (*infra*), serait une requalification byzantine de ce qui était une responsabilité pour fait propre, mais à base de risque, en droit classique ; ce passage du texte attribué à Gaius porterait donc la marque d'une interpolation destinée à recouvrir l'imputation classique du risque d'une « couleur » de faute (*aliquatenus culpa*) sur fond du mouvement vers une conception subjective de la faute en droit tardif et dans le droit de Justinien. R. FERCIA, *Criteri di responsabilità dell'exercitor*, op. cit., pp. 81 et s. ; *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, Padoue, 2008, pp. 24 et s. ; pp. 363 et s.

⁵⁸ R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, op. cit., p. 17 ; E. DESCHEEMAER, « *Obligaciones quasi ex delicto and Strict Liability in Roman Law* », *Journal of Legal History*, 31 (2010), pp. 1-20.

Chapitre 3

La responsabilité contractuelle dans quelques contrats spéciaux

17. Les juristes romains ont couvert maintes hypothèses correspondant à ce que nous appelons une responsabilité contractuelle du fait d'autrui, soit du fait de celui qui se trouve dans la mouvance domestique du débiteur ou que, libre ou esclave, il s'associe ou se substitue en vue d'exécuter sa prestation⁵⁹. Force est de préciser que nous nous limiterons séant à une présentation succincte de quelques-uns des principaux textes de nature à éclairer une problématique complexe et sa ligne de développement probable en droit romain classique⁶⁰.

18. Même si la jurisprudence classique est traversée de divergences⁶¹, il reste que la responsabilité d'un débiteur ne peut en principe être engagée que sur la base d'une faute propre, quand même l'inexécution de l'obligation serait due au fait d'autrui ; c'est ce que Rolf Knütel appelle le « *culpa-Prinzip* »⁶². Ceci, sans préjudice de la prise en charge contractuelle par le débiteur du fait d'autrui⁶³, et *a fortiori* de « tout risque » (*omne periculum*, D. 13, 6, 5, 2)⁶⁴.

Le plus ancien texte du Digeste sur le sujet, attribué à Alfenus Varus, l'élève du grand maître de la fin de la République Servius Sulpicius Rufus, concerne la destruction par le feu d'un immeuble vendu avant sa livraison. L'auteur y affirme sans ambages que la négligence des esclaves (*neglegentia*) à l'origine du sinistre n'implique pas incontinent (*continuo*) une faute dans le chef du *pater familias* (*neque... continuo dominus in culpa erit*), mais qu'il convient de vérifier si celui-ci a pris pour la garde de l'immeuble (*in insula*

⁵⁹ Étant entendu que les premiers, dont les esclaves, sont souvent chargés de l'exécution des contrats conclus par le *pater familias*.

⁶⁰ Le texte de référence demeure celui de ROLF KNÜTEL, « Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht », ZSS, 100 (1983), pp. 340-443. Voy. aussi : R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, *op. cit.*, pp. 1120 et s. ; H. WICKE, *Respondet superior, Haftung für Verrichtungsgehilfen im römischen, römisch-holländischen, englischen und sudafrikanischen Recht*, Berlin, 2000 ; A. FÖLDI, *A másért való felelősség a római jogban*, Budapest, Rejtjel, 2004, en hongrois avec un résumé en allemand : *Verantwortlichkeit für fremdes Verhalten*, pp. 427-436, et la recension d'E. JAKAB, ZSS, 122 (2005), pp. 409-410 ; R. FERCIA, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, *op. cit.*

⁶¹ Opinions divergentes : ULPPIEN/LABÉON (32 *Ad edictum*), D. 19, 5, 20, 2 ; ULPPIEN (76 *Ad edictum*), D. 44, 4, 4, 17. Pour un regard synthétique sur l'évolution historique dont nous allons marquer quelques jalons : W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery*, Cambridge, 1908 [1970], pp. 162 et s.

⁶² R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen*, *op. cit.*, p. 435 et pp. 440-441.

⁶³ Clauses types déjà attestées dans les formulaires de contrat de Caton (dbt II^e s. av. J.-C.) : vente de (l'usage d'un) pâturage engageant la responsabilité du propriétaire pour tout dommage causé par lui, sa *familia* ou son bétail, à l'acquéreur : Caton, *De agricultura* 149, 4. Une clause inverse prévoit la responsabilité de ce dernier de son fait et de celui de ses bergers (*emptor aut pastores*).

⁶⁴ R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen*, *op. cit.*, p. 365.

custodienda) tous les soins attendus d'hommes sages et diligents (*si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare*)⁶⁵.

Ou encore, dans le cadre cette fois d'une action de droit strict (une stipulation de comparution, *cautio vadimonium sisti*), Ofilius, le maître du grand Servius, énonce de même que « le fait de l'esclave ne doit pas nuire au maître » (*nec factum servi domino obesse debere*). En d'autres termes, si le défendeur fut empêché de comparaître par le dol de l'esclave du stipulant, ce dernier doit en avoir eu connaissance et ne pas l'avoir empêché (*domino sciente et cum possit non prohibente*) afin que le juge puisse en tenir compte pour la défense du promettant⁶⁶.

Plusieurs textes font ainsi découler la responsabilité du débiteur d'une *culpa in eligendo*, une faute dans le choix de l'agent d'exécution ou dans la surveillance de son activité, la responsabilité contractuelle du fait d'autrui apparaissant dès lors comme un sous-système de la responsabilité pour le fait propre⁶⁷.

Classique est, à cet égard, le cas du locataire (colon) dont l'esclave affecté par lui à la surveillance d'un four s'est endormi, si bien que l'immeuble loué a pris feu. Le jurisconsulte Neratius (II^e s. apr. J.-C.) le fait répondre à l'action du contrat de louage (*ex locato*) s'il a fait preuve de négligence dans le choix de ses aides : *si negligens in eligendis ministriis fuit*⁶⁸.

19. Une ressource pour affaiblir le *culpa-Prinzip* a pu consister dans le renversement de la charge de la preuve, de sorte qu'il incombe au débiteur d'établir qu'il s'est comporté comme le font les hommes *sages et diligents*

⁶⁵ ALFENUS (2 *Digestorum*), D. 18, 6, 12. Sur ce texte, voy. A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1965, p. 72 ; R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen*, op. cit., p. 350 et p. 366 ; R. FERCIA, *La responsabilità per fatto di ausiliari*, op. cit., pp. 58-64.

⁶⁶ Sur la base techniquement de l'exception que le défendeur (promettant) oppose à l'action de la stipulation et par laquelle, en prouvant que le demandeur (stipulant) n'a pas empêché le dol dont il avait connaissance, il échappera à la condamnation pour non-comparution. Sinon, condamné à l'action de la stipulation, il se retournera par l'action noxale contre le stipulant en qualité de propriétaire de l'esclave fautif. PAUL (6 *Ad edictum*), D. 2, 10, 2.

⁶⁷ L'arpenteur qui se substitue un tiers endosse le dol de ce dernier du seul fait de s'être confié à un tel homme (*qui tali homini credidisti*) : ULPPIEN (25 *Ad edictum*), D. 11, 6, 2, 1 ; également, à propos d'une sous-traitance dans le cadre d'une *negotiorum gestio* : PAUL (3 *Ad edictum*), D. 3, 5, 20 (21), 3 : *quod imprudenter eum elegeris* ; etc.

⁶⁸ Extrait tiré du livre 18 du *Commentaire à l'édit d'ULPIEN* cité dans la *Collatio (Mosaicarum et Romanarum legum Collatio* 12, 7, 7) et dans le *Digeste* (D. 9, 2, 27, 9). La *culpa in eligendo* permet d'engager la responsabilité contractuelle illimitée du débiteur (*ex locato*). Sinon, la restriction noxale lui ouvre l'option de l'abandon du fautif (cf. D. 9, 2, 27, 11), par où l'on saisit l'intérêt pratique de la *culpa debitoris* sur laquelle insiste Neratius, attendu la différence entre la valeur de l'immeuble incendié et celle de l'esclave. R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen*, op. cit., pp. 392 et s. et pp. 400-401 ; cf. R. FERCIA, *La responsabilità per fatto di ausiliari*, op. cit., pp. 141 et s.

(*homines frugi et diligentes*, selon l'expression d'Alfenus dans le texte relatif à l'immeuble incendié cité *supra*)⁶⁹.

Dans certains cas, le degré d'exigence dans l'évaluation de la faute du débiteur est apprécié si sévèrement qu'il en résultait concrètement une responsabilité objective⁷⁰. Ainsi, le commodataire qui a confié l'argenterie qu'il avait empruntée à un esclave pour la restituer au commodant n'est exempt de reproche que si le choix de son messenger apparaît tel que nul n'aurait pu deviner qu'il se serait laissé tromper par des escrocs (*si tam idoneo servo meo... ut non debuerit quis aestimare futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur*)⁷¹.

C'est ainsi qu'un locataire fut même tenu responsable, d'après Pomponius et Ulpien, pour les dommages causés par ses hôtes ou sa domesticité, au simple motif d'avoir autorisé l'accès à sa demeure à de telles personnes⁷² :

ULPIEN/POMPONIUS (32 *Ad edictum*), D. 19, 2, 11 *pr* : « [...] Il me paraît qu'il répond en son nom (*praestet suo nomine*) de la faute de ceux qu'il a introduits, même sans clause expresse, si sa faute consiste en le fait d'avoir introduit chez lui et d'avoir eu de telles personnes comme dépendants ou comme hôtes (*si tamen culpam in inducendis admittit, quod tales habuerit vel suos vel hospites*) »⁷³.

20. La *custodia* a également fourni aux juristes romains une base pour la reconnaissance d'une responsabilité pour autrui *stricto sensu*, dont on a dit qu'elle était proche du régime défini à l'encontre des marins, aubergistes et maîtres décurie sur la base du *receptum* où, de même, la responsabilité de l'exploitant est encourue, que la perte ou le dommage du bien soit advenu par suite d'une faute de sa part, de ses gens ou de tout incident autre qu'une *vis maior* (*supra*)⁷⁴. La *custodia* est originellement le contenu d'une obligation de garde destinée à prévenir la survenance de certains risques, de sorte que la question de la négligence du débiteur n'a pas à entrer en considération. Dans certains contrats⁷⁵, le débiteur assume en effet une obligation de surveillance de la chose (*custodiam praestare*) telle qu'il répond non seulement de sa faute, mais aussi des *casus minores*, des cas fortuits, si bien qu'il n'est libéré qu'en cas

⁶⁹ R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen*, *op. cit.*, p. 436 ; p. 441. Quant à la faute de l'auxiliaire, si elle existe la plupart du temps, elle ne semble pas avoir été élevée par les juriconsultes au rang d'une condition spécifique de la mise en cause de la responsabilité du débiteur.

⁷⁰ R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, *op. cit.*, p. 1120.

⁷¹ JULIEN (3 *Ad Urseium Feroem*), D. 13, 6, 20.

⁷² Cf. art. 1735 C. civ. : le locataire répond envers le bailleur des « dégradations et pertes qui arrivent par le fait des personnes de sa maison [...] ».

⁷³ R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen*, *op. cit.*, pp. 401-405.

⁷⁴ R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, *op. cit.*, pp. 399 et s. ; p. 1021 ; R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen*, *op. cit.*, p. 441.

⁷⁵ Dont le contrat d'entreprise (*locatio conductio operis*), à travers les figures du foulonnier (*fullo*) et du raccommodeur (*sarcinator*), a fourni le prototype. GAIUS, *Institutes* 3, 205.

de force majeure (*vis maior*) ; sont ainsi visés le vol sans violence et, même si cela fut discuté par les juriconsultes classiques, le dommage causé par un tiers donnant lieu à l'action de la *lex Aquilia*⁷⁶.

Il n'est évidemment pas question d'ouvrir dans ces lignes le dossier-fleuve de la *custodia*, l'une des questions les plus controversées de la littérature romainistique, mais seulement de souligner son rôle dans la reconnaissance d'une responsabilité du fait d'autrui en dehors des hypothèses où, comme on l'a vu, aucune faute, en particulier une faute dans le choix ou dans la surveillance de ses auxiliaires, ne peut être imputée au débiteur. Ainsi Ulpien fait-il endosser au foulonnier la responsabilité du vol par son ouvrier des vêtements qui lui avaient été confiés par le client⁷⁷.

Le texte le plus célèbre dans ce contexte, qui a fourni un modèle théorique et méthodologique à la science juridique européenne, se rapporte au contrat de transport (*locatio conductio operis*) d'une colonne, artefact de grande valeur, dont le déplacement nécessitait des compétences techniques spécifiques, où Gaius, au livre 10 de son *Commentaire à l'édit du gouverneur de province*, assume le principe d'une responsabilité contractuelle du fait d'autrui :

D. 19, 2, 25, 7 : « Le transporteur d'une colonne qui, au moment où on la descelle, la déplace ou la repose, se brise, garantit la perte (*periculum praestat*) s'il y a eu *faute de sa part ou de ceux dont il utilise le travail*. Il n'y a pas faute s'il a pris toutes les précautions qu'aurait prises un homme très diligent (*diligentissimus quisque*)⁷⁸. Il en est de même pour le transport de tonneaux ou de pièces de charpente, et de là pour toute chose ».

Ce texte a nourri la discussion relative à la responsabilité contractuelle du fait d'autrui en Allemagne au XIX^e siècle, centrée sur la manière de traduire la particule enclitique *-que* dans la phrase *si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit*, « s'il y a eu faute de sa part ou [et] de ceux dont il utilise le travail ». La particule peut, en effet, avoir un sens conjonctif, « et », auquel cas la responsabilité ne pourrait être engagée du fait des assistants que si une faute est imputable au débiteur et à ces derniers⁷⁹, ou un sens disjonctif,

⁷⁶ Julien l'exclut de manière péremptoire, au motif que la vigilance la plus grande ne peut nous mettre à l'abri du dommage causé par les tiers (JULIEN, 1 *Digestorum*, D. 13, 6, 19), tandis que Marcellus admet, au contraire, que le dommage puisse parfois être évité, spécialement quand le débiteur a lui-même confié la chose à un gardien (ULPIEN/MARCELLUS, 5 *Ad edictum*, D. 19, 2, 41).

⁷⁷ ULPIEN (28 *Ad edictum*), D. 14, 3, 5, 10. D'où l'article 1797 du Code civil, l'entrepreneur répondant du fait des « personnes qu'il emploie ».

⁷⁸ *Culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset*. Outre le cas de force majeure, il reste peu de situations susceptibles de justifier l'exonération du débiteur.

⁷⁹ Comme le pensaient ceux qui, comme Rudolf von Ihering, estimaient que la faute est à la responsabilité ce que l'oxygène est à la combustion : « *Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadenersatz, sondern die Schuld*.

« ou », de sorte que la faute de l'assistant suffirait à engager la responsabilité de l'entrepreneur, même sans faute de la part de celui-ci, et nous aurions ainsi affaire à la reconnaissance d'une responsabilité pour autrui *stricto sensu*, analogue à celle encourue sur la base du *receptum* prétorien par les marins, les aubergistes et les maîtres d'écurie, en droit romain, au moins dans le contrat de transport⁸⁰.

Le « ou » l'a finalement emporté à l'origine du paragraphe 278 du BGB, le législateur allemand ayant suivi le Code Napoléon en introduisant une responsabilité du fait d'autrui, mais en la limitant au champ contractuel⁸¹ :

§ 278 BGB: « Der Schuldner hat ein Verschulden [...] der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden »⁸².

Et on reconnaît aisément sous la phrase *deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient* les mots de Gaius : *quorum opera uteretur*.

Chapitre 4

La préposition commerciale (*praepositio*)

21. Notre périple vagabond s'achève où il avait commencé, au cœur de la *familia* romaine, même s'il s'agit cette fois de considérer la responsabilité du *pater familias* non du fait des délits (c'était l'abandon noxal), mais des actes juridiques de ses *alieni iuris*.

Dans le contexte de l'avènement d'une économie-monde tournée vers le profit (*quaestus*) et d'un commerce décuplé tant par le nombre des échanges que par l'étendue du théâtre des opérations, le *pater familias* mit à profit la force vive de ses *alieni iuris*, libres ou non, ses « ressources humaines » en

Ein einfacher Satz, ebenso einfach wie der des Chemikers, dass nicht das Licht brennt, sondern der Sauerstoff der Luft » (R. VON IHERING, *Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht*, Giessen, 1867, p. 40).

⁸⁰ R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen*, op. cit., pp. 419-423 ; spec. p. 441 ; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, op. cit., pp. 399-401 ; R. FERCIA, *La responsabilità per fatto di ausiliari*, op. cit., pp. 285-290.

⁸¹ U. BABUSIAUX, « Influence du droit français sur le droit allemand des obligations », in *60 ans d'influences juridiques réciproques franco-allemandes*, Jubilé des 60 ans du Centre juridique franco-allemand, Université de la Sarre, Société de législation comparée (coll. Droit comparé et européen, vol. 24), pp. 45-90, p. 51.

⁸² « Le débiteur doit répondre de la faute commise [...] par les personnes qu'il emploie pour exécuter son obligation dans la même mesure que s'il s'agissait de sa faute personnelle ». Voy. aussi art. 1228 C. civ. it. : « *Salva diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro* » (« Sauf volonté contraire des parties, le débiteur qui se sert du travail de tiers dans l'exécution de l'obligation répond aussi des faits dolosifs ou fautifs de ceux-ci »). Les traductions du Code civil allemand (BGB) sont tirées de l'ouvrage coordonné par R. LEGEAIS et M. PÉDAMON, *Code civil allemand. Bürgerliches Gesetzbuch*. Traduction en français du texte en vigueur au 31 octobre 2009 par G. Lardeux, R. Legeais, M. Pédamon et C. Witz, Paris, Dalloz, 2010.

quelque sorte, afin de déployer son *business* (*exercitio negotiationis*) à l'échelle « globalisée » de la Méditerranée antique passée sous *imperium Romanum*⁸³.

Il revint au prêteur d'assurer les conditions juridiques, à l'égard des tiers en particulier, de la mutation de la *familia* au rang d'une véritable « petite entreprise ».

Le droit prétorien va encadrer la mutation de l'entreprise familiale en une entreprise économique à part entière sur la base, comme toujours en droit romain, de mécanismes procéduraux conçus au service d'une extension de la responsabilité du *pater familias*, le prêteur délivrant directement à son encontre les actions des contrats conclus avec ses *alieni iuris* par les tiers, actions qui seront appelées par les Modernes *adiecticiae qualitatis*, « es qualité adjointe ». Même si elles ne sont pas attestées dans nos sources avant la fin du I^{er} siècle av. J.-C.⁸⁴, il est généralement admis qu'elles voient le jour, comme les voies de droit délivrées contre les professionnels de l'accueil et du transport maritime et pour les mêmes raisons, entre le début du II^e siècle et le début du I^{er} siècle av. J.-C.⁸⁵.

22. Ces mécanismes sont commentés par les Modernes à partir de notre expérience de l'entreprise commerciale de sorte qu'on se plaît à y repérer, non sans pertinence au demeurant, les origines romaines de la gérance⁸⁶, de la représentation directe (*agency*)⁸⁷, une forme d'organisation *de facto* de la société commerciale supposant continuité et responsabilité limitée⁸⁸, sinon même les prémisses d'une analyse économique du droit⁸⁹.

Il semble cependant plus fidèle au substrat ancien d'interpréter ces dispositifs en termes de responsabilité du fait des actes d'autrui⁹⁰, responsabilité en l'occurrence du *pater familias* à raison des contrats conclus par ses *alieni iuris*,

⁸³ Pour pallier l'éloignement prolongé du *pater familias* dans le cadre de guerres lointaines, mais aussi en raison de longs voyages commerciaux ; ou lui permettre inversement d'envoyer ses *alieni iuris* en Italie ou dans les provinces administrer ses domaines, ou les susciter encore comme gérants placés à la tête de boutiques, d'ateliers, de tavernes, ou de navires marchands. J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3^e éd., Paris, 2009, p. 78.

⁸⁴ A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, op. cit., p. 185.

⁸⁵ Pour une datation haute, dès la fin du III^e siècle : L. DE LIGT, « Roman law and the Roman economy », *Latomus*, janvier-mars 2007, t. 66, fasc. 1, pp. 10-25 ; « Legal history and economic history: The case of the *Actiones Adiecticiae Qualitatis* », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 67 (1999), pp. 205-226.

⁸⁶ E. CHEVREAU, « Aux origines romaines de la gérance », *Revue des contrats*, janvier 2012, pp. 11-19.

⁸⁷ Parmi de nombreux auteurs, voy. A. WACKE, « Alle origini della rappresentanza diretta: le azioni adietizie », in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne, Ricerche dedicate a Filippo Gallo*, vol. II, Napoli, 1997, pp. 583-615.

⁸⁸ A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo « manager » in Roma antica (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, Milano, 1984 ; B. ABATINO, G. DARI-MATTIACCI et E. PEROTTI, « Depersonalization of business in Ancient Rome », *Oxford Journal of Legal Studies*, Summer 2011, vol. 31, n° 2, pp. 365-389.

⁸⁹ M. ZIMMERMANN, « Die Haftung des Readers mit der *actio exercitoria*: ein Beitrag zur ökonomischen Analyse des römischen Rechts », *ZSS*, 129 (2012), pp. 554-570.

⁹⁰ En ce sens, D. JOHNSTON, « Limiting liability: Roman Law and the civil law tradition », *Chicago-Kent Law Review*, 70 (1995), pp. 1515-1538, p. 1516.

comme le montrent le contexte familial dans lequel ces dispositifs s'insèrent, ainsi que le principe de l'ancien droit civil, qu'ils corrigent, selon lequel les *alieni iuris* n'avaient pas la capacité de détériorer la situation patrimoniale du *pater familias*⁹¹. Ces dispositifs du droit prétorien illustrent ainsi admirablement la fonction si bien prêtée à ce dernier par Papinien (dbt III^e s. apr. J.-C.) :

PAPINIEN (2 *Definitionum*), D. 1, 1, 7, 1 : « Le droit prétorien a été introduit pour appliquer, compléter ou corriger le droit civil en vue de l'utilité publique ».

23. La première question qui se pose est technique : quels sont ces dispositifs sur la base desquels le préteur a rendu le *pater familias* comptable du fait des actes d'autrui ?

La technique est celle de la transposition de personnes⁹² : actions données « es qualité adjointe », dans la mesure où il s'agit des actions « directes » des contrats conclus par un *alieni iuris*, telles qu'elles figurent dans l'édit du préteur (vente, louage, *mutuum*, dépôt, stipulation, etc.), mais délivrées par ce dernier au tiers contractant contre le *pater familias* directement.

L'adaptation de la formule de l'action (qui est le programme de jugement adressé par le préteur au juge) réside dans une substitution de noms : au nom de l'*alieni iuris* contractant, qui figure dans l'*intentio* (la partie de la formule où s'exprime la thèse du demandeur)⁹³, est substitué celui du *pater familias* dans la *condemnatio/absolutio* (la partie qui enjoint au juge de condamner ou d'absoudre le défendeur après examen des preuves).

Les actions s'ajoutent donc à une action existante⁹⁴, la thèse (*intentio*) énoncée à l'encontre du contractant étant « détournée » (*convertere*) vers le responsable au niveau de la condamnation. Il y a transposition du sujet passif de l'obligation, le *pater familias* étant légitimé passivement à l'action du contrat,

⁹¹ Selon le droit civil, les actes juridiques des *alieni iuris* n'étaient valables que d'un seul côté (*ex uno latere*), celui où ils enrichissaient le patrimoine du *pater familias* : en cas d'achat, par exemple, le *pater familias* devenait civilement créancier de la chose, mais pas débiteur du prix. Il n'est évidemment pas question de faire du *business* sur de telles bases, et l'on voit par là que c'est aussi dans l'intérêt bien compris du *pater familias* et de sa volonté entrepreneuriale (*exercitio negotiationis*) que le préteur est intervenu. T.J. CHIUSI, « "A che cosa servivano le *actiones adiecticiae qualitatis*?" Sulla funzione delle cosiddette azioni adietizie », in E. LO CASCIO et D. MANTOVANI (éd.), *Diritto romano e economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell'impero)*, Pavia, IUSS Press, 2018, pp. 289-322.

⁹² M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle *actiones adiecticiae qualitatis**, Torino, Giappichelli, 2001. Cette technique est également mise en œuvre dans le contexte de la représentation nécessairement imparfaite ou indirecte à Rome : GAIUS, *Institutes* 4, 82-87.

⁹³ Avec ajout, le cas échéant, d'une fiction de liberté si c'est un esclave : *si liber esset ex iure Quiritium*. LENEL, EP § 102, p. 302.

⁹⁴ D'où leur nom moderne *adiecticiae qualitatis*, d'après D. 14, 1, 5, 1 (*hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur*). Voy., sur la formation de cette expression dans l'*usus modernus* : T.J. CHIUSI, *A che cosa servivano le *actiones adiecticiae qualitatis*?*, op. cit., p. 296.

dans des situations étroitement balisées par le champ d'application des différents types d'action.

Celles-ci peuvent être classées en deux groupes en fonction du principe et de l'étendue de la responsabilité du *pater familias* qui en dépend. Les unes sont basées sur le statut, l'agent étant nécessairement un *alieni iuris*⁹⁵, et sur la concession d'un pécule (GAIUS, *Institutes* 4, 72). La responsabilité du père ou du maître est ainsi limitée à la valeur du pécule ou de ce qui a tourné à son enrichissement, *dumtaxat de peculio vel si quid in rem inde uersum est*⁹⁶. Les autres, à finalité ouvertement commerciale, sont basées sur la préposition (*praepositio*), à savoir sur la volonté du maître : il en résulte une responsabilité illimitée quantitativement (*in solidum actionem dari*, « l'action est donnée pour le tout »), mais limitée par le cadre des fonctions, aussi sont-elles particulièrement significatives pour notre thème, et c'est à elles seules que nous nous consacrerons.

Ces actions dites commerciales sont données contre le père ou le maître qui prépose un agent à la tête d'un commerce maritime (action exercitoire) ou terrestre (action institoire)⁹⁷. L'*exercitor* est l'armateur qui prépose un capitaine (*magister navis*) comme intendant d'un navire (D. 14, 1, 1, 1). Il est celui qui « fait profit (*quaestus*) de la navigation », précise Gaius (4, 71). L'action *institoria* est donnée contre l'entrepreneur ayant préposé un *institor* à la tête d'une échoppe (*qui tabernae praepositur*) et de là à tout « business » ou négoce, toute *negotiatio* (*cuilibet negotiationi*).

Étant basées sur la préposition, qui est une manifestation unilatérale de volonté du père ou du maître (*ex voluntate patris dominive*), la responsabilité de ce dernier est illimitée par le montant (*in solidum*) tant que les actes accomplis par les préposés sont adéquats à ses volontés et donc au cadre et aux finalités de la préposition⁹⁸ :

GAIUS, *Institutes* 4, 71 : « [...] il y a lieu à l'action exercitoire quand le père ou le maître a préposé un fils ou un esclave comme capitaine de navire, et qu'un acte a été accompli avec lui au service des activités auxquelles il a été préposé (*eius rei gratia, cui praepositus praefuit*). Puisque cet acte est également⁹⁹ conclu en vertu de la volonté du père ou

⁹⁵ Ces actions (*de peculio, de in rem verso* et *quod iussu*) étaient réunies dans l'édit sous la rubrique *Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur*, « Quant à l'affaire conclue avec un être en puissance ». GAIUS (9 *Ad edictum provinciale*), D. 14, 5, 9, 1. LENEL, EP § 104, p. 318.

⁹⁶ J.-J. AUBERT, « *Dumtaxat de peculio*: What's in a *Peculium*, or establishing the extent of the principal liability », in P.J. DU PLESSIS (éd.), *New Frontiers. Law and Society in the Roman World*, Edinburgh, 2013, pp. 192-206.

⁹⁷ Sur la formule reconstituée par Otto LENEL : EP § 102, p. 304.

⁹⁸ G. PUGLIESE, « In tema di *actio exercitoria* » (1958), maintenant in : *Scritti giuridici scelti*, II, Camerino, 1985, pp. 514.

⁹⁹ Comme pour l'action *quod iussu* qui précède dans l'exposé de Gaius (4, 70). L'action *quod iussu* a lieu lorsque le père ou le maître a autorisé (*iussum* « ordre, autorisation ») l'*alieni iuris* à accomplir un acte juridique

du maître (*ex voluntate patris dominive*), il a semblé qu'en toute justice, l'action serait donnée pour le tout (*in solidum*) ».

Il en résulte, on l'a dit, un principe de limitation fonctionnelle de la responsabilité du *pater familias*, qui n'est tenu que des actes accomplis « à l'occasion des fonctions » :

ULPIEN (28 *Ad edictum*), D. 14, 1, 1, 12 : « [...] s'il excède la mesure [de la préposition], il n'obligera pas l'armateur » (*modum egressus non obligabit exercitorem*).

La volonté étant déterminante¹⁰⁰, la faculté fut ouverte en droit classique d'élargir la préposition aux *personnes extérieures* à la famille, que ce soit l'esclave d'autrui ou un *sui iuris* libre, homme ou femme au demeurant¹⁰¹.

Il peut même y avoir, dans le contexte maritime, des prépositions en cascade, le capitaine préposant un sous-capitaine à l'insu le cas échéant du maître, ou de sorte qu'il l'ait su, mais ne l'ait pas voulu (*sciente dumtaxat non etiam volente*), voire qu'il l'eût interdit¹⁰².

24. Le fondement de ces actions est donc la *praepositio*¹⁰³. De *prae* et *ponere*, littéralement « mettre à la tête de », la *praepositio* est un acte juridique informel, unilatéral, par lequel l'entrepreneur investit une personne du pouvoir d'assurer la gestion d'une entreprise commerciale et de conclure des actes juridiques¹⁰⁴ de manière indépendante, tout en délimitant le cadre de ses activités¹⁰⁵.

Son rôle est double, qui tout à la fois cause et limite la responsabilité du préposant. Elle rend, en effet, les actes du préposé légitimes aux yeux des tiers et donc susceptibles d'exécution contre le maître sans limites, l'action étant donnée contre lui *in solidum* pour peu qu'ils aient été conclus dans les limites définies par elle. Elle assure ainsi à la fois la sécurité des tiers et celle du maître.

déterminé, auquel cas il est engagé pour le tout (*in solidum*). Selon Paul, en cas de préposition, le préposant est tenu *quasi iussu* (D. 12, 1, 29, 4 *Ad Plautium*).

¹⁰⁰ En sorte que le tiers, en contractant avec le préposé, accorde davantage (*magis*) sa confiance au préposant, ainsi que le souligne Gaius à propos de l'action *quod iussu* en précisant le lien avec nos deux actions (*Institutes* 4, 70-71).

¹⁰¹ ULPIEN (28 *Ad edictum*), D. 14, 1, 1, 4 ; D. 14, 3, 7, 1-2 & 8. Tenu d'assumer son choix, le préposant ne peut exciper de l'âge du préposé : D. 14, 1, 1, 4 (*sibi imputaturo qui praeposuit*) ; D. 14, 3, 7, 2 (*quoniam sibi imputare debet, qui eum praeposuit*).

¹⁰² Le Digeste rapportant sur cette question deux avis contradictoires tirés du livre 28 du *Commentaire à l'édit d'Ulpien* : D. 14, 1, 1, 5 ; D. 14, 1, 1, 19-20. T. CHIUSI, « Zum Zusammenspiel von Haftung und Organisation im römischen Handelsverkehr. *Scientia, voluntas und peculium* in D. 14, 1, 1, 19-20 », ZSS, 124 (2007), pp. 94-112.

¹⁰³ Dont la mention figurait dans l'édit du prêteur, selon la conjecture de Lenel, et dans la formule de l'action : EP § 101, p. 297 : *Quod cum magistro navis gestum erit, eius rei nomine, cui ibi praepositus fuerit, in eum, qui navem exercuerit, iudicium dabo. Idem* pour l'action institoire, § 102, p. 298 ; p. 300.

¹⁰⁴ P. ex., pour le capitaine d'un navire : transport de passagers ou de marchandises, achat d'équipements, approvisionnement, réparations (D. 14, 1, 1, 3).

¹⁰⁵ Voy. la « Dissertation » de B. SCHLOSSER, *Die Bedeutung der praepositio für den Handelsverkehr im antiken Rom*, Humboldt-Universität zu Berlin, 2008 (en ligne).

La *praepositio* donne aux contractants leur « loi », le cadre juridique certain (*certam legem*) de leurs rapports, comme le dit encore Ulpien dans le texte cité à l'instant (D. 14, 1, 1, 12).

L'acte n'étant susceptible d'exécution contre le maître que s'il présente un lien avec les activités pour lesquelles le gérant a été préposé¹⁰⁶, de nombreux textes relatifs à l'armateur (sur mer) comme à l'entrepreneur (sur terre) rapportent la formulation de la préposition¹⁰⁷, son champ d'application tant *rationae materiae*, suivant une palette variée d'activités économiques¹⁰⁸, que *rationae personae*, certaines personnes ou certains groupes de négociants pouvant être exclus de la faculté de contracter, sous la réserve qu'un changement incessant (*continua variatione*) ne s'avère source d'insécurité juridique pour les tiers qui – et voici la ligne directrice de cette jurisprudence – ne doivent pas être induits en erreur, *neque enim decipi debent contrahentes*¹⁰⁹.

Sans qu'il semble être question d'une obligation générale de publicité dans l'édit¹¹⁰, le préposant étant tenu par la préposition elle-même (*ipsa praepositione tenebitur*)¹¹¹, il reste que les tiers doivent avoir été en mesure de connaître les restrictions que le préposant aurait introduites quant à l'étendue *ratione materiae* ou *ratione personae* de la préposition pour qu'elles lui soient opposables, ainsi, dans le cadre d'un commerce terrestre¹¹², par l'affichage d'un panonceau bien en évidence devant la boutique, à hauteur d'homme, en lettres claires et dans la langue vernaculaire du lieu, dont il incombe au préposé d'assurer l'entretien si la vétusté ou la pluie en atténuent la lisibilité¹¹³. Le tiers ne peut plus dès lors se prétendre analphabète ou n'avoir eu accès ou pu comprendre l'information.

¹⁰⁶ La preuve incombant au demandeur, comme on le déduit de D. 14, 3, 13pr.

¹⁰⁷ D. 14, 1, 1, 7-14 ; D. 14, 3, 5, 11-16. *Codex iustianianus* 4, 25, 2 (Alexandre Sévère, 222 apr. J.-C.).

¹⁰⁸ Location de tout le navire, ou seulement d'emplacements à bord ; transport de marchandises et non de passagers, ou vice versa ; transport de certaines marchandises (légumes, chanvre), mais non d'autres (marbres ou autres matériaux non adaptés au navire) ; limitation à certaines zones et sur certaines mers ; transport maritime ou fluvial ; achats et non ventes, ou l'inverse ; interdiction du préposé d'emprunter ; obligation de ne contracter que sous garantie ; etc.

¹⁰⁹ ULPPIEN (28 *Ad edictum*), D. 14, 3, 11, 5 ; PAUL (30 *Ad edictum*), D. 14, 3, 17, 1 ; également, à propos d'une sous-préposition, D. 14, 1, 1, 5 (*omnia enim facta magistri debeo praestare qui eum praeposui, alioquin contrahentes decipientur*).

¹¹⁰ LENEL, EP § 102, p. 298, n. 9. La question est discutée, voy. p. ex. A. PETRUCCI, « Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti con gli *institores* ed i *magistri navis* nel diritto romano dell'età commerciale », *IURA*, 53 (2002), pp. 17-56.

¹¹¹ ULPPIEN (28 *Ad edictum*), D. 14, 3, 11, 2 ; également D. 14, 3, 11, 5 (*aequissimum id servari, in quo praepositus est*). W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery*, *op. cit.*, p. 172.

¹¹² Sur la tension due aux spécificités soulignées par Ulpian (D. 14, 1, 1, 1) du commerce maritime, dont l'importance économique était d'intérêt public, entre la nécessaire confiance des contractants auxquels certaines vérifications étaient matériellement impossibles, et la non moins nécessaire limitation fonctionnelle de la responsabilité de l'armateur : M. ZIMMERMANN, « Die Haftung des Reeders mit der *actio exercitoria*: ein Beitrag zur ökonomischen Analyse des römischen Rechts », *op. cit.*, pp. 563-564.

¹¹³ ULPPIEN (28 *Ad edictum*), D. 14, 3, 11, 2-4 ; PAUL (4 *Ad Plautium*), D. 15, 1, 47pr. T.J. CHIUSI, *A che cosa servivano le actiones adiecticiae qualitatis*, *op. cit.*, p. 298 (action exercitoire) et p. 301 (action institoire).

25. L'évolution du droit romain sous l'Empire alla du reste dans le sens d'une prise en considération accrue de protection des tiers, jusqu'à admettre une préposition tacite dans des situations susceptibles d'induire, pour le dire en termes modernes, l'« erreur légitime des tiers ».

Le juriste Paul (dbt III^e s. apr. J.-C.) rapporte un litige qui se déroula sur un double degré de juridiction au sein de la chancellerie impériale et pour lequel le grand jurisconsulte, membre du conseil impérial, fait état de l'opinion dissidente dont il fut lui-même l'auteur¹¹⁴.

Un esclave préposé à des activités bancaires (prêts d'argent avec constitution de sûretés réelles, *mutuis pecuniis dandis et pignorbis accipiendis*) s'adonnait de manière régulière au commerce des céréales, prenant des entrepôts en location, offrant sa garantie aux acheteurs, procédant même parfois aux paiements (*pro emptore suscipere debitum et solvere*). Il prend la fuite. Un des vendeurs d'orge au paiement de la créance duquel il avait été délégué (*delegatus fuerat dare pretium hordei*) se retourne contre le maître avec l'action *institoria*.

Ce dernier, un certain Titianus Primus, se défendait en déniait au fugitif la qualité de préposé pour des activités qui n'entraient pas dans le champ de ses attributions (*non in eam rem praepositus fuisset*).

Le préfet de l'Annone (le service public chargé de l'approvisionnement en blé de la Ville) le condamna pourtant : il ne pouvait prétendre avoir ignoré les activités auxquelles preuve était faite que son préposé se livrait dans le négoce des céréales.

La sentence fut confirmée en degré d'appel devant l'empereur Septime Sévère [193-211], au motif que le maître/préposant apparaissait (*videtur*) s'être substitué en toutes choses un esclave qui agissait en son nom (*suo nomine*) : *quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisse*.

En somme, les juges et les juristes de l'empereur reconnurent la validité de la préposition tacite, la connaissance qu'avait le maître des activités de son préposé étant équivalente à une préposition expresse.

Mais la décision n'était pas unanime : Paul concluait à l'annulation de la sentence du préfet dès lors que l'esclave avait agi en dehors des limites expresses de la préposition, dont le cautionnement (*quasi fideiussio*) ne faisait pas partie.

La justice impériale eut donc le souci de mieux garantir la bonne foi en évitant que l'incertitude sur l'étendue de la *praepositio* ne portât préjudice aux tiers, en raison non seulement du risque de collusion frauduleuse qu'elle favorisait entre le préposant et ses préposés, mais aussi de l'apparence susceptible de tromper leur « confiance légitime » et, donc, la sécurité du commerce.

¹¹⁴ PAUL (1 *lib. decret.*), D. 14, 5, 8.

26. La délimitation de la préposition est une chose ; la finalité, le mobile, de l'acte que l'agent doit accomplir en vue de servir aux fonctions auxquelles il a été préposé en est une autre :

ULPIEN (28 *Ad edictum*), D. 14, 3, 5, 11 : « Tout ce qui a été accompli avec le gérant (*institor*) n'oblige pas le préposant, mais seulement si le contrat a eu lieu en vue de servir aux activités auxquelles il a été préposé (*si eius rei gratia, cui praepositus fuit, contractum est*), c'est-à-dire, dans la mesure de ce pour quoi il a été préposé »¹¹⁵.

Les crédits consentis aux préposés font ainsi l'objet d'un examen soigneux¹¹⁶. Le créancier n'a d'action contre le maître/préposant que si le prêt est destiné à servir aux attributions du préposé (*eius rei gratia cui praepositus fuit*)¹¹⁷. Mais il lui incombe de s'en assurer lui-même : si la finalité stipulée de l'emprunt est de radouber un navire, il aura bien fait de s'aviser que l'état du navire nécessitait en effet réparation, et en proportion du montant emprunté¹¹⁸. Mais sa vigilance s'arrête là et, si l'argent est finalement détourné par le préposé, cela ne le concerne plus, le juriste soulignant à cet égard que le préposant assume le choix de son homme (une *culpa in eligendo* type), dans ce texte où Ulpien rapporte l'opinion d'Ofilius :

ULPIEN (28 *Ad edictum*), D. 14, 1, 1, 9 : « Ofilius demande : s'il a détourné à son usage (*in suos usus converterit*) un prêt destiné à radouber le navire, l'action sera-t-elle donnée contre l'armateur (*exercitor*) ? Selon lui, s'il a reçu l'argent sous la condition de le dépenser pour le navire (*quasi in navem impensurus*), et qu'ensuite il a changé d'avis, l'armateur sera tenu car il devra s'imputer le choix d'un tel préposé (*cur talem praeposuerit*). Mais si, dès le début, il a conçu le projet de frauder le créancier et que la condition de l'affectation au navire n'a pas été spécialement exprimée (*specialiter non expresserit*), c'est le contraire. Distinction approuvée par Pédus ».

On voit donc qu'il y avait un devoir d'enquête et d'information de la part du tiers¹¹⁹. Ainsi que l'énonce encore Africanus (D. 14, 1, 17, 1), dans une

¹¹⁵ De même : D. 14, 1, 1, 7 ; GAIUS, *Institutes* 4, 71 (cité *supra*).

¹¹⁶ D. 14, 1, 1, 8-11. Voy. dernièrement TJ. CHIUSI, *A che cosa servivano le actiones adiecticiae qualitatis ?*, *op. cit.*, p. 299.

¹¹⁷ D. 14, 1, 1, 8 : « S'il a emprunté de l'argent, paraît-il l'avoir fait en son nom ? Et Pégase d'estimer que, si l'emprunt a été fait en vue de servir à l'affaire à laquelle il a été préposé (*si ad usum eius rei, in quam praepositus est*), il faut donner l'action, opinion que j'approuve ; par exemple si l'argent fut emprunté pour armer ou équiper le navire ou pour engager des marins ».

¹¹⁸ AFRICANUS (8 *Quaestionum*), D. 14, 1, 7*pr* ; voy. également §§ 1-2 du même fragment.

¹¹⁹ Il s'agit en somme de prévenir ici une collusion frauduleuse entre le tiers et le préposé aux dépens du maître de l'affaire (*dominus negotii*).

situation où un capitaine de navire emprunte de l'argent pour acheter une voile qui s'est déchirée sur une île où il est impossible de se procurer un tel artefact, « on attend en somme du créancier qu'il fasse preuve de diligence » (*in summa aliquam diligentiam en ea creditorem debere praestare*).

Mais dès lors que le but déclaré de l'emprunt s'avère adéquat aux fins pour lesquelles il y eut préposition, la responsabilité de l'armateur est appréciée strictement.

Chapitre 5

L'hybridation moderne de la notion de préposition aux sources de l'article 1384, alinéa 3, du Code Napoléon

27. Après avoir parcouru à grandes enjambées les champs de la responsabilité contractuelle et extracontractuelle du fait d'autrui en droit romain, il nous reste à considérer l'hybridation dont la notion de préposition a fait l'objet chez Domat et chez Pothier, aux sources de l'article 1384, alinéa 3, du Code Napoléon.

On sait déjà que Domat a tiré la matière d'un régime de responsabilité pour « les hôteliers et les voituriers » par terre, par mer et par rivière, bientôt généralisé à tout préposé de tout patron quelconque à la section 3 du titre XVI du livre I^{er} des *Loix civiles dans leur ordre naturel*, des textes romains relatifs aux marins, aubergistes et maîtres d'écurie pour les choses reçues de leurs clients, d'une part, et de la préposition commerciale, d'autre part. Il reprend aux Anciens, en effet, les raisons avancées par eux au fondement de nos mesures : les circonstances du voyage privent le plus souvent les voyageurs de la liberté de contracter et ne leur laissent guère le choix de la personne du contractant¹²⁰. Les lois doivent donc assurer que « ces personnes n'abusent pas de la nécessité où on est de traiter avec eux¹²¹, et de s'y confier » (I, XVI).

¹²⁰ Ainsi que l'expose Ulpian dans la *laudatio* de l'édit relatif à l'action exercitoire : ULPYEN (28 *Ad edictum*), D. 14, 1, 1^{pr} : « L'utilité (*utilitas*) de cet édit est évidente, nul ne peut l'ignorer. Il arrive en effet que l'on ignore le statut ou l'identité du capitaine avec lequel les nécessités de la navigation nous font passer contrat. Il a donc paru équitable (*aequum*) que celui qui a placé un capitaine de navire soit contraint [...] les circonstances de lieu ou de temps n'offrant pas toujours les conditions suffisantes du conseil et de la délibération ».

¹²¹ La *laudatio* de l'édit relatif à l'obligation des marins, aubergistes et maîtres d'écurie de garantir la restitution des choses reçues de leurs clients souligne en effet la nécessité d'éviter les abus auxquels leur position n'inclinerait que trop ces professionnels face aux nécessités où se trouvent les voyageurs, d'après ULPYEN (14 *Ad edictum*) toujours : D. 4, 9, 1, 1 « L'utilité de cet édit est très grande (*maxima utilitas*), parce qu'il est généralement nécessaire de s'en remettre à leur bonne foi et de confier des biens à leur garde. [...] et si l'on n'avait pas pris cette mesure, on aurait donné matière à s'associer avec des voleurs au détriment de ceux qu'ils reçoivent, dans la mesure où même à présent ils ne s'abstiennent pas de ce genre de tromperies » (trad. Le Guennec).

Or l'illustre Auvergnat ajoute un autre motif pour justifier un tel régime de responsabilité : étant en contact à toutes heures avec une multitude de gens, il est inévitable pour ces professionnels de devoir préposer d'autres personnes à certaines tâches, du fait desquelles ils doivent donc être rendus comptables (I, XVI, I) :

« Et il y a encore cela de particulier dans ces sortes de commerces, que ceux qui les exercent ne pouvant seuls suffire chacun au sien à cause de la multitude de personnes qui ont à faire à eux, et à toutes heures ; ils sont obligés d'y préposer d'autres personnes : ce qui les oblige à répondre du fait de ces préposés ».

L'auteur des *Loix civiles* conçoit ainsi le ressort théorique de l'hybridation qu'il précipite aux origines des régimes continentaux de responsabilité complexe à la lumière des sources romaines : l'hôtelier, écrit-il encore, est tenu « du fait des personnes de la famille et de celui des domestiques, *selon les fonctions qui leur sont commises* » (I, XVI, I, III)¹²².

Il réunit ainsi en un seul dispositif des règles que le droit romain traitait séparément, aux livre IV (*receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*) et XIV (*de exercitoria* et *de institoria actione*) du Digeste¹²³, et concevait aussi distinctement dès lors même qu'elles se télescopaient en la personne de l'exploitant d'un navire (par exemple), engagé, d'une part, par les contrats de ses préposés (et non de ses matelots), et rendu comptable, d'autre part, du fait de son équipage à la source d'un dommage causé aux biens de la clientèle :

ULPIEN (28, *Ad edictum*), D. 14, 1, 1, 2 : « [...] Autre chose est de conclure un contrat, autre chose de commettre un délit (*alia enim est contrahendi causa, alia delinquendi*) : quand on prépose un capitaine (*magistrum praepositum*), on permet de contracter avec lui ; quand on embauche des matelots (*nautas adhibet*), on ne permet pas de contracter avec eux, mais on doit veiller à ce qu'ils soient exempts de faute et de dol ».

L'hybridation est encore plus nette chez Pothier. À ce qu'il appelle « l'obligation accessoire » par laquelle les commettants « accèdent aux obligations des contrats de leurs préposés »¹²⁴, le professeur royal de droit français

¹²² Citant les textes du Digeste qui concernent par la force des choses les contrats conclus avec le *praepositus*, et non les faits, *dols* ou *tromperies*, des personnes préposées (*infra*) : D. 14, 1, 1, 10 (*in pretiis rerum emptarum*, en paiement du prix d'achat) ; D. 14, 3, 5, 3 (activités bancaires, *in mensa*).

¹²³ Il en a bien entendu parfaitement conscience : « Et quoique cet engagement, à l'égard de ces préposés, ait plusieurs règles qui lui sont communes avec les procurations et les commissions, il y en a quelques-unes qui lui sont propres. Ainsi, toutes ces règles qui regardent particulièrement les hôteliers et les voituriers demandent d'être distinguées, et elles seront expliquées dans ce Titre » (I, XVI).

¹²⁴ « Lorsqu'un négociant a commis quelqu'un à une maison de commerce, ou au gouvernement d'un vaisseau marchand [...] dans tous les engagements que ce préposé contracte, quoiqu'en son propre nom, pour les

à l'université d'Orléans en ajoute une autre : l'« obligation accessoire des commettants qui naît des délits de leurs préposés » (n° 453) :

« Ce n'est pas seulement en contractant, que les préposés obligent leurs commettants. Quiconque a commis quelqu'un à quelques fonctions, est responsable des délits que son préposé a commis dans l'exercice des fonctions auxquelles il était préposé »¹²⁵.

On trouve ici, sous la plume de Pothier, la première version de ce qui deviendra l'article 1384, alinéa 3, du Code de 1804. De plus, on l'a évoqué à propos de la transformation de ce qui était encore pour Domat une responsabilité objective de l'instituteur à raison de la chose, en sa qualité d'habitant, Pothier rassemble et homogénéise les cas de responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle pour autrui sur le fondement commun de l'autorité et du pouvoir de ceux qui en sont investis sur d'autres personnes, ouvrant la voie à l'alinéa 5 de l'article 1384 de Code Napoléon : pères, mères, tuteurs et précepteurs, auxquels il joint les maîtres pour les délits des « serviteurs et ouvriers qu'ils emploient à quelque service » (n° 121), lesquels, à la différence des précédents, sont même tenus des délits « qu'ils n'ont pu empêcher lorsque les domestiques les ont commis *dans les fonctions auxquelles ils étoient préposés* » (n° 456, nous soulignons).

28. Or, même s'il fait partie du cercle domestique ou familial, le *praepositus* romain n'est certainement pas un commis au sens où l'entendent Domat et Pothier. Loin de travailler sous le contrôle, la surveillance et l'autorité d'autrui, il jouit *in concreto* d'une autonomie pour la gestion de l'entreprise, parfois lointaine, à la tête de laquelle il est placé et pour laquelle il remplace l'entrepreneur pour toutes les opérations de la vie juridique et commerciale¹²⁶.

Le latin *praeponere* se dit précisément de celui qui est placé à la tête d'une telle activité (*prae ponere*), tandis que, pour l'employé agissant sous le contrôle d'autrui, comme un manutentionnaire ou le matelot d'un équipage, on emploie les verbes *mandare* ou *adhibere*¹²⁷.

affaires auxquelles il est préposé, il s'oblige comme débiteur principal ; et il oblige en même temps son commettant comme débiteur accessoire : car ce commettant est censé, par la commission qu'il lui a donnée, avoir consenti par avance à tous les engagements qu'il contracteroit pour toutes les affaires auxquelles il l'a préposé, et s'en être rendu responsable » (n° 448). Citation des textes romains (n° 449) sur le cadre de la préposition (D. 14, 1, 1, 7 et 12) et sur la finalité de l'emprunt du préposé (D. 14, 1, 1, 8 et 9 ; 7pr-1) (*supra*, n° 22, 24, 26).

¹²⁵ Arguant en droit romain du cas unique de délivrance d'une action quasi institorie (*actio quasi institoria*) contre l'entrepreneur de pompes funèbres à la suite du délit de son esclave ayant dépouillé le corps dont il s'occupait (D. 14, 3, 5, 8).

¹²⁶ E. CHEVREAU, *Aux origines romaines de la gérance*, *op. cit.*, p. 15.

¹²⁷ B. SCHLOSSER, *Die Bedeutung der praepositio für den Handelsverkehr*, *op. cit.*, p. 5. Et c'est bien le verbe *adhibere* qui est utilisé à propos de la responsabilité des marins, aubergistes et maîtres d'écurie du fait de

Qu'à cela ne tienne, on voit resurgir les analyses des jurisconsultes sur le principe d'une responsabilité limitée au cadre et aux finalités de la préposition commerciale dans leur contexte nouveau, qui n'est donc plus celui des effets des contrats des « préposés », mais de leurs délits :

- 1° à l'acte juridique du *praepositus* (ou plutôt à son inexécution) fait pendant le dol ou la faute du « préposé » ;
- 2° au cadre de la préposition fait pendant l'exigence d'un acte illicite commis « à l'occasion des fonctions » ;
- 3° à l'évolution observable sous l'Empire vers une reconnaissance de la préposition tacite, à rebours d'une appréciation rigoureuse, dont Paul s'était fait le porte-parole, des termes exprès de celle-ci, fait pendant celle de la jurisprudence en droit moderne, depuis l'opinion des rédacteurs du Code civil, selon lesquels la relation entre l'acte dommageable et les fonctions du préposé devait être appréciée strictement, vers l'interprétation extrêmement large de celle-ci jusqu'à nos jours ;
- 4° quant à la finalité des actes du préposé en vue de servir ses attributions et au devoir de vigilance attendu de la part du créancier font pendant les problématiques relatives à l'abus des fonctions et à la connaissance de l'abus par la victime.

Sur le premier point, on observera encore que, si le système bascule dans l'ordre d'une responsabilité encourue non pour les contrats des préposés, mais pour leurs délits, Domat le pose encore sur le fondement d'une responsabilité contractuelle, sous l'influence bien sûr de la préposition commerciale romaine¹²⁸, ainsi que le montre la justification qu'il produit à la lumière de la notion de représentation juridique (directe depuis le Moyen Âge, à la différence des Anciens)¹²⁹, si éclairante à elle seule de l'hybridation dont il assure ainsi les bases théoriques¹³⁰ :

« Ceux qui tiennent des vaisseaux marchands, pour quelques commerces ; ceux qui pour quelques trafics ont des magasins, boutiques,

leurs employés, p. ex., D. 4, 9, 7pr ; 7, 4 ; D. 47, 5, 1, 5 ; D. 14, 1, 1, 2 (*qui magistrum praepoñit... qui nautas adhibet...*) ; textes cités *supra*, n° 14, n° 16, n. 58, n° 26.

¹²⁸ Comme le rend en particulier sensible la conséquence d'une révocation du pouvoir ou de la procuration que le tiers aurait légitimement ignorée, de sorte que le commettant demeure engagé « si ce n'est que la révocation eût été publiée, si c'étoit l'usage ; ou que par d'autres circonstances, celui qui a traité avec le préposé, dût se l'imputer » : I, XVI, III, IX ; citation de D. 14, 3, 11, 2 (*supra*, n. 109).

¹²⁹ Justification que l'on voit resurgir dans le contexte de la *recherche incessante* d'un fondement à la responsabilité des commettants dès la fin du XIX^e siècle, en particulier auprès des auteurs qui veulent « sauver la faute contre le risque », non sans susciter l'étonnement de voir la représentation directe (en principe limitée aux actes juridiques) appliquée aux actes matériels. D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations, op. cit.*, pp. 800 et 826.

¹³⁰ Il est intéressant de noter que, actuellement, l'un des fondements proposés pour la responsabilité contractuelle du fait d'autrui réside dans la notion de « représentation » (non pas au sens juridique du terme, mais plutôt dans un sens plus large « factuel » ou « économique ») : voy, dans ce volume, les contributions de F. Glansdorff et de J. van Zuylen.

ou bureaux ouverts [...] et généralement tous ceux qui pour leurs commerces sur terre, ou sur mer se servent de commis, agents et autres préposés, *sont représentés en ce qui regarde ces commerces, par ceux qu'ils commettent, de telle sorte que le fait de ces préposés, est le leur propre.* Ainsi ils sont obligés de ratifier ce qui a été traité avec leurs commis. Ainsi ils *répondent du fait, du dol, et des tromperies des personnes qu'ils ont préposées* » (I, XVI, III, I ; nous soulignons).

Il faudra attendre Pothier et surtout les rédacteurs du Code civil pour voir le « montage » basculer dans le giron de la responsabilité extracontractuelle et devenir l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil¹³¹. Quant au législateur d'outre-Rhin, si la responsabilité contractuelle du fait d'un auxiliaire d'exécution (*Erfüllungsgehilfe*) est l'une des solutions du droit allemand des obligations directement inspirées du Code civil de 1804 (§ 278 BGB)¹³², le domaine des actes illicites (*Unerlaubte Handlungen*) se ressent également de la généralisation opérée par Domat, ainsi au paragraphe 381 : « Celui qui prépose un autre à une fonction est tenu de réparer le préjudice que cet autre cause illicitement à un tiers dans l'exécution de cette fonction [...] »¹³³.

29. À ce principe désormais général d'une responsabilité des commettants du fait des « préposés », les rédacteurs du Code civil n'assignèrent toutefois pas un fondement unique, les travaux préparatoires du Code mettant en exergue trois principes justificatifs¹³⁴ : la *culpa in eligendo* ou la *culpa in vigilando*, le commettant devant s'imputer soit le mauvais choix, soit un défaut de surveillance de ses commis¹³⁵ ; la fausse confiance dans la fiabilité de son commis suscitée dans le public¹³⁶, et, enfin, un fondement économique, le

¹³¹ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 808.

¹³² G. BOEHMER, « Der Einfluß des Code Civil auf die Rechtsentwicklung in Deutschland », *Archiv für die civilistische Praxis*, 151. Bd., H. 4 (1950/1951), pp. 289-310, p. 307 ; U. BABUSIAUX, *Influence du droit français sur le droit allemand des obligations*, op. cit., p. 51.

¹³³ *Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt [...]*. Voy. également R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, op. cit., p. 1125.

¹³⁴ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 808.

¹³⁵ Fondement qui remonte haut dans l'ancien droit français, déjà chez Beaumanoir, au XIII^e siècle, et que Domat fait également sien (en le cumulant à la représentation), dans le cadre contractuel du louage, où il rapporte le cas de l'incendie causé par l'endormissement de l'esclave chargé par le locataire de surveiller un four (I, IV, II, V ; D. 9, 2, 27, 9, *supra*, n. 68), et à propos du préposé mineur dont le préposant doit assumer le choix (I, XVI, III, IV ; citant D. 14, 1, 1, 4 et 14, 3, 7, 2, *supra*, n. 97). Sur la propension à s'évader de nos jours du cadre de la responsabilité pour faute personnelle, du moins en France, les droits de tradition germanique (Allemagne, Suisse, Autriche) restant, de ce point de vue, en retrait par rapport aux autres : G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 2013, p. 1039, n° 791.

¹³⁶ Le trouble dans le commerce juridique venant plus exactement en droit romain d'avoir laissé le préposé mener des activités pour lesquelles il n'avait pas été préposé – glissement une fois encore.

risque-profit, suivant la maxime *ubi emolumentus, ibi onus* : le commettant est responsable parce qu'il tire profit des actions de son commis.

Nous avons eu l'occasion de rencontrer au fil de l'examen des diverses souches romaines les deux premiers fondements. Quant au troisième, il n'est pas en reste, ainsi que le montre un dernier texte d'Ulpien, la *laudatio* de l'édit relatif à l'action institoire :

ULPIEN (28 *Ad edictum*), D. 14, 3, 1: « Il a paru équitable (*aequum*) au prêteur, puisque nous percevons les avantages (*commoda*) des actes de nos préposés, que nous soyons de même obligés et passibles de contrainte juridique par l'effet de leurs contrats [...] »¹³⁷.

Conclusion

30. Par sa richesse et le foisonnement de la réflexion des jurisconsultes anciens, la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle du fait d'autrui en droit romain nous découvre un faisceau d'origines en perspective : responsabilité extracontractuelle du *pater familias* pour les délits des êtres en puissance (*alieni iuris* libres et non libres) suivant le régime typique d'une société ancienne de l'abandon noxal ; responsabilité quasi délictuelle de l'habitant pour le dommage causé aux passants par toute chose jetée ou versée depuis un appartement dans la rue, non seulement par lui-même, mais par quiconque se trouvant *in situ* ; responsabilités concurremment contractuelle et extracontractuelle des marins, aubergistes et maîtres d'écurie du fait de leurs employés, de leurs résidents permanents (pour les aubergistes), voire, sur la base du *receptum*, de leurs passagers et hôtes d'un jour ; responsabilité contractuelle du débiteur du fait des auxiliaires et des substituts dans certains contrats spéciaux ; responsabilité enfin du *pater familias* derechef, mais, cette fois, comme chef d'entreprise, du fait des actes de ceux qu'il a préposés à la tête d'un commerce maritime ou terrestre dans le contexte d'une économie « mondialisée » à l'échelle de la Méditerranée antique.

Tel est le tableau que Domat pouvait avoir dans sa ligne de mire lorsqu'il conçut la généralisation, qu'il semble le premier à avoir opérée, d'un régime de responsabilité du fait des personnes qui, pour l'exercice de leurs activités, utilisent des *préposés*.

¹³⁷

Un autre fragment du Digeste semble aller dans le même sens, même s'il est coupé de son contexte : ULPIEN (67 *Ad edictum*), D. 50, 17, 149 : « On doit répondre du fait de la personne de laquelle on tire profit (*ex qua persona quis lucrum facit, eius factum paestare debet*). Voy. R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen*, op. cit., pp. 441-443 ; sur le risque d'entreprise au fondement de nos dispositifs en droit romain : F. SERRAO, *Impresa e responsabilità*, op. cit., p. 102 ; et, sur l'imputation d'un risque à raison d'un fait propre du point de vue de la tradition romaniste et dans la perspective des codifications européennes et de la pratique du commerce international : R. FERCIÀ, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, op. cit., pp. 451 et s.

Particulièrement remarquable est l'hybridation dont le grand juriconsulte clermontois précipita le dispositif entre la préposition commerciale et l'obligation des professionnels de l'accueil et du transport maritime de répondre de la perte ou du dommage causé aux biens, marchandises commerciales et effets personnels, de leur clientèle, en droit romain.

Articulée par Pothier à un régime de responsabilité délictuelle du fait des personnes « soumises à notre autorité », la généralisation de Jean Domat a ouvert grande la voie à la conception de l'article 1384 du Code Napoléon qui inspira également le BGB et les autres droits de la grande famille des droits romano-canoniques.