

**ROMA E AMERICA.
DIRITTO ROMANO COMUNE**

RIVISTA DI DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE
E UNIFICAZIONE DEL DIRITTO
IN EUROPA E IN AMERICA LATINA

promossa da

Centro di Studi Giuridici Latinoamericani – Unità dell'ISGI
del Consiglio Nazionale delle Ricerche
Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani
dell'Università di Roma 'Tor Vergata'

in collaborazione con

Istituto Italo-Latino Americano (IILA)

Presidente: Amb. Jorge Eduardo Chen Charpentier

Segretario Generale: Amb. Giorgio Malfatti di Monte Tretto

Associazione di Studi Sociali Latino-Americani (ASSLA)

Segretario Generale: Pierangelo Catalano

Direttori della Rivista

Antonio Saccoccio

David Fabio Esborraz

Comitato scientifico

Presidente: Sandro Schipani, 'Sapienza' Università di Roma (Italia)

Jorge C. Adame Goddard, Universidad Nacional Autónoma de México - UNAM (Messico); Atilio A. Alterini (†), Universidad de Buenos Aires - UBA (Argentina); Riccardo Cardilli, Università di Roma 'Tor Vergata' e CSGLA (Italia); Édgar Cortés Moncayo, Universidad Externado de Colombia (Colombia); Maria Floriana Cursi, Università di Teramo (Italia); Fei Anling, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Pechino - CUPL (Cina); Antonio Fernández de Buján, Universidad Autónoma de Madrid (Spagna); Giovanni Finazzi, Università di Roma 'Tor Vergata' (Italia); Roberto Fiori, Università di Roma 'Tor Vergata' (Italia); Enrico Gabrielli, Università di Roma 'Tor Vergata' (Italia); Alejandro Guzmán Brito, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Cile); Fernando Hinestrosa (†), Universidad Externado de Colombia (Colombia); Huang Feng, Università Normale di Pechino - BNU (Cina); Jiang Ping, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Pechino - CUPL (Cina); Rolf Knütel, Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität Bonn (Germania); Giovanni Lobrano, Università di Sassari (Italia); Judith Martins-Costa, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil); Carla Masi Doria, Università di Napoli 'Federico II' (Italia); Cesare Mirabelli, Università di Roma 'Tor Vergata' (Italia); José C. Moreira Alves, Universidade de São Paulo - USP (Brasile); Luis Moisset de Espanés, Academia Nacional de Derecho de Córdoba (Argentina); Noemí L. Nicolau, Universidad Nacional de Rosario - UNR (Argentina); Giuseppe Palmisano, Università degli Studi di Camerino e ISGI-CNR (Italia); Massimo Papa, Università di Roma 'Tor Vergata' (Italia); Aldo Petrucci, Università di Pisa (Italia); Ronaldo de Britto Poletti, Universidade de Brasília - UnB (Brasile); Norberto D. Rinaldi, Universidad de Buenos Aires - UBA (Argentina); Marcial Rubio Correa, Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP (Perù); Martin Josef Schermaier, Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität Bonn (Germania); Xu Guodong, Università di Xiamen - XmU (Cina)

In redazione:

Sabrina Lanni, Emanuela Calore, Roberta Marini

Collaboratore alla redazione:

Solange Guida

In adesione alle direttive dell'ANVUR, la pubblicazione degli articoli proposti alla Rivista è subordinata alla valutazione positiva espressa su di essi (rispettando l'anonimato dell'autore e del revisore) da due (tre in caso di dissenso) valutatori scelti dalla Direzione della Rivista in primo luogo fra i componenti del Comitato dei valutatori, o, in alternativa, fra studiosi di provata fama.

L'elenco completo dei valutatori è disponibile nella pagina *web* della Rivista.

Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme al testo da pubblicare, anche un *abstract* e alcune "parole chiave".

Hanno espresso valutazione positiva alla pubblicazione dei contributi del presente volume:

Mirta Alvarez (Buenos Aires); Cristina Amato (Brescia); Víctor Bazán (San Juan - Argentina); Emmanuelle Chevreau (Paris); Enrico Del Prato (Roma Tre); Laura Formichella (Roma 'Tor Vergata'); Fernando García Serrano (Quito); Carlos F. Marés de Sousa Filho (Curitiba - Brasil); Fernando H. Mayorga García (Bogotà); Elvira Mendez Chang (Lima); Massimo Miglietta (Trento); Martha L. Neme Villareal (Bogotà); Manuel A. Nuñez Poblete (Valparaíso); Pascal Pichonnaz (Fribourg); Giovanni Priori (Lima); Sebastiano Tafaro (Bari); Massimiliano Vinci (Roma 'Tor Vergata').

ROMA E AMERICA.
DIRITTO ROMANO COMUNE

RIVISTA DI DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE
E UNIFICAZIONE DEL DIRITTO
IN EUROPA E IN AMERICA LATINA

promossa da

Centro di Studi Giuridici Latinoamericani
Unità dell'ISGI del Consiglio Nazionale delle Ricerche

Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani
dell'Università di Roma 'Tor Vergata'

in collaborazione con

Istituto Italo-Latino Americano (IILA)
Associazione di Studi Sociali Latino-Americani (ASSLA)

31-32/2011

MUCCHI EDITORE

La Redazione è presso:

Centro Studi Giuridici Latinoamericani
Unità dell'ISGI del Consiglio Nazionale delle Ricerche
Università di Roma 'Tor Vergata'
Via O. Raimondo, 18, 00173 Roma (Italia)
Tel. 39 06 72592301; Fax 39 06 7233198
romam@juris.uniroma2.it
<http://www.romaeamerica.it>

La Rivista segnala tutte le pubblicazioni ricevute dalla Redazione.
I libri per segnalazioni vanno inviati alla Redazione della Rivista.

Le pubblicazioni continuative e periodiche per 'cambio' vanno inviate a:
Biblioteca del Centro di Studi Giuridici Latinoamericani (stesso indirizzo della Redazione).

La Rivista pubblica un volume ogni anno.
L'abbonamento costa per l'Italia Euro 86,00 per l'Europa Euro 120,00.

© MUCCHI EDITORE - Via Emilia Est, 1527 - 41122 - Modena
Iscritta a: CONFINDUSTRIA, AIE, USPI
Pubblicità inferiore al 45 %
Grafica e impaginazione, Mucchi Editore (MO). Stampa, Editografica (BO)
Finito di stampare nel mese di settembre del 2012

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun articolo che compone il presente fascicolo dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5 della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso differente da quello personale possono avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dagli aventi diritto o dall'editore. È vietata la pubblicazione in Internet.

Tutti gli ordini, eccettuata l'America Latina, vanno indirizzati a:
Mucchi Editore
Via Emilia est, 1527, 41100 Modena, Italia – fax (39-059) 282628; tel. (30-059) 374094; c/cp. n. 11051414 o Banca Popolare dell'Emilia Romagna, sede centrale, via San Carlo 8, Modena c/c 21597, ABI 05387, CAB 12900.

per l'America Latina, le richieste vanno indirizzate a:
Universidad Externado de Colombia
Calle 12 n. 1-17 Est, Bogotá – Colombia – Fax (57-01) 2843769
<http://www.uexternado.edu.co>

Registr. Trib. Modena n. 1372 del 24.2.1997 – S. Schipani dir. resp.

Volume realizzato presso il Centro di Studi Giuridici Latinoamericani - Unità dell'ISGI - Consiglio Nazionale delle Ricerche - con l'intervento dell'Università di Roma 'Tor Vergata'.

Editoriale

A partire dal numero 31-32/2011 la Direzione della Rivista Roma e America. Diritto romano comune passa nelle nostre mani, a seguito della decisione dell'attuale Direttore, il prof. Sandro Schipani, il quale intende seguirne i lavori non meno intenzionalmente, ma più da lontano.

Appare evidente come per la vita di ogni Rivista scientifica il cambio della Direzione rappresenti sempre e comunque un importante momento di transizione. Questo appare ancor più evidente per Roma e America, per la quale la figura di Sandro Schipani ha rappresentato non solo la Direzione a partire dall'anno di costituzione (1996), ma anche il fondatore, l'ideatore, il promotore, il divulgatore. Non temiamo smentita nel dichiarare che nell'immaginario di tutti gli studiosi Roma e America è e sarà sempre identificata con Sandro Schipani.

Nondimeno, come per ogni vicenda della vita umana, anche per Roma e America inevitabilmente il trascorrere del tempo esige il suo tributo di rinnovamento e di cambiamenti. In questo indifferibile processo, alcuni elementi costituiscono una eredità che, per quanto pesante, intendiamo conservare, pur nella consapevolezza dell'inadeguatezza dei nostri mezzi e delle nostre capacità; altri, invece, dovranno subire un inevitabile processo di trasformazione, pur in una logica di auspicabile continuità con il passato. Noi riteniamo che la Rivista debba necessariamente passare per entrambi questi momenti.

Appare infatti indispensabile che, da un lato, la Rivista continui nel solco di una tradizione ormai quasi ventennale; dall'altro lato, che la stessa si adegui alle istanze di cambiamento che vengono proposte in maniera sempre più pressante dalla comunità scientifica italiana e non solo.

Dal primo punto di vista, la Rivista continuerà a ruotare intorno all'idea del sistema giuridico romanistico e delle sue pluriformi articolazioni, valutate non solo in chiave spazio-temporale, ma anche in chiave di unità, resistenza e specificità dei sottosistemi di cui esso si compone. Tale percorso ricostruttivo, merito indiscutibile dell'intuizione scientifica di Sandro Schipani, maturata in oltre quaranta anni di vita accademica e in una lunghissima serie di contributi (monografie, articoli, saggi, traduzioni, ma anche organizzazione di convegni, curatele di volumi ecc.) editi in ogni parte del mondo e in diverse lingue, tutti ben noti alla comunità scientifica, costituirà necessariamente l'elemento cardine intorno a cui continuerà a ruotare Roma e America.

A mutare saranno gli elementi esteriori che continueranno a veicolare nel mondo l'idea della continua espansione (secondo il ben noto modello della civitas augescens) e del continuo adeguamento di questo sistema alla realtà, nella logica ben impressa nelle parole del giurista romano Pomponio, per il quale il diritto (ius) non può star saldo (constare) senza il contributo dei giuristi (aliquis iuris peritus) che lo conduce avanti ogni giorno, verso il meglio (cottidie in melius produci): Pomp. l. s. ench. D.1,2,2,13.

In conseguenza di ciò, a partire già da questo numero, la Rivista, oltre a tollerare il cambio di Direzione, si è dotata di un 'Collegio di Revisori', ai quali spetta il compito della selezione del materiale da pubblicare tra i numerosi contributi ad essa proposti. Per lo stesso motivo, la periodicità passerà dalla semestralità alla annualità, e la pubblicazione cartacea, che verrà mantenuta, sarà affiancata dalla pubblicazione di tutti gli articoli già editi (a partire dal volume 1/1996) nel rinnovato sito della Rivista, dove ognuno sarà scaricabile dietro la corresponsione di un modesto contributo che servirà a permettere in questi tempi difficili la stessa sopravvivenza della Rivista.

Un ringraziamento particolare ci sentiamo di rivolgere al dott. Marco Mucchi, che ha accettato di continuare a pubblicare la Rivista anche a fronte di tali e tanti cambiamenti, e un ringraziamento soprattutto va rivolto al prof. Sandro Schipani, senza il lavoro del quale la Rivista mai avrebbe visto la luce. È evidente che l'elevatissimo standard qualitativo che la Rivista ha finora mantenuto grazie alla Sua opera non potrà essere mantenuto senza l'attività di sostegno e incoraggiamento che, confidiamo, Egli vorrà continuare ad assicurare alla nuova Direzione, e soprattutto senza la pazienza e la comprensione di tutta la Redazione, di tutti gli Autori e di tutti i Lettori.

Roma, 31 ottobre 2012

David Fabio Esborraz

Antonio Saccoccio

INDICE

DIRITTO ROMANO COMUNE

- FILIPPO GALLO
Consuetudine e nuovi contratti pag. 3
- JEAN-FRANÇOIS GERKENS
Qui s'exécute en retard accroît le risque encouru! Des spécificités de la mora debitoris et de son évolution de Rome au futur droit européen..... » 77

SISTEMA GIURIDICO ROMANISTICO E DIRITTO CINESE

- MASSIMILIANO VINCI
Riflessioni storico-comparative in tema di ritenzione: diritto romano, diritto italiano, diritto cinese » 95

TUTELA DEL CONSUMATORE IN AMERICA LATINA

- SABRINA LANNI
Migración de ideas jurídicas entre Italia y América Latina en tema de tutela del consumidor » 117

SISTEMA GIURIDICO LATINOAMERICANO E DIRITTI DEI POPOLI INDIGENI

- SANDRO SCHIPANI
El principio del suis legibus uti o del valerse de las propias leyes » 139

FERNANDO MAYORGA GARCÍA <i>El reconocimiento de los Derechos de los indígenas: del Estado colonial al moderno o el regreso del péndulo</i>	pag	155
CARLOS FREDERICO MARÉS DE SOUZA FILHO <i>Os Povos indígenas e o Direito brasileiro</i>	»	179
FERNANDO GARCÍA SERRANO <i>Situación jurídica de los Pueblos indígenas en la nueva Constitución ecuatoriana</i>	»	199
MANUEL NÚÑEZ POBLETE <i>Derecho y los Derechos de los Pueblos indígenas en el Chile republicano</i> .	»	223
VÍCTOR BAZÁN <i>La tutela de los Derechos indígenas en la Argentina</i>	»	247
SABRINA LANNI <i>Reivindicaciones indígenas y resistencias homogeneizadoras: el 'Derecho a la consulta previa'</i>	»	287

DOCUMENTI

<i>Ley 29.785/2011 de la República del Perú sobre el Derecho a la consulta previa a los Pueblos indígenas u originarios</i>	»	317
---	---	-----

PAGINE SCELTE

<i>Sermone del domenicano Antonio de Montesino a La Española (Santo Domingo, 21 dicembre 1511)</i>	»	325
--	---	-----

INFORMAZIONI BIBLIOGRAFICHE

Rec. a V. ABELENDA, <i>Beneficio de competencia: fuentes romanas, derecho intermedio y latinoamericano. Ejemplos y propuestas de extensión en su proyección contemporánea</i>	»	329
---	---	-----

NOTIZIE DEL CENTRO

TAVOLA ROTONDA: « <i>Diritto amministrativo argentino: profili finanziari</i> »	pag.	333
<i>Cuarta reunión de trabajo del «Grupo para la armonización del Derecho privado latinoamericano»</i>	»	333
<i>Viaggio di istruzione in Argentina - Diario degli studenti</i>	»	335
<i>Collaboratori di questo numero</i>	»	339

DIRITTO ROMANO COMUNE

QUI S'EXÉCUTE EN RETARD ACCROÎT LE RISQUE EN-
COURU! DES SPÉCIFICITÉS DE LA *MORA DEBITORIS* ET
DE SON ÉVOLUTION DE ROME AU FUTUR
DROIT EUROPÉEN

JEAN-FRANÇOIS GERKENS

RÉSUMÉ: La question de l'évolution des effets de la demeure du débiteur sera abordée ici par l'intermédiaire d'un cas particulier: Lorsque le débiteur est tenu de livrer une chose spécifique en un temps précis et qu'il ne le fait pas, qu'advient-il de son obligation si elle devient impossible par la survenance d'une force majeure? Imaginons que Jean est tenu de livrer à Pierre un cheval appelé Foudre à la date du 1er mars. Jean ne livre pas Foudre à la date prévue et ce cheval meurt naturellement le 10 mars. La question est alors: Jean reste-t-il tenu de son obligation ou est-ce Pierre que supporte le risque? Ce cas semble avoir reçu une réponse similaire dans les différents systèmes juridiques modernes d'Europe et d'Amérique latine.

ABSTRACT: La questione dell'evoluzione della mora del debitore sarà affrontata qui attraverso l'analisi di un caso speciale: se il debitore è tenuto a consegnare una cosa specifica in un determinato momento e non lo fa, cosa accade alla sua obbligazione, se essa diventa impossibile per la sopravvenienza di una forza maggiore? Supponiamo che Giovanni sia tenuto a consegnare a Pietro in data 1 marzo un cavallo di nome Fulmine. Giovanni non consegna Fulmine entro la data prevista e questo cavallo muore di morte naturale il 10 marzo. La domanda allora è la seguente: Giovanni sarà ancora tenuto dalla sua obbligazione o è Pietro che sopporta il rischio? Questo caso sembra aver ricevuto una risposta simile nei diversi ordinamenti giuridici moderni dell'Europa e dell'America Latina.

MOTS CLEFS: Droit romain; demeure du débiteur; risque contractuel; impossibilité survenue; DCFR.

PAROLE CHIAVE: Diritto romano; mora del debitore; rischio contrattuale; impossibilità sopravvenuta; DCFR.

SOMMAIRE: 1. La situation dans les codes civils.- 2. Le droit romain.- 3. Les Glossateurs.- 4. Les Humanistes.- 5. Domat et Pothier.- 6. Conclusions.

1. *La situation dans les codes civils*

À la question: «le débiteur qui est en *mora debitoris*, peut-il encore être libéré par la survenance d'une force majeure?», les codifications modernes répondent presque toutes de la même manière: En principe, le débiteur n'est pas libéré. Mais il y a généralement une exception à ce principe: Le débiteur sera malgré tout libéré, si la chose due aurait de toutes façons péri, même si elle avait été fournie au créancier.

Dans le code Napoléon (et donc encore dans le code civil français, belge et luxembourgeois, pour ne citer que ceux-là¹), on lit à l'article 1302:

«De la perte de la chose due

Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation, vient à périr, est mis hors commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute de débiteur et avant qu'il fût en demeure.

Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également périée chez le créancier si elle lui eût été livrée. ...».

Le texte du § 287 du BGB n'est pas fondamentalement différent:

«Der Schuldner hat während des Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten. Er ist auch für die während des Verzugs durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde».

[«Le débiteur en demeure sera tenu de toute faute qu'il commettrait. Il sera également responsable de l'impossibilité d'exécuter l'obligation survenue pendant la demeure, sauf si le dommage se serait également réalisé si le débiteur s'était exécuté à temps»²].

¹ Le texte est identique également dans le code civil de la République Dominicaine, art. 1302: «Cuando la cosa cierta y determinada que era objeto de la obligación perece, queda fuera del comercio, o se pierde de modo que se ignore en absoluto su existencia, queda extinguida la obligación si la cosa ha fenecido o ha sido perdida sin culpa del deudor, y antes que fuera puesto en mora. Si el deudor está puesto en mora, y no se ha obligado para los casos fortuitos, queda extinguida la obligación en el caso en que la cosa hubiera igualmente perecido en poder del acreedor, si le hubiese sido entregada. ...».

² La traduction est de l'auteur.

Si l'on devait relever une légère différence entre le BGB et le Code Napoléon, on pourrait dire que dans le code allemand, il n'est plus dit que le débiteur aurait également été libéré si la chose eût également péri chez le créancier. L'hypothèse de la libération du débiteur repose plutôt sur la comparaison avec le cas dans lequel le débiteur aurait exécuté son obligation avant la *mora debitoris*. Mais cette différence me semble très minime, voire dépourvue de portée pratique.

Cette même règle – exprimée de manière similaire – se trouvait également déjà dans le code suisse des obligations, à l'article 103³:

Le débiteur en demeure doit des dommages-intérêts pour cause d'exécution tardive et répond même du cas fortuit.

Il peut se soustraire à cette responsabilité en prouvant qu'il s'est trouvé en demeure sans aucune faute de sa part ou que le cas fortuit aurait atteint la chose due, au détriment du créancier, même si l'exécution avait eu lieu à temps.

Si nous prenons, par exemple, le code civil italien, il dit en son article 1221:

«Effetti della mora sul rischio

Il debitore che è in mora non è liberato per la sopravvenuta impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, se non prova che l'oggetto della prestazione sarebbe ugualmente perito presso il creditore».

[«Effets de la demeure sur le risque

Le débiteur qui est en demeure n'est pas libéré par la survenance de l'impossibilité de la prestation découlant d'une cause qui ne lui est pas imputable, s'il ne prouve pas que l'objet de la prestation eût également péri chez le créancier»⁴].

On la retrouve également dans les codifications les plus récentes, comme le code civil des Pays-Bas, à l'article 84 du livre 6:

«Elke onmogelijkheid van nakoming, ontstaan tijdens het verzuim van de schuldenaar en niet toe te rekenen aan de schuldeiser, wordt aan de schuldenaar toegerekend; de-

³ Voici également les versions allemande et italienne du même article 103 du Code des Obligations:

«II. Wirkung

1. Haftung für Zufall

1) Befindet sich der Schuldner im Verzuge, so hat er Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung zu leisten und haftet auch für den Zufall.

2) Er kann sich von dieser Haftung durch den Nachweis befreien, dass der Verzug ohne jedes Verschulden von seiner Seite eingetreten ist oder dass der Zufall auch bei rechtzeitiger Erfüllung den Gegenstand der Leistung zum Nachteil des Gläubigers betroffen hätte».

«II. Effetti

1. Responsabilità pel caso fortuito

1) Il debitore in mora deve risarcire il danno per il tardato adempimento ed è responsabile anche del caso fortuito.

2) Egli può sottrarsi a tale responsabilità provando che la mora avvenne senza alcuna colpa da parte sua o che il caso fortuito avrebbe colpito in danno del creditore l'oggetto dovuto anche se l'obbligazione fosse stata adempita in tempo debito».

⁴ La traduction est de l'auteur.

ze moet de daardoor ontstane schade vergoederen, tenzij de schuldeiser de schade ook bij behoorlijke en tijdige nakoming zou hebben geleden».

[«Toute impossibilité d'exécuter l'obligation survenant pendant la demeure et qui n'est pas imputable au créancier sera imputée au débiteur; celui-ci doit réparer le dommage ainsi causé, sauf si le créancier aurait subi le même dommage en cas d'exécution conforme et à temps»⁵].

Le code civil néerlandais se trouve donc dans la tradition pandectiste des codes suisse et allemand, quant à la formulation de la règle.

La même règle se trouve également dans le code civil chilien, à l'article 1547:

«... El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. ...».

[«... Le débiteur n'est pas responsable du cas fortuit, à moins qu'il n'ait été en demeure (pour autant que le cas fortuit soit de ceux qui n'auraient pas endommagé la chose due, si elle avait été remise au créancier), ou que le cas fortuit soit survenu par sa faute. ...»⁶].

La même règle se trouve également dans le code civil argentin, à l'article 892:

«El deudor cuando no es responsable de los casos fortuitos sino constituyéndose en mora, queda exonerado de pagar daños e intereses, si la cosa que está en la imposibilidad de entregar a consecuencia de un caso fortuito, hubiese igualmente perecido en poder del acreedor».

[«Le débiteur, lorsqu'il n'est responsable des cas fortuits que s'il est en demeure, ne sera pas tenu de payer des dommages-intérêts, si la chose qu'il est dans l'impossibilité de livrer en raison d'un cas fortuit, aurait également péri en possession du créancier»⁷].

De même, dans le plus récent code civil brésilien, dans son article 399:

«O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada».

[«Un débiteur en demeure répond de l'impossibilité d'exécuter son obligation, quoique cette impossibilité résulte d'un cas fortuit ou d'une force majeure, si cela arrive pendant ou après; sauf s'il peut prouver son absence de faute ou que le dommage serait survenu même s'il avait opportunément exécuté son obligation»⁸].

Comme on le voit de cette liste des principaux codes civils, la règle est partout la même. Le débiteur qui est en *mora debitoris* peut malgré tout être libéré par

⁵ La traduction est de l'auteur.

⁶ La traduction est de l'auteur.

⁷ La traduction est de l'auteur.

⁸ La traduction est de l'auteur.

la force majeure, chaque fois que la chose eût également péri chez le créancier, si la livraison lui en avait été faite avant cette *mora debitoris*.

On peut dire qu'il s'agit là d'une simple exception à la règle générale qui veut que lorsque le débiteur est en *mora*, c'est à lui de supporter tous les risques liés à la disparition fortuite de la chose due.

Une autre manière d'analyser cela, serait de dire que c'est une mesure de clémence favorable au débiteur pourtant défaillant. On pourrait en effet se demander si une telle clémence est logique. Le débiteur qui s'est fautivement mis en retard de *dare* la chose due, mérite-t-il ce coup de pouce du destin? La perte par cas fortuit ne devrait-elle pas, au contraire, profiter au créancier qui n'a pas commis de faute et ne s'est pas mis en retard d'exécuter ses obligations?

En réalité, cette règle n'est pas romaine et il est intéressant d'en retracer l'histoire, afin de mieux la comprendre.

2. Le droit romain

En droit romain, la règle est très clairement que le débiteur ne peut être libéré par la force majeure que s'il n'est pas déjà en *mora debitoris*.

Cela ressort de plusieurs textes.

Paul., lib. 3 ad Plautium (D. 44.7.45⁹)

Is, qui ex stipulatu Stichum debeat, si eum ante moram manumiserit et is, priusquam super eo promissor conveniretur, decesserit, non tenetur: non enim per eum stetisse videtur, quo minus eum prastaret.

«Celui qui doit Stichus en vertu d'une stipulation, si il l'affranchit avant d'être en demeure qu'il décède avant d'être poursuivi en justice, n'est pas tenu: Il est en effet considéré qu'il n'a pas tenu à lui de n'avoir pas exécuté son obligation»¹⁰].

Voici le cas que soumet Paul: Jean promet par *stipulatio* l'esclave Stichus à Pierre. Avant d'être en demeure d'en transférer la propriété, Jean l'affranchit. Cet esclave affranchi meurt avant que Pierre n'ait agit *ex stipulatu* contre Jean. D'après le jurisconsulte, Jean n'est alors plus tenu à rien, car il n'a pas tenu à lui, de n'avoir pas transféré l'esclave.

Ce texte de Paul a fait l'objet d'une importante critique interpolationniste¹¹. La raison essentielle des attaques interpolationnistes résidait dans le fait que pour ces auteurs, le débiteur qui avait affranchi l'esclave dû, ne pouvait plus être libéré

⁹ Notons que l'édition de Mommsen du Digeste ne rapporte aucune divergence dans la transmission du texte. Notre propre consultation des manuscrits ne nous a pas non plus permis de déceler d'éventuelles divergences dignes d'être mentionnées ici.

¹⁰ La traduction est de l'auteur.

¹¹ Pour une analyse plus détaillée de cette critique interpolationniste, nous renvoyons à notre ouvrage: J.F. GERKENS, *Aequo perituris... Une approche de la causalité dépassante en droit romain classique*, Liège, 1997, 211-213.

par le décès fortuit de l'esclave. Pour eux, c'était contraire à la règle de la «*perpetuatio obligationis*». Comme je l'ai démontré dans le passé¹², ces auteurs confondent cependant deux choses fort différentes: La faute contractuelle n'est pas la *mora debitoris*. S'il est vrai que tant la faute contractuelle que la *mora* entraînent la *perpetuatio obligationis*, le texte de Paul montre bien que seul la *mora debitoris* opère un transfert du risque du créancier vers le débiteur. C'est la *mora debitoris* qui fait que le débiteur ne peut plus être libéré par la survenance d'un cas de force majeure. Avant cela – et même en cas de faute contractuelle par laquelle le débiteur se met dans l'impossibilité d'exécuter son obligation – l'obligation est simplement perpétuée. Cela signifie simplement que cette obligation n'est pas éteinte par le fait qu'elle soit devenue impossible à exécuter.

Cette analyse est imposée par la lecture du texte de Paul, puisqu'il précise que l'affranchissement de l'esclave est effectué *ante moram*. Or si cette perpétuation avait un effet identique à celui de la *mora*, on ne verrait pas, d'une part, pourquoi Paul préciserait que l'on se situe *ante moram*, ni, d'autre part, comment on pourrait encore libérer le débiteur dans l'hypothèse de notre fragment.

Ce que l'on peut retenir du fragment de Paul, par rapport à notre question de départ, c'est donc que le débiteur qui est déjà en *mora debitoris*, ne peut plus être libéré par la force majeure. La même conclusion peut être tirée d'un autre fragment de Paul:

Paul., lib. 16 Quaestiones (D. 18.4.21)

Venditor ex hereditate interposita stipulatione rem hereditariam persecutus alii vendidit: quaeritur, quid ex stipulatione praestare debeat: nam bis utique non committitur stipulatio, ut et rem et pretium debeat. et quidem si, posteaquam rem vendidit heres, intercessit stipulatio, credimus pretium in stipulationem venisse: quod si antecessit stipulatio, deinde rem nactus est, tunc rem debeat. si ergo hominem vendiderit et is decesserit, an pretium eiusdem debeat? non enim deberet Stichus promissor, si eum vendidisset, mortuo eo, si nulla mora processisset¹³. sed ubi hereditatem vendidi et postea rem ex ea vendidi, potest videri, ut negotium eius agam¹⁴ quam hereditatis. sed hoc in re singulari non potest credi: nam si eundem hominem tibi vendidero et necdum tradito eo alii quoque vendidero pretiumque accepero, mortuo eo videamus ne nihil tibi debeam ex empto, quoniam moram in tradendo non feci (pretium enim hominis vendidi non ex re, sed propter negotiationem percipitur) et sic sit, quasi alii non vendidissem: tibi enim rem debebam, non actionem. ...

¹² J.F. GERKENS, *Aequè perituris... Une approche de la causalité dépassante en droit romain classique* cit., 213-218.

¹³ Dans certaines anciennes éditions, dont l'édition Haloander, on trouve «*praecessisset*». V. également l'édition de la Glose de Godefroy (*Digestum vetus*, Lugduni, 1604, ad *h.l.*) et J.C. HASSE, *Die Culpa des Römischen Rechts*, Bonn, 1838², 406. Dans le manuscrit de Padoue (Biblioteca Universitaria di Padova, Ms. 941), «*processisset*» est abrégé en «*precessisset*».

¹⁴ Dans le Manuscrit Ms. 372, de Erlangen, à la page 230 verso, on trouve «*agam potius*». Il s'agit d'un *Digestum vetus cum Glossis* du XIII^e siècle. Il se trouve à la *Universitätsbibliothek Erlangen-Nürnberg*. On trouve une leçon semblable dans le manuscrit de Padoue. La calligraphie y est cependant un peu hésitante, puisque le «*o*» de «*potius*» ressemble plutôt à un «*o*». V. également: J. CUIACIUS, *Operum postumorum*, 5, Neapoli, 1722, *In Lib. XVI Quaest. Pauli, ad L. XXI de Hered. vel act. vend.*, col. 1123).

«Un héritier vend et fait stipulation de remettre tout ce qu'il touchera de la succession à quelqu'un, mais touche un bien de la succession et le vend à quelqu'un d'autre. Il est demandé ce qui est dû en vertu de la stipulation car elle ne peut porter à la fois sur la chose et sur le prix. Et il est vrai que si la promesse par stipulation est postérieure à la vente du bien, nous croyons que la stipulation donne droit au prix. Mais si la stipulation est antérieure, c'est la chose qui est due. Si donc il a vendu un homme et que celui-ci est décédé, en doit-il le prix? Car le promettant ne doit pas Stichus s'il l'a vendu et que ce dernier est mort alors qu'il n'y avait pas de demeure. Mais lorsqu'il a vendu un héritage et ensuite une chose tirée de cet héritage, on peut y voir une affaire menée pour le compte de l'acheteur plutôt que pour l'héritier. Mais il n'en vas pas de même pour une chose isolée car si je t'ai vendu un homme et qu'alors que je ne t'en avais pas fait *traditio* je l'ai vendu à quelqu'un d'autre et que j'en ai reçu le prix, si l'esclave meurt, nous voyons que je ne te dois rien en vertu de la vente, car je n'étais pas en demeure de t'en faire *traditio* (le prix de l'homme vendu a été perçu en vertu de l'affaire et non de la chose) et c'est comme si je n'avais pas vendu l'esclave à quelqu'un d'autre car je te devais la chose et non l'action. ...»¹⁵].

Paul expose donc le cas suivant:

Un héritier Jean vend ses droits dans une succession à Pierre. Simultanément, il promet par *stipulatio* de lui remettre tous les effets de la succession qu'il toucherait.

Jean touche un effet de la succession et le vend à Marc. La question est alors: La *stipulatio* permet-elle à Pierre de réclamer la chose elle-même ou bien le prix payé par Marc?

Paul dit qu'il faut distinguer selon que la *stipulatio* entre Jean et Pierre est antérieure ou postérieure à la vente à Marc. S'il a vendu d'abord à Marc, Pierre n'a droit qu'au prix. Dans le cas inverse, c'est-à-dire s'il a d'abord vendu et promis à Pierre (La vente et la *stipulatio* sont probablement concomitantes), ce dernier aura droit à la chose même.

Le jurisconsulte illustre cette solution en imaginant que le bien successoral vendu à Marc soit un esclave, et que cet esclave meure. Paul constate alors que le cas de la vente des droits successoraux comporte une particularité.

En principe, le décès de l'esclave que Jean s'est engagé à fournir à Pierre, et qu'il a vendu à Marc, libère Jean de son obligation de vendeur. Pierre ne pourra pas non plus réclamer le prix payé par Marc.

Dans le cas particulier de la vente de ses droits successoraux par un héritier (Jean), la situation est différente. Lorsque Jean touche et vend un effet de la succession à Marc, il faut présumer qu'il gère l'affaire de Pierre.

Cela est très différent du cas où Jean a vendu un esclave à Pierre, mais qu'avant d'être en *mora tradendi* envers Pierre, il vend le même esclave à Marc, qui en paie le prix. Dans ce cas, si l'esclave meurt avant que Jean ne soit en *mora*, ce dernier ne devra rien à Pierre en vertu de l'action de la vente. Paul justifie cette solution en disant que tout se passe comme si Jean n'avait jamais vendu l'esclave

¹⁵ La traduction est de l'auteur.

à Marc. S'il en va ainsi, c'est parce que le prix perçu par Jean ne lui vient pas de la chose elle-même, mais lui a été acquis par la convention avec Marc. Jean ne doit à Pierre que la chose même, et non son action (envers Marc).

Ce fragment de Paul, comme le précédent a subi les mêmes attaques interpolationnistes. À nouveau, le juriste affirme que le décès de l'esclave qui survient avant la *mora debitoris* libère le débiteur de cet esclave¹⁶. La similitude avec le texte précédent concerne évidemment le cas de Jean qui vend un esclave à Pierre. Avant d'être en demeure de transférer l'esclave à Pierre, Jean vend le même esclave à Marc qui en paie le prix, et l'esclave décède. Ici, au lieu d'affranchir l'esclave, Jean le revend à Marc. Marc paie le prix, et l'esclave meurt sans la faute de Jean, avant que ce dernier ne soit en demeure de le livrer à Pierre. Ici également, Jean est libéré de toute obligation envers Pierre. Comme le souligne Reichard¹⁷, cette solution est présentée comme étant évidente par Paul.

La justification apportée par le juriste dans ce nouveau fragment est que Pierre n'a droit qu'à l'esclave lui-même, et ne peut pas réclamer le prix payé par Marc. Pour le juriste, tout se passe comme si Jean n'avait jamais vendu l'esclave à Marc, car l'argent qu'il a touché, il le détient *propter negotiationem*, et non *ex re*.

Comment faut-il comprendre les explications de Paul? Pourquoi tout se passerait-il comme si Jean n'avait jamais vendu à Marc? Cette solution repose sur une bonne compréhension des règles de la *perpetuatio obligationis* et *periculum est emptoris*.

La *perpetuatio obligationis*¹⁸.

À la différence de ce que nous avons dit dans le texte de l'esclave affranchi, il n'est ici même pas certain que la deuxième vente de l'esclave ait rendu la dation

¹⁶ Pour une exégèse complète du fragment, voyez: J.F. GERKENS, *Aequo perituris... Une approche de la causalité dépassante en droit romain classique* cit., 219-232.

¹⁷ I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischenrömischen Recht*, Köln, 1994, 82 et 84.

¹⁸ Avant toute chose, il faut remarquer qu'il ne va pas de soi que les obligations découlant de la vente soient sujettes à *perpetuatio*. Kaser (M. KASER, *Mora*, in *RE*, 31, Stuttgart, 1933, col. 262 s.; ID., *perpetuari obligationem*, in *SDHI*, 46, 1980, 139. V. aussi: F. HARTING, *Die "positiven Vertragsverletzungen" in der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, [diss.] Hamburg, 1967, 19 s.) écrit que pour les *iudicia incerta* contenant la formule «*quidquid... dare facere oportet*», il n'y avait pas lieu d'appliquer la règle du *perpetuari obligationem*. En même temps, il devait cependant admettre que dans certains cas, l'application de la règle était malgré tout étendue aux *iudicia incerta*. Il cite ici notre texte en exemple d'application de la règle dans le cadre de l'*actio empti*. Paul écrit en effet que le vendeur n'est pas tenu de la perte de l'esclave parce qu'il n'est pas en *mora tradendi* (*videamus ne nihil tibi debeam ex empto, quoniam moram in tradendo non feci*). À contrario le serait-il s'il y avait eu *mora*. Celle-ci aurait donc empêché que le vendeur soit libéré de son obligation. Il nous semble donc bien que Paul appliquait la règle du «*perpetuari obligationem*» dans le cadre de l'*actio empti*.

en vertu de la première impossible¹⁹. Il n'est donc même pas certain qu'il y ait eu lieu à *perpetuatio obligationis*. En revanche, il est certain que le décès de l'esclave libère le vendeur de ses obligations parce qu'il est antérieur à la *mora debitoris*.

Periculum est emptoris.

La solution de Paul s'explique notamment par la règle: «*Periculum est emptoris*»²⁰. Pierre a acheté un esclave qui décède accidentellement avant que la propriété ne lui en soit transférée, et à un moment où Jean n'était pas en demeure de le faire. À ce moment des relations contractuelles, le risque de la perte de la *certa res* qui fait l'objet de la vente est supporté par l'acheteur. En conséquence, Jean est libéré de son obligation envers Pierre, et ce dernier est toujours tenu de payer le prix.

Comme on le voit, en droit romain, la solution semble donc être différente de la solution retenue dans la majorité des codifications actuelles: Dès lors que le débiteur est en retard d'exécution de son obligation de *dare* une *certa res*, la disparition de cette *res* par force majeure n'est plus apte à le libérer. Le débiteur reste donc tenu quoiqu'il arrive.

Comment est-on passé de la règle romaine – qui apparemment ne connaît pas d'exception – à la règle moderne, qui en accepte une?

3. *Les Glossateurs*²¹

L'idée d'accorder une exception à la règle concernant la *mora debitoris* semble pouvoir être attribuée aux Glossateurs. La question fait en tous cas l'objet d'une

¹⁹ Il est vrai que Paul dit par ailleurs (lib. 17 *ad Plaut.*, D. 45,1,91,3-6) qu'il faut perpétuer l'obligation du débiteur qui se met fautivement dans l'impossibilité d'exécuter son obligation de *dare* une *certa res*. Le but de cette perpétuation est d'éviter que le débiteur ne soit libéré de son obligation de transférer la propriété de la chose. Cette perpétuation n'a cependant pas le même effet que la *mora*, quant au transfert du risque.

²⁰ V. en ce sens: E. RABEL, *Gefahrtragung beim Kauf*, in *ZSS*, 42, 1921, 547 s.; E. SECKEL - E. LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, 47, 1927, 261 s.; P. KRÜCKMANN, *Periculum emptoris*, in *ZSS*, 60, 1940, 54; St. WEYAND, *Kaufverständnis und Verkäuferhaftung im klassischen römischen Recht*, in *TR*, 51, 1983, 261 ss.; J. SCHMIDT-OTT, *Pauli quaestiones*, Berlin, 1993, 139. Pour une critique de la règle «*Periculum est emptoris*», v. en particulier: Ph. MEYLAN, *Periculum est emptoris*, in *Festschrift Gubel*, Zürich, 1950, 9 ss.; M. TALAMANCA, *Vendita*, in *ED*, 46, Milano, 1993, 449 ss. Ces deux auteurs ne remettent cependant pas en cause l'application de cette règle dans le cadre de la vente d'esclaves en droit classique, même si le second (p. 453 s.) émet l'hypothèse d'une divergence entre Sabinien et Proculien sur la question. Talamanca (p. 457) souligne également le fait que Paul est probablement un précurseur en matière d'application généralisée de la règle «*periculum est emptoris*».

²¹ La position des Glossateurs sur la question de la *mora debitoris* a particulièrement été mise en lumière par E.J.H. SCHRAGE - R.P. SCHOEN, *Mora debitoris dans le droit savant avant Accurse*, in *TR*, 57, 1989, 87-105.

controverse de la part des Glossateurs. Comme souvent, cette controverse oppose en particulier Jean Bassien (Joannes Bassianus) et Martinus Gosia. Alors que Jean Bassien s'en tient à une application stricte de la règle, faisant toujours supporter la perte fortuite de la chose due par le débiteur en *mora*, Martinus Gosia privilégie une solution plus équitable à ses yeux. Il prône la libération du débiteur en demeure, lorsque la chose aurait également péri chez le créancier.

Comme c'est également souvent le cas, la solution prônée par Jean Bassien a connu un plus grand succès que celle privilégiée par Martinus. Jean Bassien sera en tous cas suivi par Hugolinus, Azon et Accurse. Martinus n'est cependant pas dépourvu d'arguments:

Gaius, lib. 9 ad edictum provinciale (D. 16.3.14.1)

Sive autem cum ipso apud quem deposita est actum fuerit sive cum herede eius et sua natura res ante rem indicatam intercederit, veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus et Cassius absolvi debere eum cum quo actum est dixerunt, quia aequum esset naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura esset ea res et si restituta esset actori.

[«Que l'action soit dirigée contre le dépositaire ou son héritier, alors que la chose périt naturellement avant le jugement de l'affaire — par exemple si un esclave meurt — Sabinus et Cassius ont dit qu'il fallait absoudre le défendeur, car il est équitable que le demandeur supporte la perte naturelle de la chose, puisqu'elle serait de toute façon périée, même si elle lui avait été restituée»²²].

Ce texte fournit-il un argument décisif pour la position de Martinus Gosia? Accurse ne le pense pas. Dans sa glose «*Rem indicatam*»²³ il fait valoir que dans le cas du fragment de Gaius, le dépositaire n'était pas en *mora debitoris* et que c'est pour cela qu'il n'était pas tenu. S'il avait été en demeure, sa responsabilité n'aurait fait aucun doute. Il est vrai que dans le fragment en question, le dépositaire est confronté à une pluralité de propriétaires. Le fait qu'il n'ait pas restitué la chose déposée peut donc se justifier par des motifs de prudence et ne présume en rien de sa mauvaise foi.

4. *Les Humanistes*

La position minoritaire de Martinus Gosia aurait pu disparaître avec le Glossateur lui-même... si Jacques Cujas²⁴ ne l'avait pas défendue à son tour bien plus tard. A propos du fragment utilisé par Martinus Gosia, le grand maître de Bourges déduit du fait que la chose ait péri après la *litiscontestatio*, que le débiteur (qui

²² La traduction est de l'auteur.

²³ Glose *Rem indicatam*, in GOTHOFREDUS, *Digestum Vetus*, 1, Lugduni, 1604, ad D.16.3.14.1.

²⁴ J. CUIACIUS, *Opera Omnia*, 1, Neapoli, 1722; *Commentarius ad Titulum de Verborum Obligationibus, Ad L. Si ex legati 23*; col. 1179-1180: «... si res debita post moram debitoris interierit, debitor non liberatur. Id ita Martinus accipit, nisi omnimodo e ares fuerit peritura apud creditorem: quod verissimum esse arbitror. Id probat *l. Si plures, § ult. Sup. depo*» (scil. D. 16,3,14,1).

est aussi le défendeur au procès) était bien en *mora debitoris*. Dans une telle situation, Cujas propose de distinguer deux situations: Soit la chose aurait également péri chez le demandeur et alors le défendeur doit être absous; soit le demandeur aurait pu vendre la chose avant qu'elle ne périsse et en obtenir le prix, et alors le défendeur ne doit pas être libéré.

L'idée d'après laquelle le défendeur aurait pu vendre la chose et ne pas subir la perte, Cujas la tire d'un autre fragment:

Ulp., lib. 22 ad Sabinum (D. 30.47.6)

Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait utique aestimationem non deberi: quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit: potuit enim eum acceptum legatarius vendere.

[«De même si un fonds a été englouti, Labéon pense que l'estimation n'en est jamais due; ce qui est vrai pour autant que cela ne survienne pas après que l'héritier soit en demeure; car si le légataire l'avait reçu il aurait pu le vendre»²⁵].

En vue d'appuyer sa position, Cujas fait donc une interprétation a contrario de la dernière phrase du texte d'Ulprien. Il conclut que dans l'hypothèse où le légataire n'aurait pas vendu le fonds, l'héritier devait être absous. De même, Cujas considère qu'il faut étendre cette solution également aux cas de la stipulation et de la *rei vindicatio*.

Malgré la très grande influence de Cujas à son époque, la position qu'il partageait désormais avec Martinus n'en restait pas moins minoritaire. Hugues Donneau et Antoine Favre défendaient en tous cas la position opposée.

Donneau²⁶ écrit que la règle est: C'est toujours le demandeur qui supporte le risque de la perte fortuite de la chose réclamée en justice. Le fait que la chose serait également périée chez le demandeur n'est qu'un argument superflu, destiné à justifier cette attribution du risque. Mais d'après Donneau, le texte de Gaius n'a rien à voir avec le cas de la *mora debitoris*, car en cas de demeure du débiteur, le créancier aurait pu vendre la chose.

Favre²⁷ pense également qu'en cas de *mora*, le débiteur doit être tenu inconditionnellement. Son exégèse du texte de Gaius est cependant bien plus critique que celle des auteurs cités jusqu'ici. Il considère que les phrases «... *et sua natura res ante rem indicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit*» et «*utique cum interitura esset ea res et si restituta esset actori*» sont très pauvres intellectuellement, voire stupides. Il écrit en effet que même si la chose avait péri chez le demandeur, celui-ci aurait de toutes façons pu le vendre et en obtenir le prix. Ce dernier argument justifie que le débiteur en *mora* soit tenu de la perte par force majeure en toute hypothèse. A cet égard, la possibilité de vendre la chose ne doit pas être considé-

²⁵ La traduction est de l'auteur.

²⁶ H. DONNEAU, *Opera omnia*, 4, Macerata, 1830, col. 619 ss. (*De jure civili*, Lib. XVI, Caput 2, n. 15).

²⁷ A. FABER, *De erroribus pragmaticorum*, Lugduni, 1658, 245 (Decad. XVIII, Err. X, 3).

ré comme une condition supplémentaire, mais bien comme la raison pour laquelle le débiteur en *mora* ne peut jamais être libéré par la force majeure.

Dans le cadre de cet exposé, je me suis limité à mentionner les principaux juristes contemporains de Cujas. Il va de soi que la discussion a été menée par bien d'autres juristes de l'époque. Cette controverse n'était d'ailleurs pas limitée à la question de savoir si le débiteur en *mora* pouvait ou non être libéré par la force majeure. Parmi les auteurs qui adoptent la position de Cujas, il restait également la difficulté liée à la charge de la preuve. Comment prouver que le demandeur aurait vendu la chose? Cujas²⁸ considère que c'est au demandeur de prouver qu'il l'aurait vendue avant la destruction par force majeure, s'il l'avait reçue. D'autres, comme Brunnemann²⁹, considéraient que c'était au contraire au débiteur en *mora* (*in dubio contra morosum*) de prouver que le demandeur ne l'aurait pas vendu à temps. D'autres³⁰ encore, enfin, considéraient que cette question devait être laissée à l'appréciation du juge.

En conclusion, grâce à Cujas, la position de Martinus Gosia devient plus populaire, sans pour autant devenir la position dominante.

5. Domat et Pothier

La controverse est poursuivie dans la période suivante. En effet, en particulier Domat et Pothier ne partagent pas la même position sur la question.

Domat³¹ écrit que le débiteur en *mora* doit être tenu de manière inconditionnelle, car en définitive, c'est à lui qu'il a tenu de ne pas exécuter son obligation au moment où il devait le faire en vertu du contrat. Domat se situe donc dans la tradition de Favre, Jean Bassien et Accurse.

Pour Pothier³², les choses sont différentes. Il explique que même lorsque la chose due périt, la *mora* ne perpétue l'obligation que sous forme de dommages-intérêts. Dès lors, si le créancier n'a pas subi de dommage en raison de la *mora*, il n'y a pas non plus de raison qu'il reçoive un dédommagement. Pour Pothier, il est dès lors évident que le créancier n'a pas subi de dommage lorsque la chose aurait également péri chez lui. En ce qui concerne la charge de la preuve du fait que le créancier aurait revendu la chose qui lui était due, Pothier admet que l'on doit présumer qu'il l'aurait vendue si ce dernier était un commerçant qui avait acheté cette chose dans le but de la revendre. Pothier adopte donc la position de Martinus et de Cujas. Cette position semble aussi être devenue la position domi-

²⁸ J. CUIACIUS, *Opera Omnia* cit.

²⁹ J. BRUNNEMANN, *Jurisconsulti commentarius in Pandectas*, Lugduni, 1714, ad D.16.3.14.1, 497.

³⁰ H. GIPHANIUS, *Lecturae altorphanæ*, Francofurti, 1605, 804 s., ad D. 45.1.23, n. 17.

³¹ J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus*, 1, Paris, 1745, 41.

³² R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, in *Œuvres complètes*, Paris, 1830, 514, num. 664.

nante³³ à l'époque de Pothier. Cela explique sans doute pourquoi cette position a pu s'imposer dans le code Napoléon d'abord, et dans la majorité des autres codifications par la suite.

6. Conclusions

En conclusion, je voudrais encore envisager trois questions:

- 1) Comment faut-il évaluer les interprétations de Martinus et de Bassianus? Lequel des deux a le mieux interprété le droit romain de la *mora debitoris* en général et le texte de Gaius en particulier?
- 2) Laquelle de ces solutions juridiques est la préférable?
- 3) Comment pourrions-nous rédiger la règle romaine en droit moderne et particulièrement dans le DCFR?

En ce qui concerne la première question: La problématique de la *perpetuatio obligationis* est restée controversée également dans le courant du XX^{ème} siècle. Cette exception a-t-elle existé oui ou non? Aujourd'hui, la position dominante³⁴ semble plutôt être que cette exception conçue par Martinus Gosia n'a pas existé. Les passages du Digeste qui traitent de la *mora* et de la *perpetuatio obligationis* sont relativement nombreux et les effets sont dès lors relativement faciles à cerner. Dans ce contexte, le texte de Gaius apparaît plutôt comme une exception difficilement compréhensible. C'est pour cette raison que la doctrine dominante³⁵ admet aujourd'hui que ce texte ne concernait pas un cas de *mora debitoris*.

À propos de la deuxième question: Quelle est alors la solution juridique préférable? Celle du droit romain ou celle que nous trouvons dans la plupart des codes civils actuels? Quelle est la solution la plus équitable? Faut-il tenir compte du fait que la chose aurait de toutes façons péri chez le créancier ou faut-il au contraire admettre que si le créancier avait reçu la chose à temps, il aurait pu la vendre? A bien y réfléchir, cette alternative est relativement incertaine et dépend de l'éventuelle revente de la chose par le créancier. Dans quelle mesure peut-on admettre la preuve que le créancier aurait effectivement revendu la chose? Sur qui faut-il faire reposer la charge de la preuve? Il paraît peu équitable d'exiger du créancier qu'il prouve qu'il aurait revendu la chose si elle lui avait été livrée à

³³ En ce sens: MADAI, *Die Lehre von der Mora*, Halle, 1837, 296. V. aussi: C. MATTHIAE, *Controversen-Lexikon des römischen Civilrechts*, Leipzig, 1856, 72.

³⁴ V. M. KASER, *Perpetuari obligationem*, in *SDHI*, 46, 1980, 143; A. WACKE, *Gefahrerhöhung als Besitzverschulden*, in *FS Hübner*, Berlin - New York, 1984, 682-683; C.A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in *SDHI*, 57, 1991, 361, nt. 91.

³⁵ V. M. KASER, *Aktivlegitimation zur actio furti*, in *Festgabe von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Berlin, 1980, 301 s., R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, 1995, 424, nt. 23 et la littérature citée à cet endroit.

temps. Demander au débiteur de prouver que le créancier n'aurait pas revendu la chose paraît hautement aléatoire. Comment faire une telle preuve? En définitive, il me semble que la sécurité juridique est mieux préservée, si l'on admet que le débiteur en *mora debitoris* est toujours tenu, peu importe que la chose ait péri ou non par force majeure par la suite. En définitive, c'est à lui qu'il a tenu de ne pas *dare* la chose dans le délai qui lui était imparti...

Enfin, la troisième question: Quelle est la position du DCFR par rapport à notre question et comment pourrions-nous, le cas échéant, l'améliorer?

Bien comprendre la position du DCFR sur notre question, n'est pas aussi aisé que ce n'était pour les codes civils modernes cités au début de mon texte. Contrairement à ces codes, le DCFR a choisi de considérer que le retard dans l'exécution n'était rien d'autre qu'une absence d'exécution:

Art. II. – 1:102: Definitions (3) «Non-performance of an obligation is any failure to perform the obligation, whether or not excused, and includes delayed performance and any other performance which is not in accordance with the terms regulating the obligation».

[«L'inexécution d'une obligation peut-être n'importe quel manquement dans l'exécution d'une obligation, qu'elle soit ou non excusée, et cela inclut l'exécution tardive et n'importe quelle exécution qui n'est pas conforme aux normes régulant l'obligation»³⁶].

Afin de savoir comment le DCFR résoudre le cas proposé au début du présent article, c'est-à-dire celui du cheval qui meurt de manière inopinée alors que le débiteur est en retard dans la livraison, il faut également interpréter la disposition suivante tirée du DCFR:

Art. III. – 3:104: (1) «A debtor's non-performance of an obligation is excused if it is due to an impediment beyond the debtor's control and if the debtor could not reasonably be expected to have avoided or overcome the impediment or its consequences».

[«L'inexécution d'une obligation par un débiteur est excusée si elle est due à un empêchement qui échappe à la sphère de contrôle du débiteur et si l'on ne pouvait pas raisonnablement attendre du débiteur qu'il évite ou surmonte l'empêchement ou ses conséquences»³⁷].

Cela signifie donc que la solution retenue par le DCFR est proche de celle des codes mentionnés plus haut. Ce n'est que si le retard est la cause de l'impossibilité survenue d'exécuter l'obligation, que le débiteur restera tenu. En revanche, si l'impossibilité survenue n'est pas une conséquence directe du retard du débiteur, ce retard sera excusé.

En conséquence, il est donc permis de dire que le DCFR a choisi la règle de *Martinus*: l'inexécution est excusée chaque fois elle est la conséquence d'un évé-

³⁶ La traduction est de l'auteur.

³⁷ La traduction est de l'auteur.

nement imprévisible, même lorsque celui-ci survient alors que le débiteur est déjà en demeure.

Comme déjà mentionné, en répondant à la seconde question abordée dans cette conclusion, je préfère la règle romaine à celle de Martinus. Je rendrais donc l'inexécution inexcusable, lorsque le débiteur est déjà en demeure et modifierais le texte correspondant (III. – 3:104) comme suit:

«Where non-performance is the consequence of delayed performance on the debtor's part, such non-performance may at no time and under no circumstances be excused, and the debtor will be held liable for any loss incurred, even those resulting from events beyond his control, unless the delay itself was the consequence of an event beyond his control.

In any other cases of non-performance of an obligation by the debtor, non-performance shall be excused where this is due to an impediment beyond the debtor's control and where the debtor could not reasonably be expected to have avoided or overcome the impediment or its consequences».

[«Là où l'inexécution est la conséquence d'un retard du débiteur dans l'exécution d'une obligation, cette inexécution ne peut être excusée à aucun moment ni dans aucune circonstance, et le débiteur sera tenu pour responsable pour toute perte subie, même celles qui résultent d'événements qui échappent à son contrôle, sauf si le retard lui-même résulte d'un événement qui échappe à son contrôle.

Dans tous les autres cas d'inexécution d'une obligation par le débiteur, l'inexécution sera excusée lorsqu'elle est due à un empêchement échappant au contrôle du débiteur et dans les cas dans lesquels on ne pouvait pas raisonnablement attendre du débiteur qu'il évite ou surmonte l'empêchement ou ses conséquences»].

Je suis évidemment conscient qu'en reformulant la règle de cette manière, j'ai ajouté une distinction entre l'inexécution et le retard dans l'exécution. Mais le DCFR n'est-il pas exagérément superficiel, lorsqu'il entend faire l'économie de cette distinction? Je pense en effet que l'invention romaine de la *mora debitoris* n'était pas une invention inutile.

COLLABORATORI

Hanno collaborato a questo numero della rivista:

VÍCTOR BAZÁN

Prof. Tit. de la Universidad Católica de Cuyo (Argentina)

FILIPPO GALLO

Prof. Em. nella Università degli Studi di Torino

FERNANDO GARCÍA SERRANO

Prof. Tit. de la Pontificia Universidad Católica de Ecuador

JEAN-FRANÇOIS GERKENS

Prof. Ord. nella Université de Liège

SABRINA LANNI

Ric. del Consiglio Nazionale delle Ricerche; prof. a c. nella Università 'Magna Graecia' di Catanzaro

FERNANDO HUMBERTO MAYORGA GARCÍA

Prof. Tit. de la Universidad del Rosario (Colombia)

MANUEL NUÑEZ POBLETE

Prof. Tit. de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Cile)

SANDRO SCHIPANI

Prof. Senior nella 'Sapienza' Università di Roma

CARLOS FREDERICO MARÉS DE SOUZA FILHO

Prof. Tit. na Pontificia Universidade Católica do Paraná (Brasile)

MASSIMILIANO VINCI

Ric. nella Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'; prof. suppl. nella Università di Cassino e del Lazio Meridionale

ROMA E AMERICA
COLLANA DI STUDI GIURIDICI LATINOAMERICANI*

1. *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, a cura di S. SCHIPANI, Padova, 1988, pp. XXIV-561.
2. *Scienza giuridica e Scienze sociali in Brasile: Pontes de Miranda*, a cura di G. CARCATERRA, M. LELLI, S. SCHIPANI, Padova, 1989, pp. XVI-130.
3. *Don Bosco e Brasilia. Profetia, realtà sociale e diritto*, a cura di C. SEMERARIO, Padova, 1990, pp. 281.
4. *Un 'codice tipo' di procedura civile per l'America Latina*, a cura di S. SCHIPANI e R. VACCARELLA, Padova, 1990, pp. XXVI-616.
5. *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, a cura di S. SCHIPANI, Padova, 1991, pp. XXIV-690.
6. *Principi per un 'codice tipo' di diritto del lavoro per l'America Latina*, a cura di G. PERONE e S. SCHIPANI, Padova, 1993, pp. XIX-419.
7. *Un 'codice tipo' di procedura penale per l'America Latina*, a cura di M. MASSA e S. SCHIPANI, Padova, 1994, pp. XX-507.
8. *Debito internazionale. Principi generali del diritto*, a cura di S. SCHIPANI, Padova, 1995, pp. XV-384.
9. *Principi per i contratti commerciali internazionali' e il Sistema giuridico latinoamericano*, a cura di M.J. BONELL e S. SCHIPANI, Padova, 1996, pp. XIX-359.

QUADERNI DEL CORSO DI MASTER
IN SISTEMA GIURIDICO ROMANISTICO
E UNIFICAZIONE DEL DIRITTO IN AMERICA LATINA
con particolare attenzione
all'unificazione del diritto dei contratti
in Europa e in America Latina

- I/1. *Fonti classiche. Istituzioni di Gaio 3,88-3,181 e di Giustiniano 3,13-3,29*, a cura di D.F. ESBORRAZ, Roma, 2005, pp. 117.
- I/2. *Fonti intermedie. Siete Partidas e Ordenações Filipinas*, a cura di D.F. ESBORRAZ, Roma, 2005, pp. 380.
- II/1. *Fonti moderne europee. Codici civili europei*, a cura di D.F. ESBORRAZ, Roma, 2005, pp. 334.
- II/2. *Fonti moderne europee. Istituzioni, progetti e codici abrogati*, a cura di D.F. ESBORRAZ, Roma, 2005, pp. 291.
- III/1. *Fonti moderne latinoamericane. Codici civili latinoamericani*, a cura di D.F. ESBORRAZ, Roma, 2005, pp. 336.

* Gli interessati possono fare richiesta al Centro di Studi Giuridici Latinoamericani (Dipartimento Identità Culturale. CNR-Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"), via O. Raimondo, 18 - 00173 Roma (Italia).

III/2. *Fonti moderne latinoamericane. Istituzioni di J.M. Álvarez e di A. Bello*, a cura di D.F. ESBORRAZ, Roma, 2005, pp. 206.

III/3. *Fonti moderne latinoamericane. Consolidazioni, progetti e codici abrogati*, a cura di D.F. ESBORRAZ, Roma, 2005, pp. 275.

IV/1. *Principi del diritto in materia di contratti. Testo del progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti*, a cura di D.F. ESBORRAZ, Roma, 2005, pp. 268.

IV/2. *Principi del diritto in materia di contratti. Testi Unidroit, Lando e Pavia*, a cura di D.F. ESBORRAZ, Roma, 2005, pp. 287.

CUADERNOS DEL CURSO DE MÁSTER
EN SISTEMA JURÍDICO ROMANISTA Y UNIFICACIÓN
DEL DERECHO EN AMÉRICA LATINA

1. *Sistema jurídico latinoamericano y Unificación del derecho*, D.F. ESBORRAZ (coordinador), Porrúa, México, 2006, pp. 336.

2. *Sistema jurídico latinoamericano y derecho de los contratos*, D.F. ESBORRAZ (coordinador), Porrúa, México, 2006, pp. 407.

ROMA E AMERICA
DIRITTO ROMANO COMUNE
MONOGRAFIE

1. G.M. ACUÑA SOLÓRZANO, *Responsabilidad civil por daños ambiental. Área centroamericana y de Panamá*, Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, 2004, pp. 424.

2. D.F. ESBORRAZ, *Contrato y Sistema en América Latina*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires-Santa Fe, 2006, pp. 310.

3. M.L. NEME VILLARREAL, *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 418.

ROMA E AMERICA
SISTEMA GIURIDICO LATINOAMERICANO. STUDI
Collana fondata da Sandro Schipani e curata da Sabrina Lanni

1. AA.VV., *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, a cura di S. LANNI, ESI, Napoli, 2011, pp. 465.