

La libération du débiteur en *mora* par la force majeure :

D'une règle non-romaine à un succès quasi-universel

I. La situation dans les codes civils :

Lorsque le débiteur 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 à cette question.

En principe, le débiteur n'est pas libéré,

Mais il y a une exception à cette sauf 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-là), 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 § 287 du BGB ne dit pas autre chose :

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.

(Dans le code allemand, la règle est donc légèrement différente, puisqu'il n'est plus dit que le débiteur est également libéré si la chose aurait également péri chez le créancier. L'hypothèse de la libération du débiteur repose plutôt sur la comparaison avec le cas

dans lequel le débiteur avait 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 103 :

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.

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

Le code civil néerlandais se trouve 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 sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

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.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

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.

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.

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 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 ?

Comme je l'ai annoncé dans le titre de ma conférence, cette règle n'est pas romaine, et il est intéressant de retracer l'histoire de cette règle, afin de mieux la comprendre.

II. 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.

A. Exégèse de Paul., lib. 3 ad Plautium (D.44.7.45)

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 praestaret.

(Contenu¹ du texte)

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

(Explication du texte)

Le texte de Paul a fait l'objet d'une importante critique interpolationniste². La raison essentielle des attaques interpolationnistes résidait dans le fait que pour ces auteurs, le

¹ 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.

débiteur qui avait affranchi l'esclave dû, ne pouvait plus être libéré 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 passé³, 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'une 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 :

B. Exégèse de 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

² Pour une analyse plus détaillée de cette critique interpolationniste, nous renvoyons à notre ouvrage : Gerkens J.F., *Aequae perituris... Une approche de la causalité dépassante en droit romain classique*, Liège 1997, p. 211-213.

³ Gerkens J.F., *Aequae perituris... Une approche de la causalité dépassante en droit romain classique*, Liège 1997, p. 213-218.

stipulatio, deinde rem nactus est, tunc rem debebit. si ergo hominem vendiderit et is decesserit, an pretium eiusdem debeat? non enim deberet Stichus promissor, si eum vendidisset, mortuo eo, si nulla mora processisset⁴. sed ubi hereditatem vendidi et postea rem ex ea vendidi, potest videri, ut negotium eius agam⁵ 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 venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur) et sic sit, quasi alii non vendidissem: tibi enim rem debebam, non actionem. (...)

(Contenu du texte)

Paul expose le cas suivant:

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

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

Paul dit qu'il faut distinguer selon que la *stipulatio* entre V et A est antérieure ou postérieure à la vente à B. S'il a vendu d'abord à B, A n'a droit qu'au prix. Dans le cas inverse, c'est-à-dire s'il a d'abord vendu et promis à A (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 B soit un esclave, et que cet esclave meure. Paul constate alors que le cas de la vente des droits successoraux comporte une particularité.

⁴ 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 Hasse J. C., *Die Culpa des Römischen Rechts*, 2. Ausgabe, Bonn 1838, p. 406. Dans le manuscrit de Padoue (Biblioteca Universitaria di Padova, Ms. 941), "*processisset*" est abrégé en "*pcessisset*".

⁵ 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^{ème} 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 "*t*" de "*potius*" ressemble plutôt à un "*c*". V. également: Cuiacius J., *Operum postumorum*, T. 5, Neapoli 1722, In Lib. XVI Quaest. Pauli, ad L. XXI de Hered. vel act. vend., col. 1123).

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

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

Cela est très différent du cas où V a vendu un esclave à A, mais qu'avant d'être en *mora tradendi* envers A, il vend le même esclave à B, qui en paie le prix. Dans ce cas, si l'esclave meurt avant que V ne soit en *mora*, ce dernier ne devra rien à A en vertu de l'action de la vente. Paul justifie cette solution en disant que tout se passe comme si V n'avait jamais vendu l'esclave à B. S'il en va ainsi, c'est parce que le prix perçu par V ne lui vient pas de la chose elle-même, mais lui a été acquis par la convention avec B. V ne doit à A que la chose même, et non son action (envers B).

(Explication du texte)

Ce fragment de Paul, comme le précédent a subi les mêmes attaques interpolationnistes. A nouveau, le jurisconsulte affirme que le décès de l'esclave qui survient avant la *mora debitoris* libère le débiteur de cet esclave⁶. La similitude avec le texte précédent concerne évidemment le cas de V qui vend un esclave à A. Avant d'être en demeure de transférer l'esclave à A, V vend le même esclave à B qui en paie le prix, et l'esclave décède. Ici, au lieu d'affranchir l'esclave, V le revend à B. B paie le prix, et l'esclave meurt sans la faute de V, avant que ce dernier ne soit en demeure de le livrer à A. Ici également, V est libéré de toute obligation envers A. Comme le souligne Reichard⁷, cette solution est présentée comme étant évidente par Paul.

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

⁶ Pour une exégèse complète du fragment, voyez : Gerkens J.F., *Aequae perituris... Une approche de la causalité dépassante en droit romain classique*, Liège 1997, p. 219-232.

⁷ Reichard I., *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, Köln 1994, p. 82 et 84.

Comment faut-il comprendre les explications de Paul? Pourquoi tout se passerait-il comme si V n'avait jamais vendu à B?

(La *perpetuatio obligationis*⁸)

A 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 en vertu de la première impossible⁹. 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*¹⁰". A a acheté un esclave qui décède accidentellement avant que la propriété ne lui en soit

⁸ 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 (Kaser M., *Mora*, RE 31, Stuttgart 1933, col. 262 s.; Kaser M. *perpetuari obligationem*, SDHI 46 (1980), p. 139. V. aussi: Harting F., *Die "positiven Vertragsverletzungen" in der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, (diss.) Hamburg 1967, p. 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*). A 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*.

⁹ 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.

¹⁰ V. en ce sens: Rabel E., *Gefahrtragung beim Kauf*, ZSS 42 (1921), p. 547 s.; Seckel E./Levy E., *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, ZSS 47 (1927), p. 261 s.; Krückmann P., *Periculum emptoris*, ZSS 60 (1940), p. 54; Weyand St., *Kaufverständnis und Verkäuferverhaftung im klassischen römischen Recht*, TR 51 (1983), p. 261 ss; Schmidt-Ott J., *Pauli questiones*, Berlin 1993, p. 139. Pour une critique de la règle "*Periculum est emptoris*", v. en particulier: Meylan Ph., *Periculum est emptoris*, Festschrift Guhl, Zürich 1950, p. 9 ss; Talamanca M., *Vendita*, ED T. 46, Milano 1993, p. 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 (Talamanca, *op. cit.*, p. 453 s.) émet l'hypothèse d'une divergence entre Sabinien et Proculien sur la question. Talamanca (p. 457) souligne également le fait

transférée, et à un moment où V 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, V est libéré de son obligation envers A, 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 ?

III. Les Glossateurs¹¹

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 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 :

A. Exégèse de Gaius, lib. 9 ad edictum provinciale (D.16.3.14.1) :

que Paul est probablement un précurseur en matière d'application généralisée de la règle "*periculum est emptoris*".

¹¹ La position des Glossateurs sur la question de la *mora debitoris* a particulièrement été mise en lumière par Schrage E.J.H. et Schoen R.P., dans « Mora debitoris dans le droit savant avant Accurse », TR 57 (1989), p. 87-105.

Sive autem cum ipso apud quem deposita est actum fuerit sive cum herede eius et sua natura res ante rem iudicatam interciderit, 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.

(traduction)

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 perdue, même si elle lui avait été restituée.

Ce texte fournit-il un argument décisif pour la position de Martinus Gosia ? Accurse ne le pense pas. Dans sa glose « *Rem iudicatam*¹² » 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.

¹² Glose *Rem iudicatam*, in Gothofredus, Digestum Vetus I, Lugduni 1604, ad D.16.3.14.1.

IV. Les Humanistes

La position minoritaire de Martinus Gosia aurait pu disparaître avec le Glossateur lui-même... si Jacques Cujas¹³ 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 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 :

A. Ulpien, 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 evenierit: potuit enim eum acceptum legatarius vendere.

(traduction)

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.

En vue d'appuyer sa position, Cujas fait donc une interprétation a contrario de la dernière phrase du texte d'Ulpien. 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*.

¹³ Cuiacius J., *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. depos. » (scil. D.16.3.14.1).

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.

Donneau¹⁴ 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.

Favre¹⁵ 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 iudicatam 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 considéré 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 ? Cujas¹⁶ 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 Brunnemann¹⁷, considéraient que

¹⁴ Donellus, *Opera omnia* IV, Macerata 1830, col. 619ss (De jure civili. Lib. XVI, Caput 2, n.15).

¹⁵ Faber A., *De erroribus pragmaticorum*, Lugduni (1658) 245 (Decad. XVIII, Err. X, 3).

¹⁶ Cuiacius, *op.cit.*, Ibid. ;

¹⁷ Brunnemann, *Jurisconsulti commentarius in Pandectas*, Lugduni 1714, ad D.16.3.14.1, p. 497.

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'autres¹⁸ 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.

V. 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.

Domat¹⁹ 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 Pothier²⁰, 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 revendue 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 dominante²¹ à l'époque de Pothier. Cela explique sans doute pourquoi cette

¹⁸ Giphanius, *Lecturae altorphinae*, Francofurti 1605, p. 804-805, ad D.45.1.23, n.17.

¹⁹ Domat J., *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus 1*, Paris 1745, p. 41.

²⁰ Pothier R. J., *Traité des obligations*, in : *Œuvres complètes*, Paris 1830, p. 514, num. 664.

²¹ En ce sens : Madai, *Die Lehre von der Mora*, Halle 1837, p. 296. V. aussi : Matthiae, *Controversen-Lexikon des römischen Civilrechts*, Leipzig 1856, p. 72.

position a pu s'imposer dans le code Napoléon d'abord, et dans la majorité des autres codifications par la suite.

VI. Conclusions

En conclusion, je voudrais encore envisager deux 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 ?

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 dominante²² 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 dominante²³ admet aujourd'hui que ce texte ne concernait pas un cas de *mora debitoris*.

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

²² V. Kaser M., *Perpetuari obligationem* SDHI 46 (1980), p. 143 ; Wacke A., *Gefahrerhöhung als Besitzverschulden*, in FS Hübner, Berlin-New York 1984, p. 682-683 ; Cannata C.A., *Atto giuridico e rapporto giuridico*, SDHI 57 (1991), p. 361, note 91.

²³ V. Kaser M., *Aktivlegitimation zur actio furti*, Festgabe von Lübtow zum 80. Geburtstag, Berlin 1980, p. 301-302, Cardilli R., *L'obbligazione di « praestare » e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano 1995, p. 424, note 23 et la littérature citée à cet endroit.

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 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...