HISTOIRE DU DROIT DES CONTRATS

Aux origines de l'adage *Dies interpellat pro homine*

Retour sur une histoire quelque peu mouvementée

L'état de demeure du débiteur est-il nécessairement consécutif à une interpellation ou peut-il découler automatiquement de l'existence d'un terme ? L'existence de l'adage *dies interpellat pro homine* semble indiquer que l'interpellation n'est pas indispensable et qu'un terme peut suffire. Le présent article tend à démontrer qu'en droit romain, l'interpellation était au contraire indispensable et il retrace l'histoire de cet adage.

Par Vanessa Cavalleri
Doctorante à l'université de Liège

Et Jean-François Gerkens
Professeur à l'université de Liège

110x6

Quelle est la place de l'adage *Dies interpellat pro homine* dans notre droit ? L'échéance du terme met-elle automatiquement le débiteur en demeure ? L'article 1139 du Code civil[1] admet que la seule échéance du terme met le débiteur en demeure, mais uniquement si le contrat prévoyait expressément que le terme aurait cet effet. Notre droit ne reconnaît donc pas complètement la validité de l'adage aujourd'hui. Le choix effectué par les auteurs de l'article 1139 est évidemment le fruit d'une longue histoire, jalonnée de multiples controverses. Il nous a semblé intéressant de rappeler brièvement cette histoire, car comme c'est souvent le cas pour les questions traditionnelles du droit privé, cela permet de mieux maîtriser les tenants et aboutissants de la question aujourd'hui.

L'importance de la question est une conséquence de l'importance des effets de la demeure : d'une part, elle marque le début du cours des intérêts de retard, et, d'autre part, elle entraîne un transfert des risques à la charge du retardataire. Ce dernier devra alors répondre de la perte par cas fortuit de la chose due, survenue alors qu'il est en demeure. C'est pourquoi il est indispensable de déterminer à partir de quel moment cet état de demeure débute dans le chef du débiteur. En droit positif, la mise en demeure peut prendre des formes variées[2] : elle consiste en une interpellation qui peut se réaliser soit par une sommation ou acte équivalent, soit par l'effet du contrat, si celui-ci prévoit que la seule échéance du terme aura cet effet.

Cette dernière possibilité montre que l'adage *Dies interpellat pro homine* appartient à notre paysage juridique. Mais quelles en sont les origines ? L'adage date-t-il de l'époque romaine ? Ou est-il au contraire une construction postérieure ? Comment la demeure s'ouvrait-elle en droit romain ? Était-il absolument nécessaire pour le créancier d'adresser à son débiteur une *interpellatio* ou l'échéance du terme conventionnel suffisait-elle à faire prendre conscience au débiteur qu'il était en demeure ?

Cet article propose de retracer l'itinéraire de l'adage *Dies interpellat pro homine*, en examinant son existence en droit romain, son utilisation par les glossateurs et leurs successeurs, de même que la manière dont l'adage a pénétré notre droit positif[3].

I. L'adage *Dies interpellat pro homine* à l'époque romaine

Il ne nous semble pas utile de laisser planer le doute sur la question : l'adage *Dies interpellat pro homine* n'est pas romain, c'est une création médiévale dont on retrouve les premières traces écrites dans les commentaires que les glossateurs et les commentateurs consacrent à l'œuvre juridique de l'empereur Justinien[4].

Cependant, même si l'adage n'a pas été formulé par les juristes romains – il est absent des sources romaines –, il convient de vérifier si le *dies* permettait d'interpeller le débiteur en droit romain, sans qu'aucune autre formalité ne soit requise. Afin de procéder à cette vérification, il est d'abord nécessaire de comprendre comment la *mora debitoris* naissait en droit romain.

Dans la compilation de Justinien, le texte-clef[5] concernant l'interpellation et la *mora* est un fragment de Marcien :

(1) C. civ., art. 1139 : « Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent, telle une lettre missive lorsqu'il ressort de ses termes une interpellation suffisante, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure. »

(2) Sur ce point, v. par ex. l'excellente synthèse – portant à la fois sur le droit français et le droit belge – de Patrick Wéry, *La théorie générale du contrat*, Répertoire notarial – Encyclopédie juridique permanente, Larcier, Bruxelles, 2010, p. 536-538.

(3) Le droit positif visé par ce bref article est le droit issu du Code Napoléon, tel qu'il a évolué en Belgique et en France. Pour un examen comparatiste de la règle, dépassant les droits français et belge, v. le récent article de Marcel Fontaine, « Time is of the essence. Réflexions comparatives sur la ponctualité en droit des contrats », *in Le temps et le droit. Hommage au professeur Closset-Marchal*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 223-239.

(4) V. not. Odofredus, *Lectura Super Digesto Veteri*, vol. 2, *« de usuris »*, n° 8, fol. 156, nouvelle édition, Forni, Bologne, 1552 ; Placentinus, *Summa Codicis*, ad C.4.32, fol. 166, Bottega d'Erasmo, Turin, 1962, p. 78. ; Azo, *Summa Azonis*, F. Bidonum, Venise, 1566, col. 464 c. ; Baldus de Ubaldis (D. M. D'Afflitto), *Tractatus celeberrimus de iure prothomiseos*, Naples, 1717, p. 121.

(5) En ce sens, v. par ex. H. Siber, « Interpellatio und Mora » : Zeitschrift der Savigny Stiftung (ZSS) 29, 1908, p. 50 ; C. A. Cannata, V° *« Mora »*, *Enciclopedia del Diritto* (ED) XXVI, 1976, p. 922 et s.

Marcianus, *l. 4 Reg.* (D.22.1.32pr.) :

« Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus oportuno loco non solverit : quod apud iudicem examinabitur [6] *: nam, ut et Pomponius libro duodecimo epistularum scripsit, difficilis est huius rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intellegatur, neque constitutione ulla neque iuris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti quam iuris. »*

(Traduction : « La demeure est entendue comme n'opérant pas [en raison] de la chose, mais de la personne ; c'est-à-dire que si le débiteur a été interpellé en un lieu opportun mais n'a pas payé : ce qui doit être examiné devant le juge : car comme Pomponius l'écrit également au livre 12 de ses lettres, il est difficile de définir ce qu'est la demeure. Aussi, le divin [Antonin le] Pieux a répondu par rescrit à Tullius Balbus que l'on ne peut comprendre si quelqu'un est en demeure ni par une constitution, ni par un avis des jurisconsultes, car cela relève plutôt des faits que du droit. »)

Le jurisconsulte affirme donc d'emblée que la demeure du débiteur ne se fait pas « *ex re* » (c'est-à-dire automatiquement) mais « *ex persona* » : la demeure repose sur la connaissance subjective, de la part du débiteur, que le moment est venu d'exécuter son obligation[7]. Marcien laisse entendre que l'interpellation est un élément essentiel à l'ouverture de la demeure : il faut que le débiteur sache que le créancier est dans l'attente de recevoir ce qui lui est dû et ce désir doit être manifesté sous la forme d'une « interpellation ». L'*interpellatio* est dès lors une condition *sine qua non* de l'existence de la *mora*, puisque cette dernière n'opère pas *ex re*. Marcien cite Pomponius ainsi qu'un rescrit de l'empereur Antonin le Pieux[8], d'après lequel il est difficile[9] de graver la définition de la *mora* dans un texte juridique. Nous pouvons déduire de cette réflexion que la valeur de l'*interpellatio* dépendra donc de la compréhension, de la part du débiteur, que le moment est venu d'exécuter son obligation[10] et devra être analysée au cas par cas[11]. C'est d'ailleurs au juge qu'il incombera de vérifier (*quod apud iudicem examinabitur*) si l'interpellation a été réalisée en un lieu opportun et si le débiteur a donc été mis en demeure[12]. La référence faite dans ce fragment au rescrit de l'empereur Antonin a mené Matteo Marrone à admettre que l'*interpellatio* serait dès lors apparue au cours de l'époque classique[13].

Ce fragment ne répond cependant pas à la question suivante :

A. Comment fait-on une *interpellatio* ?

Peu d'indications sont fournies quant au contenu ou à la forme que doit adopter l'*interpellatio*. Comme le laisse entendre le texte de Marcien, on peut donc supposer qu'elle peut prendre des formes diverses et que son contenu n'est pas précisé par la loi. Le commun dénominateur serait qu'il est alors nécessaire que le créancier fasse comprendre à son débiteur que le moment d'exécuter est venu. Cependant, un fragment de Pomponius nous fournit malgré tout quelques indications quant aux contours de l'interpellation en droit romain :

Pomponius, *l. 22 ad Sabinum* (D.12.1.5) :

« Quod te mihi dare oporteat si id postea perierit, quam per te factum erit quominus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat. Sed cum quaeratur, an per te factum sit, animadverti debebit, non solum in potestate tua fuerit id nec ne aut dolo malo feceris quominus esset vel fuerit nec ne, sed etiam si aliqua iusta causa sit, propter quam intellegere deberes te dare oportere. »

(Traduction : « Si la chose que vous êtes obligé de me donner périt après qu'il a tenu à vous de me la donner, il est établi que cette perte sera à votre charge. Mais lorsqu'on se demande si cela a tenu à vous, il faut examiner non seulement si elle était en votre puissance ou non, mais aussi si c'est en raison de votre dol qu'elle ne l'est plus, et s'il y avait une juste raison en vertu de laquelle vous deviez comprendre que vous deviez en faire une dation. »)

Pomponius traite prioritairement de la perte de la chose due par le débiteur après que celui-ci a été en retard de la livrer. Indirectement, il nous livre cependant aussi une explication relative à l'appréciation de la conscience qu'a le débiteur d'être en demeure. Pomponius considère que le débiteur est tenu lorsqu'il aurait dû exécuter son obligation mais, de son propre fait, ne l'a néanmoins pas fait[14] ; de même s'il ne pouvait ignorer qu'il devait exécuter son obligation mais ne l'a pas fait.

Pomponius retient trois critères permettant de déceler si le débiteur sait qu'il est en *mora*. Son retard dans l'exécution constituera une *mora debitoris* : si l'objet de l'obligation qui a péri était sous la puissance du débiteur, car si c'était le cas, il devait veiller à ce que la chose ne périsse pas (*an in potestate tua fuerit nec ne*) ; si la perte de la puissance résulte d'un dol de la part du débiteur (*an dolo malo feceris quominus esset vel fuerit nec ne*) ; si le débiteur ne peut arguer de l'existence d'une juste cause justifiant qu'il ignorait devoir s'exécuter (*si aliqua iusta causa sit, propter quam intellegere deberes te dare oportere*).

Lorsque le débiteur est empêché d'exécuter son obligation en raison du fait que la chose due a péri, il convient donc de vérifier si cette

(6) C. A. Cannata, V° « *Mora* », préc., p. 930, qui considère que les mots « *si interpellatus oportuno loco non solverit : quod apud iudicem examinabitur* » constituent un glossème postclassique. Ce constat reste cependant sans réel impact sur la compréhension du texte de Marcien.

(7) M. Kaser, « Perpetuari obligationem » : Studia et documenta historiae et iuris (SDHI) 46, 1980, note 5, p. 111 ; C. A. Cannata, V° « *Mora* », préc., p. 922 et s., et la note 5 ; H. H. Jakobs, « Culpa und Interpellatio bei der mora debitoris nach klassichem Recht » : Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TR) 42, 1974, p. 43 et s. ; P. Pichonnaz, « The evolving function of interpellatio in case of default », *in* R. van den Bergh et G. van Niekerk (dir.), *Libellus ad Thomasium, Essays in Roman Law, Roman-Dutch Law and Legal History in Honour of Philip J. Thomas*, Fundamina Editio specialis, Unisa Press, Pretoria, 2010, p. 278-279.

(8) En réalité, il n'est pas totalement exclu que le rescrit soit de Marc Aurèle (consacré sous le nom de *Divus M. Antoninus Pius*), mais il est plus probable qu'il soit d'Antonin le Pieux. En ce sens, v. G. Gualandi, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I, Giuffrè, Milan, 1963, p. 70.

(9) Selon la glose, d'ailleurs, « *difficilis est* » signifie que la chose est impossible, v. Gl. *Difficilis est* col. 2057, § e.

(10) R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta Legal and Academic Publishers, Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1990, p. 792 ; P. Pichonnaz, « Demeure et interpellation », *in* E. Chevreau, D. Kremer et A. Laquerrière-Lacroix (dir.), *Carmina iuris, Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, Éditions de Boccard, 2012, p. 663 ; M. Kaser, « Perpetuari obligationem », préc., p. 111.

(11) P. Pichonnaz, « Mora e interpellatio nello sviluppo del diritto privato in Europa », *in* G. Santucci (dir.), *Fondamenti del diritto europeo*, Seminari Trentini, Jovene, Naples, 2012, p. 207.

(12) Accurse, Glose ad D.22.1.32pr., Corporis iustinianaei, Digestum Vetus, seu pandectarum iuris civilis, t. 1, 1604, col. 2057, note d, « scilicet an in loco opportuno interpellatus fuerit, & sic sit in mora. »

(13) M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, Palerme, 1989, p. 590, note 61, qui se fonde sur ce passage pour considérer que l'*interpellatio* est apparue seulement pendant « *l'età classica avanzata* ».

(14) En ce sens, v. P. Pichonnaz, « Demeure et interpellation », préc., p. 663.

inexécution était du ressort du débiteur. Tel est le cas notamment si ce débiteur avait une juste cause de savoir qu'il lui revenait de s'exécuter.

La mention de la juste cause est souvent comprise comme étant une référence directe à l'interpellation[15]. Le créancier doit, en toute hypothèse, établir que le débiteur savait ou devait savoir que le temps d'exécuter son obligation était arrivé. Si, ayant reçu les informations nécessaires, le débiteur n'exécute toujours pas son obligation ou a fait en sorte de ne pas pouvoir exécuter son obligation, cela justifie la comptabilisation d'intérêts de retard et le recours à la fiction de la *perpetuatio obligationis*. On impose dans ce cas une responsabilité renforcée à la charge de la personne du débiteur. En d'autres termes, les conséquences de la *mora* sortiront ou non en fonction de la connaissance subjective du débiteur[16] (*mora ex persona*). Le défaut de volonté du débiteur justifiait le recours à la *mora debitoris*.

Mais cette « juste cause » pourrait également être comprise autrement qu'en une référence à l'interpellation. Elle pourrait tout aussi bien faire référence à l'échéance du terme contractuel (*dies a quo*), à l'issue duquel il est logique de penser que le débiteur ne peut plus ignorer que le créancier souhaite l'exécution. En effet, dès lors que le débiteur savait qu'il devait exécuter son obligation, il aurait pu éviter les conséquences de la *mora* [17]. Le rôle de l'interpellation s'apparente donc à une prise de conscience du débiteur qui sait que le créancier est dans l'attente de la prestation du débiteur[18].

Il n'en reste pas moins que la forme que doit prendre l'interpellation n'est pas fixée dans les sources romaines. En effet, si aucun texte n'accorde directement la possibilité d'interpeller le débiteur en fixant un terme dans le contrat, aucun fragment n'interdit cette pratique[19]. Il appartient, en réalité, au juge d'apprécier si le débiteur disposait effectivement de moyens raisonnables de savoir que le créancier attendait l'exécution de l'obligation. Il n'est donc pas exclu *a priori* que le juge décide que l'échéance du terme contractuel constitue une interpellation suffisante. Mais la plupart des textes qui concernent directement la *mora* semblent impliquer une *interpellatio* par le créancier, un acte constituant un avertissement clair adressé au débiteur.

Indirectement, Pomponius montre que le défaut du débiteur de fournir la prestation n'est pas nécessairement fautif[20], contrairement à la vision privilégiée depuis l'École de l'Exégèse[21]. En effet, le texte de Marcien souligne que la détermination de la demeure dépend avant tout de la situation de fait et non pas d'analyses purement juridiques. Il semble donc qu'à l'époque, le débiteur en demeure pouvait être tenu de la perte de l'objet du contrat même lorsque ce dernier n'était pas responsable de cette perte, et même lorsque le contrat fixait la faute comme étant une condition de responsabilité[22].

Une information supplémentaire quant à l'*interpellatio* nous est fournie par Marcien, dans la suite du fragment cité en introduction :

Marcianus, *l. 4 Reg.* (D.22.1.32.1) :

« Et non sufficit ad probationem morae, si servo debitoris absentis denuntiatum est a creditore procuratoreve eius, cum etiam si ipsi, inquit, domino denuntiatum est, ceterum postea cum is sui potestatem faceret, omissa esset repetendi debiti instantia, non protinus per debitorem mora facta intellegitur. »

(Traduction : « Il ne suffit pas pour prouver la demeure, qu'un créancier ou son mandataire fasse une sommation à l'esclave du débiteur en l'absence de ce dernier, car il faut faire la sommation au maître lui-même. Mais si, dans la suite, le débiteur se montre et que le créancier néglige de poursuivre contre lui l'instance commencée contre son esclave, le débiteur ne sera pas censé avoir été en demeure dès le temps où il aura reparu. »)

Il n'est donc pas suffisant d'interpeller l'esclave du débiteur en l'absence de son maître. Il fallait bel et bien que le créancier fasse preuve d'insistance devant la personne du débiteur. La glose Mora ad D.22.1.32[23] va également dans ce sens : l'*interpellatio* doit être personnelle et adressée au débiteur en personne. Ainsi : *« An fit in mora debitor si procurator eius vel familia interpellatur ? Et dicit quòd non : imo ipse debitor desinit esse in mora, si iam eo in mora existente dem ei novam dilationem. »*

En conclusion, le créancier doit manifester sa volonté de manière non équivoque et indépendante, de manière telle que le débiteur ne puisse pas douter que le temps de l'exécution soit arrivé. Cette volonté spéciale se manifeste toujours sous la forme d'une interpellation.

B. Des traces de *mora ex re* dans le *Corpus Iuris Civilis*

La *mora ex re* désigne donc la demeure naissant automatiquement de l'arrivée du terme prévu pour l'exécution de l'obligation. Comme nous l'avons vu, Marcien (D.22.1.32pr.) exclut d'emblée l'existence d'une telle *mora ex re*. La demeure nécessite une connaissance subjective de l'exigence de l'exécution de l'obligation dans le chef du débiteur et n'est donc pas automatique.

Cependant, il existe des hypothèses dans lesquelles le *Digeste* prévoit, par exception, qu'une interpellation explicite n'est pas forcément nécessaire. Il s'agit des situations dans lesquelles le débiteur ne peut pas ignorer qu'il lui incombe d'exécuter son obligation.

(15) V. par ex. M. Kaser, « Perpetuari obligationem », préc., p. 110 ; R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, *op. cit.*, p. 793, note 67 ; P. Pichonnaz, « Demeure et interpellation », préc., p. 663-664.

(16) P. Pichonnaz, « Mora e interpellatio nello sviluppo del diritto privato in Europa », préc., p. 208.

(17) *Ibid.*, p. 209.

(18) Il reste bien sûr possible pour le débiteur en demeure de purger cette dernière (en admettant que l'exécution de l'obligation reste possible) et d'en éviter les effets en exécutant, même tardivement, son obligation. A. Magdelain, « Note sur la "purgatio morae" », *in Jus Imperium Auctoritas, études de droit romain*, École française de Rome, Publications de l'École française de Rome, 1990, p. 679 et s. ; C. A. Cannata, « Quod veteres constituerunt, Sul significato originario della "Perpetuatio obligationis" », *in* M. Schermaier, J. Rainer et L. Winkel (dir.), *Iurisprudentia universalis, Festschrift für Th. Mayer-Maly*, Bölhau, Cologne, 2002, p. 89-91 ; v. Paul. 17 *ad Plautium* D. 45.1.91.3.

(19) J. Berney, *De la demeure en droit romain, français et suisse*, Viret-Genton, Lausanne, 1886, p. 14.

(20) M. Kaser, « Perpetuari obligationem », préc., p. 116 et s. ; J.-F. Gerkens, « La mora debitoris est-elle une faute ? », *in Mélanges Fritz Sturm*, Éditions juridiques de l'université de Liège, p. 139 et s. ; P. Pichonnaz, « Demeure et interpellation », préc., p. 664.

(21) V., par ex., de ce qu'affirmera Demolombe (C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, vol. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, Paris, 1887, 558, n° 560 : « Car sa demeure est une faute, de quelque cause d'ailleurs qu'elle procède, de la convention, de la loi, ou de l'interpellation du créancier »).

(22) P. Pichonnaz, « Demeure et interpellation », préc., p. 664.

(23) D. Gothofredus, Corporis Iustinianei, Digestum Vetus, seu pandectarum iuris civilis, t. 1, 1604, glose Mora ad D.22.1.32, col. 2057.

La première et principale exception[24] concerne le cas du voleur. Celui-ci est en demeure perpétuelle et automatique à compter de son méfait. En effet, celui qui se rend coupable d'un vol sait depuis le début qu'il ne peut garder la chose et doit la rendre[25].

Les premiers glossateurs ont, à la suite de cette exception, établi une liste élargie des cas de *mora* qui ne requièrent pas d'interpellation. Irnerius, dans sa *Summa Trecensis*, utilise déjà l'exemple du créancier mineur envers lequel le débiteur se trouvera être automatiquement en demeure[26]. Cet exemple est d'ailleurs cité par d'autres glossateurs, et en particulier par Henricus Baila, auteur d'un traité sur la *mora*. Ce dernier écrit à ce propos que ce qui justifie l'interpellation chez les majeurs constitue un retard face aux mineurs[27]. Il s'agit d'une *mora ex favore personae*. Dans cette catégorie de *mora iure speciali*, on retrouve également la demeure automatique du fidéicommissaire qui tarde à affranchir un esclave[28].

À côté de cette demeure, on retrouve encore la *mora ex odio personae*, qui découle automatiquement du caractère « odieux » du débiteur. Il s'agit bien entendu du cas du voleur qui est toujours en demeure. Rogerius[29] fut le premier glossateur à élargir cette catégorie en y ajoutant d'autres personnes odieuses.

C. Le développement de la *mora ex re*

Comment les jurisconsultes postérieurs en sont-ils venus à admettre l'existence de l'adage « *Dies interpellat pro homine* » en droit romain ? Comment ont-ils pu imaginer que la demeure du débiteur puisse ne pas dépendre de cette interpellation, pourtant réclamée par l'ensemble des fragments qui traitent de la *mora* ?

Les partisans de l'adage vont en réalité tenter de modeler la règle de Marcien en fonction de leurs aspirations. À cette fin, ils proposeront une lecture particulière de la locution *« id est »*[30]. Alors que Marcien se sert de ces mots pour introduire une confirmation de la règle selon laquelle la *mora* a lieu *ex persona* et *non ex re*, les glossateurs leur donnent le sens de *« veluti »*. S'il est vrai que ces mots peuvent parfois prendre ce sens[31], il n'en reste pas moins que c'est relativement rare et mériterait d'être confirmé par le contexte du fragment. Or il n'en est rien.

En revanche, de nombreux passages du *Digeste* montrent que l'interpellation est indispensable, comme ces deux extraits de Pomponius[32] :

Pomponius, *l. 9 ad Sabinum* (D.45.1.23) :

« Si ex legati causa aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem eius tenearis mihi, quam si per te steterit, quo minus vivo eo eum mihi dares : quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti aut occidisti eum. »

(Traduction : « Si vous me devez un esclave déterminé en raison d'un legs ou d'une stipulation, vous ne serez tenu envers moi après sa mort, que si il a tenu à vous de ne pas me le donner vivant : ce qui serait le cas si, alors que je vous avais interpellé, vous ne me l'avez pas donné ou si vous l'avez tué. »)

Pomponius, *l. 6 ad Sabinum* (D.30.36.3) :

« (…) si alteri Stichum heres dederit, quem duobus dare damnatus fuerat, et antequam interpellaretur ab altero Stichus mortuum est (…). »

(Traduction : « […] Si l'héritier chargé de donner à deux personnes l'esclave Stichus l'a donné à l'une d'elles, et qu'avant d'être interpellé par l'autre, l'esclave est mort […]. »)

Dans ce dernier cas, Pomponius exclut précisément la *mora* parce que le décès de l'esclave a eu lieu avant l'*interpellatio* [33]. Cette dernière semble donc bien requise pour déclencher la *mora debitoris*…

Parmi ces fragments qui imposent le recours à l'interpellation, on remarque également qu'à chaque fois que le sujet de la demeure est traité dans le *Digeste*, les jurisconsultes ne distinguent jamais formellement entre les contrats à terme et sans terme[34]. En effet, les jurisconsultes incluent cette mention de l'*interpellatio* même dans les fragments qui traitent des obligations à terme. On peut en voir un exemple dans ce texte de Paul :

Paul, *l. 37 ad edictum* (D.45.1.49.3) :

« (…) *Si promissor hominis ante diem, in quem promiserat, interpellatus sit et servus decesserit, non videtur per eum stetisse* (…). »

(Traduction : « […] Si celui qui a promis un homme a été interpellé avant le jour auquel il l'avait promis et que l'esclave décède, il n'est pas considéré qu'il ait tenu à lui [de ne pas l'avoir livré] […]. »

Paul écrit dans ce fragment que lorsque l'interpellation intervient avant le terme prévu dans le contrat, le débiteur ne sera pas considéré en demeure. Certains auteurs infèrent de ce texte que la

(24) V. P.-F. Girard, *Manuel de droit romain*, Rousseau, 6e éd., 1918, p. 661, qui estime qu'il s'agit même de la seule exception à la règle, puisque, pour lui, l'interpellation est indispensable dans tous les autres cas de figure.

(25) V. par ex. P. Pichonnaz, « Mora e interpellatio nello sviluppo del diritto privato in Europa », préc., p. 210.

(26) Cette position repose notamment sur un texte de Paul (l. 14 resp., D.31.87.1) : « Usuras fideicommissi post impletos annos viginti quinque puellae, ex quo mora facta est, deberi respondi. Quamvis enim constitutum sit, ut minoribus viginti quinque annis usurae omnimodo praestentur, tamen non pro mora hoc habendum est, quam sufficit semel intervenisse, ut perpetuo debeantur. » (Traduction : « J'ai répondu que les intérêts d'un fidéicommis laissé à une fille quand elle aura atteint l'âge de 25 ans, étaient dus du jour que l'héritier était en demeure de l'acquitter, après que la fille aura atteint 25 ans accomplis. Car, quoiqu'il soit admis que les intérêts soient toujours dus aux mineurs de 25 ans, ce principe n'a pas lieu par rapport au cas où le débiteur est déjà en demeure de les payer ; parce que celle-ci ne doit survenir qu'une seule fois, pour que les intérêts soient toujours dus. »)

(27) E. J. H. Schrage et R. P. Schoen, « La mora debitoris dans le droit savant avant Accurse » : Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TR) 57, 1989, p. 91 : « *Nam quod in maioribus facit interpellatio, hic in minoribus facit tarda solutio.* »

(28) V. Ulpianus, *libro quinto fideicommissorum* (D.40.5.26.1). À propos de ces exceptions, v. par ex. J. D. Harke, *Schuldnerverzug. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, p. 12 et s.

(29) E. J. H. Schrage et R. P. Schoen, préc., p. 92 ; J. D. Harke, *Schuldnerverzug. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung*, *op. cit.*, p. 14-16. Rogerius ajoute au voleur : le « brigand » (*predo*) et le « terroriste » (*meticulosus*).

(30) Qui signifient généralement « c'est-à-dire ».

(31) « *Veluti* » est un adverbe qui signifie « comme, par exemple » (v. L. Quicherat et A. Daveluy [révisé par E. Châtelain], *Dictionnaire latin-français*, Hachette, V° « *veluti* », p. 1470). On observe par exemple cette utilisation dans le fragment D.2.14.7.8 (Ulpianus, l. 4 *ad edictum*) : « (…) *In rem sunt, quotiens generaliter paciscor ne petam : in personam, quotiens ne a persona petam, id est ne a Lucio Titio petam* (…). » En l'occurrence, les termes « *id est* » sont utilisés afin de désigner, à titre d'exemple, Lucius Titius.

(32) On pourrait de même invoquer ce fragment de Scaevola, *l. 20 Dig.* (D.34.1.18.1) : « (…) *quoad vixit annis quattuordecim interpellata de isdem solvendis non est* (…). » (Traduction : « qui a vécu pendant 14 ans sans qu'ils ne lui aient fait aucune sommation de payer »).

(33) V. en ce sens égal., A. Elefante, « "Interpellatio" e "mora" » : Labeo 6, 1960, p. 38.

(34) V. en ce sens, J. Anspach, *De l'adage dies interpellat pro homine*, Librairie polytechnique d'Aug. Decq, Bruxelles, 1853, p. 100.

présence du terme n'est pas suffisante pour déclencher la *mora* [35]. En effet, le jurisconsulte considère que l'interpellation faite avant l'échéance du terme ne sortira pas ses effets et on pourrait logiquement en déduire qu'il sera de même toujours nécessaire d'interpeller le débiteur une fois le terme échu. Cette interpellation, réalisée à un moment où la dette est exigible, marquerait alors le point de départ de la demeure[36].

D'autres, comme Siber[37], sont de l'avis que, si ce fragment montre effectivement que l'*interpellatio* entraîne la demeure, elle n'est toutefois pas le seul procédé qui la déclenche[38].

La lecture du texte de Paul nous permet donc de comprendre que l'interpellation antérieure à l'échéance du terme est déclarée inefficace. En revanche, le terme contractuel ne semble pas rendre inutile le recours à l'interpellation. La règle nous semble être qu'en droit romain, l'échéance du terme ouvre au créancier la possibilité de sommer son débiteur de s'exécuter[39].

Sur ce point, le texte des *Institutes* de Justinien est d'ailleurs plus explicite encore :

I.3.15.2 :

« (…) *Id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat non potest : ac ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, peti potest, quia totus dies arbitrio solventis tribui debet. Neque enim certum est eo die, in quem promissum est, datum non esse, priusquam praetereat.* »

(Traduction : «[…] Ce que nous avons stipulé à terme nous est dû ce jour, mais l'on ne peut pas le réclamer avant ce terme. Et l'on ne peut pas le réclamer ce jour-là, car il faut laisser le choix au débiteur du moment de la journée auquel il veut payer. Et il ne sera certain que la chose n'a pas été remise qu'après que la journée soit passée. »

Nous pouvons raisonnablement déduire du texte des *Institutes* de Justinien que l'arrivée du terme signifie que le créancier peut exiger l'exécution, et non pas que l'exécution est automatique[40].

Afin de se convaincre que la seule échéance du terme n'entraîne pas automatiquement la demeure du débiteur, il suffit de s'intéresser au sort réservé au débiteur qui omet de payer ses loyers :

D.22.1.17.4 (Paul, *l. sing. de usuris*) :

« Ex locato qui convenitur, nisi convenerit ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, non nisi ex mora usuras praestare debet. »

(Traduction : « Celui contre qui on intente une action en raison d'une location ne peut être condamné à payer des intérêts de retard qu'autant qu'il aura été en demeure de payer, à moins qu'il ait été convenu expressément qu'il payerait des intérêts pour le simple retard. »)

(35) V. en ce sens, P. Pichonnaz, « Mora e interpellatio nello sviluppo del diritto privato in Europa », préc., p. 211.

(36) A. Elefante, « *"Interpellatio" e "mora"* », préc., p. 38 : l'auteur considère que ce texte montre indirectement que, lorsque le débiteur a été interpellé, il sera en demeure à moins qu'il ne prouve que l'interpellation n'a pas pu valablement avoir lieu ; v. aussi H. H. Jakobs, « *Culpa und Interpellatio bei der mora debitoris nach klassichem Recht* », préc., p. 23 et s.

(37) H. Siber, « Interpellatio und Mora », préc., p. 47 ; M. Kaser, *Römisches Privatrecht*, I, C.H. Beck, Munich, 1971, p. 515.

(38) H. Siber, « Interpellatio und Mora », préc., p. 57 et s.

(39) V. aussi A. Contius, *Tractatus de diversis morae generibus*, 1558, cap. V.

(40) On retrouve encore la même idée dans les fragments D.36.2.21 (Paul, l. 2 *ad Vitellium*) et D.44.7.44.1 (Paul, l. 74 *ad edictum praetoris*).

Le contrat de bail contient, par définition, un terme auquel le locataire doit verser le loyer. Mais Paul écrit clairement que le locataire qui paye tardivement son loyer ne devra pas d'intérêts sur cette somme, à moins qu'il ne soit en demeure ou qu'une peine conventionnelle ait été prévue dans le contrat en cas d'exécution tardive. Ce fragment illustre le fait que, même dans le cadre des obligations à terme, le débiteur qui ne paye pas au jour prévu n'est pas automatiquement en demeure. Il semble donc nécessaire qu'une action supplémentaire soit prise pour que le locataire soit en demeure : cette action devra se manifester sous la forme d'une interpellation.

II. Le fondement de l'adage *Dies interpellat pro homine*

Même si on ne retrouve cette formulation dans aucune source juridique romaine, c'est en réalité une constitution de l'empereur Justinien (C.8.37.12), couramment appelée loi *magnam*, qui constitue le berceau de l'adage *Dies interpellat pro homine* :

Justinien à Menna, préfet du prétoire, en 529 (C.8.37.12) :

« *Magnam legum veterum obscuritatem, quae protrahendarum litium maximam occasionem usque adhuc praebebat, amputantes sancimus, ut, si quis certo tempore facturum se aliquid vel daturum se stipuletur vel quae stipulator voluit promiserit et addiderit, quod, si statuto tempore minime haec perfecta fuerint, certam poenam dabit, sciat minime posse ad evitandam poenam adicere, quod nullus eum admonuit : sed etiam citra ullam admonitionem eidem poenae pro tenore stipulationis fiet obnoxius, cum ea quae promisit ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari poscere debeat* » (D. VIIII ID. APRIL. CONSTANTINOPOLI DECIO VC. CONS.).

(Traduction : « Les lois anciennes sont d'une grande obscurité, qui jusqu'à ce jour a prolongé les litiges plus que de raison ; nous ordonnons que si quelqu'un a stipulé faire ou donner quelque chose à une certaine date, ou a promis ce que le stipulant a voulu et a ajouté que si au temps prévu il n'avait pas rempli les engagements qu'il contractait, il se soumettait à telle peine, il sache qu'il ne peut éviter la peine à laquelle il s'est soumis en objectant qu'il n'a point été sommé de remplir ses engagements : car il est tenu de la peine portée dans la stipulation, quoique son adversaire ne l'ait pas prévenu de remplir ses engagements, parce qu'il aurait dû se souvenir lui-même de ses engagements et non compter sur le fait que les autres les lui rappellent. »)

C'est en prenant appui sur cette constitution impériale que les glossateurs[41] formuleront pour la première fois notre adage. La formulation sera ensuite soutenue par l'ensemble des glossateurs et des bartolistes, qui se contenteront, pour l'essentiel, de la répéter.

Il semble pourtant clair que Justinien traite ici d'une tout autre question : il ne vise pas la demeure mais uniquement l'application d'une clause pénale insérée par les parties dans une stipulation. À propos de cette clause pénale, Justinien écrit simplement que le débiteur de la clause ne peut se soustraire à l'application de celle-ci en invoquant le fait que le créancier ne l'a pas interpellé au préalable.

(41) V. par ex. Odofredus, *Lectura Super Digesto Veteri*, vol. 2, « *de usuris* », n° 8, fol. 156, nouvelle édition, Forni, Bologne, 1552 ; Placentius, *Summa Codicis*, ad C.4.32, fol. 166, Bottega d'Erasmo, Turin, 1962, p. 78 ; Azo, *Summa Azonis*, F. Bidonum, Venise, 1566, col. 464 c. ; B. De Ubaldis, Tractatus celeberrimus de iure prothomiseos, Naples, 1717, p. 121. D'après C. A. Cannata (V° « *Mora* », préc., p. 931), c'est le glossateur Carlo di Tocco qui a exprimé l'adage pour la première fois.

Il n'est donc pas question de la *mora debitoris* mais bien de l'exécution des peines contractuelles. Les auteurs qui invoquent ce texte dans le débat autour de l'adage « *Dies interpellat* » confondent donc les effets nuisibles attachés aux peines contractuelles avec les effets légaux de la demeure[42]. Il n'existe aucun texte de l'œuvre de Justinien qui permette de présumer que la peine contractuelle est une conséquence de la *mora*.

Le texte n'ajoute donc rien au débat relatif à l'existence de la règle *Dies interpellat pro homine* à l'époque romaine. Au mieux, si l'on admet que cette constitution de Justinien porte une règle nouvelle par rapport au droit antérieur, faut-il admettre qu'avant cela même l'application des clauses pénales supposait le recours à l'interpellation.

A. La naissance de l'adage

Au Moyen Âge, l'interpellation se décline en plusieurs modes. À cette époque, l'échéance du terme est considérée comme constituant une *interpellatio* à l'égard du débiteur. C'est alors que la maxime *Dies interpellat pro homine* naît et prend tout son sens[43]. On peut notamment trouver une trace écrite de l'adage dans le commentaire de Balde[44] au Code de Justinien et plus particulièrement de la constitution reprise dans le Code de Justinien (C.8.37.12). Ensuite, on trouve également déjà une utilisation de l'adage dans les décrétales de Grégoire IX (Décr. 3.18.4 a E)[45].

L'adage est donc bien médiéval et non romain.

Il faudra attendre le XIII[e] siècle et l'ultramontain Pierre de Belleperche[46] pour qu'apparaisse une opinion dissidente, rejetant l'existence de l'adage en droit romain classique. Le juriste considère en effet que le simple avènement du terme contractuel ne met pas le débiteur en demeure[47], dans la mesure où, au III[e] siècle de notre ère, les empereurs Dioclétien et Maximien signalent encore que ce n'est que dans le cas du débiteur d'un créancier mineur que l'on admettra que le débiteur est en demeure dès le moment où il « retarde le payement du prix de la chose », c'est-à-dire à partir de l'échéance du terme prévu. Belleperche confirme donc qu'à cette époque, pour lui non plus, il n'existait aucune règle générale équivalente à celle portée par l'adage *Dies interpellat pro homine*.

B. L'adage *Dies interpellat pro homine* chez les Humanistes

Alors qu'Alciat[48] et son élève Douaren[49] se contentent de répéter que l'adage *Dies interpellat pro homine* avait cours en droit romain[50], on verra également certains auteurs tenter de démontrer que l'adage n'était pas appliqué comme tel à l'époque des Romains. C'est Emilio Ferretti[51], appartenant lui aussi à l'école élégante, qui va développer une théorie originale sur l'adage *Dies interpellat*, en se démarquant du dogmatisme de ses prédécesseurs. Il avance plusieurs arguments qui visent à justifier la raison pour laquelle cette règle ne s'appliquait pas en droit romain. Premièrement, il écrit que les fragments que l'on cite pour justifier l'adage ne parlent que de l'obligation *in diem sub poena* et non *in diem sine poena*. Deuxièmement, il considère que le fragment de Marcien (D.22.1.23 *de usuris*) concerne un cas de *mora ex persona*. Troisièmement, C.2.40.3[52] doit être compris comme la reconnaissance d'une exception à la règle générale d'après laquelle la demeure ne survient pas par la simple échéance du terme[53].

C'est Antoine Le Conte[54] qui est le premier à rejeter l'existence de l'adage *Dies interpellat* en droit romain en se basant sur la loi *magnam*. Le juriste remarque en effet qu'il n'existe aucune loi qui indique formellement que l'échéance du terme vaut interpellation, pas même la loi *magnam* [55]. En effet, pour Contius, la peine n'opère pas en vertu de la *mora*, de la demeure, mais bien en raison de l'accord des parties et des obligations qui en découlent[56]. Il rappelle également que l'accord des parties portait uniquement sur une pénalité et non sur l'ouverture automatique de la demeure à l'échéance du terme. Puisque la *mora* entraîne des effets drastiques, comme la perpétuation de l'obligation, Contius pense qu'elle ne peut survenir sans l'interpellation du débiteur[57].

Jacques Cujas[58] soutient également que la peine est un effet du contrat et non de la demeure. Cependant, alors qu'il semble rejeter l'idée que l'échéance du terme puisse interpeller le débiteur[59], le juriste écrit ailleurs[60] qu'il est nécessaire, afin de respecter la *ratio legis* de la loi *magnam*, d'étendre le principe qu'elle contient à la demeure du débiteur. Il faut donc considérer que cette dernière naît également à l'échéance du terme. Jacques Cujas pense, en définitive, que le terme exprime la volonté du créancier d'être payé et que toute interpellation supplémentaire serait superflue.

Hugues Doneau[61] adopte une position similaire à celle de Cujas : l'*interpellatio* n'est nécessaire que lorsqu'il n'existe pas, pour le débiteur, d'autre *justa causa* de savoir que le créancier a manifesté sa

(42) Et cette confusion les a donc conduits à considérer que le terme vaut interpellation. V. J. Anspach, *De l'adage dies interpellat pro homine*, *op. cit.*, p. 114.

(43) En ce sens, P. Pichonnaz, « Mora e interpellatio nello sviluppo del diritto privato in Europa », préc., p. 215.

(44) B. de Ubaldis, Comm. ad Dig. Vetus, L. Mora, Comm. Ad. Cod. Lex magnam (C.8.37.12).

(45) D. Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtsprichwörter*, C.H. Beck, Munich, 1982, p. 56, § 39.

(46) P. di Bellapertica, *Commentaria in Digestum Novum*, ad. D.45.1.23 n.4 (éd. Francoforti 1571, réimpr. Opera Iuridica Rariora, vol. 10, Bologne, 1968, p. 224).

(47) Belleperche contredit formellement Odofredus sur ce point. V. J. D. Harke, *Schuldnerverzug. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung*, *op. cit.*, p. 39.

(48) A. Alciat, Parergon juris libri tres. Cum singulorum capitum Argumentis, ac vocabulorum, rerum, autoritatum, & locorum indice locupletissimo, Lugduni apud Sebastianum Gryphium, 1538, not. Liv. V, 8.

(49) F. Duarenus, Celeberrimi Omnia quae quidem hactenus edita fuerunt opera, Apud heredes Andreae Wecheli, 1598, in tit. de Stipul. Servorum (D.45.3), v. cap. VIII, p. 807 ; W. Vogt, Franciscus Duarenus, 1509-1559 – Sein didaktisches Reformprogramm und seine Bedeutung für die Entwicklung die Zivilrechtsdogmatik, Stuttgart, 1971 (thèse de doctorat).

(50) Ce constat a déjà été fait par J. Anspach, *De l'adage dies interpellat pro homine*, *op. cit.*, p. 11.

(51) E. Ferretti, Libellus singularis de Mora et Legis Unicae C. de eo quod interest Codice interpretatio, 1586, en particulier la section XXI « Dies interpellat pro homine ».

(52) C.2.40.3 (Dioclétien et Maximien à Decimus) : « Imperatores Diocletianus, Maximianus. In minorum persona re ipsa et ex solo tempore tardae pretii solutionis recepto iure moram fieri creditum est, in his videlicet, quae moram desiderant, id est in bonae fidei contractibus et fideicommissis et in legato. » (Traduction : « C'est une règle de droit établie que, dans le cas des mineurs, une personne est considérée comme étant en retard à partir du moment même où il retarde le payement du prix de la chose, et cette règle s'applique à toutes les transactions qui admettent le retard, c'est-à-dire dans les contrats de bonne foi, les fidéicommis et les legs. »

(53) En ce sens déjà, v. J. Anspach, *De l'adage dies interpellat pro homine*, *op. cit.*, p. 11 et 12.

(54) A. Contius, *Tractatus de diversis morae generibus*, Bourges, Germain Lauverjat, 1558, cap. IV, p. 31 et s.

(55) *Ibid.*, cap. IV, p. 31 et s., en particulier § VIII et IX.

(56) *Ibid.*, cap. IV, p. 33.

(57) *Ibid.*, cap. IV, p. 33-34.

(58) J. Cujacius, *Recit. Solenn. In Cod. Ad C.8.37.12.*, éd. Fabrot, vol. 5, p. 1313 et s.

(59) V. J. Cujacius, Recit. Solenn. In Cod. Tit. De fideicomm. Libert. Oper. Post., éd. Fabrot, vol. 5, p. 988 : « ex contrario sensu demonstrat post diem esse necessariam interpellationem, ut reus constituatur in mora. »

(60) J. Cujacius, *Quaest. Papin*. l.11, ad l.1, D. *De usuris*. Oper. Post., t. I, p. 1451.

(61) H. Donellus, *Commentarii de jure civili*, Francfort, 1596, t. II, v. chap II « *de Mora* », p. 599.

volonté d'être payé[62]. L'interpellation ne serait donc qu'un moyen – parmi d'autres – de donner naissance à la demeure. Il faut – mais il suffit – que le créancier ait conscience de la volonté du débiteur. Il ajoute que lorsqu'un terme est ajouté au contrat pour le payement *(dies solutioni)*, la demeure a lieu par sa simple arrivée sans qu'il soit besoin d'interpeller le débiteur.

Une position quelque peu singulière est adoptée à la même époque par Pierre de la Grange. Celui-ci considère que la demeure, même dans les obligations à terme, ne peut être ouverte que par l'interpellation. Mais il propose néanmoins que la *mora debitoris* puisse s'ouvrir dès l'échéance du terme dans les obligations pour lesquelles le terme est renforcé par une stipulation pénale[63]. Cette hypothèse soutient donc la possibilité que la demeure puisse naître de façon différente suivant que la convention est ou non affectée d'une peine ou d'une condition.

C. L'adage *Dies interpellat pro homine* chez les juristes néerlandais des XVII^e^ et XVIII^e^ siècles

L'adage *Dies interpellat* a été plus souvent soutenu que contesté par les jurisconsultes[64] du XVII^e^ siècle. Pour eux également, l'interpellation postérieure à l'échéance du terme est superflue. À ce titre, on peut notamment citer Bronchorst[65], qui a d'ailleurs consacré un traité à l'examen de l'adage et qui considère que la loi *magnam* consacre l'inutilité de l'*interpellatio* après le terme[66]. C'est également le cas d'Arumaeus[67], qui avance notamment que la constitution de Justinien ne limite pas l'usage de l'adage au contexte de la peine contractuelle. En ce qui concerne les auteurs belges, c'est Masius qui a rédigé l'ouvrage le plus étoffé au sujet de l'adage[68]. Pour lui, la preuve de la validité de l'adage *Dies interpellat* résulte des fragments dans lesquels un terme fixé *sine poena adjecta* (sans adjonction de peine, donc) fait naître, selon lui, la demeure sans interpellation[69].

Enfin, Ulrich Huber[70] présente à cette époque une théorie singulière, qui consiste à distinguer entre les obligations de bonne foi et de droit strict. En effet, selon ce dernier, l'adage n'aurait cours que dans les obligations de bonne foi, dans lesquelles il faut respecter la volonté des parties qui souhaitaient que le payement ait lieu au moment fixé dans le contrat.

La controverse se poursuit pendant le XVIII^e^ siècle également. Au rang des partisans de l'adage, on peut encore citer B. Van Cuyck[71], pour qui *Dies interpellat pro homine* est conforme au droit romain classique.

D. L'adage *Dies interpellat pro homine* chez les auteurs du XIX^e^ siècle

Alors que relativement peu de travaux traitant de l'ancien brocard ont été menés durant le XVIII^e^ siècle, les travaux critiques des périodes antérieures sont quelque peu tombés dans l'oubli. De ce fait, lorsque le juriste allemand Neustetel[72] fera revivre la controverse, il s'attaque à la règle portée par l'adage comme si personne ne l'avait fait auparavant. Il constate dans son ouvrage que l'adage découle d'une confusion entre les effets de la demeure et de la peine conventionnelle. Les fragments qui traitent de la demeure *ex professo* requièrent en réalité toujours une *interpellatio* et les cas dans lesquels celle-ci n'apparaît pas établissent uniquement des exceptions qu'il faut se garder d'étendre trop hâtivement.

On voit donc s'élever, à partir du XIX^e^ siècle, de nouvelles controverses traitant de l'adage *Dies interpellat*. Parmi les auteurs les plus éminents, on peut citer les opinions suivantes.

Au rang des partisans de l'adage, on compte Thibaut[73]. Cet auteur considère que la peine stipulée dans le contrat est en réalité un effet contractuel de la demeure par opposition aux effets légaux (transfert des risques et intérêts). De ce fait, puisque Justinien prévoit dans la loi *magnam* que l'un des effets de la demeure (la peine contractuelle) sera encouru par la seule échéance du terme, le juriste considère qu'il serait illogique que les autres effets ne se réalisent pas à ce même moment. La faiblesse du raisonnement de Thibaut réside toutefois dans le fait qu'il ne démontre jamais, dans son argumentation, que la peine contractuelle est effectivement un effet de la demeure.

Von Madai[74] est également un des partisans de la maxime. Il voit dans l'obligation à terme une faveur faite au débiteur : contrairement à ce qui se passe pour les obligations dépourvues d'un terme, le débiteur dispose dans ce cas de la garantie qu'il ne sera pas sommé de payer avant l'échéance du terme. Pour von Madai, le rôle de l'interpellation est dès lors de fixer un terme de payement pour les obligations qui n'en sont pas affectées. Mais lorsqu'un terme contractuel est déjà prévu, soumettre le créancier à une nouvelle exigence d'interpellation reviendrait à devoir interpeller le débiteur deux fois[75].

(62) Cette opinion de Doneau a ensuite été adoptée par le juriste néerlandais Gerhard Noodt, v. G. Noodt, *De Foenore Et Usuris Libri Tres*, Pretoria University Law Press, 2009, chap. IX, p. 229 et s.

(63) P. Grangianus, *Thesaurus juris Rom.*, éd. Ottone, 1733. Versimilium, l. III, vol. V, p. 618.

(64) Pour rappel, Gerhard Noodt a déjà été cité en ce sens *supra*.

(65) E. Bronchorst, *Enantiophanon*, centuria II, ass. LXXXI, *apud* Joannem Tollium, 1652, p. 235 et s. : « *quia debitor intelligere debet se dare oportere, lex magnam.* »

(66) On remarque également que le professeur de l'université de Louvain, A. Perez, abonde également dans ce sens, en notant : « Quod si dies tantum dandi vel faciendi fuerit comprehensus, poena non adjecta, quaeritur, an interpellet pro homine ? Et verius est moram fieri die solo » (A. Perezius, Proelect., Amstelodami, Elzevir, 1653, 1. VIII, t. 38 in Cod., p. 545, n° 25).

(67) D. Arumaeus, Commentarius methodicus de mora, Iena, 1603.

(68) G. Masius, *Singularum Opinionum in iure civili*, Liv. VI, I. II, cap. IV, p. 152 et s., Louvain, 1630.

(69) Il cite notamment le D.45.1.114 Ulp. Au livre 17 sur Sabinus : « Si je stipule pour le transfert d'un morceau de terre spécifié un jour fixé et que le promettant est tenu de ne pas l'avoir transféré ce jour-là, je peux obtenir réparation à hauteur de mon intérêt à ne pas subir le retard. » V. G. Masius, *Singularum Opinionum in iure civili*, *op. cit.*, Liv. VI, I. II, cap. IV, p. 152 et s.

(70) U. Huber, *Proelect. Juris Civilis*, Louvain, 1766, t. III, p. 81.

(71) B. Van Cuyck, *Disputatio juridica inauguralis de Mora*, apud H. Mulhovium, Leiden, 1720, p. 13, § 1.

(72) L. J. Neustetel, « Die Regel Dies interpellat pro homine ist unrichtig » : Archiv für die civilistische Praxis 5, 1822, p. 221 et s.

(73) A. F. J. Thibaut, « Vertheidigung der Regel dies interpellat pro homine in ihrem herkömmlichen Sinn » : Archiv für die civilistische Praxis 6, 1823, 2°, et « Ueber die Regel dies interpellat pro homine » : Archiv für die civilistische Praxis 16, 1833, n° 7.

(74) K. O. von Madai, *Die Lehre von der Mora*, Halle, 1837, chap. II.

(75) Il cite en particulier un texte d'Ulpien (l.32 ad edictum D.18.3.4.4 : « Marcellus libro vicensimo dubitat, commissoria utrum tunc locum habet, si interpellatus non solvat, an vero si non optulerit. Et magis arbitror offerre eum debere, si vult se legis commissoriae potestate solvere : quod si non habet cui offerat, posse esse securum. » Traduction : « Au livre 20, Marcellus se demande si le pacte commissoire a lieu lorsque celui qui est interpellé ne paye pas ou lorsqu'il n'offre pas de payer spontanément. Je pense plutôt qu'il doit offrir de payer s'il veut éviter l'effet du pacte commissoire : mais s'il n'y a personne à qui faire l'offre, il sera en sécurité ») comme soutenant la théorie dans le sens où le pacte commissoire est encouru par la simple échéance du terme. Il dit que Marcellus hésite seulement à reconnaître la demeure sans interpellation pour l'effet contractuel et particulier de la lex commissoria.

Von Vangerow[76] adopte également une position similaire à celles de Thibaut et von Madai : après une discussion et un rappel historique, il retient en particulier qu'aucun texte ne réfute l'adage. De plus, la « juste cause » permettant au débiteur de prendre conscience que le créancier attend de lui qu'il s'exécute peut, pour ces auteurs, se traduire par autre chose que l'interpellation formelle. De ce fait, ce courant de pensée considère que le *dies* constitue une *interpellatio* anticipée qui prendra cours lorsque le jour prévu sera venu.

Parmi les détracteurs de l'adage, on trouve notamment von Schröter[77]. Pour ce dernier, de nombreux passages du *Digeste* montrent que la demeure n'a lieu que par interpellation et aucun texte ne déclare clairement que l'avènement du terme permet d'interpeller le débiteur[78]. Pour cet auteur, l'avènement du terme contractuel permet uniquement au créancier de procéder à sa demande en justice. Le créancier qui omet d'interpeller son débiteur accorderait donc à ce dernier un délai supplémentaire. Von Schröter conclut donc qu'en droit de Justinien, la demeure suppose l'interpellation, même dans les obligations à terme. C'est cette opinion que partage également Jules Anspach[79], qui réfute l'application de l'adage *Dies interpellat pro homine* en avançant que la loi romaine ne peut exiger que le débiteur soit mis en demeure, et donc subisse un désagrément, sans avoir été interpellé.

D'autres auteurs, en revanche, proposent de réaliser des distinctions : la règle *Dies interpellat pro homine* ne serait pas applicable dans tous les cas de figure. Au nombre de ces juristes qui adoptent une position intermédiaire, on compte notamment Mühlenbruch[80], qui considère quant à lui que l'adage n'aura cours que dans les obligations de droit strict, suivant en cela Ulrich Huber.

III. Lecture contemporaine des textes relatifs à l'interpellation en droit romain

Aujourd'hui, la doctrine romaniste largement dominante admet que l'adage *Dies interpellat pro homine* n'est pas romain[81]. Comme l'écrit Marcien, l'interpellation du débiteur semble essentielle, même s'il appartient au juge de dire si le débiteur se savait – ou devait se savoir – en demeure ou non[82].

En effet, la *mora debitoris* ne pourra prendre effet que si le débiteur le réclame[83], donnant éventuellement au juge la possibilité d'en vérifier l'existence. Car, en effet, seul le juge pouvait recourir (dans le cadre des actions *stricti iuris*) à la fiction de la *perpetuatio obligationis*[84] et comptabiliser les intérêts moratoires.

Au-delà du rejet de l'adage en droit romain, l'examen des sources juridiques romaines nous donne encore l'occasion d'attirer l'attention du lecteur sur deux confusions régulièrement commises par les juristes de toutes époques. Il convient de distinguer la demeure tant de l'inexécution contractuelle (a) que de la peine contractuelle résultant d'une clause pénale (b).

A. Demeure et inexécution contractuelle

Afin de clarifier cette distinction, il est intéressant d'examiner une constitution impériale des empereurs Dioclétien et Maximien, extraite du Code de Justinien :

C.4.49.10

Les empereurs Dioclétien et Maximien à Titius Attalus (a. 293) :

« Cum venditorem carnis fide conventionis rupta tempore placito hanc non exhibuisse proponas, empti actione eum quanti interest tua tunc tibi praestitam fuisse apud praesidem provinciae convenire potes. »

(Traduction : « Puisque vous avancez que le vendeur ne vous a pas livré la viande au moment prévu, en rupture de la convention, vous pouvez exercer à son encontre une action de la vente devant le président de la province pour récupérer le montant de l'intérêt que vous avez que la prestation vous ait été faite à ce moment. »)

En réalité, il est aisé de remarquer que dans ce texte les empereurs traitent d'un cas de rupture du contrat. En effet, la viande étant une denrée périssable et vouée à une consommation immédiate, le jour précis de livraison en devient un élément essentiel du contrat[85]. Livrer la viande après le jour prévu constitue dès lors une inexécution pure et simple et non un simple retard dans l'exécution. En effet, le créancier n'est plus intéressé par l'exécution en nature de cette obligation et pourra se faire dédommager du préjudice qu'il a subi en ne recevant pas les denrées à la date stipulée dans le contrat.

Dans ce cas, l'inobservance du terme n'a donc pas déclenché de demeure, cette période intermédiaire durant laquelle il est encore possible pour le débiteur d'exécuter son obligation et de se libérer des effets néfastes de ce retard qualifié, mais consiste en une inexécution contractuelle, sanctionnée par des dommages et intérêts visant à réparer le préjudice que le créancier a subi du fait de l'inexécution de l'obligation. Ce fragment ne permet donc aucunement de prouver l'application d'une quelconque règle correspondant à l'adage *Dies interpellat*, vu qu'il n'est pas ici question de demeure.

B. Demeure et peine contractuelle

Pour se convaincre encore que la peine contractuelle et la *mora* sont deux institutions juridiques distinctes, la lecture d'un texte d'Ulpien peut s'avérer très éclairante :

Ulp., l.13 *ad edictum* (D.4.8.23pr.) :

« Celsus ait, si arbiter intra kalendas septembres dari iusserit nec datum erit, licet postea offeratur, attamen semel commissam

(76) K. A. von Vangerow, *Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen*, Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung, Marburg-Leipzig, 1847, p. 192 et s.

(77) A. W. von Schröter, « Über die Regel dies interpellat pro homine », *in Zeitschrift für civilrecht und Prozess*, t. 4, 1834, p. 100 et s.

(78) Plus récemment, C. A. Cannata (V° « *mora* », préc., p. 924) a partagé cette opinion. Il écrit qu'il n'existe en effet aucune source qui pourrait conduire à affirmer que les Romains opéraient sur la base d'une règle telle que « *Dies interpellat* ».

(79) J. Anspach, De l'adage dies interpellat pro homine, op. cit., p. 76.

(80) C. F. S. Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, nouvelle édition, apud Hauman, 1838, cap. III, § 371, p. 357.

(81) V. en ce sens not. M. Kaser, *Römisches Privatrecht*, *op. cit.*, p. 515, note 18 : « Unrömisch dies interpellat pro homine » ; C. A. Cannata, *V°* « *mora* », préc., p. 924 ; P. Pichonnaz, « Demeure et interpellation », préc., p. 210-211.

(82) En ce sens, v. déjà P. Pichonnaz, « Demeure et interpellation », préc., p. 210-211.

(83) Scaevola au livre 5 des Questions (D.50.17.88) : « *Nulla intellegitur more ibi fieri, ubi nulla petitio est* » (Traduction : « Il ne peut pas y avoir de demeure là où elle n'est pas réclamée ») ; E. Chevreau, *Le temps et le droit la réponse de Rome. L'approche du droit privé*, Éditions de Boccard, coll. Romanité et modernité du droit, 2006, p. 200-201.

(84) P. Pichonnaz, « Demeure et interpellation », préc., p. 658. L'auteur ajoute que, dans le cadre des actions de bonne foi, c'est également uniquement dans le cadre d'une action en justice que le juge pourra faire usage de son pouvoir d'appréciation fondé sur la bonne foi (*ex fide bona*).

(85) V. déjà *Glose Accurs*. (H. de la Porte), glose *Becario ad* C.4.49.10, éd. de Lyon, 1557, p. 417, col. 2 : « *debitor debuit duo, et tradere, et tunc tradere* » ; en ce sens, P. van Wetter, *Cours élémentaire de droit romain*, t. 2, A. Marescq, 1893, § 301, p. 34.

poenam compromissi non evanescere, quoniam semper verum est intra kalendas datum non esse : sin autem oblatum accepit, poenam petere non potest doli exceptione removendus. Contra, ubi dumtaxat dare iussus est. »

(Traduction : « Celse dit que, si l'arbitre ordonne que la dation soit réalisée pour les calendes de septembre, et que cela n'était pas fait, même s'il existe une offre ultérieure, la peine convenue ayant été due, elle ne disparaît pas, car il est toujours vrai que la dation n'a pas été faite aux calendes. Mais si vous avez accepté l'offre tardive, vous ne pourrez plus réclamer la pénalité, car cela sera empêché par l'exception de dol. Il en ira autrement lorsque vous avez simplement donné l'ordre que la dation vous soit faite. »)

Dans le cas présent, l'arbitre convient avec les parties que le débiteur devra se soumettre à une pénalité si ce dernier n'exécute pas son obligation avant les calendes de septembre. L'arbitre et les parties fixent donc un terme, un *dies* à l'échéance duquel le débiteur doit s'exécuter. Si ce dernier devait ne pas remplir ses obligations à l'arrivée du jour prévu, il ne pourrait pas éviter le payement de cette pénalité quand bien même il effectuerait une offre de payement tardive. La *poena* diffère donc de la *mora debitoris*, en ce sens que les cas de *mora debitoris* relatés par la compilation justinienne admettent que l'offre d'exécution tardive du débiteur purge sa demeure, si bien que ce dernier ne sera ni redevable des intérêts, ni du *periculum* après cette offre tardive[86].

C'est donc à tort que de nombreux auteurs médiévaux lisaient dans le fragment d'Ulpien la confirmation de la règle d'après laquelle l'échéance du terme entraînait automatiquement la demeure du débiteur.

À titre de comparaison, l'offre de payer faite par le débiteur *purge bien la mora debitoris* [87], comme le montre ce texte de Paul :

Paulus, l. 24 ad edictum (D.45.1.73.2) :

« Stichi promissor post moram offrendi purgat moram. Certe enim doli mali exceptio nocebit ei, qui pecuniam oblatam accipere noluit. »

(Traduction : [Si] celui qui promet Stichus offre [de s'exécuter] après avoir été en retard, il purge son retard. Car il est certain qu'une exception de dol serait accordée contre celui qui refuse de recevoir de l'argent qui lui est offert. »)

L'offre de payer purge donc de la *mora*, mais non de la peine contractuelle résultant d'une clause pénale. La peine contractuelle ne dépend dès lors pas de l'état de demeure du débiteur et peut être réclamée même lorsque le débiteur n'est pas en demeure, pour autant que les conditions de l'application de la peine contractuelle soient réunies, comme le montre Paul :

Paulus, l. 6 *Resp.* (D.19.1.47) :

« Lucius Titius accepta pecunia ad materias vendendas sub poena certa, ita ut, si non integras repraestaverit intra statuta tempora, poena conveniatur, partim datis materiis decessit : cum igitur testator in poenam commiserit neque heres eius reliquam materiam exhibuerit, an et in poenam et in usuras conveniri possit, praesertim cum emptor mutuatus pecuniam usuras gravissimas expendit ? Paulus respondit ex contractu, de quo quaeritur, etiam heredem venditoris in poenam conveniri posse. In actione quoque ex empto officio iudicis post moram intercedentem usurarum pretii rationem haberi oportere. »

(Traduction : « Lucius Titius a reçu de l'argent pour le prix de matériaux qu'il vendait, promettant le paiement d'une certaine somme d'argent s'il ne livrait pas tous les matériaux dans un délai convenu, et il meurt après avoir livré une partie des matériaux. Vu que la peine était devenue exigible et que l'héritier n'offrait pas de livrer le reste des matériaux, on a demandé si l'acheteur pouvait agir contre ce dernier tant pour exiger la peine que l'intérêt du prix, surtout parce que dans les faits, l'acheteur avait emprunté contre fort intérêt la somme qu'il avait payée au vendeur. Paul a répondu que l'on pouvait agir contre l'héritier en vertu du contrat en question pour obtenir le paiement de la peine stipulée. Le juge devra accorder le paiement des intérêts du prix à dater de la demeure du vendeur en vertu de l'action de la vente. »)

La peine contractuelle peut donc être réclamée alors même que le débiteur n'est pas en demeure : ces deux institutions sont indépendantes et c'est une erreur de penser que parce que la peine peut effectivement être activée à l'échéance du terme, la demeure le peut aussi. Paul écrit : *« Ex contractu convenire posse »*, à propos de la peine contractuelle, alors que les intérêts ne pourront être dus qu'à dater du jour où l'héritier est en demeure, ce qui doit être examiné par le juge *(« In actione quoque ex empto officio iudicis post moram intercedentem usurarum pretii rationem haberi oportere »)*. Effets de la demeure et effets de la clause pénale naissent dès lors à deux instants différents[88].

Pourrait-on rapprocher peine et demeure en raison du fait que l'évaluation de l'objet de la demande du créancier a lieu au moment de la demeure dans les obligations qui ne sont pas assorties d'un *dies* et à l'échéance du terme dans les obligations à terme ?

L'arrivée du *dies* signale que le créancier peut requérir l'exécution de son obligation à partir de ce moment[89]. Il a dès lors semblé logique que l'évaluation de la chose soit également réalisée à cette date. En revanche, afin de fixer une date d'évaluation objective dans les obligations qui ne sont pas assorties d'un terme, le droit romain décide de s'en référer au moment de la demeure, qui est le temps auquel le créancier manifeste sa volonté de recevoir l'exécution de l'obligation qui lui est due.

IV. L'adage *Dies interpellat pro homine* et le Code civil

La pratique juridique de l'Ancien droit avait été influencée par les partisans de l'adage. Il était dès lors admis que l'échéance du terme mettait automatiquement le débiteur en demeure[90]. Toutefois, le juge pouvait, s'il le désirait, écarter la clause contractuelle dans laquelle le

(86) Dans le même sens, v. déjà J. Anspach, *De l'adage dies interpellat pro homine*, *op. cit.*, p. 121.

(87) A. Magdelain, « Note sur la "purgatio morae" », préc., p. 683 et s.

(88) La même distinction peut également être lue dans un fragment d'Africain (D.44.7.23). Ce texte – trop long pour être reproduit ici – distingue d'emblée les questions de la peine contractuelle et de la demeure.

(89) V. Ulpien au livre 1 des *Règles* (D.50.16.213) : « (…) *Venire diem significat eum venisse, quo pecunia peti possit* (…). » (Traduction : […] La venue du terme signifie qu'est venu le jour à partir duquel vous pouvez réclamer l'argent […]. »

(90) Diderot, par exemple, écrit qu'il est admis qu'il ne soit pas nécessaire d'interpeller le débiteur dans les cas dans lesquels un terme contractuel est fixé, puisque « *Dies interpellat pro homine* » (D. Diderot et J. Le Rond d'Alembert, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des Sciences, des Arts et des Métiers,* Briasson, 1754, p. 809) ; la pratique était admise en Ancien droit, selon G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. 2, *Les obligations*, Sirey, 1962, p. 678 ; *contra* L. Boyer et H. Roland, *Adages du droit français*, Litec, 4e éd., 1999, n° 92, p. 192.

créancier exprimait son désir de recevoir l'exécution à une date précise. Cette volonté contractuelle pouvait en réalité être considérée comme une simple menace et, de ce fait, être écartée[91].

Alors que la doctrine majoritaire (non romaniste) s'accorde pour penser que le principe *Dies interpellat* était d'application en droit romain, la devise latine sera pourtant rejetée à l'heure de la rédaction des travaux préparatoires du Code civil[92].

Au commencement, d'ailleurs, les rédacteurs du code avaient proposé que le débiteur ne puisse être mis en demeure, même en présence d'un terme contractuel, que par une sommation judiciaire. Cette décision avait cependant suscité les vives critiques des observateurs de l'époque, qui pensaient que l'utilisation de cette « interpellation » judiciaire était bien trop imprécise (entendait-on que la sommation suffisait ou qu'une citation en jugement était nécessaire ?)[93]. Il a donc été proposé *a posteriori* que soit prise en compte également la sommation extrajudiciaire[94].

Le projet de Code civil de 1804 a également subi de nombreuses critiques relatives à la rédaction de l'article 1139, et en particulier au regard de l'abandon de l'adage *Dies interpellat*. Les observateurs déploraient en effet que l'obligation de prester à un moment déterminé ne soit pas directement exécutoire. Ils déploraient, en d'autres termes, l'absence de l'adoption pure et simple de *Dies interpellat pro homine*, cette « maxime si raisonnable, si conforme à la nature et à l'esprit des conventions »[95]. Dès lors, pour pallier ce mécontentement, les rédacteurs du code vont prendre le parti d'adopter une voie médiane entre les deux positions extrêmes : la position majoritaire[96], d'après laquelle l'échéance du terme mettait directement le débiteur en demeure sans devoir recourir à l'interpellation, et celle qui était préconisée par les premiers projets de code, d'après laquelle l'interpellation était au contraire indispensable[97].

C'est ainsi que l'article 1139 du Code civil prendra une forme similaire à celle que nous lui connaissons encore aujourd'hui : la seule échéance du terme peut suffire à mettre le débiteur en demeure pour autant que ce désir soit exprimé dans la convention[98]. En définitive, l'application de l'adage *Dies interpellat pro homine* n'est donc pas complète dans notre droit civil : le rôle interpellateur de l'échéance du terme reste subordonné à la manifestation de la volonté du créancier de recevoir l'exécution, souhait qui se cristallise par une clause insérée dans la convention. Cette solution, adoptée par le Code Napoléon, est saluée par d'éminents auteurs de l'époque[99].

De nos jours, alors que le droit positif n'applique pas la maxime de façon rigoureuse, les parties peuvent, par l'expression d'une volonté commune, décider que le débiteur sera constitué en demeure par la simple échéance du terme[100]. La dispense de mise en demeure doit toujours être expresse[101]. À cette fin, il appartiendra au juge de vérifier que la clause a été formulée de manière suffisamment claire[102].

Ce recours au juge qui doit vérifier si le débiteur était bien conscient de la demeure ne peut évidemment que nous rappeler les mots du texte de Marcien et du rescrit d'Antonin le Pieux mentionnés dès le début du présent texte…

(91) J. de Maleville, Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État, vol. 3, Garnery, Laporte, 1805, p. 87 ; J. Bigot de Préameneu, Exposé des motifs, VIII, n° 34 ; J.-G. de Locré, La législation civile, commerciale et criminelle de la France : Code civil, vol. 12, Treuttel et Würtz, 1828, p. 16 ; commentaire de Cambacérès cité in P.-A. de Morineau, Giraudias et Faye, Le Code civil annoté, Gobelet, 1840, p. 738 ; M. Duranton, Cours de droit français suivant le Code civil, t. 6, Hauman et Cie, Bruxelles, 4e éd., 1841, 441 *in fine*, p. 157.

(92) P.-A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, vol. 3, Videcoq, 1827, p. 558-559.

(93) Observations des tribunaux d'appel sur le projet de Code civil, vol. 2, Imprimerie de la République, 1801, p. 27.

(94) P.-A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, vol. 3, op. cit., p. 559.

(95) Observations des tribunaux d'appel sur le projet de Code civil, vol. 2, op. cit., p. 27.

(96) Cette position majoritaire était cependant déjà considérée comme potentiellement erronée par certains, comme C. Accarias, *Précis de droit romain*, Cotillon et Pichon, 4e éd., 1886, II, p. 599, note 1.

(97) Elle devait alors prendre la forme d'une interpellation judiciaire. Cette hypothèse était soutenue par R.-J. Pothier, n° 349 ; V. aussi J. de Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, vol. 3, *op. cit.*, p. 86.

(98) *Ibid.*, p. 87.

(99) V. not. F. Laurent, *Principes de droit civil*, vol. 16, Bruylant, Bruxelles, 3e éd., 1879, p. 300, n° 236.

(100) C. civ., art. 1139 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11e éd., 2013, n° 1082, p.1131.

(101) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1082, p. 1131.

(102) *Ibid.*, n° 1082, p. 1131 et 1132. Il faut toutefois noter que la seule présence d'une clause pénale ne permettrait pas au juge de déduire que les parties entendaient dispenser le créancier de mettre le débiteur en demeure par l'insertion de cette clause.