

LA MORA DEBITORIS EST-ELLE UNE FAUTE ?

Jean-François GERKENS

« La demeure du débiteur ! mais c'est aussi une faute ! Et une faute, qui doit entraîner, à sa charge, l'obligation de réparer le dommage, qui en est résulté pour le créancier. » Cette phrase est de Charles Demolombe (1). Alors que j'étais occupé à terminer la rédaction de ma thèse de Doctorat (2) sous la direction du Professeur Fritz Sturm, cette phrase a retenu mon attention jusqu'à me perturber. N'ayant pu intégrer la totalité de mes réflexions sur cette question dans l'ouvrage sus-mentionné, les Mélanges offerts à mon maître me paraissaient tout indiqués pour revenir sur cette question. Je lui dédie cet article, conscient que cela est bien modeste, à côté de la reconnaissance que je lui dois.

I. – Contraste entre le code Napoléon et le droit Romain

L'affirmation de Demolombe, par laquelle j'ai commencé, n'est pas isolée, elle serait même plutôt banale pour un commentateur du Code civil de la fin du XIX^{ème} siècle. On peut en effet trouver

(1) DEMOLOMBE C., *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général* V, Paris 1877, 595s. Le même auteur poursuit : « Voilà comment la demeure peut le rendre responsable de la perte même arrivée par cas fortuit ; à savoir : lorsque c'est sa demeure, qui est cause que ce cas fortuit a fait périr la chose ; parce que la chose n'aurait pas péri chez le créancier, si elle lui eût été livrée, dans le temps où elle devait l'être (...) ».

(2) Aujourd'hui publiée sous : « *Aequae perituri...* ». *Une approche de la causalité dépassante en droit romain classique*, thèse Liège 1997, 377 pages.

le même genre d'affirmation chez Marcadé (3), Guillard (4), Baudry-Lacantinerie et Barde (5) ... Chez tous ces auteurs, on peut lire que la demeure du débiteur est une faute entraînant pour celui-ci l'obligation de réparer le dommage qui en découle. Il me paraissait qu'une telle affirmation aurait été impossible en droit romain. J'ai donc choisi de vérifier ce qu'il en était plus précisément.

Le commentaire des auteurs en question concernait les deux premiers alinéas de l'art. 1302 du Code Napoléon :

De la perte de la chose due

1302. al. 1^{er}. 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 du débiteur et avant qu'il fût en demeure.

L'alinéa premier correspond à ce que l'on appelle traditionnellement la « *perpetuatio obligationis* » : le débiteur d'un corps certain n'est pas libéré de son obligation lorsque la chose périt alors qu'il est en demeure.

A priori, la *mora debitoris* est donc quelque chose de très différent de la faute, dans le sens où, pour que le débiteur soit tenu de réparer le « dommage » subi par le créancier, il faut que deux éléments soient réunis : 1. la demeure du débiteur ; 2. la perte fortuite de la chose due. Pour qu'une faute entraîne une obligation de réparer un dommage, 3 conditions doivent en principe être réunies : 1. la faute ; 2. le dommage, 3. un lien de cause à effet entre cette faute et ce dommage.

1302. al. 2. 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

(3) MARCADÉ V., *Explication théorique et pratique du Code civil IV*⁷, Paris 1873, 682 (num. 864) : « On sait que la demeure, c'est-à-dire le retard d'exécuter, constitue déjà une faute reprochable au débiteur. Toutefois, cette faute ne produit son effet, et n'empêche l'extinction absolue (c'est-à-dire l'extinction sans dommages-intérêts) qu'autant que c'est bien elle qui a préjudicié au créancier. Si donc le débiteur, chez qui la chose a péri par accident, alors qu'il était en retard de la livrer, prouve qu'elle aurait également péri chez le créancier à qui elle aurait été livrée à l'époque voulue, ce débiteur ne devra pas de dommages-intérêts ».

(4) GUILLOUARD L., *Traité du prêt, du dépôt et du séquestre*², Paris 1893, 346.

(5) BAUDRY-LACANTINERIE G./BARDE L., *Traité théorique et pratique de droit civil – des obligations I*, Paris 1897, 386 : « En d'autres termes, le débiteur qui est en retard est en faute, et, en le rendant responsable des cas fortuits dont sa demeure est la cause, la loi ne fait qu'une application particulière de ce principe, que le débiteur répond des cas fortuits qui ont été occasionnés par sa faute (...) ».

où la chose fût également périe chez le créancier si elle lui eût été livrée.

Le deuxième alinéa introduit une exception à la perpétuation des obligations. Lorsque le dommage se serait réalisé même en l'absence de la demeure du débiteur, ce dernier n'en est plus tenu.

Cet alinéa établit, en quelque sorte, la nécessité d'un lien de cause à effet entre la demeure et la perte de la chose due. En effet, le débiteur en demeure n'est plus tenu de la perte de la chose que si son retard dans l'exécution a constitué une circonstance sans laquelle cette perte n'aurait pas eu lieu. Et c'est dans ce sens que l'on comprend la tendance à écrire que la *mora debitoris* est une faute, puisqu'en assimilant la perte de la chose due à un dommage subi par le créancier, le débiteur n'est plus tenu de réparer ce dommage que s'il est imputable à son retard dans l'exécution.

L'état de la législation napoléonienne est donc relativement clair. Il reste à vérifier l'état de la question en droit romain. Sans aller plus loin – dans un premier temps – si l'on consulte les écrits des romanistes récents, on peut constater que la position dominante de la doctrine est très différente du contenu de l'article 1302 du Code civil. Voilà, par exemple, comment Kaser expose les effets de la *mora debitoris* :

« Doch bezeugen uns die Quellen für die Fälle des Verzugs wirklich eine ausnahmslose, volle Zufallshaftung, ohne Rücksicht darauf, dass unter Umständen (...) 'der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre', der Verzug also für diesen Schaden nicht kausal war (6) ».

La divergence entre le droit positif et le droit romain étant posée, il me restait à en rechercher l'origine. J'ai donc commencé par rechercher l'origine immédiate de l'article du Code civil en recourant à ses travaux préparatoires.

II. – Les travaux préparatoires du code Napoléon

La consultation des travaux préparatoires (7) du code Napoléon permet de confirmer l'interprétation de la doctrine citée précédem-

(6) KASER M., *Perpetuari obligationem*, in *SDHI* 46 (1980) 143.

(7) V. FENET P.A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* XIII, Paris 1827.

ment (Marcadé, Demolombe, Guillard, Baudry-Lacantinerie et Barde ...). En effet, à propos de l'art. 1302, al. 2, Bigot-Préame-neu (8) dit :

« Il faut néanmoins, lorsque le débiteur est en demeure, excepter le cas où la chose fût également périe chez le créancier, si elle lui eût été livrée. En effet, malgré le défaut de livraison, le créancier n'en est pas moins propriétaire ; si le débiteur est responsable de la perte, c'est à titre de dommages-intérêts : mais on ne peut plus lui imputer la perte, ni le condamner aux dommages-intérêts qui seraient la suite de cette faute, lorsque, ne s'étant pas chargé des cas fortuits, il prouve que la chose fût également périe si elle eût été livrée au créancier (9) ».

Ici, le mot faute inclut de toute évidence la demeure du débiteur, et les dommages-intérêts ne seront dûs par le débiteur en demeure que s'il y a un lien causal entre cette faute au sens large et le dommage, la perte de la chose due. Le problème de la perte de la chose due en cas de *mora debitoris* est donc réglé par un mécanisme de responsabilité pour faute.

Au passage, il est intéressant de noter que d'autres pays européens connaissent une disposition semblable, tels l'Allemagne (BGB § 287 (10)), l'Italie (Cc 1942, art. 1221 (11)), la Suisse (CO art. 103 (12)), les Pays-Bas (Code civil néerlandais, art. 84 du

(8) V. sa présentation du titre « Des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général » au Corps Législatif, in FENET, *op. cit.* (*supra* n.7) 215ss.

(9) V. *op. cit.* (*supra* n.7) 286.

(10) BGB § 287. 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.

(11) Effetti della mora sul rischio.

1221. 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.

(12) Art. 103. CO al. 1. Le débiteur en demeure doit des dommages-intérêts pour cause d'exécution tardive et répond même du cas fortuit. al. 2. 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.

livre 6 (13)) ... ou bien, sans connaître une telle disposition, retiennent malgré tout la même solution (14).

III. – Domat et Pothier, sources d'inspiration des rédacteurs du code Napoléon ?

Il m'a paru intéressant d'examiner d'un peu plus près les origines de ces dispositions, dans la mesure où les droit des obligations de ces pays remontent tous – plus ou moins directement – au droit romain. Dans un premier temps, je me suis intéressé aux origines immédiates de l'article qui se trouve dans le code Napoléon.

Les travaux préparatoires du code Napoléon renvoient explicitement aux œuvres de Domat et Pothier (15). Voyons d'abord le commentaire de Domat (16) en la matière :

« Si les changemens qui diminuent la chose vendue ou qui la détruisent entre la vente & la délivrance, arrivent après que le vendeur est en demeure de la délivrer, il en souffre la perte, quand ils arriveroient sans aucune faute, & même par des cas fortuits (17). Et

(13) Il s'agit du nouveau code civil néerlandais, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1992. Voici le texte de l'article 84 du livre 6 (anciennement art. 6.1.8.10) : *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.*

(14) V. par exemple le droit autrichien ; dans le système de l'ABGB, le débiteur en demeure (du moins dans le cas de demeure fautive – « subjektiver Verzug ») est tenu dans le cadre d'une responsabilité pour faute. Le débiteur en demeure est dès lors tenu de la perte fortuite de la chose due (v par ex. : H. KOZIOL/R. WELSER, *Grundriß des bürgerlichen Rechts* I¹⁰, Wien 1995, 234) pour autant qu'il y ait bien un lien causal suffisant entre la faute du débiteur et la perte de la chose due (R. REISCHAUER, in P. RUMMEL, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*², Wien 1990, Randzahl 5 zu ABGB § 920).

(15) V. à nouveau le discours de BIGOT-PRÉAMENEU, in FENET, *op. cit. (supra n.7)* 215ss. D'après celui-ci, le contenu du titre « des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général » est directement issu de la Raison Écrite, du droit Romain. L'orateur précise en outre que le travail de transposition des enseignements du Digeste et des Institutes en un Code, avait déjà été préparé par les ouvrages de grands jurisconsultes du XVIII^{ème} siècle. Il cite ici, « au nombre des ouvrages les plus parfaits, ceux de Domat et de Pothier » (p. 217). La même référence au droit romain, à Domat (*Les Loix civiles*) et à Pothier (*Traité*) est faite dans le discours de MORICAULT (in FENET, *op. cit.*, p. 414).

(16) DOMAT J., *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus* I, Paris 1745, 41.

(17) Pour le droit romain, Domat cite ici les textes suivants : Paul., *lib. 3 alf. epit.* (D.18.6.13) : *Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit :*

il perd également la chose & le prix qu'il doit rendre, s'il l'avait reçu. Car si la délivrance avoit été faite, l'acheteur auroit pu ou vendre la chose, ou autrement prévenir la perte ; et enfin le vendeur doit s'imputer son retardement ».

On notera immédiatement que l'auteur adopte une position très différente de celle du Code civil. Non seulement il ne mentionne aucune exception au principe d'après lequel le débiteur est tenu de la perte par cas fortuit lorsqu'il est en demeure ; mais en plus, la justification qu'il donne à la règle semble empêcher l'existence même de telles exceptions. En effet, en invoquant le fait que l'acheteur aurait pu vendre la chose, si elle lui avait été livrée à temps, il établit une hypothèse qui est toujours vraie. Lors même que la chose eût également péri chez le créancier, si la livraison n'avait pas subi de retard, celui-ci aurait pu revendre la chose et éviter de devoir en supporter la perte.

Si l'on consulte Pothier (18) maintenant, on constatera que l'exposé de la matière est très différent de celui de Domat :

« Pour que la perte de la chose due, survenue depuis la demeure du débiteur, n'éteigne point la dette, il faut (...) que la chose ne fût pas également périée chez le créancier, si elle lui eût été livrée lors de la demande (19). Car la demeure du débiteur ne perpétue la dette,

si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet. (D.18.6.15pr.) : Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus traderentur, venditoris periculum erit. (D.18.6.15.1) : Materia empti si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus, venditoris : videri autem trabes traditas, quas emptor signasset. C.4.48.6 (Diocl./Maxim.) : Mortis casus ancillae distractae etiam ante traditionem sine mora venditoris dilatam non ad venditorem, sed ad emptorem pertinet, et hac non ex praeterito vitio rebus humanis exempta solutionem emptor pretii non recte recusat. Ulp., lib. 16 ad edict. (D.6.1.15.3) : Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique aiunt : sed est verius, si forte distracturus erat petitor si accepisset, moram passo debere praestari : nam si ei restituisset, distraxisset et pretium esset lucratus.

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

(19) L'auteur cite ici : Ulp., lib. 22 ad Sab. (D.30.47.6) : *Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait utique aestimationem non deberi : quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit : potuit enim eum acceptum legatarius vendere. Paul., lib. 26 ad edict. (D.10.4.12.4) : Si post iudicium acceptum homo mortuus sit, quamvis sine dolo malo et culpa possessoris, tamen interdum tanti damnandus est, quanti actoris interfuit per eum non effectum, quo minus tunc cum iudicium acciperetur homo exhiberetur : tanto magis si apparebit eo casu mortuum esse, qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset. Ulp., lib. 16 ad edict. (D.6.1.15.3) : v. supra (texte déjà invoqué par Domat ; note 17).*

nonobstant l'extinction de la chose due, que par forme de dommages et intérêts : si le créancier n'a pas souffert de la demeure de son débiteur, il ne lui en est pas dû. Or il est évident qu'il n'en souffre pas, si la chose fût également périée chez lui.

On présumera facilement que la chose ne seroit pas également périée chez le créancier, si le créancier étoit un marchand qui l'achetoit pour la revendre.

Si la chose a péri par l'incendie du lieu où elle étoit chez le débiteur, il est évident qu'elle ne seroit pas périée si elle eût été livrée au créancier ».

À la lecture de ces deux passages, il apparaît clairement que l'inspiration de l'article 1302, al. 2, a été trouvée chez Pothier, et non chez Domat. Il y a clairement une divergence de vue entre ces deux juristes, alors même qu'ils citent tous deux le même texte d'Ulpien (D.6.1.15.3 (20)). Il devenait dès lors indispensable de continuer la remontée dans le temps et d'examiner de plus près la doctrine ancienne sur cette question. C'est ainsi que j'ai pu me rendre compte que la controverse semble diviser la doctrine depuis les premiers Glossateurs ...

IV. – Cujas et Favre, relais d'une controverse commencée par les Glossateurs

Un examen de la littérature ancienne m'a permis de constater que le débat est ancien et a déjà fait l'objet de plusieurs travaux de synthèse. C'est ainsi que Fachineus (21) et Madai (22) consacrent de nombreuses pages à l'histoire de cette question. Selon ce dernier, elle remonte aux temps des Glossateurs et opposait déjà Martinus et Jean Bassien (23). Martinus défendait l'idée qu'il fallait libérer le débiteur en demeure lorsque la chose due aurait périé même s'il l'avait fournie à temps, alors que Jean Bassien était favorable à une application stricte de la *perpetuatio obligationis*. Notons que les positions opposées de Martinus et de Jean Bassien sont conformes à la tendance habituelle de ces deux glossateurs.

(20) V. *supra* (note 17).

(21) FACHINEUS A., *Controversiarum juris libri tredecim*, Coloniae Agrippinae 1678, L.2, cap. 71 (p. 159ss.), L.8, cap. 100s. (p. 715ss.).

(22) MADAI C.O., *Die Lehre von der Mora*, Halle 1837, 284ss.

(23) MADAI, 289.

Alors que Jean Bassien est réputé pour sa grande rigueur juridique (24), Martinus se distingue plutôt par un recours fréquent à l'équité (25). Au besoin, le recours à l'équité par ce dernier s'accommode même d'une mise à l'écart des textes du *Corpus Iuris Civilis* (26). Comme cela était dès lors courant (27), la position de Martinus était plutôt isolée, par rapport à celles de ses contemporains. Comme le montrent les travaux de Schraege et Schoen (28), à cette époque, c'est l'opinion de Jean Bassien qui a connu le plus grand succès, puisque Hugolinus, Azon, Accurse et Symon Vicentinus y ont adhéré.

La position de Martinus doit sans doute en grande partie son regain de succès à Cujas (29) qui la reprend à son compte et la développe. Il apparaît dès lors que Pothier n'a fait que reprendre la position de Cujas. À la même époque, la position de Jean Bassien trouvait, quant à elle un défenseur en la personne de Favre (30).

La position de Cujas était fondée essentiellement sur deux textes du Digeste :

Gai., *lib. 9 ad edictum provinciale* (D.16.3.14.1) :

Sive autem cum ipso apud quem deposita est actum fuerit sive cum herede eius et sua natura res ante rem 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 (31).

(24) V. par ex. : H. LANGE, *Römisches Recht im Mittelalter I. Die Glossatoren*, München 1997, 218. Lange dit notamment de Jean Bassien : « Seine Stärke liegt in seiner strengen Sachlichkeit. ».

(25) LANGE, *op. cit.*, 172.

(26) LANGE, *op. cit.*, 172s.

(27) LANGE, *op. cit.*, 173.

(28) Sur ce point, v. SCHRAGE E.J.H./SCHOEN R.P., *Mora debitoris dans le droit savant avant Accurse*, in *TR* 57 (1989) 96.

(29) CUIACIUS J., *Opera Omnia* I, Neapoli 1722 (*Commentarius ad Titulum de Verborum Obligationibus, Ad L. Si ex legati* 23) col. 1179s.

(30) FABER A., *De erroribus pragmaticorum*, Lugduni 1658, Decad. XVIII, Error. X (*De re post moram perempta, quae penes actorem fuit aequae peritura*) 244s.

(31) Voici la traduction que je propose de ce texte : 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.

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

Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait utique aestimationem non deberi : quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit : potuit enim eum acceptum legatarius vendere (32).

Je pense que l'on pourrait schématiser le raisonnement de Cujas comme suit. Le premier texte montre un débiteur libéré alors que la chose a péri de manière qu'elle aurait également péri si elle avait été restituée au moment de la *litiscontestatio*. Dans le second texte, Cujas voit une petite restriction à ce principe, en ce que le créancier aurait pu éviter de devoir subir la perte de la chose en la revendant. Cujas sait bien que le fragment d'Ulprien ne dit pas exactement cela, puisqu'il reconnaît expressément qu'il fait une interprétation a contrario de la finale de ce texte (33). Il y aurait beaucoup à dire sur ces mots (*potuit enim eum acceptum legatarius vendere*). Ils paraissent un peu incongrus dans la mesure où, dans le Digeste il apparaît inhabituel qu'un jurisconsulte justifie autrement le fait que le débiteur en *mora* soit tenu de la perte fortuite de la chose due. Bon nombre d'auteurs (34) considèrent d'ailleurs qu'ils sont apocryphes. Il me semble en effet tout à fait possible que la finale du texte d'Ulprien ne soit pas de ce jurisconsulte, mais constitue une glose postclassique. Au demeurant, même dans l'hypothèse où la finale était d'Ulprien, l'interprétation a contrario de Cujas ne paraît pas acceptable, puisque le « *enim* » semble bien indiquer qu'il s'agit d'une justification de la règle qui précède, et non d'une exception à celle-ci. Dans l'absolu, il est toujours possible de vendre une chose avant qu'elle ne périsse. Je ne pense pas que l'on doive lire avec Cujas que le créancier doit pouvoir prouver qu'il aurait revendu la chose afin que le débiteur en demeure soit tenu de la perte de celle-ci.

À mon avis, l'interprétation a contrario de la finale de D.30.47.6 ne constitue d'ailleurs pas la seule faiblesse du raisonnement de

(32) Voici la traduction que je propose de ce texte : 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.

(33) CUIACIUS J., *op. cit.* (*supra* n.29) col.1180 : « *Ait enim re legata post moram extincta ideo heredem teneri legatario, quod si eam maturius praestitisset, potuisset eam legatarius distrahere, & sibi pretium servare. Ex contrario igitur si non erat eam distracturus, si omnino erat apud eum peritura, absolvi heredem oportet* ».

(34) V. KASER M., *Perpetuari obligationem*, in *SDHI* 46 (1980) 143s. n.245 et les auteurs qui y sont cités.

Cujas. L'usage qu'il fait de D.16.3.14.1 me paraît également inacceptable. Hugolinus, Azon, Accurse et Symon Vicentinus (35) reprochaient déjà à Martinus de généraliser la solution préconisée dans la finale de ce texte (36). Plus précisément, D.16.3.14.1 ne concerne pas un cas de *mora* (37) mais un cas dans lequel le défendeur a résisté de bonne foi aux prétention du déposant. Il ne peut donc y être question de *perpetuatio obligationis* (38). Il est dès lors impossible de tirer argument de ce fragment, pour défendre la position de la *perpetuatio obligationis* 'souple', qui disparaîtrait à chaque fois que la chose eût également péri en les mains du créancier.

Et pourtant, quoique l'on pense de la position de Martinus et de Cujas, le poids de ce dernier semble avoir été déterminant, puisque du temps de Madai et d'après celui-ci (début du XIX^{ème} siècle) (39), elle a acquis une position dominante pour devenir presque une *communis opinio*. On comprend dès lors aisément quelle influence la position de Cujas a du avoir sur les codifications qui ont eu lieu à cette époque. C'est sans doute ainsi que la position de Pothier a été préférée à celle de Domat. La controverse n'était pas close pour autant, puisque Madai lui-même a pris le contrepied de la *communis opinio* de son époque et défendait la même position que Jean Bassien, Favre et Domat (40).

(35) V. SCHRAGE E.J.H./SCHOEN R.P., *Mora debitoris dans le droit savant avant Accurse*, in *TR* 57 (1989) 96.

(36) Notons au passage que la finale de D.16.3.14.1 a également fait l'objet de nombreuses suspicions d'interpolation. V. simplement : CARDILLI R., *L'obbligazione di « praestare » e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano 1995, 423 n.22 et les auteurs qui y sont cités.

(37) V. en ce sens : KASER M., *Aktivlegitimation zur actio furti*, in *Festgabe von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Berlin 1980, 301s. et *Perpetuari obligationem*, in *SDHI* 46 (1980) 145 n.251. Sur la question des conséquences de la perte de la chose due après la *litiscontestatio*, v. WACKE A., *Gefährerhöhung als Besitzverschulden*, in *FS Hübner*, Berlin-New York 1984, 669ss. ; WIMMER M., *Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten*, Köln 1995, particulièrement p. 60s., n.275.

(38) V. en ce sens : CARDILLI R., *op. cit.* (*supra* n.36) 424 et la n.23, avec les auteurs qui y sont cités.

(39) MADAI, *op.cit.* (*supra* n.22) 296.

(40) MADAI, *op.cit.* (*supra* n.22) 296.

V. – L'état de la question en droit romain, d'après la doctrine récente

Comme je l'ai déjà brièvement indiqué dans l'introduction, d'après les écrits des romanistes récents, la position dominante de la doctrine est aujourd'hui celle de Jean Bassien, de Favre et de Domat. C'est donc comme cela que Kaser expose les effets de la *mora debitoris* : « Doch bezeugen uns die Quellen für die Fälle des Verzugs wirklich eine ausnahmslose, volle Zufallshaftung, ohne Rücksicht darauf, dass unter Umständen, wie § 287 Satz 2 BGB sagt, 'der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre', der Verzug also für diesen Schaden nicht kausal war (41) ». Cannata adhère à cette vision de la *mora debitoris* en émettant cependant une réserve : « A questo proposito va detto però che, se è vero che i Romani non adottavano come regola generale quella che il perimento non nuoce al debitore in mora ove la cosa sarebbe perita anche presso il creditore, la soluzione pratica non è però assente dalle fonti : vedi Gai.Sab.Cass.D.16.3.14.1 (che sia o non interpolata la chiusa) (42) ».

C'est très justement que Cannata souligne la distinction qu'il faut faire entre la règle concernant les effets de la *mora debitoris* et le mécanisme qui permet – dans un cas particulier – de libérer un débiteur de son obligation par le fait que la chose due aurait également péri dans les mains du créancier. Mais comme nous l'avons déjà souligné, le cas traité dans le fragment précité (D.16.3.14.1) ne traite pas d'un cas de *mora debitoris* (43).

VI. – Conclusions

Si l'on devait dès lors résumer en quelques mots l'origine de la règle d'après laquelle le débiteur en *mora* est libéré de son obligation lorsque la chose eût également péri si elle avait été remise à temps, on pourrait dire qu'elle n'est pas romaine, mais qu'elle est due en premier lieu à l'interprétation souple, empreinte d'équité,

(41) KASER M., *Perpetuari obligationem*, in *SDHI* 46 (1980) 143. Dans le même sens, v. WACKE A., *op. cit. (supra, n.37)* 682s.

(42) CANNATA C.A., *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in *SDHI* 57 (1991) 361 n.91.

(43) En ce sens, v. notamment : KASER M., *Aktivlegitimation zur actio furti*, in *Festgabe von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Berlin 1980, 301s.

que faisait Martinus des textes du Digeste. Très souvent l'« orthodoxie » de Jean Bassien jouait un rôle prépondérant, et les positions de Martinus n'étaient plus guère suivies. Tel fut également le cas à propos de la question qui nous intéresse, du moins dans un premier temps, puisque plusieurs siècles plus tard, par l'intervention de Cujas, la position de Martinus trouvait un nouveau défenseur de poids.

C'est sans doute l'autorité de Cujas et de Pothier qui ont permis à la règle de pénétrer le Code Napoléon et peut-être également dans d'autres codifications.

J'en reviens à ma question initiale : la *mora debitoris* est-elle une *culpa* ?

Sur ce point, il est intéressant de noter que Favre – partant du principe que le débiteur en *mora* reste toujours tenu en cas de perte fortuite de la chose due – fait un raisonnement *a fortiori* et en déduit que le débiteur qui commet une faute dans l'exécution de son obligation ne peut plus non plus être libéré par la perte fortuite de la chose due, la faute étant plus grave que la demeure (44).

Pour ma part, je n'ai pas voulu vérifier ici si du point de vue de son essence, la demeure avait la même nature qu'une faute. Il n'est donc pas question, dans mon chef, de me demander si la faute est plus ou moins grave que la demeure. J'ai plutôt voulu vérifier si la faute et la demeure étaient soumis au même régime juridique. Et sur ce point, il me semble que tel est le cas pour le droit français et belge (ainsi que celui des autres législations citées *supra*), mais non pour le droit romain.

En effet, dès lors que le débiteur n'est plus tenu des conséquences de son retard que dans la mesure où il y a un lien causal entre ce retard et la perte de la chose due, la demeure du débiteur s'apparente à une faute. En revanche lorsque, comme en droit romain, le débiteur en demeure est tenu de la perte de la chose même s'il n'y a pas de lien causal entre le retard et la perte de la chose due, la *mora* est quelque chose de distinct de la faute.

Je pense donc que si, dans les droits positifs que j'ai cités, on peut dire de la demeure du débiteur qu'elle est une faute, on ne peut pas en faire de même pour le droit romain.

(44) FABER, *op. cit.* (*supra* n.30) 245, Error X, 5.