

Index

Quaderni camerti di studi romanistici
International Survey of Roman Law

estratto

39

2011

JOVENE EDITORE NAPOLI

Index

Quaderni camerti di studi romanistici
International Survey of Roman Law

Direttore Luigi Labruna
Condirettore Cosimo Cascione

Sotto gli auspici
della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino
e del «Consorzio interuniversitario Gérard Bouveret
per lo studio della civiltà giuridica europea e per la storia dei suoi ordinamenti».

Organo del «Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano».
Presidente Pierangelo Catalano.

Comitato direttivo: Ignazio Buti, Luigi Capogrossi Colognesi, Pierangelo Catalano, Luigi Labruna, Giovanni Lobrano, Sandro Schipani.

Comitato di redazione: Carla Masi Doria, Felice Mercogliano, Francesca Reduzzi Merola.

Comitato scientifico:

Jean Andreau
Paris EHESS

Hans Ankum
Amsterdam

Ignazio Buti
Camerino

Luigi Capogrossi Colognesi
Roma Sapienza

Alessandro Corbino
Catania

Teresa Giménez-Candela
Barcelona Autònoma

Michel Humbert
Paris II

Rolf Knütel
Bonn

Giovanni Lobrano
Sassari

Carla Masi Doria
Napoli Federico II

Pascal Pichonnaz
Fribourg

Francesca Reduzzi Merola
Napoli Federico II

Alan Rodger †
London

Martin J. Schermaier
Bonn

Sandro Schipani
Roma Sapienza

Peter Stein
Cambridge

Gunter Wesener
Graz

Laurens Winkel
Rotterdam

Witold Wołodkiewicz
Warszawa

In redazione:

Valeria Di Nisio; Alessandro Manni; Aglaia McClintock; Fara Nasti; Carlo Nitsch; Natale Rampazzo; Paola Santini; Caterina Trocini; Fabiana Tuccillo.

Segretaria: Daniela Piccione.

Index

Volume realizzato con l'intervento del «Dipartimento di Scienze giuridiche e politiche» dell'Università di Camerino e del «Consorzio interuniversitario Gérard Boulvert per lo studio della civiltà giuridica europea e per la storia dei suoi ordinamenti» nell'ambito della Convenzione con il Consiglio Nazionale delle Ricerche.

Scritti di:

	Lucio De Giovanni	Felice Mercogliano
	Francesca Del Sorbo	Valerio Massimo Minale
	Nunzio De Luca	Luciano Minieri
Barbara Abatino	Valeria Di Nisio	Federica Miranda
Edoardo Ales	Nunzia Donadio	Caterina Montagnani
Virginia Amorosi	Iole Fagnoli	Fara Nasti
Ciro Attaianese	Andrea Forti	Giovanni Nicosia
Luisa Avitabile	Giuseppe Galasso	Carlo Nitsch
Raffaele Basile	Francesca Galgano	Paola Pasquino
Maurice Bazemo	Peter Garnsey	Fulvio Pastore
Lucio Bove	Vincenzo Giuffrè	Pascal Pichonnaz
Ignazio Buti	Francesco Grelle	Natale Rampazzo
Aránzazu Calzada	Paolo Grossi	Salvo Randazzo
Luigi Capogrossi Colognesi	Francesco Guizzi	Francesca Reduzzi Merola
Loredana Cappelletti	Ella Hermon	Alan Rodger
Adelaide Caravaglios	Natalino Irti	Rosalía Rodríguez López
Cosimo Cascione	David Kremer	Paola Santini
Sabino Cassese	Luigi Labruna	Gianni Santucci
Pierangelo Catalano	Francesca Lamberti	Martin J. Schermaier
Abdurachim G. Chalikov	Orazio Licandro	Laura Solidoro Maruotti
Ato Chamdam	Machkam A. Machmudov	Tullio Spagnuolo Vigorita
Alfredo Contieri	Alessandro Manni	Armando Torrent
Alessandro Corbino	Carla Masi Doria	Fabiana Tuccillo
Salvatore Antonio Cristaldi	Aglaia McClintock	Witold Wołodkiewicz
Floriana Cursi	Rosa Mentxaka	

La pubblicazione di articoli e note proposti alla Rivista è subordinata alla valutazione positiva espressa su di essi (rispettando l'anonimato dell'autore e in forma anonima) da due lettori scelti dal Direttore in primo luogo tra i componenti del Comitato scientifico internazionale. Ciò in adesione al comune indirizzo delle Riviste romanistiche italiane (*AG.*, *BIDR.*, *SDHI.*, *Iura*, *Index*, *RISG.*, *Roma e America*, *Diritto@storia*, *TSDP.*), in seguito alle indicazioni del gruppo di lavoro promosso dal Consorzio interuniversitario Gérard Boulvert e a conseguenti delibere del CUN e del CNR.

Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista insieme con il testo da pubblicare un *abstract* in lingua diversa da quella del contributo e «parole chiave» nelle due lingue.

Copyright 2011 by Jovene Editore s.r.l. - Napoli

Registr. Trib. Camerino nr. 1 del 14.3.1970 - L. Labruna dir. resp.

Printed in Italy - Fine stampa luglio 2011 - Ink Print Service - Napoli

Lors d'un symposium en l'honneur de notre collègue Luigi Capogrossi Colognesi, le 5 novembre 2010 à Rome, les organisateurs ont posé la question de l'utilité du droit romain dans le contexte juridique moderne. Des juges de la Cour constitutionnelle italienne, les professeurs Sabino Cassese et Paolo Grossi, ainsi que des professeurs, notamment Natalino Irti, élève de Emilio Betti, ont fait part de leurs réflexions sur le rôle du droit romain aujourd'hui, parfois de manière très péremptoire. Les réponses reposaient logiquement sur l'expérience personnelle que les intervenants avaient du droit romain; pour la plupart, elle remontait à plusieurs décennies, lors de leur passage sur les bancs de l'Université. Ces interventions ont ainsi mis en évidence le décalage entre la manière dont le droit romain est enseigné aujourd'hui en Europe, et de plus en plus largement aussi en Italie, et la compréhension quelque peu surannée que les intervenants avaient de la matière. Dès lors, après avoir rappelé quelques éléments importants de notre conception de l'enseignement du droit romain aujourd'hui (I), nous nous intéresserons à un point particulier, à savoir l'usage que la cour suprême suisse, le Tribunal fédéral, a fait du droit romain dans la dernière décennie (II), en prenant l'exemple de la difficile question de la délimitation entre dommage direct et dommage indirect découlant d'un défaut lors de la vente d'une chose mobilière. L'interprétation de l'art. 208 du Code des obligations suisse a en effet donné l'occasion au Tribunal fédéral de faire appel au droit romain pour pousser sa réflexion et l'aider à trancher une question de délimitation délicate.

I. QUELQUES GÉNÉRALITÉS SUR L'ENSEIGNEMENT DU DROIT ROMAIN

L'impression tirée de la table ronde du 5 novembre 2010 fut d'abord que le rôle donné par les orateurs au droit romain ne colle pas à la réalité de son enseignement contemporain dans les facultés de droit en Europe. Cet avis était d'ailleurs partagé par plusieurs collègues, professeurs de droit civil et de droit romain, d'universités allemandes, néerlandaises, autrichiennes ou suisses. Après avoir posé le constat de l'importance du décroisement des disciplines historiques et de droit positif (1), nous rappellerons les enjeux de l'enseignement du droit romain (2).

1. *Le décroisement des disciplines.* – A l'inverse de ce qu'affirmaient certains orateurs, l'enseignement du droit romain dans les facultés de droit tient compte de l'évolution du droit civil contemporain et ne vit pas en vase clos. Contrairement à ce qui se passe encore en Italie, de nombreuses universités européennes ont en effet pris le parti d'appeler à leurs

chaires de droit romain des professeurs à la fois civilistes et romanistes, voire de combiner des chaires de droit civil et de droit romain. C'est d'ailleurs le cas de la Faculté de droit de Fribourg.

Le paradoxe de cette situation découle du fait que, d'une part, les facultés créent de nouvelles disciplines, plus spécialisées, tel le droit fiscal international, le droit de l'environnement, le droit international des affaires ou encore le droit pénal international, mais que, d'autre part, chacune de ces disciplines cherche à se décloisonner en faisant interagir droit privé et droit public, droit international privé et droit commercial, sociologie du droit et approche plus dogmatique, et bien sûr aussi droit privé et droit romain.

En effet, à l'heure où l'on cherche à faire émerger un *ius commune europaeum*, un droit privé européen commun, la compréhension des institutions juridiques contemporaines dans leur dimension historique permet d'ouvrir de nouvelles pistes de réflexion sur le droit moderne et implique souvent de redéfinir les questions actuelles de manière originale¹. Les exemples d'ouvrages ou d'articles de doctrine qui, grâce à une réflexion historique ou de droit romain, permettent de déconstruire une réalité juridique moderne pour mieux l'appréhender ne manquent pas en Europe, et même en Italie. Ainsi, les trois volumes publiés sous le titre «*Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*», parus en 2003², 2006³ et 2008⁴, contiennent des articles de romanistes italiens sur des thèmes menant du droit romain au droit moderne, en droit des obligations, droits réels ou droit de la responsabilité civile.

Les recherches historiques doivent à notre avis tenir compte des questions posées par les juristes de droit contemporain. En effet, c'est en donnant un éclairage particulier ou différent que les romanistes vont pouvoir contribuer à une réflexion renouvelée du droit contemporain, à l'instar de ce que peuvent aussi apporter des réflexions de droit comparé.

Ce décloisonnement des disciplines est ainsi salutaire. En effet, le regard porté sur les institutions romaines est d'abord celui d'un juriste avant d'être celui d'un historien. Partant, le juriste ne peut et ne doit pas faire

¹ Cf. à cet égard, les remarques de R. Zimmermann, *Legal History and Comparative Law*, in A. Vaquer (édit.), *European Private Law Beyond the Common Frame of reference. Essays in Honour of Reinhard Zimmermann* (Groningen-Amsterdam 2008) 3 ss., en part. 13 ss.: «... while legal historian must not be the slave of current concerns, his work is of essential importance for enabling us to take stock, and to comprehend, our present legal condition. That knowledge, in itself, will not determine where we have to go. But an understanding of the past is the first and essential prerequisite for devising appropriate solutions for the present day and for the future». ² R. Cardilli, C. Cascione, M.F. Cursi, R. Fiori, P. Lambrini, C. Masi Doria, M. Salazar Revuelta, G. Santucci, *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, avec une préface de L. Capogrossi Colognesi (Napoli 2003). ³ R. Cardilli, M.F. Cursi, R. Fiori, P. Lambrini, A. Saccoccio, G. Santucci, A. Trisciunglio, M. Vinci, *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato II*, avec une préface de P. Rescigno (Napoli 2006). ⁴ R. Cardilli, M.F. Cursi, O. Descamps, P.J. du Plessis, R. Fiori, P. Lambrini, G. Santucci, M.J. Schermaier, *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, R. Fiori (édit.) III (Napoli 2008).

abstraction de sa compréhension moderne du droit. Rendre visible ses préconceptions juridiques modernes, c'est se prémunir, en partie du moins, contre le risque de recréer le droit romain à l'aune du droit moderne, mais sans s'en apercevoir.

Il ne faut toutefois pas se leurrer: dans la reconstruction historique, il y a toujours une part de subjectivité. Comme pour le travail du juge, celle du romaniste suppose d'abord le choix d'une méthode d'analyse qui aura immanquablement un impact sur le résultat obtenu. La méthode a fortement évolué au cours des siècles, comme le rappelle admirablement Peter Stein⁵, avec des changements importants dans les 150 dernières années. La volonté de l'école historique allemande, et en particulier de F.C. von Savigny, de créer un «droit romain contemporain systématisé» (*System des heutigen römischen Rechts*) dans la première moitié du XIX^e siècle a été suivie par une brusque césure liée à l'entrée en vigueur du Code civil allemand (BGB) le 1^{er} janvier 1900. Ce fut alors l'arrivée d'une analyse critique des textes et de leur authenticité classique⁶, donnant lieu à une relecture philologique des sources, à la recherche des interpolations justiniennes dans les textes du *Corpus iuris civilis*. Cette véritable chasse aux interpolations («Interpolationenjagd»)⁷ amena une reconstruction de la compréhension du régime de droit romain classique fortement modifiée et la publication d'un index des interpolations⁸.

Les résultats obtenus par cette méthode ont souvent été réfutés à partir de la fin des années 1960 par une analyse dogmatique plus respectueuse des textes, qui a mis en évidence la force du droit romain classique⁹. Enfin, l'évolution de l'environnement juridique en Europe a conduit à l'émergence d'une nouvelle approche, qui tente d'embrasser l'évolution dans une perspective historico-comparative¹⁰. Cet approche a

⁵ P. Stein, *Roman Law in European History* (Cambridge 1999); Id., *Le droit romain et l'Europe: essai d'interprétation historique*, éd. J.-P. Dunand et A. Keller, trad. A.A. d'Auvergne (Genève-Bâle-Munich-Bruxelles 2003). ⁶ Cette vague méthodologique avait déjà débuté avec O. Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten* (Berlin 1887) et Fr. Eisele, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, in *SZ.* 18 (1897) 1 ss. ⁷ Le terme introduit par W. Kalb, *Die Jagd nach Interpolationen in den Digesten* (Nürnberg 1897) fut ensuite utilisé de manière péjorative par les critiques. Pour une belle analyse des causes et des conséquences, cf. R. Zimmermann, *Roman law, contemporary law, European law* (Oxford 2001). ⁸ E. Levy, E. Rabel, *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis esse dicuntur* I-III (Weimar 1929-1935); ég. G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* I-V (Tübingen 1910-1931) ou encore H. Appleton, *Des interpolations dans les Pandectes et des méthodes propres à les découvrir* (Paris 1895, réimpr. Roma 1967). ⁹ On pense bien entendu à l'appel de Max Kaser, *Zur Glaubwürdigkeit der Römischen Rechtsquellen (Über die Grenzen der Interpolationenkritik)*, in *La critica del testo. Atti del secondo congresso internazionale della società italiana di storia del diritto* I (Firenze 1971) 291-370; puis, M. Kaser, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, «Österreichische Akademie der Wissenschaften. Sitzungsberichte der Philosophisch-historischen Klasse 277, Abh. V» (Wien-Graz 1972). ¹⁰ Pour l'ouvrage qui marque en quelque sorte une étape dans ce changement, cf. R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Johannesburg 1990, réimpr. Oxford 1996).

trouvé aujourd'hui un fort ancrage dans l'enseignement et la recherche depuis la fin des années 1990.

A notre sens, la recherche en droit doit amener le juriste à une meilleure compréhension de ce qu'il fait, à une perception plus profonde du pourquoi il le fait et à la recherche de savoir comment il peut encore améliorer l'art de trouver les solutions les plus justes et équitables possibles. C'est finalement déjà ce que recherchaient les juristes romains, si l'on en croit la célèbre définition de Celsus: *ius est ars boni et aequi* (Ulp. D. 1.1.1). Cela suppose dès lors une approche à la fois historique, comparative et dogmatique.

2. *Les enjeux de l'enseignement du droit romain.* – Dans un article paru précédemment dans cette revue, nous avons indiqué la manière dont nous concevions l'enseignement du droit romain, mais aussi l'apport que celui-ci pouvait avoir dans la formation de l'étudiant en droit¹¹. La fonction du droit romain est en effet triple.

Premièrement, le droit romain permet de développer une méthode centrée sur un problème spécifique. En effet, le juriste moderne est de plus en plus confronté à une casuistique importante, liée à la mise en ligne de tous les arrêts rendus par les tribunaux. Son raisonnement n'est dès lors plus lié à une pure analyse du texte légal; il doit de plus en plus développer un savoir lié à l'appréciation de la portée des arrêts¹²: identifier les enjeux, isoler les éléments essentiels, développer l'aptitude à distinguer deux arrêts similaires pour être en mesure de réappliquer les règles casuistiques à d'autres hypothèses. Le droit romain apporte une contribution significative au développement de cette aptitude.

Deuxièmement, il permet de dégager une matrice dogmatique. Dans une période marquée par un développement important des concepts en Europe, le droit romain permet de déconstruire les institutions et d'en percevoir ainsi les éléments fondamentaux. Cela facilite leur compréhension et permet bien souvent de mieux percevoir les enjeux modernes. Rendre lisibles les structures du droit privé, voilà un rôle important de l'enseignement du droit privé romain.

Troisièmement, la création d'un contrepois raisonné à un marchandage irrationalnel entre systèmes juridiques. C'est probablement l'apport le plus important de l'enseignement du droit romain dans une perspective moderne. Il s'agit de permettre aux étudiants plus avancés d'avoir des outils pour comprendre les enjeux des règles retenues par les divers principes proposés par les groupes académiques en Europe et au-delà. En

¹¹ P. Pichonnaz, *L'insegnamento del diritto romano oggi*, in *Index* 36 (2008) 51-60. ¹² Pour un bel exemple, cf. récemment ATF 136/2010 III 502: «Force est de constater que les recourants se trompent sur le sens à donner à la jurisprudence censée étayer leur thèse. A leur décharge, il faut certes admettre que la formulation de l'arrêt sur lequel ils se fondent ..., tout comme celle d'autres précédents ... n'est pas suffisamment précise pour exclure toute discussion. De fait, dire que le non-lieu prononcé par le juge pénal ne lie le juge civil que s'il est assorti des mêmes effets qu'un jugement quant à son caractère définitif est sans doute exact, mais néanmoins incomplet».

identifiant les problèmes et en esquisant les diverses solutions dans leurs perspectives historiques, il devient possible de formuler une critique raisonnée des projets, tel celui du Cadre commun de référence («Draft Common Frame of Reference»), sorte de projet de code civil européen¹³.

L'expérience helvétique est certainement intéressante pour les universités italiennes à cet égard, puisque le droit romain est conçu d'abord, et principalement, comme une branche propédeutique de première année. Certaines facultés ont ensuite instauré des cours de fondements du droit privé européen, dans lesquels droit romain et droit comparé s'allient pour pousser les étudiants plus avancés à réfléchir à l'état actuel du droit privé en Europe et à son évolution.

II. L'USAGE DU DROIT ROMAIN PAR LES JUGES

Le droit romain n'est pas cantonné dans les universités. Dans son sens large de compréhension historique (diachronique) d'une institution juridique, le droit romain est parfois utilisé par des juges. Chacun connaît l'usage qui en est fait encore aujourd'hui en Afrique du Sud¹⁴ ou en Ecosse¹⁵ notamment. Les citations de droit romain par les juges des cours anglaises sont déjà plus surprenantes, même si on en trouve déjà au 19^e siècle¹⁶. Le recours au droit romain et à son évolution pour trancher des litiges par le Tribunal fédéral suisse, la cour suprême du pays, est plus inattendu, mais n'en demeure pas moins intéressant.

Dans deux arrêts de principe, publiés dans les dix dernières années, le Tribunal fédéral suisse argumente sa décision en recourant au droit romain ou à son interprétation par les auteurs du droit savant du Moyen âge. Le premier arrêt remonte à 2002 (ATF 128/2002 III 370) et porte sur l'interprétation de la règle relative à la répartition du risque dans le

¹³ Cf. http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf; Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group) (édit.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)* (Munich 2009). Le commentaire est paru in Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group) (édit.), *Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, édité par Ch. von Bar et E. Clive (Munich 2009) (6 volumes avec 6563 pages, mais sans analyse historique!). ¹⁴ Voir les diverses présentations dans R. Zimmermann, D. Visser, *Southern Cross - Civil Law and Common Law in South Africa* (Oxford 1996). ¹⁵ Voir les diverses présentations dans R. Zimmermann, D.L. Carey Miller, *The Civilian Tradition and Scots Law: Aberdeen Quincentenary Essays* (Berlin 1997) et surtout R. Zimmermann, D. Visser, K. Reid, *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa* (Oxford 2004). ¹⁶ Hormis les références célèbres du 19^e siècle, notamment *Taylor v Caldwell* (1863) 122 E.R. 309 QB; *Dalton v Henry Angus & Co* (1881) UKHL 1 (14 June 1881), (1881-72) LR 6 App Cas 740; il y a des arrêts plus récents, p. ex. *Snell v. Mrs Margaret Beadle (nee Silcock) (Jersey)*, (2001) UKPC 5 (29 Jan 2001), para. 26; *James Andrew Robinson v. P.E. Jones (Contractors) Ltd*, 18 janvier 2011 (Court of Appeal, Justice Jackson) (2011) EWCA Civ 9, n. 79; *Moncrieff & Anor v. Jamieson & Ors (Scotland)*, 17 octobre 2007 (House of Lords, per Lord Rodger of Earlsferry) (2007) UKHL 42, n. 73.

contrat de vente¹⁷. L'art. 185 du Code des obligations suisse pose le principe du *periculum emptoris*¹⁸. Cette disposition n'a pas été directement reprise du droit romain classique, mais est le fruit d'un compromis tout helvétique qui eut lieu au sein du parlement suisse, lors de l'adoption du Code fédéral des obligations de 1881¹⁹. Néanmoins, pour interpréter la portée de cette règle, le Tribunal fédéral s'est référé à son origine romaine dans la vente sur les marchés. Il en a déduit une interprétation pour le droit suisse conforme aux raisons qui avaient alors prévalu lors de l'émergence du principe *periculum emptoris*.

Le second arrêt date de 2007 (ATF 133/2007 III 257²⁰). Il porte sur l'interprétation d'une règle controversée du droit de la vente en lien avec le dommage consécutif au défaut. Nous y reviendrons ci-dessous de manière plus détaillée. Toutefois, pour saisir les raisons qui permettent aujourd'hui au Tribunal fédéral de recourir ainsi au droit romain, il peut être utile de saisir d'abord la méthodologie qui sous-tend sa décision (1). Nous pourrions alors présenter les critères de délimitation du dommage direct et du dommage indirect qu'il faut retenir à l'art. 208 CO (2), puis terminer avec des réflexions sur l'interaction entre le juge, le droit romain et l'usage des œuvres de Pothier (3).

1. *Le pluralisme méthodologique pragmatique du Tribunal fédéral suisse*. – En droit suisse, avec l'évolution des règles méthodologiques, l'autorité de la loi a perdu sa centralité absolue. Depuis une vingtaine d'années, les méthodes d'interprétation ont évolué, sous l'impact d'idées héritées du 'common law', mais aussi grâce aux progrès de l'herméneutique²¹.

¹⁷ Pour une analyse de l'arrêt, cf. P. Pichonnaz, *Periculum emptoris und das schweizerische Recht: Ein Fall des Rückgriffs auf römisches Recht durch das Schweizerische Bundesgericht*, in W. Ernst, É. Jakab (édit.), *Kaufen nach Römischen Recht. Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen* (Berlin-Heidelberg 2008) 183-201; déjà G. Pfeifer, «*Periculum est emptoris*» - *Gefahrtragung bei Sukzessivlieferung von Aktien. Anmerkung zur Entscheidung des Schweizerischen 1^{er} Cour Civile vom 12. März 2002*, in ZEuP. 11 (2003) 888-898. ¹⁸ L'art. 185 al. 1 CO dispose ce qui suit: «Les profits et les risques de la chose passent à l'acquéreur dès la conclusion du contrat, sauf les exceptions résultant de circonstances ou de stipulations particulières»; en italien, le texte officiel est le suivant: «Salvo le eccezioni giustificate da convenzioni o circostanze speciali, gli utili e i rischi della cosa passano all'acquirente con la perfezione del contratto». ¹⁹ Cf. P. Pichonnaz, *Periculum emptoris* cit. 290 s. ²⁰ Traduction en français: *La Semaine Judiciaire* (2007) I, 461, mention ég. in *PJA./AJP.* (2007) 780 et in *recht* (2007) 154. ²¹ M. Amstutz, *Ouroboros, Nachbemerungen zum pragmatischen Methodenpluralismus*, in P. Gauch, F. Werro, P. Pichonnaz (édit.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier* (Genève-Zurich 2008) 19 ss.; M. Amstutz, *Der Text des Gesetzes: Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB*, in *Revue de droit suisse* 126 (2007) II, 248 ss.; M. Amstutz, M.A. Niggli, *Recht und Wittgenstein: Wittgensteins Philosophie als Bedrohung der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre*, in *Gauchs Welt. Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag* (Zürich 2004) 3-21; E.A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*³ (Bern-München-Wien 2010) 301 ss.; M. Niggli, M. Amstutz, *Der Richter als Gesetzgeber: eine sprachphilosophische Betrachtung*, in M. Heer (édit.), *Der Richter und sein Bild* (Bern 2008) 193 ss.; F. Werro, in P. Pichonnaz, B. Foëx (édit.), *Commentaire*

Pour justifier sa décision, le juge ne peut plus simplement affirmer que le texte légal est clair et, partant, qu'il ne nécessite pas d'interprétation spécifique. Pendant des décennies, le Tribunal fédéral suisse utilisait assez régulièrement la formule suivante ou une formule analogue: «La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre. Selon la jurisprudence, il n'y a lieu de déroger au sens littéral d'un texte clair par voie d'interprétation que lorsque des raisons objectives permettent de penser que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la disposition en cause»²². Depuis une quinzaine d'années toutefois, l'approche méthodologique a évolué. Aux yeux des juges suprêmes du Tribunal fédéral suisse, il n'y a plus de texte clair, mais uniquement des solutions herméneutiques qui découlent d'une interprétation multiplex, fondée sur des arguments textuels, systématiques, téléologiques, parfois comparatifs²³ et aussi historiques.

En Suisse, le Tribunal fédéral a expressément renoncé à une prééminence *a priori* d'un élément d'interprétation sur les autres; les juges considèrent qu'ils doivent adopter une approche «pragmatique» dans la prise en compte des résultats parfois différents de ces méthodes d'interprétation²⁴. C'est ainsi que le Tribunal fédéral cristallise sa méthode par la for-

romand du Code civil I. Art. 1-359 CC (Bâle 2010) n. 1 ss. ad art. 1 CC (ci-après, F. Werro, *CR CC I*).

²² ATF 132/2006 III 226 c. 3.3.5; sur cette question, cf. parmi d'autres E.A. Kramer, *Juristische Methodenlehre* cit. 57 et 78 ss., en particulier 83; F. Werro, *CR CC I*, n. 1 et 65 ss. ad art. 1 CC. ²³ Pour l'expression et le recours à un argument de droit comparé (droit privé européen), cf. notamment M. Amstutz, *Interpretatio multiplex: Zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts im Spiegel von BGE 129 III 335*, in H. Honsell et al. (édit.), *Privatrecht und Methode. Festschrift für Ernst A. Kramer* (Basel 2004) 67-91; ég. parmi d'autres, E.A. Kramer, *Juristische Methodenlehre* cit. 292 ss.; Th. Probst, *Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das schweizerische Privatrecht*, in F. Werro, Th. Probst (édit.), *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen. Questions actuelles en droit de la responsabilité civile et en droit des contrats* (Berne 2004) 13 ss.; V. Mignon, *Le droit privé suisse à l'épreuve du droit privé communautaire. Analyse méthodologique comparée des droits français, allemand et suisse* (th. Fribourg, Berne 2010) 301 ss. ²⁴ Cf. récemment ATF 136/2010 V 195, 203 c. 7.1: «Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (BGE 128/2002 I 34 E. 3b, p. 40). Es können auch die Gesetzesmaterialien beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben und dem Gericht damit weiterhelfen (BGE 134/2008 V 170 E. 4.1, p. 174)»; et en français: «D'après la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). On peut cependant s'écarter de cette interprétation s'il y a des raisons sérieuses de penser que le texte de la loi ne reflète pas la volonté réelle du législateur; de tels motifs peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du sens de la disposition, ainsi que de la systématique de la loi. Lorsque plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires, du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose ou encore de sa relation avec d'autres dispositions; le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique (cf. ATF 135 I 198 consid. 2.1 p. 201; ATF 135 II 78 consid. 2.2, p. 81, ATF 135 V 243 consid. 4.1, p. 251; ATF 135 III 20 consid. 4.4, p. 23, ATF 135 V 112

mule: «pluralisme pragmatique» ou en allemand «pragmatischer Methodenpluralismus»²⁵. L'idée est ainsi de mettre au centre l'argumentation du Tribunal fédéral en faveur de la solution retenue, plutôt qu'une fiction consistant en ce que le juge ne ferait que dire le droit contenu dans la règle appliquée. Evidemment, cette argumentation doit être communiquée de manière compréhensible aux acteurs juridiques, ce qui suppose que le Tribunal fasse référence à des critères «typisés». Néanmoins, cette approche suppose probablement une plus grande transparence dans l'analyse et l'argumentation.

Cet éclatement de la méthode traditionnelle, qui mettait au centre l'argument littéral, a aussi ouvert le champ des possibilités. Aujourd'hui, les juges suisses peuvent, et parfois doivent, chercher des arguments pour leur solution dans l'histoire antérieure à la codification de droit privé. Au recours à des arguments de droit comparé²⁶, les tribunaux font donc aujourd'hui appel aussi à des arguments historiques ou de droit romain au sens large. Comme nous allons le voir, cela présente un intérêt indéniable, mais aussi des risques.

2. *La délimitation du dommage direct et indirect.* – Depuis de nombreuses années, doctrine et jurisprudence suisses discutent de la portée respective de deux alinéas de l'art. 208 Code des obligations suisse (CO). Afin de comprendre l'enjeu, voici le texte de la disposition:

Art. 208 CO [8. Effets de la résiliation. a. En général]. 1. En cas de résiliation de la vente, l'acheteur est tenu de rendre au vendeur la chose avec les profits qu'il en a retirés. 2. Le vendeur doit restituer à l'acheteur le prix payé, avec intérêts, et, comme en matière d'éviction totale, les frais de procès et les impenses; il indemnise, en outre, l'acheteur du dommage résultant directement de la livraison de marchandises défectueuses. 3. Le vendeur est tenu d'indemniser aussi l'acheteur de tout autre dommage, s'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.

Art. 208 CO [8. Effetti della risoluzione. a. In generale]. 1. Quando la vendita sia risolta, il compratore deve restituire al venditore la cosa

consid. 3.3.2, p. 116, 483 consid. 5.1, p. 486; ATF 135 V 153 consid. 4.1, p. 157 s., ATF 135 V 249 consid. 4.1, p. 252»; pour la première sous cette expression ATF 121/1995 III 219, 225, c. 1/d/aa.

²⁵ ATF 136/2010 III 283 consid. 2.3.1, p. 284; ATF 136/2010 III 23 consid. 6.6.2.1, p. 37; ATF 136/2010 II 187 consid. 7.3, p. 194. ²⁶ Pour une présentation de l'impact du droit comparé dans la jurisprudence fédérale, cf. F. Werro, *La jurisprudence et le droit comparé. La réception des concepts juridiques étrangers*, in Institut suisse de droit comparé (édit.), *Perméabilité des ordres juridiques: rapports présentés à l'occasion du colloque-anniversaire de l'Institut suisse de droit comparé [=Osmose zwischen Rechtsordnungen: Berichte des Kolloquiums anlässlich des zehnjährigen Bestehens des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung = The responsiveness of legal systems to foreign influences: reports presented to a colloquium on the occasion of the tenth anniversary of the Swiss Institute of comparative law]* (Zurich 1992) 167 ss.; E.A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*³ cit. 287 ss.; H.P. Walter, *Das rechtsvergleichende Element*, in RDS. (2007) I 259 ss.

con gli utili ricavati nel frattempo. 2. Il venditore deve restituire il prezzo pagato con gli interessi e risarcire inoltre, in conformità alle disposizioni sull'evizione totale, le spese di causa, gli esborsi ed i danni direttamente cagionati al compratore con la consegna della merce difettosa. 3. Il venditore è obbligato a risarcire il maggior danno, in quanto non provi che non gli sia imputabile alcuna colpa²⁷.

La question principale est celle de la délimitation de l'alinéa 2 par rapport à l'alinéa 3. La question n'est pas purement académique. En effet, en cas de résolution du contrat de vente en raison d'un défaut important (art. 208 al. 1 CO), le vendeur doit réparer le «dommage direct» en vertu de l'art. 208 al. 2 CO, indépendamment de toute faute de sa part (responsabilité objective ou causale); l'art. 208 al. 3 CO n'impose en revanche au vendeur de réparer le «dommage indirect» que s'il ne peut pas démontrer qu'il n'a pas commis de faute (responsabilité pour faute présumée). L'alinéa 3 est ainsi conforme au principe général de responsabilité contractuelle du droit suisse, tel qu'exprimé par l'art. 97 al. 1 CO. Cette disposition précise en effet que: «[L]orsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable» («Il debitore che non adempie l'obbligazione o non la adempie nel debito modo, è tenuto al risarcimento del danno derivatone, a meno che provi che nessuna colpa gli è imputabile»).

La délimitation des notions de «dommage direct» / «autres dommages» a évolué dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Dans un arrêt de 1953²⁸, celui-ci a affirmé que l'alinéa 2 devait être considéré comme une exception à la responsabilité contractuelle pour faute et devait dès lors être interprété restrictivement. Partant, l'acheteur pouvait obtenir le *damnum emergens*, mais seulement à concurrence de l'intérêt négatif, c'est-à-dire l'intérêt de l'acheteur à ce que le contrat ne soit pas conclu²⁹. Le Tribunal fédéral a ainsi exclu expressément la réparation du *lucrum cessans*³⁰. Une partie de la doctrine a retenu par conséquent que le manque à gagner (*lucrum cessans*) ne pouvait être qu'un dommage indirect soumis aux exigences de l'alinéa 3³¹.

La doctrine majoritaire a toutefois considéré que ce qui importait était l'intensité du rapport de causalité entre le défaut et le dommage survenu. Selon cette conception, il y a un «dommage direct» au sens de l'art. 208 al. 2 CO lorsque, sans contribution d'autres causes, celui-ci s'est produit «en conséquence directe de la livraison de l'objet défectueux»³².

²⁷ La mise en évidence est de notre fait. ²⁸ ATF 79/1953 II 376, 380 s., consid. 3. ²⁹ P. Tercier, *Le droit des obligations*⁴ (Genève-Zurich-Bâle 2009) n. 1213. ³⁰ Cf. ce que rappelle également ATF 133/2007 III 257, 261 c. 2.1. ³¹ E. Bucher, *Obligationsrecht. Besonderer Teil*⁵ (Zurich 1988) 105; P. Cavin, *Kauf, Tausch und Schenkung*, in *Schweizerisches Privatrecht* [SPR] VII/1 (Basel 1977) 101; H. Giger, *BKomm.*, n. 38 ad art. 208 CO (sans exclure clairement le *lucrum cessans* de l'alinéa 2); P. Engel, *Contrat de droit suisse*² (Berne 1997) 43. ³² Résumé de la position doctrinale faite par le Tribunal fédéral (ATF 133/2007 III 257/261, consid. 2.1); ég. parmi d'autres H. Schönle,

La difficulté d'une telle formule est qu'il est très difficile de savoir – concrètement – quand le lien de causalité est suffisamment intense et quand il ne l'est pas³³. La question se pose en effet avec acuité en cas de dommage consécutif au défaut. La plupart du temps, le défaut affecte d'autres objets par le seul fait qu'il est utilisé après la vente; partant, la distinction que l'on souhaite faire sur l'intervention d'une autre cause pour délimiter «dommage direct» et «autre dommage» est peu utile³⁴. C'est pourquoi une partie de la doctrine a suggéré de distinguer le «dommage direct» qui porte sur la chose défectueuse («Mangelschaden»), p. ex. le dommage au véhicule dû à des freins défectueux, soumis à l'alinéa 2, et le «dommage consécutif au défaut» («Mangelfolgeschaden»), p. ex. des dommages causés à d'autres choses que la chose défectueuse, soumis à l'alinéa 3³⁵.

On le voit, la situation juridique du champ d'application de cette disposition, et en particulier des aliéna 2 et 3, est loin d'être claire et simple à déterminer.

Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a dû trancher une affaire intéressante (ATF 133/2006 III 257³⁶). Un acheteur a acheté six perroquets amazones d'un importateur pour la somme de Frs 4,800.- (env. 3,500 euros). Le vendeur les avait mis en quarantaine pendant 90 jours, conformément aux prescriptions en la matière. Après leur transfert à l'acheteur, les perroquets, perturbés par le changement et le stress, ont développé le virus Pachéco, virus typique du perroquet qui devient actif en cas de stress. Ce virus se propagea alors à l'ensemble des perroquets détenus par l'acheteur, entraînant leur mort et une perte totale estimée par celui-ci à 2 mio de francs suisses (env. 1,5 mio d'euros)³⁷.

Compte tenu du défaut des perroquets vendus, l'acheteur a résolu le contrat et a réclamé la réparation de son dommage. La question était dès

P. Higi, *ZKomm.*³ (Zurich 2005) n. 67 s. et 78 ad art. 195 CO; S. Venturi, in L. Thévenoz, F. Werro (édit.), *Commentaire romand du Code des obligations* (Bâle 2003) n. 11 ad art. 208 CO; E. Bucher, *Obligationenrecht* cit. 104 s.

³³ Cf. déjà D. Medicus, *Unmittelbarer und mittelbarer Schaden* (Heidelberg-Karlsruhe 1977) 27 ss.; H. Honsell, *Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil*⁹ (Bern 2010) 112 (ci-après: *OR BT*). ³⁴ Honsell, *OR BT* cit. 113 s. ³⁵ Honsell, *OR BT* cit. 110 ss.; Id., *BKomm.*³ n. 8 s. ad art. 208 CO; Id., *Kurz-Kommentar* n. 2 ad art. 208 CO; ég. C. Brunner, M. Vischer, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2007*, in *Jusletter* (13 octobre 2008) n. 19. ³⁶ Arrêt du 28 novembre 2006 (4C.180/2005) en allemand, traduit en français à *La Semaine Judiciaire* (2007) I, 461 ss. ³⁷ Pour des commentaires de l'arrêt, cf. notamment F. Werro, *La vente dans la jurisprudence récente*, in P. Pichonnaz, F. Werro (édit.), *La pratique contractuelle: actualité et perspectives. Symposium en droit des contrats* (Genève-Zurich-Bâle 2009) 5 ss.; H. Honsell, *Der Mangelfolgeschaden beim Kauf - Papageienfall des Bundesgerichts*, in *recht* (2007) 154 ss.; R. Keller, in *AJP* (2007) 780 (d); C. Zellweger-Gutknecht, in *ZBJV* 143 (2007) 769; Th. Coendet, *Schadenszurechnung im Kaufrecht*, in *recht* (2008) 15; P. Tercier, in *SJZ* 104 (2008) 295; C. Brunner, M. Vischer, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts* cit.; A. Koller, *Leistungsstörungen: Nicht- und Schlechterfüllung von Verträgen* (St-Gall 2008) 9 ss.; M. Vischer, in *SJZ* 105 (2009) 129; J. Schmid, in *ZBJV* 146 (2010) 600.

lors celle de savoir si la perte de l'ensemble de l'élevage était constitutive d'un dommage direct au sens de l'art. 208 al. 2 CO ou d'un «autre dommage» au sens de l'art. 208 al. 3 CO. En effet, dès lors que tout semblait indiquer que le vendeur avait respecté les prescriptions en matière de quarantaine, l'acheteur ne pouvait obtenir réparation de son dommage que dans l'hypothèse où le Tribunal fédéral considérait qu'il s'agissait d'un dommage direct au sens de l'alinéa 2, ce qui imposait une réparation du dommage, même en l'absence de faute du vendeur.

La perte des six perroquets acquis est typiquement un dommage direct («Mangelschaden»), alors que la perte de tout le cheptel doit être considérée comme un dommage consécutif au défaut («Mangelfolgeschaden»). Ainsi, selon les conceptions juridiques évoquées précédemment, l'acheteur a droit à la réparation de son dommage ou n'y a pas droit. En effet, tout le monde s'accorde à dire que dans l'hypothèse envisagée le vendeur n'avait commis aucune faute; partant, ou bien l'alinéa 2 s'applique et l'acheteur est indemnisé, ou bien l'alinéa 3 s'applique et l'absence de faute du vendeur exclut toute indemnisation de l'acheteur.

Après avoir souligné que «la lettre d'une disposition constitue le point de départ de toute interprétation», le Tribunal fédéral relève qu'il convient de s'en écarter lorsque «des raisons pertinentes indiquent que le législateur ne peut pas avoir voulu un tel résultat». Un tel résultat peut notamment découler de l'interprétation historique de la disposition (argument historique), de son but (argument téléologique) ou des liens qu'elle entretient avec d'autres dispositions (argument systématique)³⁸.

Dans un premier temps, le Tribunal fédéral constate que l'expression «dommage résultant directement de la livraison de marchandises défectueuses» («durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursacht»; «i danni direttamente cagionati al compratore con la consegna della merce difettosa») est liée à une cause «sans intermédiaire», «ohne räumlichen oder zeitlichen Abstand, ohne vermittelndes Glied». L'argument littéral l'amène à retenir l'idée soutenue par la doctrine majoritaire selon laquelle le dommage direct dépend de l'intensité de la chaîne causale.

Dans un deuxième temps, le Tribunal fédéral évoque l'argument historique. Il constate que la distinction entre dommage direct et indirect était déjà présente dans le droit commun. Il vaut la peine de citer le passage dans sa version originale:

«Als Beispiel eines direkten Schadens nannte Pothier (1699-1772), dass ein Bauer eine kranke Kuh erwirbt und seine weiteren Tiere zu Folge der Übertragung der Krankheit eingehen; eine weiter entfernte und indirektere Folge (une suite plus éloignée et plus indirecte) liege dagegen vor, wenn der Bauer auf Grund der Erkrankung seiner (Zug-)Ochsen seine Felder nicht bearbeiten und er in der Folge seine Schulden nicht mehr bezahlen könne (R.-J. Pothier, *Traité des Obligations*, Rz. 166 f., abgedruckt in *Oeuvres de Pothier*, Hrsg. M. Siffrein [Paris 1821] Bd. 1, S. 189 f.). In Anlehnung an die Doktrin des gemeinen Rechts begrenzte der französische

³⁸ ATF 133/2006 III 257, 265 c. 2.4.

Code Civil von 1804 (im Folgenden: CCfr.) die vertragliche Haftung des Schuldners bei Nichterfüllung des Vertrages in Art. 1150 auf den Schaden, der zur Zeit des Vertragsschlusses vorausgesehen wurde oder vorauszusehen war, soweit der Schuldner den Vertrag nicht vorsätzlich (par son dol) nicht erfüllte. Auch bei vorsätzlicher Nichterfüllung hat der Schuldner gemäss Art. 1151 CCfr. den Schaden nur zu ersetzen, soweit dieser eine unmittelbare und direkte Folge (une suite immédiate et directe) der Nichterfüllung ist» (ATF 133/2006 III 257, p. 267 s., consid. 2.5.3).

Le Tribunal fédéral poursuit en indiquant que la distinction entre dommage direct et indirect a été reprise dans le Code civil zurichois (art. 1004 PGB et art. 997 PGB) par Johann Caspar Bluntschli en 1855³⁹, puis dans le Code fédéral des obligations de 1881 qui prévoyait déjà à l'art. 241 al. 1 ch. 4 et al. 2 en lien avec l'art. 253, une distinction entre dommage direct et autre dommage. La doctrine interprétait là aussi les deux notions en fonction de l'intensité du lien de causalité, la perte de gain étant alors considérée comme un dommage qui n'était pas direct⁴⁰. Pour le Tribunal fédéral, l'analyse historique confirme ainsi que c'est bien l'intensité du lien causal qui permet de décider s'il faut ou non une faute pour imposer la réparation d'un dommage spécifique.

Enfin, l'argument systématique invoqué par le Tribunal fédéral montre qu'en cas de résolution pour cause de défaut, la restitution de l'objet vendu au vendeur découle déjà de l'alinéa 1^{er} de l'art. 208 CO, moyennant bien entendu restitution du prix. Cette remise dans l'état *ante*, prévue par l'alinéa 1^{er} de l'art. 208 CO, couvre ainsi déjà le dommage porté à la chose elle-même. En effet, c'est le vendeur qui, de par la restitution de l'objet vendu, en supporte la diminution de valeur⁴¹. Pour le Tribunal fédéral, il ne fait dès lors pas de doute que la portée de la responsabilité pour le dommage direct visée par l'art. 208 al. 2 CO doit aller plus loin que la réparation du simple dommage à l'objet vendu⁴². Cela l'amène à conclure qu'aucun élément ne permet de se distancer de l'interprétation littérale, qui impose de se fonder sur l'intensité de la chaîne causale pour déterminer quels sont les dommages réparés sans faute du vendeur et lesquels présupposent l'existence d'une faute.

On le voit, cette analyse dogmatique faite par le Tribunal fédéral aboutit à retenir l'intensité du lien de causalité comme le critère de distinction déterminant. Toutefois, ce critère suppose avant tout que «le juge détermine selon son appréciation dans chaque cas d'espèce comment effectuer la délimitation»⁴³.

Arrivé à ce stade, et comme pour affirmer encore un peu plus le poids de son argument, le Tribunal fédéral reprend l'exemple de la livraison des vaches malades tiré de Pothier. De ce passage, le Tribunal déduit qu'un dommage consécutif au défaut peut tout à fait être considéré

³⁹ J.C. Bluntschli, *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich* III (Zürich 1855) 67. ⁴⁰ ATF 133/2006 III 257, 268 s., c. 2.5.2. ⁴¹ ATF 133/2006 III 257, 269, c. 2.5.3. ⁴² Le Tribunal fédéral réfute ici implicitement la position de Honsell et celle de la doctrine allemande, cf. *supra* nt. 35. ⁴³ ATF 133/2006 III 257, 272, c. 3.2.

comme un dommage direct. En effet, comme Pothier qui considère que la perte du troupeau est un dommage suffisamment proche pour être réparé par le vendeur, même sans faute de sa part, le Tribunal fédéral retient que la perte du cheptel de perroquets de l'acheteur doit être réparée par le vendeur indépendamment de toute faute de sa part, car «la maladie des perroquets achetés s'est directement transmise au reste de l'élevage de l'acheteur, raison pour laquelle un rapport de causalité directe doit être admis». Il ne change rien pour le Tribunal fédéral que la transmission ne se soit faite que par la mise en élevage ainsi que par le stress qui y est lié⁴⁴.

3. *Le Tribunal fédéral, Pothier et le droit romain.* – Comme on le constate, cet arrêt du Tribunal fédéral publié en allemand fait un usage important de Pothier et surtout de son exemple tiré du volume 1^{er} du *Traité des obligations* au n. 166⁴⁵. Le fait-il toutefois à bon escient? C'est la question que nous nous sommes posée et que nous allons brièvement présenter.

3.1. *Les hypothèses envisagées par Pothier.* – Si l'on reprend le passage de Pothier cité par le Tribunal fédéral dans son contexte, on constate que l'auteur français cherche à distinguer divers types de situations et différentes espèces de dommages-intérêts. Son traité individualise ainsi quatre situations:

A. Le débiteur ne commet aucun dol, mais uniquement une faute légère. Dans cette hypothèse, Pothier considère que le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qu'il a pu prévoir lors du contrat, car «le débiteur est censé ne s'être soumis qu'à ceux-ci». C'est avant tout le dommage à la chose elle-même «*propter rem ipsam non habitam*»⁴⁶ qu'il faut réparer; Pothier reprend ici les propos de Paul (D. 19.1.21.3). Il donne alors l'exemple d'un cheval qui n'est pas livré dans le délai fixé: Si sa valeur a augmenté entre le moment de la conclusion du contrat et l'achat que l'acheteur fait à un tiers (on dirait aujourd'hui l'achat de couverture), le vendeur doit supporter le dommage lié à l'augmentation du prix, car il porte sur la chose elle-même. Ce n'est évidemment pas l'hypothèse que le Tribunal fédéral avait à trancher en l'espèce.

B. Le débiteur a promis de supporter un dommage extrinsèque. «Quelques fois le débiteur est tenu des dommages et intérêts du créancier, quoique extrinsèques; savoir, lorsqu'il paraît que par le contrat ils ont été prévus, et que le débiteur s'en est ou expressément ou tacitement chargé, en cas d'inexécution de son obligation»⁴⁷. En d'autres termes, lorsque le vendeur pouvait ou devait connaître l'usage spécifique de l'objet vendu et les qualités que devait avoir l'objet, il est censé avoir aussi assumé les conséquences du défaut par rapport à cet usage⁴⁸. Tel est le cas notamment dans les ventes commerciales ou lorsque le contrat indique un usage

⁴⁴ ATF 133/2006 III 257, 273, c. 3.3. ⁴⁵ Nous utilisons ici l'édition de 1821 des *Œuvres complètes* de Pothier (nouvelle édition), Paris (imprimerie de P. Didot, l'Aîné).

⁴⁶ R.-J. Pothier, *Œuvres complètes* I. *Traité des obligations* (Paris 1821) n. 160 s. (p. 135 s.). ⁴⁷ Pothier, *op. cit.* n. 162 (p. 137). ⁴⁸ Pothier, *op. cit.* n. 163 (p. 138 s.).

spécifique. J'achète des poutres pour étayer un bâtiment spécifique, le menuisier le sait et est censé me donner les poutres appropriées. Dans l'hypothèse envisagée, le Tribunal fédéral n'a pas examiné cette question d'un engagement spécifique. En particulier, il n'a pas évoqué la question de savoir si l'acheteur était un commerçant⁴⁹. Certes, la loi n'utilise pas ici ce critère de distinction, mais en terme de prévisibilité du dommage, cela eût été utile.

C. Le caractère excessif des dommages-intérêts. Pothier rappelle la règle posée par Justinien (C. 7.47.1.1, a. 531) qui limite au double du prix le montant des dommages-intérêts à rembourser. Considérant que le fondement de la règle est lié à la prévisibilité du dommage lors de l'engagement, il retient comme principe modérateur des dommages-intérêts la prévisibilité du montant du dommage. Il précise toutefois que cette règle ne vaut pas pour le dommage «extrinsèque» au défaut, car celui-ci ne peut se régler sur la valeur de cette chose; il n'en reste pas moins qu'il faut là aussi user de modération. Ainsi, pour Pothier, dans les trois premières hypothèses, le dommage qui n'affecte pas directement la chose n'a pas à être réparé, sauf s'il y a accord entre les parties.

D. Le dol du vendeur. Si le vendeur a commis un dol, notamment en cachant le défaut, Pothier indique (et c'est là le contenu du n. 166 cité par le Tribunal fédéral) que les principes précédents ne s'appliquent pas. Au contraire, «le débiteur est tenu indistinctement de tous les dommages et intérêts que j'ai soufferts, auxquels son dol a donné lieu, non seulement de ceux que j'ai soufferts par rapport à la chose qui a fait l'objet du contrat, *propter rem ipsam*, mais de tous les dommages et intérêts que j'ai soufferts par rapport à mes autres biens, sans qu'il y ait lieu de distinguer et de discuter en ce cas si le débiteur doit être censé s'y être soumis: car celui qui commet un dol s'oblige, *velit, nolit*, à la réparation de tout le tort que ce dol causera». C'est à l'égard de cet exemple (responsabilité pour dol) que Pothier cite l'exemple du marchand qui a vendu une vache qu'il savait être infectée d'une maladie contagieuse, et dont il a dissimulé le vice. Il nous dit alors que cette dissimulation est un dol qui rend le vendeur responsable du dommage causé non seulement pour la vache même, mais de même pour tous les autres bestiaux auxquels cette vache a communiqué la contagion⁵⁰. C'est en fait la suite logique de l'obligation de bonne foi.

Or, c'est précisément ce passage qui est invoqué par le Tribunal fédéral comme justification de l'obligation de réparer le dommage causé à l'ensemble du cheptel. Contrairement à ce que laisse entendre le Tribunal fédéral, Pothier n'envisage pas ici une responsabilité causale, sans faute, mais bien la situation d'un dol du vendeur, qui justifie une responsabilité aggravée. Cela se comprend d'ailleurs puisque Pothier cite à cet endroit le passage bien connu de Ulpien D. 19.1.13 pr.⁵¹, qui fait supporter la réparation de tous les dommages en cas de dol.

⁴⁹ Pour une même interrogation, cf. F. Werro, *La vente dans la jurisprudence récente* cit. 6. ⁵⁰ Pothier, *op. cit.* n. 166 (p. 145 s.). ⁵¹ Ulp. D. 19.1.13 pr. *Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in*

Or, ce passage du Digeste ne traite pas de l'action rédhibitoire (*actio redhibitoria*), mais de l'*actio empti*, l'action de bonne foi de droit civil. Or, dans l'*actio empti*, seule la mauvaise foi ouvrait initialement la voie à la réparation du dommage consécutif au défaut en droit civil. L'enjeu pour Ulprien (et Julien qu'il cite) est double. D'une part, il reprend le régime des édiles curules en considérant que le vendeur qui ignore le défaut peut néanmoins être condamné à subir la réduction du prix de vente (en restituant la moins-value); d'autre part, le vendeur qui connaissait le défaut mais l'a caché est tenu de réparer le dommage consécutif au défaut, parce qu'il ci ainsi commis un dol⁵².

3.2. *La reprise erronée de Pothier.* – Comme l'indiquent les quatre hypothèses envisagées, Pothier ne traite pas du tout de la question des dommages-intérêts en cas de responsabilité causale (sans faute du vendeur) pour les défauts de la chose. Il n'admet ainsi la réparation du dommage consécutif au défaut (la disparition du troupeau contaminé par la vache vendue) qu'en cas de dol du vendeur.

Cette situation diffère donc fondamentalement de l'hypothèse de l'art. 208 al. 2 CO, qui prévoit une réparation du dommage direct sans faute du vendeur; elle se distingue également de l'art. 209 al. 3 CO, qui se satisfait d'une faute (et n'exige pas de dol) pour la réparation des «autres dommages». Et pourtant, le même passage de Pothier (*Traité des obligations* I, n. 166) est cité par von Tuhr et Peter⁵³ comme l'aspect déterminant pour justifier la différence entre dommage direct et indirect en droit suisse.

condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morborum perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum (Au livre quinze de ses [Digestes], Julien distingue pour la condamnation à l'action de la vente entre le vendeur qui sait et celui qui ignore. En effet, il dit que celui qui a vendu une pièce de bétail malade ou une poutre défectueuse, s'il l'a fait en ignorant cela, il sera tenu en vertu de l'action de la vente uniquement à payer la différence avec le montant inférieur auquel l'objet aurait été acheté si le défaut avait été connu. En revanche, si le vendeur le savait et s'est tu et qu'il a ainsi trompé l'acheteur, il répondra de tous les dommages que l'acheteur a subi suite à cette vente. Ainsi donc, lorsqu'un bâtiment est détruit à cause du vice d'une poutre, il doit assumer la valeur de l'immeuble; ou lorsque les bêtes du troupeau meurent par suite de la contagion de la maladie d'une bête, on doit réparer l'intérêt à ce que cela ne se soit pas produit). Sur ce texte, cf. récemment et parmi d'autres L. Solidoro Maruotti, «... *Si vero sciens reticuit et emptorem decepti* ...» (D. 19.1.13 pr.): *vizi di fatto, vizi di diritto e reticenza del venditore*, in *Fides humanitas ius. Studii in onore di L. Labruna VIII* (Napoli 2007) 5269 ss.; ég. N. Donadio, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti* (Milano 2004) 294 ss.

⁵² Cf. pour tous les autres D. Medicus, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes* (th. habil. Köln-Graz 1962) 129 s.; H. Honsell, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadensersatzrecht* (th. habil. München 1966) 83 ss., en part. 93. ⁵³ A. von Tuhr, H. Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I* (Zürich 1974) 89 nt. 10.

Il est vrai qu'au n. 167, cherchant à déterminer l'ampleur des dommages à réparer par le vendeur qui a commis un dol, Pothier délimite effectivement le dommage direct, auquel est assimilé la perte du troupeau, des «autres dommages», «qui sont une suite plus éloignée et plus indirecte du dol de mon débiteur». Dans l'hypothèse des autres dommages, tel le fait qu'en raison de la perte du troupeau, l'acheteur n'a pas pu cultiver ses terres et a ainsi subi un dommage important, Pothier estime que la règle qui doit être suivie «est qu'on ne doit pas comprendre dans les dommages et intérêts dont un débiteur est tenu pour raison de son dol, ceux qui non seulement n'en sont qu'une suite éloignée, mais qui n'en sont pas une suite nécessaire, et qui peuvent avoir d'autres causes»⁵⁴. Ainsi selon Pothier, même en cas de dol du vendeur, celui-ci ne doit pas répondre des «autres dommages», car ceux-ci sont une «suite très éloignée et très indirecte de son dol»⁵⁵.

Ainsi, il est juste que Pothier distingue dommage direct et autres dommages, mais uniquement pour justifier une réparation différente en cas de dol du vendeur. Le vendeur qui commet un dol ne doit réparer que le dommage direct et non les autres dommages («dommage indirect»). La sanction de son dol serait sinon trop importante.

On peut dès lors s'étonner que le Tribunal fédéral cite ce passage de Pothier à l'appui de sa théorie, puisque dans le cas à trancher le vendeur n'a commis aucun dol, ni même une faute selon la Haute Cour. Or, Pothier n'envisage la réparation du dommage extrinsèque à la chose défectueuse que dans l'hypothèse du dol!

C'est en fait dans le *Traité du contrat de vente* que Pothier envisage la réparation du dommage en cas de résolution pour cause de défauts (n. 213)⁵⁶. Il considère ainsi à nouveau que la réparation doit porter sur les bêtes du cheptel uniquement lorsque le vendeur a commis un dol, à savoir lorsqu'il avait des raisons de connaître l'existence de la maladie et qu'il s'est tu⁵⁷. Sinon, le vendeur n'est tenu que de la restitution du prix en recevant l'objet défectueux en retour de l'acheteur⁵⁸.

La seule responsabilité «objective» pour un dommage consécutif est celle d'un commerçant qui «se rend envers tous ceux qui contractent avec lui, responsable de la bonté de ses ouvrages, pour l'usage auquel ils sont naturellement destinés»⁵⁹. Ainsi, pour Pothier, «son impéritie ou défaut de connaissance dans tout ce qui concerne son art, est une faute qui lui est imputée, personne ne devant professer publiquement un art, s'il n'a toutes les connaissances nécessaires pour le bien exercer». On retrouve ici *in nuce* la responsabilité du producteur⁶⁰.

Pour appliquer la distinction entre dommage direct et autres dommages, il faut dès lors ou bien un dol, ou bien une activité d'un commer-

⁵⁴ Pothier, *op. cit.* n. 167 (p. 146). ⁵⁵ Pothier, *op. cit.* n. 167 (p. 147). ⁵⁶ R.-J. Pothier, *Œuvres complètes* III. *Traité du contrat de vente* (Paris 1821) n. 213 (p. 167) par renvoi du n. 218 (p. 173). ⁵⁷ Pothier, *op. ult. cit.* n. 213 (p. 168). ⁵⁸ Pothier, *op. ult. cit.* n. 213 (p. 167). ⁵⁹ Pothier, *op. ult. cit.* n. 214 (p. 169). ⁶⁰ Sur un parallèle utile, cf. F. Werro, *La vente dans la jurisprudence récente* cit. 7.

çant spécialisé pour un usage déterminé. En d'autres termes, Pothier étend le champ d'application du dol à l'*imperitia* pour la réparation du dommage extrinsèque (*extra rem*). Il n'applique en revanche aucunement la distinction à la vente entre deux particuliers!

Comment expliquer dès lors que le Tribunal fédéral se soit référé à Pothier pour justifier sa décision de faire supporter au vendeur n'ayant commis ni dol ni faute la réparation du dommage consécutif au défaut, en l'occurrence la perte du cheptel de perroquets pour 2 mio de francs suisses? Le seul lien tient au fait que Pothier désigne cette perte comme un dommage direct, mais manifestement dans une situation fort différente (le dol du vendeur). On pourrait donc imaginer que le Tribunal fédéral ait été séduit par le critère de distinction du dommage, tout en occultant sa portée dans le contexte spécifique. Il n'y a pas de mal à cela, puisque c'est le propre de l'évolution juridique que de reprendre des concepts en les plaçant dans une perspective nouvelle. Si le Tribunal fédéral suisse avait tenu compte du contexte, il aurait pu expliquer pour quelle raison, il se justifiait de la distinction dans un contexte modifié par rapport au passage d'origine.

Peut-être ce glissement, cette mécompréhension productive⁶¹, est dû à la transmission des idées au cours du XX^e siècle. En effet, l'exemple donné par Pothier a été repris par la doctrine française en lien avec l'art. 1151 CCfr., qui traite des dommages-intérêts en cas de dol du débiteur. Henri Motulsky dans un article paru en allemand dans la *RabelsZeitschrift* de 1960⁶² et cité en note de bas de page par von Tuhr et Peter, dans l'édition de 1974 du *Traité des obligations*⁶³, mentionne expressément l'exemple de Pothier, sans souligner toutefois clairement le lien avec le dol du vendeur, cette exigence découle r. de l'art. 1151 CCf toutefois. Or, le Tribunal fédéral cite ces deux textes dans son arrêt. A-t-il dès lors pris garde que la réflexion sur le dommage indirect en droit français était toujours liée au dol de l'auteur de celui-ci? Nous n'en sommes pas sûrs.

Comme au temps de Pothier, la situation du droit français diffère de celle du droit suisse, puisque l'art. 1645 CCfr distingue entre le vendeur

⁶¹ L'expression a été utilisée dans un contexte juridique pour la première fois en néerlandais par H.R. Hoetink («productief misverstaan») dans son discours rectoral, *Historische Rechtsbeschouwing*, qu'il a tenu comme rector magnificus le 10 janvier 1949 à l'occasion du 316^e anniversaire de la fondation de l'Université d'Amsterdam (Haarlem 1949) 25; pour des détails sur l'origine théologique de l'expression, cf. P. Pichonnaz, *The Retroactive Effect of Set-Off (Compensatio)*, in *TR*. 68 (2000) 541 ss., en part. 563 nt. 110. L'expression ne doit toutefois pas être comprise dans un sens péjoratif (cf. H.R. Hoetink, *Law as an object of historical reflexion*, in *Opera selecta* [Zutphen 1986] 133 ss., en part. 149); cf. cep. W. Kunkel, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in *Mélanges Koschaker* II (Weimar 1939) 8: «Dass historische Irrtümer schöpferisch wirken, ist nicht Ungewöhnliches». Depuis, l'expression a été utilisée par d'autres auteurs, cf. notamment R. Knütel, *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, in *ZEuP*. 2 (1994) 244 ss., 246. ⁶² H. Motulsky, *Die Zurechenbarkeit des Kausalzusammenhanges im französischen Schadenersatzrecht*, in *RabelsZ.* 25 (1960) 242 ss., en part. 248. ⁶³ Cf. A. von Tuhr, H. Peter, *Allgemeiner Teil* cit. 89 nt. 10.

qui ignore et celui qui connaît le vice; seul le second est tenu de réparer tous le dommage subi par l'acheteur, parce que sa connaissance est assimilée au dol, et donc à la règle de l'art. 1151 CCfr. Le premier ne doit que restituer le prix et rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente (art. 1646 CCfr.). En outre, tout comme Pothier, la jurisprudence de la Cour de cassation a étendu la portée de la réparation pour dol (art. 1645 CCfr.) au vendeur professionnel et au fabricant, tous deux tenus de connaître les vices affectant la chose vendue⁶⁴. La situation diffère dès lors de celle du droit suisse, qui prévoit à l'art. 208 al. 2 CO, une réparation du dommage direct, indépendante de toute faute du vendeur.

Le parallèle établi par le Tribunal fédéral ne fonctionne donc pas. D'une part, le Tribunal fédéral n'a pas examiné la question de savoir si le vendeur était un professionnel. En effet, si tel était le cas, il aurait pu admettre par extension le parallèle établi par Pothier. D'autre part, il souligne dans son arrêt que le vendeur n'a commis aucune faute, ce qui implique que non seulement il ne pouvait connaître le défaut, mais qu'il a fait tout ce que l'on pouvait attendre de lui pour l'éviter. La référence à Pothier aurait dès lors plutôt dû amener les juges fédéraux à rejeter l'obligation de réparer la perte subie par l'acheteur, en l'absence des conditions posées par le grand auteur français.

3.3. *Les pistes pour un recours approprié à Pothier.* – En cherchant à justifier historiquement la solution retenue par la doctrine majoritaire, le Tribunal fédéral a en fait omis de se poser une question centrale: Dans le Digeste (Ulp. D. 19.1.13 pr.) ou chez Pothier, quelle est la raison de la distinction? Ce n'est en effet pas tant la solution donnée par Pothier ou par le Digeste qui est essentielle, que le raisonnement qui les sous-tend.

Or, la préoccupation principale de Pothier était de trouver le juste équilibre entre la limitation de l'obligation de réparer du vendeur⁶⁵ et la volonté de sanctionner le dol de celui-ci. Ainsi, le critère de base de la réparation est la prévisibilité du dommage lors de la conclusion du contrat, «car le débiteur est censé ne s'être soumis qu'à ceux-ci»; en principe ce n'est que le dommage à la chose elle-même que l'on est censé avoir accepté.

L'extension au-delà de cette limite n'est admise que dans des circonstances spéciales: l'accord spécifique ou implicite du vendeur, le dol de celui-ci ou son impéritie s'il est un professionnel. Mais même dans ces situations spéciales, seul le dommage direct doit être réparé, probablement parce qu'il est en quelque sorte l'expression de la prévisibilité subjective du dommage par le vendeur. Ainsi, même en cas de dol, la responsabilité du vendeur n'est pas illimitée, mais restreinte à ce que le vendeur, connaissant le défaut, pouvait raisonnablement envisager comme dommage consécutif. Dans l'hypothèse de l'arrêt suisse, on peut légitimement douter que le vendeur ait pu prévoir la perte de près de deux millions de francs suisses liée à la remise d'un oiseau «défectueux», ce d'autant qu'il

⁶⁴ Civ. 1^{ère}, 19 janvier 1965, in *Rec. Dalloz* (1965) 389; *RTD Civ.* (1965) 665.

⁶⁵ Pothier, *Œuvres complètes* I cit. n. 160 (p. 135).

avait pris toutes les précautions et qu'il ne semblait pas connaître l'existence de l'important cheptel de l'acheteur.

L'intensité du lien de causalité dont parle le Tribunal fédéral pourrait dès lors se comprendre comme la concrétisation de la question de savoir si, *a priori*, le vendeur pouvait raisonnablement envisager qu'un défaut qu'il ne connaissait pas pouvait entraîner un dommage de l'ampleur ou de la nature de celui qui s'est produit. En d'autres termes, la perte de perroquets pour deux millions de francs suisses est-elle dans un lien de causalité si étroit avec le dommage que tout vendeur doit raisonnablement pouvoir s'imaginer que si, par hypothèse, le perroquet qu'il vend a un défaut, un dommage d'une telle nature et d'une telle ampleur va se produire. Dans le cas d'espèce et sur la base des faits retenus par l'arrêt, la réponse devrait être négative.

Sur la base de cette réflexion, force est de retenir qu'en droit suisse, dans la grande majorité des cas, le dommage consécutif au défaut ne devrait pas être mis à charge du vendeur qui n'a pas commis de faute.

La justification historique donnée par le Tribunal fédéral ne tient pas, car il a omis de saisir correctement le contexte dans lequel la distinction entre «dommage direct» et «autres dommages» s'était développée. Cette distinction repose effectivement sur l'histoire, mais il n'est pas possible de reprendre sans modification les critères adoptés à l'époque, dans le Digeste ou chez Pothier, sans modifier leur portée. En effet, les conditions de leur application ont changé, ce qui a un impact direct sur la justification de la distinction.

Ainsi, en appliquant la distinction développée à travers l'histoire non pas à l'hypothèse d'origine (vendeur ignorant – vendeur connaissant le défaut) du droit romain et de Pothier, mais à celle d'un vendeur quelle que soit sa connaissance du défaut, le Tribunal fédéral a méconnu l'importance d'identifier dans l'histoire la justification du traitement différencié des hypothèses. En effet, en changeant les conditions de l'application de la distinction «dommage direct» – «autres dommages», le législateur a modifié leur délimitation, probablement sans le vouloir vraiment. Au lieu de renforcer son argumentation, il l'affaiblit.

Si l'on entend encore appliquer le critère de distinction de Pothier en droit suisse, il faudrait considérer que le vendeur est tenu de réparer (sans preuve d'une faute de sa part) les dommages qu'il pouvait raisonnablement prévoir en envisageant que la chose vendue ait un défaut dont il ne connaît ni la nature, ni l'ampleur. Dans un tel cas, le «dommage direct» ne couvrirait que les dommages que le vendeur pouvait envisager abstraitement, soit parce qu'il est un professionnel, soit qu'il s'agisse du seul dommage consécutif possible en cas de défaut. On le voit, dans un tel cas, le dommage consécutif au défaut («Mangelfolgeschaden») ne pourrait être réparé sans faute du vendeur que dans des situations tout à fait exceptionnelles. Une telle situation exceptionnelle n'était certainement pas donnée dans le cas des perroquets.

A notre avis, le dommage consécutif au défaut ne doit en principe être réparé que dans les limites de la règle générale de la responsabilité

contractuelle, à savoir à la condition de l'existence d'une faute, certes présumée au sens des art. 97 CO et 208 al. 3 CO. La référence à Pothier doit en effet nous inciter à appliquer de manière restrictive l'art. 208 al. 2 CO au dommage consécutif au défaut.

III. CONCLUSION

Le droit est par essence historique. L'interprétation des concepts modernes est influencée par le contexte social actuel. Ces concepts portent toutefois en eux, implicitement, tout l'héritage du passé. En comprendre les origines, c'est pouvoir déconstruire des concepts ou des distinctions, pour décider ensuite en connaissance de cause s'il faut maintenir leur compréhension telle quelle ou s'il faut au contraire adapter notre compréhension.

Dans cette perspective diachronique, le droit romain compris dans un sens large répond à un besoin non seulement dans l'enseignement, mais aussi dans la réflexion des juges au moment de trancher des questions controversées. Le droit romain ne donne bien entendu pas des solutions toutes faites; il serait erroné de penser pouvoir reprendre une solution développée dans l'histoire sans tenir compte de l'évolution du contexte social et des besoins actuels. En revanche, l'analyse historique ou diachronique permet d'éclairer les enjeux et les questions, notamment en examinant la justification d'une solution moderne dans son origine historique.

Comme le montre notre exemple tiré de la jurisprudence suisse, il ne s'agit pas d'un exercice purement académique. Le bon usage du droit romain permet de renforcer une solution choisie, en explicitant les similitudes ou les différences d'un point de vue historique, mais aussi comparatif.

Renoncer à enseigner le droit romain et l'histoire du droit dans une perspective dogmatique, c'est se couper à moyen terme d'un lien nécessaire avec les origines de dispositions des codes et réduire ainsi l'aptitude à identifier les réminiscences du passé dans le droit contemporain. Celles-ci ne correspondent parfois plus du tout aux conceptions sociales modernes et doivent être adaptées, mais il n'est possible de le faire correctement qu'en connaissance de cause.

Toute décision judiciaire ne justifie évidemment pas une réflexion qui doit mener jusqu'au droit romain! Toutefois, des concepts centraux du droit des obligations notamment, mais aussi du droit de la responsabilité civile ou des droits réels doivent être éclairés pour être mieux saisis. C'est le rôle de l'Université d'aujourd'hui que d'assurer une formation qui permette aux juges de demain d'argumenter valablement dans un contexte méthodologique où le texte de la loi n'aura plus le même poids qu'il a eu au XIX^e siècle. L'enseignement de l'art de l'argumentation juridique et dogmatique développée depuis les Romains et renforcé par le droit savant donne un outil, parmi d'autres, à la formation du juge et du juriste de demain.

Sommario

DIRITTO ROMANO E FORMAZIONE DEL GIURISTA

- 1 Luigi Labruna, «Dai *Candida sarta* agli *Scritti scelti*: Capogrossi, quasi un'autobiografia»
- 9 Francesco Grelle, Peter Garnsey, Alan Rodger, Floriana Cursi, «Gli *Scritti scelti* di Capogrossi»

* * *

- 26 Sabino Cassese, «L'anatra di Goethe»
- 31 Paolo Grossi, «Il punto e la linea. Storia del diritto e diritto positivo nella attuale crisi delle fonti»
- 40 Natalino Irti, «Dalla formazione alla competenza»
- 43 Luigi Capogrossi Colognesi, «Un futuro senza storia?»

* * *

- 58 Pascal Pichonnaz, «Droit romain: enseignement, méthode et contribution à la réflexion du juge»
- 78 Martin J. Schermaier, «Römisches Recht für Juristen?»
- 90 Alessandro Corbino, «Dai giuristi agli esperti di settore»
- 95 Vincenzo Giuffrè, «Una continua ricerca»

TRADIZIONE ROMANISTICA E METODO STORICO-GIURIDICO

- 107 Valerio Massimo Minale, «Arangio-Ruiz e i *Basilici*: uno scritto (quasi) inedito»
- 119 Salvo Randazzo, «Diritto romano, potere e sovranità. Foucault e un'esperienza della modernità»
- 143 Gianni Santucci, «Diritti dell'autore in Roma antica?»
- 151 Adelaide Caravaglios, «*Exceptio doli generalis* e *actio de dolo malo*: prospettive diacroniche»

- 155 Felice Mercogliano, «Itinerari di (dis)continuità dal diritto romano ai diritti europei»

TRADIZIONE ROMANA IN TAGIKISTAN

- 171 Pierangelo Catalano, «Una nuova prospettiva indoeuropea»
- 174 Abdurachim G. Chalikov, Machkam A. Machmudov, «Diffusione e successi della tradizione romana in Oriente»
- 183 Machkam A. Machmudov, «La Lupa capitolina in Tagikistan»
- 191 Ato Chamdam, «Tra leggenda e attualità: la Lupa in Tagikistan»
- 194 Andrea Forti, «La questione indoeuropea tra archeologia e politica: la Lupa in Asia Centrale»

CIVIS, CIVITAS, LIBERTAS

- 201 Cosimo Cascione, «Romolo *sacer?*»
- 216 Witold Wołodkiewicz, «*Libertas non privata sed publica res est*»
- 222 Francesca Reduzzi Merola, «*Liber homo bona fide serviens*: alcune questioni»
- 227 Francesca Lamberti, «*Civitas Romana* e diritto latino fra tarda repubblica e primo principato»
- 236 Laura Solidoro Maruotti, «Il *civis* e le acque»
- 274 Giovanni Nicosia, «*Servus hostium e capitis deminutio*»
- 288 Fara Nasti, «Pomponio, Papiniano e Ulpiano in tema di capacità ereditaria delle cd. persone giuridiche (PHaun. *de leg. et fideic.*, verso, lin. 1-21)»
- 306 Caterina Montagnani, «Altri tempi, altri Presidi: quando la cattedra di storia romana era 'posto d'alto sapere bensí, ma anche di combattimento e di civili ardimenti'»

LE COSTITUZIONI

- 323 Loredana Cappelletti, «Le magistrature italiche. Problemi e prospettive»
- 339 David Kremer, «*Roma quadrata, Paestum* e lo spazio augurale»

- 346 Rosa Mentxaka, «¿El ‘funcionario de hecho’ en el derecho romano?»
- 357 Natale Rampazzo, «La *nominatio* e la responsabilità dei magistrati municipali»

PERSONE

- 373 Carla Masi Doria, «Schutzrechte, Humanität, Grundrechte»
- 386 Luigi Labruna, «*Suavissima soror*»
- 389 Francesca Del Sorbo, «*Iussum domini* e autonomia negoziale dei *servi*: la prassi giuridica campana»
- 406 Rosalía Rodríguez López, «Migración y trabajo en la Constantinopla del siglo VI»
- 420 Maurice Bazemo, «Le droit de l’esclave a son humanité. Les sociétés précoloniales du Burkina Faso»

DIRITTI REALI

- 429 Aránzazu Calzada, «*Lex Atinia de rebus subreptis*»
- 447 Raffaele Basile, «*Iura praediorum* e attività di *refectio*»
- 455 Armando Torrent, «Nuevos puntos de vista sobre la constitución y extinción de las servidumbres»
- 465 Fabiana Tuccillo, «Sulla *remissio servitutis*»
- 480 Orazio Licandro, «Appartenenza e alienazione»

LE FONTI

- 491 Salvatore Antonio Cristaldi, «Diritto e pratica della compravendita nel tempo di Plauto»
- 524 Nunzia Donadio, «*Promissio auctionatoris*»
- 558 Barbara Abatino, «Libri e storia della giurisprudenza romana»
- 572 Francesca Galgano, «I viaggi di un’operetta»
- 576 Iole Fargnoli, «Politica religiosa di Teodosio il Grande e abolizione delle Olimpiadi: tra Cedreno e il *Codex Theodosianus*»
- 584 Fara Nasti, «Sui *Gesta senatus de Theodosiano publicando*»

LA VALUTAZIONE

- 593 Cosimo Cascione, «Appunti in tema di valutazione: criteri per le riviste nell'ambito delle scienze giuridiche»
- 606 Giuseppe Galasso, «Pagelle per le riviste?»
- 608 «Documenti 2011»
I. Criteri per la valutazione della produzione scientifica (Tavolo dell'area 12); II. Criteri per una collana dipartimentale (Dipartimento di Diritto romano, Storia e Teoria del diritto 'Francesco De Martino', Università di Napoli Federico II); III. Proposta CUN 24.5.2011

PROFILI

- 621 Lucio Bove, «Rileggere i maestri: Mario Lauria»
- 632 Cosimo Cascione, «*Laicissimus clericus vagans*: Witold Wołodkiewicz»

RICORDI

- 637 Ignazio Buti, Felice Mercogliano, Alessandro Corbino, Lucio De Giovanni, Carla Masi Doria, Paola Santini, Ciro Attaianese, Edoardo Ales, Fulvio Pastore, Alfredo Contieri, Luisa Avitabile, Ella Hermon, Aglaia McClintock, «Franco Salerno con noi»
- 660 Aglaia McClintock, «Elenco degli scritti di Francesco Salerno»
- 668 Tullio Spagnuolo Vigorita, «Federico Maria d'Ippolito»
- 681 LIBRORUM INDEX, *a cura di Fabiana Tuccillo*

SESTA PAGINA

- 729 Francesco Guizzi, «Contesti, politiche e manuali»

PREMIO BOULVERT

- 733 «A Pierangelo Buongiorno l'Ottavo Premio Boulvert. La relazione della Commissione giudicatrice»
- 740 «Il bando del 'Nono Premio romanistico internazionale Gérard Boulvert'»

NOTIZIE

- 743 Luciano Minieri, «Israele, diritto antico e attualità»
- 744 Nunzio De Luca, «*Scientia rerum e scientia iuris*: Copanello XV»
- 747 Alessandro Manni, «Storia, teoria, codificazioni, diritti umani: un seminario italo-argentino a Napoli»
- 749 Valerio Massimo Minale, «Una nuova edizione di Teofilo»
- 750 Barbara Abatino, «La 'Société' a Barcellona»
- 756 Nunzia Donadio, «A Modena la Società Italiana di Storia del Diritto»
- 757 Virginia Amorosi, «Il diritto riparatore: processi alla storia»
- 762 Carlo Nitsch, «Cultura giuridica tra Italia e Argentina»
- 764 Paola Pasquino, «Storia e metodi di interpretazione dei *Digesta*: il IX Cedant»
- 768 Cosimo Cascione, «Storici del diritto a Stellenbosch»
- 770 Valeria Di Nisio, «Sulla *bona fides*»
- 770 Natale Rampazzo, «*Culpa* e responsabilità a Varsavia»
- 772 Federica Miranda, «*Quid est veritas?*»
- 776 Luigi Labruna, «'Mit der Reife wird man immer jünger': i settant'anni di Tullio Spagnuolo Vigorita»
- 777 Luigi Labruna, «Pseudonotizie romanistiche»
- 779 Luigi Labruna, «La scomparsa di Alan Rodger»

781 ABSTRACTS

INDICE

- 801 «Libri discussi»

Index ha frequenza annuale. L'abbonamento costa € 90,00 per l'Italia e € 110,00 per l'estero (annata arretrata € 110,00); va sottoscritto presso la *Casa Editrice Jovene*, 109 via Mezzocannone, 80134 Napoli, tel. 081/5521019 - 5521274 - 5523471; telefax 081/5520687 (c/c postale n. 14015804) - e-mail: info@jovene.it - www.jovene.it

Tutti gli ordini relativi alle *annate arretrate* vanno indirizzati alla *Casa Editrice Jovene* che ha in distribuzione anche i volumi di *Index* pubblicati dal 1970 al 1985 da altro Editore.

L'Editore, alla stampa del volume, fornirà a ciascun autore il proprio contributo, con copertina, in formato pdf. Estratti anticipati: rimborso al costo delle spese.

Index segnala *tutte* le pubblicazioni ricevute dalla Redazione. I libri di cui si desidera la recensione critica vanno inviati in duplice copia.

I libri per recensione o segnalazione, i manoscritti ed ogni altra comunicazione di carattere redazionale vanno inviati al professor Luigi Labruna, 149/a via Chiaja, 80121 Napoli, tel. e telefax 081/425885; fax 081/2534327.

E-mail: index@unina.it - labruna@unina.it - cascione@unina.it

L'indirizzo del «Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano» è il seguente: professor Pierangelo Catalano, presso ISPROM, I - 07100 Sassari, Piazza d'Italia 32, Casella Postale 81.