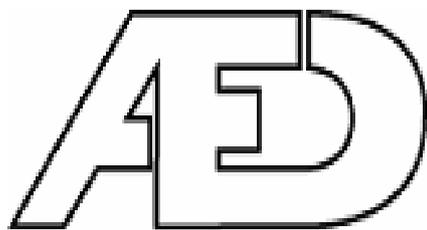


DROIT ROMAIN



SOMMAIRE

Chapitre I : Les sources du droit	p. 3
Chapitre II : La famille romaine	p.28
Chapitre III : Le mariage	p. 35
Chapitre IV : La capacité civile	p. 42
Chapitre V : La chose comme objet de possession	p. 53
et de propriété	
Chapitre VI : La possession	p. 63
Chapitre VII : La propriété.....	p. 77
Chapitre VIII :Les droits réels limités	p. 98
Chapitre IX : La structure de l'obligation	p. 108
Chapitre X : Les sources des obligations	p. 113
Chapitre XI : Les problèmes généraux	p. 124
des obligations contractuelles	
Chapitre XII : Le prêt de consommation (Mutuum)	p. 145
Chapitre XIII :Les conventions, contrats et pactes	p. 151
Chapitre XIV: Les divers contrats consensuels	p. 164

CHAPITRE I

LES SOURCES DU DROIT

1. L'ORDRE JURIDIQUE ROMAIN

Droit propre	Droit commun
Droit civil	Droit universel (établi par la raison naturelle)
Droit propre à la cité	Droit pour toutes les nations

1.1. LES 3 THESES DE GAIUS SUR L'ORIGINE ET LES SOURCES DU DROIT

1.1.1.

- Existence d'un ordre juridique possible, à condition qu'un certain niveau de civilisation pour que
 - organisation en communautés politiques possible.
 - vie selon normes (= lois + coutumes) qui règlent les rapports.

1.1.2. DEUX COUCHES DE NORMES

- droit civil: formé par droit de la cité
- *jus gentium*: pour tous les peuples, au-delà des frontières.

1.1.3. FONDEMENT DU DROIT CIVIL ET DU "JUS GENTIUM"

- Droit civil repose sur volonté particulière de cité.
- Jus gentium découle de la raison naturelle (philosophique): l'homme reconnaît des normes inscrite en lui par sa nature et qui sont universelles.

A. L'INTERDEPENDANCE DE L'ORDRE JURIDIQUE ET DU NIVEAU DE CIVILISATION

- "Là où il y a une société, il y a un droit". Le droit est inséparable de la société et il est aussi ancien qu'elle.
=> problème: origine du droit introuvable, car se perd dans les mythes et les légendes.
- Mais le début importe peu.
L'important = le passage et la transformation des règles primitives en des normes juridiques où une même volonté est exprimée: "ce que chaque peuple se constitue par lui-même".
Certes oracles, tabous et rites contenaient des éléments normatifs mais pas au niveau juridique.
=> Le droit doit s'émanciper de cet amalgame primitif pour prendre naissance. Il doit trouver des formes rationnelles avec des règles contrôlables et autonomes.
- On peut affirmer que la genèse du droit est liée à la genèse des sources du droit.
Lorsque ces normes manquent, la société est encore dans un état primitif. Pour les juristes romains, Rome dans une première phase était gouvernée de la main dominante des rois.
"Même aux origines de notre cité, le peuple commença à agir sans loi certaine, ni droit particulier et tout était gouverné par la main toute puissante des rois".
- La codification des Douze Tables marque le début de la république et une nouvelle étape dans l'histoire de Rome: peuple vit selon lois données à lui-même. On faisait remonter (à tort ou à raison) tout le droit civil et la procédure privée de cette codification.
En même temps que les Douze Tables et droit civil, les actions de lois sont nées pour que les hommes puissent débattre entre eux de leurs droits.
Les formes de ces actions devaient être certaines et solennelles pour qu'elles ne varient pas selon les peuples = actions légitimes.
=> Trois naissances simultanées: Douze Tables => droit civil => *legis actiones*.
- Mais on connaissait des lois antérieures à celles des Douze Tables: les *leges regiae*. Leur sens est énigmatique. Elles contiennent, en effet, un mélange de normes sacrales, de rites formaliste et tabous.
 - Exemple: loi attribuée à Numa Pompilius où **manifestation d'intervention divine**.
 - "Si la foudre abat un homme, il ne faut pas le relever au-delà des genoux. Si l'homme est tué par la foudre les funérailles régulières ne lui sont pas dues".
=> il n'y a aucune norme juridique
but: adopter comportement pour satisfaire les règles sacrales pour éviter la colère divine (déjà foudre).
=> les conceptions sacrales s'immiscent dans la sphère sociale.
 - Effort pour apaiser et socialiser les instincts primitifs de vengeance: par exemple, le meurtre.

"Si quelqu'un tue délibérément un homme libre, il sera déclaré meurtrier (parricide)".

=> La loi ne prévoit aucune sanction: déclare que auteur d'un homicide = parricide: => vengeance toujours possible.
 - Homicide par négligence

"Si la lance a échappé de la main plutôt qu'elle n'a été jetée, un bouc doit être offert".

Le sang du bouc payait pour le sang versé par l'auteur du délit. Du sang doit couler pour expier le sang versé.

=> pas de sanction juridique mais demande comportement spécifique.

- Avec les Douze Tables on abandonne ce monde primitif. Le droit met alors le fait normatif immédiatement en rapport avec la sanction qui en forme la conséquence juridique.

Exemple:

"celui qui mutile le membre (d'un autre) subit, s'il ne transige pas par un pacte, la loi du talion"...

=> la vengeance est réduite ou remplacée par des peines correspondant en nature et en proportion au délit commis.

=> Plus d'élément extra-juridique.

Coupable et victime liés par un lien juridique: pacte ou payer dédommagement.

Pour assurer ces normes: force contraignante réglé minutieusement par la loi même.

- Douze Tables = coupure définitive entre époque archaïque primitive et l'époque de la jeune république = communauté politique où règnent les lois et la coutume.

B. LES DEUX COUCHES DE NORMES: LE DROIT CIVIL ET LE DROIT UNIVERSEL

- Deux couches selon Gaius:

Droit civil, propre à chaque peuple

Droit universel, commun.

L'interpénétration de ces 2 couches est pour les juristes de cette époque, une vérité évidente.

L'Empire illustre cette situation: différents peuples gardent leur droit à l'intérieur du droit universel.

"Le droit civil est celui qui ne s'écarte pas totalement du droit naturel et du droit universel, sans leur être cependant asservi. Ainsi, ajouter ou retrancher quelque chose au droit commun, c'est établir un droit particulier à un peuple, c'est-à-dire un droit civil".

=> Droit civil + Droit universel = unité.

- Bipolarité intérieure du rapport du Droit civil et du Droit universel.

Droit civil	Droit universel
issu du droit formaliste = <i>jus Quiritium</i>	plus jeune plus élastique modelé par le prêtre et la jurisprudence

Tension entre ces deux pôles.

Source du développement du droit romain.

- Droit civil et droit universel se complètent.

Le Jus gentium:

- rapport entre les étrangers
- rapport des étrangers avec citoyens romains

- + ouverture aux citoyens eux-mêmes car = membre de la communauté humaine.
 - ⇒ des institutions fondamentales (comme les contrats) qui reposent sur la bonne foi sont attribuées au jus gentium, tout en étant incorporées au droit civil.
- Au cours des siècles, la distance entre ces deux couches se comblent en faveur du jus gentium. Le droit universel s'assimilera même au droit romain (simplifié).

- Notion de base du droit privé: la bonne foi.

Avant	Après
<i>Fides</i> Archaïque	<i>bona fides</i>
Contrat du jus gentium la parole et la lettre => droit formaliste	nouveau critère de fidélité et confiance => équité et justice engage tout homme en tant qu'homme de bien => <i>bonus vir</i> = figure - modèle à partir de laquelle on fixe la base de comportement honnête entre les gens.

- Pour les Anciens: *bonus vir* = un bon agriculteur et paysan expérimenté. (Cf. Caton).
Caton: nomination d'un *bonus vir* comme arbitre et expert. Ex. Location, vente.
Cf. Horace:

"L'homme de bien est celui qui respecte les conseils de ses ancêtres, qui observent les lois et les préceptes de droit".

- Cicéron est contre cette attitude figée et propose une acception éthique universelle qui oblige l'homme en tant qu'homme:

"l'homme de bien est celui qui se rend utile autant qu'il le peut, ne nuit à personne à moins qu'on ne le provoque injustement".

= presque art. 2 du CC.

"Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi.

L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi".

- => Tout en reconnaissant, les deux droits, les Romains ont opté pour un droit universel et humaniste: l'homme en tant qu'être humain droit précéder l'homme en tant que citoyen.

C. LE FONDEMENT DU DROIT CIVIL ET DU DROIT UNIVERSEL

Droit civil	Droit universel
= droit que chaque cité et chaque peuple se donnent à eux-mêmes, constitué par leur propre volonté. => le droit adhère à la personne, pas au territoire.	Son fondement repose sur la raison naturelle, conforme à la nature, immuable et éternelle. => rapport constitutif entre la justice, l'idée du droit et l'ordre positif du droit. "Le droit tire son nom de la justice".

<p>=> dépend de la particularité des peuples et de leur volonté.</p>	<p>=> Cicéron: "Il existe une vraie loi, c'est la droite raison;... cette loi est unique, éternelle et immuable s'imposera à toutes les nations et en tous les temps. Gaius: "Ce que la raison naturelle institue entre tous les hommes est observée de la même manière par tous les peuples et on l'appelle "<i>Jus Gentium</i>" parce que d'une certaine manière tous les peuples en font usage. => Pour Gaius: il existe un ordre universel de droit en usage chez tous les peuples. Mais contrairement à Cicéron, il renonce à identifier le droit et justice, ordre juridique et ordre éthique => Tout ce qui est permis n'est pas forcément honnête. L'ordre juridique n'est pas pour lui un pur fait empirique qui s'impose par la force. => Appel à la Raison contient une vérité: le droit puise ses racines dans la raison commune, unissant tous les hommes et tous les peuples.</p>
---	--

- Le droit élimine les pratiques arbitraires et empêche des décisions opportunistes.
 => pas soumis aux faits puisque raison naturelle.
 => au service de la justice.

2. LE CATALOGUE DES SOURCES DE DROIT ROMAIN

JURA POPULI ROMANI

- Inventaire des sources les plus importantes selon Gaius:
 - loi
 - plébiscites
 - sénatus-consultes
 - constitutions impériales
 - édits émanant de ceux qui sont pourvus du droit de les promulguer.
 - réponses des jurisconsultes.
- Certes, juxtaposées, mais portée différente de chaque source. Faut les regrouper pour comprendre le sens précis.
- ≠ concepts modernes homonymes où en premier lieu les lois.
- 1. Base coutumière

Première souche = droit civil = jus Quiritium c.a.d. réservé aux citoyens romains.

Droit de la cité (pour les Romains) dure depuis toujours et continuera d'exister.

Si désuétude, pas d'abrogation: règles et institutions restent comme des monuments sans fonction.

Institutions fondamentales du droit civil pas d'origine précise, elles reposent sur fond qu'on tentait de légitimer par allusion aux traditions et institutions des ancêtres = ordre incontesté de la cité.

=> coutume ≠ couche créant droit nouveau

= couche de normes existant depuis toujours

= dans cette couche, sources créant droit nouveau c.a.d. précision des règles anciennes + ajout de nouvelles norme ≅ droit civil écrit.

- Trois groupes selon Gaius:
 1. Sources légales: lois, plébiscites, constitutions impériales.
 2. Edits des magistrats: ceux des préteurs
 3. Responsa: avis de droit des jurisconsultes.
- Droit coutumier pas sur la liste, car faut distinguer entre:
 - le droit coutumier originaire, non écrit, et...
 - les différentes sources du droit écrit.
- Couche du droit coutumier se rétrécit sous influence 1. Des sources écrites, lois et senatus consultes 2. Des constitutions impériales 3. Effet du travail jurisprudentiel.
- => Droit a une nouvelle consistance et une structure scientifique
La coutume des anciens s'oublie puisque trouve le droit dans les responsa.
- Déjà du temps de Cicéron: nouvelle théorie: on pense que le droit est aussi formé de la coutume, l'ancienneté donnant force par la volonté de tous sans la nécessité d'une loi écrite. Les juristes classiques élevèrent la coutume au rang de source créative de même droit que les sources législatives. Mais que fonctions subsidiaires:
"Si pas de lois écrites => coutume et moeurs
=> cas les plus proches => droit en usage à Rome.

	Coutume = = décision du peuple que tous observent	Loi
Volonté	par son comportement en se conformant à l'usage	par son suffrage
abrogation	non-usage	volonté du législateur

- Comparaison avec art. 1 CC

CCS	Julien
Coutume au second rang	Coutume au second rang
3e rang: juge décide d'après doctrine et jurisprudence	3e rang: droit en usage à Rome
1e : loi	1e: lois écrites

- Existence d'une coutume de droit reconnue lorsque:
 1. Longévité de la règle, confirmée par usage constant.
 2. Acceptation de la règle en tant que règle de droit incontestée => légitimité normative.

A. LES LOIS, LA LOI DES DOUZE TABLES, LES LOIS PUBLIQUES, LES PLEBISCITES, LES SENATUS-CONSULTES ET LES CONSTITUTIONS IMPERIALES

- Les Douze Tables
 - Elles sont la première grande législation face au droit civil coutumier
 - 451 av J-C, lutte Plébéiens/Patriciens => esprit d'apaisement et de conciliation.
 - remet pas en question le droit, mais veut préciser, fixer les règles devenues incertaines, ambiguës.
 - Rares innovations et seulement sur points litigieux entre les 2 groupes de la population.
 - Souci pratique, pas systématisée.

Contenu:

 - sommation en justice et exécution
 - problèmes concernant la famille
 - problèmes de succession
 - rapports créancier /débiteur
 - problèmes entre fonds et maisons voisines
 - *usucapion* (délicate)
 - délits contre la personne, les biens familiaux
 - funérailles régies par droit sacré.
 - Ordre peu cohérent => aucune intention de codifier et systématiser.
 - Douze Table intégrées dans droit coutumier mais donnent nouvelle forme stable de l'écrit. => contours incertains précisés par la lettre de la loi
 - => Prépondérance des Douze Tables rapidement.
 - => source de droit par excellence.
 - => absorba le droit coutumier.
- Peu de législations dans le droit privé
 - une quarantaine
 - les plus importantes:
 - *lex Aquilia* : endommagement illicite
 - *lex Cincia*: donation entre époux
 - *Lex Laetoria*: protection des mineurs de 15 ans.
 - *lex Aelia Sentia*: affranchissement
- Les leges rogatae
 - votées par le peuple aux comices
 - + ensuite plébiscites
 - dictées par l'opportuniste et politique du moment.
 - changement de style:

Douze Tables: grave, solennel
législation républicaine: tatillonne, pédante.

- Leges Papiae Poppeae et leges juliae
 - dernières lois votées par le peuple:
vaste réforme du mariage et de la famille
=> fin de ce type de loi.
 - Forum ≠ place où se réunissait un peuple libre.
- Senatus - consultes et constitutions impériales
 - Durant l'Empire, législation aux mains de l'Empereur.
 - soit directement, par les constitutions
 - soit indirectement, par les Senatus - consultes.
 - Mais le Sénat fut vite écrasé par autorité de Empereur.

B. LES EDITS DES MAGISTRATS, L'EDIT PERPETUEL DU PRETEUR

B.1. LES DEBUTS

- D'abord, édits des magistrats ≠ source authentique du droit, puisque = principes de l'exercice du mandat d'un magistrat.
Principes proclamés *in contione* (plus tard affichage).
- Edit le plus déterminant = édit des préteurs chargés de la juridiction en matière de droit privé.
≈ charte de juridiction = liste des actions + conditions pour lesquelles préteur accordait sa protection.
- Elaboration des édits
= oeuvre des juristes qui entouraient le préteur.
R) Reproduction de édit des prédécesseurs par le nouveau préteur: seul quelques modifications.

B.2 DEVELOPPEMENT

- Vite, édit = forme immuable et traditionnelle
=> juridiction stable
=> confiance possible dans juridiction.
→ Cicéron parle de *lex annua* => aucun changement brusque.
→ Hadrien (138) confie rédaction définitive de l'Edit: *edictum perpetuum* à Salvius Julianus, célèbre juriste => transformation en source de droit authentique.
- Fonction de l'édit des préteurs
Adapter l'ancien droit civil aux nouveaux besoins d'une société plus évoluée (auxquels le droit privé devrait faire face).
→ Papinien: droit prétorien = introduit par les préteurs pour appuyer, suppléer, corriger le droit civil suivant l'utilité publique.

B.3. FONCTION DU PRETEUR

- Pouvoir et rôle du préteur

- Ouvrir ou fermer les voies de la procédure (puisqu'il détermine conditions de l'exercice des actions).
- Ecarter le formalisme rigide du droit civil => dégager les intérêts réels des parties.
- Introduire le critère de bonne foi dans les contrats.
Poursuivre l'abus de droit par *l'actio doli*.
Empêcher tout comportement dolosif par l'exception pour dol.
- Compétence du préteur
 - aller au-delà du droit civil:
accorder une action sur la seule base des faits allégués si ils ≈ dignes de protection.
 - modifier ancienne action du droit civil => élargir conditions de base.
- => Riche gamme d'actions
 - => centre de gravitation du droit privé
→ juridiction du préteur et de l'Edit.
 - => restructuration du droit par les actions.
Droit sans action sert à rien
Droit + action = unité indissociable.
- Structure de l'Edit
Selon ordre de la procédure:
 1. Sommation en justice + actions qui la garantissent
 - d'abord procédure ordinaire
 - puis procédure extraordinaire
 2. Exécution + annexes concernant actions spéciales (ex: édiliciennes).
Répartition selon la pratique, pas selon systématisation, division selon critères de droit moderne.
- R) Edit = Règlement qui émanait d'un magistrat et qui demeurait en vigueur durant toute sa magistrature.

C. LA JURISPRUDENCE, LES "RESPONSA PRUDENTIUM"

- Selon Gaius
avis juridiques = sources du droit
alors que juristes aucun mandat pour légiférer.
Mais à travers leur travail, => cohérence interne, précision du langage et autonomie scientifique du droit romain.
- Partie du droit jurisprudentielle et interprétative. Si grande importance => identifié avec droit civil.

C.2. JURISTES

- Issus du collège des Pontifes, ordre professionnel à part: aristocratique et élitaire.
↔ rhéteurs, avocats du barreau, politiciens.
- Fidèles à l'ancienne pratique pontificale des consultations sans demander de rémunération.
- Jeunes adeptes les entouraient et apprenaient leur métier dans la pratique judiciaire.

C.3. OPPOSITION RHETEUR/JURISCONSULTES

Partisans de la nouvelle rhétorique	Jurisconsultes d'antique lignée
<i>Servius Sulpicius</i>	Quintus Mucius
<ul style="list-style-type: none"> • Rhétorique passionnelle et fourbe • Agilité à changer de front. Procédure = instrument efficace dans les joutes rhétoriques.	<ul style="list-style-type: none"> • Jurisprudence consolidée par une méthode pas empruntée aux arts hellénistiques. • Noble place pour un praticien: succéder à l'autorité héréditaire des pontifes.
<ul style="list-style-type: none"> • But: convaincre, prêter sa parole à n'importe quelle partie. 	<ul style="list-style-type: none"> • But: trouver le droit tel qu'il existe conforme à la justice et à l'équité.

C.4.

- De plus en plus, juristes cèdent le champ des plaidoiries aux rhéteurs. Se libèrent des affaires de routine et de la rédaction des actes juridiques → scribes.
- Activité
Elaborer les *responsa* sollicités pour des cas concrets et publiés dans recueils = littérature juridique.
= spécialité des juristes.
=> s'imposent par leur autorité et leur compétence.
= création d'une tradition jurisprudentielle et casuistique qui caractérise tout le droit romain.

C.5. INUTILE REFORME

- Réforme de la vie judiciaire jamais abouti à codification de type hellénistique.
- Auguste vise compromis entre ancienne tradition républicaine d'une jurisprudence indépendante et nouveau régime impérial de type centralisateur.
Réorganise la pratique des *responsa* qui pouvait ≈ avis munis de son autorité. Privilège pour groupe restreint des jurisconsultes de haute qualité.
=> gagne leur adhésion et leur collaboration au nouveau régime du Principat.
=> sauvegarde la jurisprudence romaine fondée sur la casuistique.
- Avis de droit, *responsa* jouissent d'une telle autorité → véritable source de droit, très généralement admise.

3. LA GENESE DE LA JURISPRUDENCE ROMAINE EN TANT QUE SCIENCE DU DROIT

- "Jurisprudence = connaissance des choses divines et humaines et la science du juste et de l'injuste". Ulpien "Le droit est l'art du bon et du juste". Celsus.
=> conception de la jurisprudence romaine élevée au rang de science.

= mérite des juristes d'avoir créé une vraie science du droit.

- Placée parmi les sciences pratiques:
 - = le travail du juriste
 - d'examiner les cas concrets
 - de les évaluer du point de vue juridique.
 - ⇒ connaissance du monde et de la vie de la part du juriste: connaissance de la réalité sociale et des idéologies qui l'animent.
 - ⇒ juriste ≠ spécialiste
mais doit connaître diversité du monde qui entoure le droit.
- L'apport du juriste
 - Il dispose de la science du juste et de l'injuste.
 - Il enregistre et mémorise les règles mais en plus il les formule et les applique avec méthode et rigueur.
 - ≠ philosophe → notion générale
= examinateur de ce qui est concrètement juste et injuste.
- La jurisprudence = l'art du bien et de l'équitable, puisqu'elle évalue les intérêts, ce qui exige une compétence scientifique et une finesse inventive.
- Ces définitions rejoignent une tradition qui remonte à la vieille jurisprudence des anciens: époque des Douze Tables (-451).
- Trois conditions qui ont élevé la jurisprudence à un niveau scientifique
 1. Etablir le droit en tant que domaine autonome se présentant sous un aspect formel cohérent.
 2. Développer une méthode reposant sur des principes stables, permettant de vérifier les conséquences juridiques.
 3. Systématiser la pensée juridique pour en garantir la cohésion en règles, principes et institutions de droit.
- Au Ve siècle déjà, les prémisses scientifiques étaient en place.
Le collège des Pontifes avait établi in ordre stable et sûr.
 - entre les dieux et la cité
 - entre les hommes dans la cité.Les pontifes ont créé le langage, les formules rituelles conformes au *fas* et au *jus*
 - pour assurer bons rapports avec puissances divines
 - pour garantir paix de la cité.= langage formaliste
Les pontifes ont donné aux institutions de base leur forme juridique; ils ont fixé les conséquences des actes juridiques, ont déterminé le sens exact des paroles et décidé de leur efficacité.
Ils ont transposé les règles formelles du droit sacré aux institutions de droit privé, tout en séparant le *fas* et le *jus*.
→ Leur autorité était incontestable.
Leur interprétation valait pour toutes les lois.

- Certes, il fallut des siècles pour que cette science se débarrasse du formalisme et qu'elle parvienne à établir le rapport qui relie le droit extérieur au véritable droit dirigé par la Justice.
Homogénéité et solidité du droit acquise grâce au travail des pontifes et jurisconsultes.
- La méthode des jurisconsultes d'évaluation et d'interprétation des faits.
 - Lorsque
 - l'aspect utilitaire du droit
 - le simple mode d'emploi des règles et des formules juridiques
 → plus satisfaisantes
 - ⇒ élévation au niveau scientifique pour approfondir questions → à leur ultime fondement.
 - Mutation possible grâce à la confrontation de la jurisprudence avec la philosophie grecque et le modèle de science qui lui était approprié.
 - ⇒ La jurisprudence avait alors besoin d'un fondement rationnel.

A. LA JURISPRUDENCE ROMAINE ET LES SCIENCES HELLENISTIQUES.

- L'ampleur de la pénétration des sciences hellénistiques et de leur méthode dialectique dans le monde romain n'égale jamais celle de la période de la philosophie grecque.
- Philosophie (-100) avait perdu de son élan, établie dans les hautes écoles, elle continuait sans originalité sur sa lancée.
Objet:
 - littérature scolastique
 - sujets de discussion traditionnels, répétitifs.
 - + penchant vers sciences spécialisées: grammaire, logique, rhétorique.
 Coutume: séjour du jeune romain dans ces hautes écoles pour parfaire éducation et formation.
- Conséquence
 - assimilation d'une science édulcorée par la voie scolaire
 - effleurement des différentes doctrines philosophiques grecques
 - prônement d'un rationalisme éclectique et sceptique
- Apparition des intérêts typiquement romains
 - logique + dialectique considérées comme des branches propédeutiques
 - éthique + rhétorique devenaient les matières préférées.
 C'est l'aspect pratique qui intéressait les Romains. Tout devait servir à l'action et à la politique. L'éthique stoïcienne se transformait en une sorte de code de comportement des milieux intellectuels romains.
- Structure systématique et conceptuelle des artes hellénistiques + utilisation des définitions et divisions
 - la topique obtenait la préférence, car très proche de la méthode casuistique qui argumente par pro et contra pour trouver solution adéquate.
 - La rhétorique proposait une nouvelle doctrine d'interprétation.

=> défendre avec souplesse les différents points de vue d'interprétation.

- Cicéron

- Concrétisation de ces tendances dans différentes tentatives de restructuration de la science juridique.

- Grand projet de Cicéron: droit civil transformé en une "ars".

Mais Cicéron ≠ juriste.

R) Homme nouveau = pas de souche aristocratique.

Pas de rival sur le plan philosophique, mais enviait prestige des juristes praticien et traditionaliste; car il aurait voulu pouvoir proposer une voie nouvelle vers une science du droit basée sur la dialectique et la rhétorique.

Rêve = transformer jurisprudence en science systématique.

- Mais ce qui était bon pour la rhétorique ne l'était pas pour la jurisprudence.

- ⇒ moulage peu exact des sciences dialectiques ne pouvait servir de modèle à la jurisprudence qui disposait déjà d'un langage précis et d'une méthode traditionnelle solide.

B. LA VOIE PROPRE DE LA JURISPRUDENCE ROMAINE

B.1. CHANGEMENT

- Avec la définition de Cicéron du *jus civile*.

- ⇒ ouverture du droit vers le domaine des valeurs éthiques universelles

- ↔ juristes classiques.

- Droit axé sur la justice et l'impartialité (dans affaires et procès)

- Formalisme disparaît. Belles règles formulées par la philosophie stoïcienne le remplacent: les *juris praecepta*.

Elles expriment les grands principes des 3 domaines du droit privé:

1. Droit des personnes liées à une vie honnête.

2. Droit délictuel fondé sur la défense de léser autrui.

3. Droit contractuel dirigé par le devoir de donner à chacun son dû.

- Juristes s'inspiraient de idéologie et de l'éthique des grands courants philosophiques.

Mais ils s'opposaient à une systématisation dialectique de la jurisprudence.

Car pour eux, l'ordre social, ordre contraignant devait se fonder sur des sources positives pour s'imposer et non sur de vagues idéologies, ou des doctrines spéculatives.

- Attention, réticence des juristes ≠ obstruction aux méthodes scientifiques de la philosophie.

Mais s'en servaient là où utile:

- pour formuler des définitions

- pour établir des règles

- pour procéder à une division logique.

- cf. Labéon

- ⇒ Juristes n'avaient donc pas oublié tout le savoir scientifique, issu de la philosophie et des sciences hellénistiques.

- Mais, pour eux, droit = leur propre domaine

≠ 8e discipline des *artes liberales*.

B.2. CONSEQUENCE: CASUISTIQUE

- La science juridique romaine restait enracinée dans la casuistique = base du raisonnement juridique, puisque c'est dans le cas concret que le droit est mis à l'épreuve (↔ Cicéron).

1. Fondement de la casuistique: *Responsa les responsa* à la forme très tôt traditionnelle.

Les *responsa* reposent sur la distinction entre fait et droit. Faits pas examinés par jurisconsultes, mais présumés comme fondement et prémisses de la question juridique. Les *responsa* résument le cas de façon la plus condensée possible = concentré des éléments nécessaires.

⇒ Les *responsa* donnent une sentence courte et brève, = souvent un seul argument.

Cas (réduite à un austère diagramme) se transmutent en règles abstraites que on peut réinvestir dans de nouveaux cas semblables = tissu dense de règles et de jurisprudence.

Casuistique de 2e degré

Faits concrets épurés retiennent les éléments juridiques nécessaires pour justifier la conséquence juridique.

⇒ plus de contexte social:

- pas le nom des parties
- pas le rang social
- pas la valeur effective du litige

⇒ appellation générique

- vendeur, locataire
- un Titus, un esclave

⇒ discussion purement juridique.

La littérature formée par ces *responsa* porte des titres caractéristiques

- Quaestiones - problèmes
 - Sententia - sentences
 - Opinionones - avis de droit
- = marque du caractère casuistique.

- Orientation vers les cas concrets demeure, même lorsque jurisconsultes entreprennent le commentaire des sources légales ou édictales (Ier s).

Volonté:

- non la systématisation des normes
- mais la concrétisation des normes dans des cas concrets.

⇒ L'orientation de la jurisprudence reste la même:

- elle va du cas vers la règle et
- elle délimite la règle en fonction du cas.

→ Illustration de Paul:

"La règle définit en bref l'essence d'une chose. On ne déduit pas le droit de la règle mais on forme la règle selon le droit qui existe. Par la règle on retient un résumé bref des choses et, une sorte d'exposé des faits qui perd son utilité dès qu'il est altéré".

témoignage de la cristallisation de différentes tendances méthodologiques dans les règles juridiques.

← => priorité à la règle casuistique subordonnée au jus et réadaptée à chaque application face des solutions casuistiques.

- Application de ces règles

Elles encadrent les actions: sujets de toute discussion juridique. Elles délimitent leur champ d'application, structurent leur contenu et évaluent leurs fonctions.

2. Dans ce tissu de règles, formation de quelques "noeuds" résistants qui se sont imposés comme des règles autoritaires et normatives.

Les juristes ne les admettaient qu'avec précaution, puisqu'elles coupaient court à une discussion.

Forme: dictum, adage =>

Contenu: immuable qui dans le concret les rendait fausses ou inexactes.

→ Exemples:

- personne ne peut décéder
laissant son héritage en partie aux héritiers institués, en partie aux héritiers légaux
- personne ne peut stipuler pour autrui
- ...
- la règle catonienne définit que tout legs qui n'aurait pas produit effet, si le testateur était mort aussitôt après avoir fait son testament, resterait sans valeur, quel que soit le moment du décès du testateur.

Règles exprimaient une vérité dogmatique, objective = désignées comme des *regulae juris* ou des *regulae juris* civils ≠ règles casuistiques (= vrai corps jurisprudentiel)

3. Troisième type de règles qui résument une institution en donnant sa définition.

Règles permettaient de ranger et de classer les institutions de droit (utiles comme point d'orientation dans le développement de la casuistique).

Règles figuraient dans la littérature didactique des institutions: les plus connues les *Institutiones* de Gaius.

- Attention: pas schématiser pensée juridique romaine, ni sa méthode, ni ses règles; car jurisprudence toujours en mouvement, jamais figée
 - ni dans une *stare decisis* aveugle
 - ni dans des déductions *more geometrico*
 - ni dans une conceptualisation outrée.

La casuistique évolutive a donné au droit romain sa vitalité.

C. HISTORIQUE DE LA JURISPRUDENCE ROMAINE

- Jurisprudence élevée à dignité de science.
Elle repose sur une tradition élaborée par les jurisconsultes à travers les générations.
=> langage objectif, précis et libre de toute émotion.
- Juristes partagent le sentiment d'être liés les uns aux autres par une même tradition.
=> respect mutuel
=> sens de la coopération
=> solidarité
- Nouvelle solution fait référence aux opinions précédemment énoncées.

- => citations
- => reprises
- => critiques
- => confirmations des opinions
- => Tissage de tout un réseau jurisprudentiel.

- Certes nuances personnelles des juristes, mais = nuances inhérentes à la même disposition, ≠ véritables antagonismes méthodologiques.
R) ≠ juristes interchangeables.
- Historique de cette jurisprudence: du IIIe s. Av. J-C: → IVe après

a) La période des *veteres*, les anciens juristes: IIe → Ie

- Contexte
Révolutions sociales, politiques, intellectuelles.
Expansion
- *Veteres* → fondements du droit romain classique
Trois représentants vénérables: *Publius Mucius Scaevola*, *Brutus et Manilius*.
- Peu de traces.
Cicéron nous renseigne sur l'esprit qui animait cette génération de juristes.
- Ils ont façonné une jurisprudence autonome (pas convertis à rhétorique et philosophie).
- Plus de formalisme stricte mais jurisprudence fonde le droit sur l'équité, la bonne foi et l'honnêteté.
- Ouverture du débat entre jurisprudence et rhétorique grâce aux *veteres*.
=> nouvelle éthique du droit, centrée sur le *bonus vir*.
Mais ≠ *jus civile in artem redactum*
≠ transformation en science hellénistique du *jus civile* (Cicéron).
- Ils poursuivent leur propre cheminement dans la casuistique et profitent des nouvelles possibilités: dialectique et sciences hellénistiques.
 - 1) *M. Porcius Cato Censorius* (234 - 149 av. J-C:)
 - 2) *Quintus Musicus Scaevola, pontifax* (140-82 av. J-C)
 - 3) *C. Aquilius*(? - 44 av. J-C)
 - 4) *Arcus Tullius Cicéron* (106-43 av. J-C.)
 - 5) *Servius Sulpicius* (? - 43 av. J-C)

b) La jurisprudence classique (Ie et IIe siècle. Ap. J-C: = Principat)

- → 3 dynasties propices au développement de la jurisprudence romaine.

1. La jurisprudence de l'époque julio-claudienne = époque de la formation de la jurisprudence classique.

- Deux évènements:

1. Création du droit de donner des avis par l'autorité de l'Empereur.
 - privilège accordé à certains juristes compétents
 - juristes dévoués au Prince et à son régime
 - R) Engagement croissant des juristes dans l'administration, carrière plus intéressante que celle de la magistrature.
2. Division des juristes en 2 écoles: Proculiens et Sabinien.
 - ← comme jurisprudence saturée, => figée dans problèmes doctrinaux et de controverse incessante.
 - Ecoles ≠ écoles élémentaires de droit, = associations de juristes.
 - Elles unissaient les disciples et amis à la personne et aux opinions d'un maître plutôt que sur une tradition dogmatique.
 - a) *Marcus Antistius Labeo* (50 av. J.C. → 21 ap- J.C.)
 - b) *Proculus* (70 ap. J.C.)
 - c) *Massurius Sabinus* (50 ap. J.C.)
 - d) *Capito* (22 ap. J.C.)

2. La jurisprudence à l'époque des Antonins : Hadrien, Marc-Aurèle = époque classique

- Contexte
 - Epoque la plus brillante de l'histoire de Rome => apogée de la jurisprudence
- Empereurs entourés d'excellents juristes: tâches importantes dans administration.
- Riche littérature jurisprudentielle
- Fin des disputes des écoles.
- => la qualité de l'*ars boni et aequi* et maîtrise de la technique juridique.
 - a) *Priscus* (150 ap. J.C.)
 - b) *Celsus* (100 ap. J.C.)
 - c) *Julianus* (II^e s ap. J.C.)
 - d) *Pomponius* (II^e s ap. J.C.)
 - e) *Quintus Cervidius Scaevola* (III^e s ap. J.C.)
 - f) *Gaius* (II^e s ap. J.C.)

3. La jurisprudence à l'époque des Empereurs Sévères: Septime Sévère, Caracalla, Sévère Alexandre = époque postclassique....

- Juristes occupent charges les plus importantes dans l'administration:
 - Direction des chancelleries
 - Sièges au Conseil de l'Empereur .
 - Place du préfet de la garde: couronnement d'une carrière (investi de juridiction impériale, conseiller de l'Empereur dans affaires judiciaires, possibilité de le remplacer comme dernière instance de recours).
- Riche travail littéraire des juristes.
 - grands commentaires sur l'Edit et sur le *jus civile*
 - recueils traditionnels des *quaestiones, responsa, institutiones*.

→ Digeste de Justinien = source principale de cette littérature

- Juristes = personnalités de haut rang et de haut niveau.
Effort: préserver héritage du droit romain.

→ oeuvre de synthèse.

- Affaiblissement dans analyse juridique

Quelques chef-d'oeuvres:

→ *libri responsorum* de Papinien

a) Papinien (212 ap. J.C.)

b) Paul (200 ap. J.C.)

c) Ulpien (224 ap. J.C.)

d) Modestin (244)

4. LA CODIFICATION DU DROIT ROMAIN SOUS JUSTINIEN. LE *CORPUS JURIS CIVILIS*

A. LE DECLIN DE LA JURISPRUDENCE ET LES PRECURSEURS DE LA CODIFICATION EN OCCIDENT.

A) L'EXTENSION DU DROIT VULGAIRE

- Après l'examen de l'efficacité concrète de tout ordre juridique, on remarque qu'il s'émousse dans la vie quotidienne, car il subit les influences des différents milieux.
⇒ Tout en adhérant au même droit, des pratiques propres s'établissent: coutumes, usages.
⇒ Loin des grands centres juridiques, le droit est figé dans la routine et traditions locales. Le droit du Grand Empire n'y a pas échappé.
 - Jurisconsulte Julien déjà confronté aux courants coutumiers. Il les accepte, mais rappelle que si coutume imprécise → référence au droit en usage à Rome
 - Cependant, droit romain reste omniprésent, (traces dans le monde entier). Malgré omniprésence, des éléments "vulgaires" s'accumulent à l'intérieur de ce droit, éléments qualifiés de *vulgo dicta*, de réglée simplifiées par les juristes.
 - Changement définitif au IV^e siècle:
 - Langage juridique supplanté par une rhétorique bornée et servile.
 - Maîtrise du droit classique se perd, malgré apparente autorité des oeuvres classiques.
Mais ces oeuvres sont reproduites et recopiées, sous forme abrégée de:
 - * épitomés
 - * florilèges
 - * *libri singulares*
 - * extraits
- ⇒ deviennent des oeuvres courantes
- *Tituli ex corpore Ulpiani*
- *Sententiae Pauli*

Paul juriste préféré. Pour son prestige: gloses + opinions erronées...
 ⇒ critique des textes impossible éditeurs n'en sont d'ailleurs plus capables.
 ⇒ Tout devient incertain + erreurs des mauvais copistes.
 ⇒ Juristes comprennent mal, donc se soumettent aveuglément.
 On cite les juristes classiques, les récite; on s'en tient qu'à la lettre.

- Mais pluralité des opinions divergentes des anciens juristes crée des difficultés => Solution: développement des règles de citations: voix, plus arguments
 - Empereur Constantin (321): interdiction de se référer à Paul et Ulpian.
 - Mais un an plus tard, il canonise les écrits de Paul.
 - Sous Valentinien III et Théodose II: mesures draconiennes: établit liste des juristes possibles de citer devant les tribunaux: Paul, Ulpian, Modestin, Papinien, Gaius + juristes cités par ces derniers.
 - Si aucune doctrine majoritaire
 => opinion de Papinien décisive.

B) LES PRECURSEURS DES CODIFICATIONS EN OCCIDENT.

- Etat précaire des sources juridiques exigeait un remaniement:
 - reprendre le droit éparpillé des constitutions impériales
 - trier les écrits mal conservés des juristes
 - réunir le droit tout entier en une collection d'autorité officielle
 = une codification
- Des recueils privés existaient déjà
 - Codex Gregorianus
 - Codex Hermogenianus
- Théodose II projeta
 - une véritable codification du droit impérial
 - et du droit de la jurisprudence
 => projet vite abandonné pour la jurisprudence au profit de la codification des constitutions impériales.
 - Codex Theodosianus.
 - Consacré au droit public principalement: lois édictées depuis Constantin.
- Invasions barbares au Ve s.
 Population romaine doit s'habituer à vivre sous la domination des envahisseurs Goths et germains:
 - conservation de langue, coutume, droit
 - mélange progressif avec culture romano-chrétienne.
 Goths assimilèrent le droit romain, (↔ à l'habitude) car ils avaient besoin de la sympathie de leurs nouveaux sujets romains.
- Codifications tardives du droit romain ont été vitales pour la survie du droit romain .
 = pont entre la tradition romaine et le Moyen Age
- Codification les plus importantes.
 - Theoderici, Edictum sous Theoderici II
 - Codes Euricianus, sous Euric

- Lex romana visigothorum par Alaric II = au Moyen Age, le bréviaire d'Alaric
- Lex romana Burgundionum, sous Gundobad

B. LA CODIFICATION SOUS L'EMPEREUR JUSTINIEN

- Contexte historique
 - Monde romain antique cède la place à l'Empire byzantin
 - l'Empereur se situe lui-même dans la sphère divine.
Son empire: *orbis terrarum* = nouveaux peuples conquis (≠ plus *populus romanus*) romanisés et baptisés.
⇒ l'empereur vainqueur, pieux, heureux et radieux et toujours auguste triomphe sur tous ces peuples: apothéose du souverain absolu ↔ vieux titres des empereurs romains.
- Arrivée de Justinien sur trône de Byzance = redressement et restauration du vieil empire grâce à sa prévoyance, sa ténacité et sa sagesse.
- Trois grandes idées de sa politique restaurative:

1. Unité de l'Empire romain

- Grâce à ses armées et à sa diplomatie.
Grâce à 2 valeureux généraux:
Bélisaire et Narses
=> bat les dangereux peuples slaves
=> établit la paix aux frontières perses.
- Belisaire
 - soumet définitivement les Vandales.
 - reconquiert l'Afrique du Nord
 - mène la guerre en Italie et en Espagne
→ arrache Rome aux Ostrogoths
étend frontières de Empire jusqu'en Italie du Nord.
 - 540, triomphe à Ravenne contre Ostrogoths.
=> Empires romains d'Occident et d'Orient à nouveau réunis.

2. Unité de l'Eglise chrétienne

- .But: préoccupation politiques et engagement personnel, puisque l'Empereur lui-même prenait part à la discussion théologique et se considérait comme le maître de toute l'Eglise.
- Il nommait, révoquait patriarches et évêques. Il les réunissait dans le Concile oecuménique de Constantinople.
→ Apogée: Ste - Sophie (cathédrale)

3. Unité du droit romain

- Le droit romain devait stabiliser le nouvel ordre politique et la paix de l'Empire.
- Restauration du droit romain aboutit à la codification.

- des constitutions impériales en un Codex legum .
- de la jurisprudence classique en un Codex Juris.
- du Manuel des institutions de Gaius dans les Institutiones.
- Codification possible grâce à :
 - a) réforme des études et de la science du droit.
 - b) par l'étroite collaboration des professeurs et des juristes praticiens, présidés par Tribonien.

A) LA REFORME DU DROIT ET LA REFORME DES ETUDES JURIDIQUES

- Empire d'Orient, porteur de la culture greco-hellénistique, fut moins exposé aux invasions et => réussit à maintenir ses grands centres d'études et ses Hautes écoles de lettres, de rhétorique et de philosophie.
 - Athènes
 - Alexandrie
 - Antioche.
- Parmi les écoles de droit:
 - Beyrouth
 - * rayonnement sous Dioclétien déjà
 - * Beyrouth avait gardé son *jus italicum* et sa culture latine obtenu lors de sa colonisation romaine.
 - * => bonnes assises aux études de droit.
 - Constantinople (= nouvelle Rome)
 - * école fondée par Théodosie II
 - ⇒ Ces 2 écoles jouissaient de la faveur impériale. Leurs diplômes = haute distinction, mais surtout une condition indispensable pour faire carrière dans la haute administration ou pour devenir avocat dans les hauts tribunaux.
- Enseignement du droit
 - Organisé selon un plan d'étude axé sur l'exégèse des textes classiques ↔ écoles classiques: discussion entre juristes.
 - ⇒ grâce à cette approche philologico-interprétative, textes acquièrent une valeur normative.
 - ⇒ Renaissance de la jurisprudence sous la forme d'une science littéraire, exégétique.
 - Son but: conserver et restaurer les écrits classiques.
 - Les professeurs de droit jouissaient d'une grande réputation et étaient rétribués par l'Empereur lui-même.
 - Plans d'études
 - Dupondius, en 1e année, étudiait les institutions de base: Gaius après la réforme: celle de Justinien
 - En 2e et 3e années: étude des grands commentaires sur l'Edit étude des Responsa de Papinien: matière la plus difficile
 - en 4e, libéré des cours: travaux d'exercices et de séminaires.

- Centres d'études ont créé les bases de l'oeuvre grandiose qu'est la codification de Justinien.

B) L'OEUVRE DE CODIFICATION SOUS JUSTINIEN.

- En 528, Justinien convoque une commission de 10 membres composée de hauts fonctionnaires de l'administration dont Tribonien.
- Triboni est le vrai moteur de toute l'oeuvre de codification.
- Nouveau code des constitutions impériales déjà promulgué en 529 + première version du Code Justinianus.
- Pour la compilation de l'immense oeuvre jurisprudentielle romaine dans la Constitution *Deo Auctore* en 530: Tribonien choisi comme président d'une commission, décide lui-même du choix de ses collaborateurs.
- Le talent d'organisation, l'enthousiasme et la fougue de la commission et de son président après 3 ans de travaux: Les Digestes (en vigueur le 30 déc. 533) = 2e oeuvre de codification.
- La Théorie de Friedrich Bluhme explique le mieux la rapidité et l'efficacité du travail des compilateurs:
 - Les textes divisés en 4 , dénommés selon les sources prépondérantes.
 1. Les livres de Sabinus
 2. Les extraits des commentaires sur l'édit
 3. Les quaestiones et les responsa de Papinien, Paul et Ulpien.
 4. Un agglomérat de textes divers.
 - ≡ division des écrits étudiés et examinés dans les Hautes écoles.
 - La commission divisée en 3 groupes
 - ⇒ Ainsi a été réalisée l'impressionnante codification du droit jurisprudentiel romain.
- Encouragé, l'Empereur s'empara des Institutions de Gaius pour les intégrer à la codification Travail exécuté par 2 professeurs (Theophilos et Dorothus) sous direction de Tribonien.
- Réédition améliorée du Code des lois impériales: par une petite commission sous la présidence de Tribonien(540).
- => Grande codification du Code des Digestes et des Institutions étaient terminée:
 - Une oeuvre séculaire destinée à la grande politique justinienne de restauration et d'unification du droit de l'Empire romain.
 - ⇒ Rêve de Justinien réalisé
 - mais n'a guère vécu hors de Byzance.
 - ⇒ Cependant, son destin juridique allait dépasser toute attente puisque cette oeuvre devait resurgir au Moyen Age et devenir le livre Saint dont jusqu'à nos jours les grandes codifications occidentales se sont inspirées.

FAMILLE, MARIAGE, LA PERSONNE

REMARQUES PRELIMINAIRE

A. LE PROBLEME HISTORIQUE DU STATUT PERSONNEL ET FAMILIAL

A.1. PERSONA

- Pas d'équivalent en droit romain du mot "personne" comme sujet de droit, terme moderne.
- "Persona" = mot récent (→ masque)
= rôle des parties dans un procès:
 - *persona actoris* = demandeur
 - *persona rei* = défendeur≡ engagement personnel
ex: *persona heredis* = tenir la place de l'héritier...
- *persona* ≠ jamais signification abstraite de sujet de droits et d'obligations du droit moderne.

A.2. HOMO

- Homme en tant que personne ≠ sujet et membre de ordre juridique, si appartient pas à un groupe social, à une communauté.
- Mot "*homo*" jamais rentré dans langage juridique. Car "*homo*" désigne n'importe quel homme sans tenir compte de son rang social. (= même esclave).
- "*Iste homo*" = péjoratif.

A.3. LES COMMUNAUTES ROMAINES

- Famille modèle en premier le statut de l'homme => il est: *pater - mater - filius - filia familias*.
- *Civitas* (englobe la famille) lui confère son statut de citoyen.
- *Gentes et nationes* (englobent *civitas*) => peuples latins = Confédérés latins + Romains.
- Union conjugale → famille (enfants) → maison et ce qui lui appartient → ville = pépinière de la République.
- Société englobe tous les hommes. Puis division selon race, nation, langue. Lien le plus intime = cité fondée sur les choses communes aux citoyens: forum, temple, portiques, rues, lois, droits, justice, relations, amitiés, affaires...

A.4. PEREGRINUS, L'ETRANGER

- Vient du dehors => hors de la communauté, ≈ immigrant => aucun statut propre dans la cité.
Doit chercher un abri = un patron, *patronus* qui protège et assiste de son aide paternelle.

A.5. CHANGEMENTS

- Ouverture des frontières (-IVe), Romains en contact avec Etrusques, colonies grecques et Carthage.
=> Intensification des rapports commerciaux, culturels
- => respect mutuel et reconnaissance au citoyen étranger d'un statut propre.
- Création d'une nouvelle magistrature pour litiges étrangers/citoyens ou entre étrangers.
A la tête de cette magistrature: le *praetor peregrinus* (celui qui dit le droit entre citoyens et pérégrins). Il régularisa la présence des pérégrins à Rome par l'octroi de la même protection juridique que citoyens romains (-242).

B. LA CONCEPTION MODERNE DE LA PERSONNE EN TANT QUE SUJET DE DROIT.

B.1. L'ARTICLE 11 CCS

- Art. 11 CCS sur conception moderne de la personnalité ≠ conception antique.
"1. Tout personne jouit des droits civils.
2. En conséquence, chacun a, dans les limites de la loi, une aptitude égale à devenir sujet de droits et d'obligations".
- Vise l'homme en tant que personne individuelle, comme sujet de droit, apte à exercer des droits et à contracter des obligations. => pas de rapport constitutif entre l'homme et la société.
=> Société reconnaît, elle ne crée pas le statut juridique.
=> La personne précède la société et l'Etat.

B.2. LA RAISON

- Origine de la nouvelle conception = rationalisme: homme raisonnable et libre.
=> homme = sujet autonome de ses actions, indépendamment des liens sociaux.
- Société se construit à partir des sujets individuels, libres et égaux qui s'unissent dans le contrat social.

B.3. CONTRAT SOCIAL

- = fonction d'unir la société civile c.a.d. l'Etat.
- Il présuppose que l'homme-citoyen y adhère librement.
=> Etat garantit le statut de la personne libre. Il le reconnaît et le protège → art. 27 CCS:
" 1. Nul ne peut, même partiellement, renoncer à la jouissance ou à l'exercice des droits civils.
2. Nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois et aux mœurs".
→ complément: art. 28 al. 1 CCS:

"Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe".

→ Rousseau: "Contrat social"

"Renoncer à sa liberté, c'est renoncer à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité, même à ses devoirs".

CHAPITRE II

LA FAMILLE ROMAINE

1. LA STRUCTURE DE LA FAMILLE ROMAINE. LE PRINCIPE PATRIARCAL

A. LA FAMILLE GENTILIENNE, LA "GENS"

A.1. CONNAISSANCE

- Lacunaire, peu certaine
Mythes, légendes ← texte + fouilles
- Episode de enlèvement des Sabines => influence directe des peuples voisins.
Dernier rois: Tarquinii => influence étrusque.

A.2. PREMIERE ORGANISATION FAMILIALE

- *gens* = regroupait les familles patriciennes descendant d'un ancêtre commun.
- Clans = *gens* + ses partisans et clients
⇒ politique autonome
- Les membres d'une *gens* ont le même nom: *romen gentile*.
- Certaines *gentes* → ascendance divine => culte de famille propre.

A.3. EVOLUTION DE LA GENS

- Elle perd de son influence politique et de son prestige social (-451) = temps des Douze Table.
- Restent 2 privilèges juridiques:
 1. Un droit de succession subsidiaire
 2. Un droit de tutelle (accordée en dernier lieu après les agnats).
- Nouvelle famille, dominée par principe patriarcal.
= unité ferme sous son *caput* (chef) et *pater familias*.

B. LE PRINCIPE PATRIARCAL

B.1. LE PATER FAMILIAS

- La tête de la famille : autorité dans la maison.
Il représente, lui seul, la personne de plein droit.
⇒ il est chef, juge et prêtre de sa famille qui lui est entièrement assujettie.
- Puissance et autorité concentrée dans les seules mains du *pater familias*, aussi longtemps qu'il vit, même si plusieurs générations coexistent sous le même toit.

B.2. FONCTION DE LA FAMILLE

- Plus importante que famille moderne:
 - garantir la conservation vitale
 - garantir la protection de la communauté familiale.
- Vocation autarcique : chacun des membres intégré dans une unité sociale, économique et religieuse.
- *Familia pecuniaque* = la communauté sous la puissance unique du *pater familias* :
 - parents, enfants, esclaves
 - bétails, biens
 - autarcie primitive (souvent agricole, car liens internes de cité lâches).

C. LA FAMILLE AGNATIQUE

C.1. AGNATION

- Renforce la structure fermée de la famille
- = ne sont parents que ceux qui se trouvent sous la même puissance paternelle ou s'y trouvaient lorsque le *pater familias* vivait encore.

C.2. LES LIENS DU SANG

- Pas suffisant pour créer parenté, puisque celle-ci se constitue que du côté masculin.
⇒ quand femme entre dans famille du mari (*in manu*), perd liens de parenté avec sa famille d'origine.
- Parenté de sang = lien moral et social
≠ ne confère pas droits de succession et droit de tutelle.

C.3. ETENDUE DU PRINCIPE D'AGNATION

- Ensemble des agnats = famille y compris parenté latérale. Bien que à la mort du père de famille, chacun des agnats paternels forment leur famille, ils continuent à être considérés comme étant de la famille = même maison, même souche.
- Epoque archaïque : grande famille sur terres communes = réalité sociale et juridique,
Puis : famille particulière sous le *pater familias* qui seul régnait dans la maison.
- Famille = vivants + ancêtres.
⇒ culte, vénération.

Ils veillent sur la famille, comme des *manes* favorables ou maléfiques, comme des *dii parentes*, ombres des parents (cf. rites familiaux) ⇒ conservation des masques dans le *tablinium*.

C.4. ETANCHEITE DE LA FAMILLE AGNATIQUE

- Liens si resserrés ⇒ que le droit de la cité n'y pénètre que difficilement.
⇒ propres traditions, coutumes vénérées et droit sacré de la famille ⇒ mesure, discipline + protection, sûreté.
- Le périmètre de la *domus* est saint, il marque les limites du refuge familial d'où l'on ne peut être arraché.
⇒ au lie maison = lieu privilégié à l'abri des poursuites judiciaires.
→ la *quaestio lance licioque* = perquisition à domicile pour cause de vol montre les difficultés qui se posaient si on voulait franchir le seuil d'une maison avec un intention hostile. Une telle personne devait se présenter nue pour offrir un sacrifice avant de poursuivre perquisition. Car si trouve objet volé, sacrifice = apaisement pour les divinités familiales

2. LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LES ENFANTS : LA PATRIA POTESTAS

A. "RECONNAISSANCE" DE L'ENFANT

- Prendre dans ses bras ⇒ enfant accepté et reconnu pour descendant naturel et légitime
⇒ Père ne peut plus l'abandonner, ni l'exposer
⇒ Enfant = membre de la famille

B. PUISSANCE PATERNELLE

- Droit du père sur enfant : puissance de vie ou de mort su lui = étendue archaïque illimitée de la puissance paternelle.
- Mais, par la suite adoucie par les moeurs, les coutumes et le droit sacré → équilibre.
- Pour punir l'enfant, le père devait convoquer le conseil de famille
Douze Tables : opposées à exploitation excessive du fils de famille par son père puisqu'il était prévu que l'enfant serait libre si le père l'avait par 3 fois donné en service à une autre famille (*in mancipio*).

C. STATUT DE L'ENFANT

- Faible parce que soumis à la puissance d'un autre ⇒ pas la jouissance de la capacité d'exercer des droits en son propre nom.
⇒ dépendance du *pater familias* ⇒ autorisation des actes juridiques accomplis par ses enfants.

- *Peculium* donné par le père au fils dès que capable de gérer ses affaires : travailler à son compte.
Mais ces biens = toujours patrimoine familial \Rightarrow *pater familias* pouvait en dernier ressort en disposer.

3. L'ADOPTION ET L'EMANCIPATION

- Vocation autarcique : perpétuer la famille de génération en génération.
= devoir sacré puisque le culte familial doit perdurer.
- Si père n'a pas de fils né de lui \Rightarrow chercher un successeur ailleurs et le faire entrer dans sa famille par un acte juridique : *adrogatio et adoptio*.

A. L'ADROGATION, "ADROGATIO" (ANCIEN ACTE)

- Adoption s'accomplissait par l'adrogation qui exigeait une décision juridique sous forme de loi. Les comices du peuple étaient convoqués par le grand pontife qui leur demandait si elles acceptaient l'adoption.
- Par cet acte, le *pater familias* adoptait une personne *sui juris* ou soumise à un autre père et la considérait dès lors comme son propre fils, né de lui.

B. L'ADOPTION, "ADOPTIO" (PLUS RECENTE)

- Douze Table prévoient que le fils de famille donné par 3 fois *in mancipium* (donné en service à une autre famille) sort de la *patria potestas* qui s'éteignait définitivement.
Les juristes forment un nouveau type d'adoption : permission d'exécuter ces 2 mancipationes d'un seul trait.
La 3e mancipation libère le fils de sa famille d'origine et le soumet à la nouvelle puissance de l'acquéreur.
- Pour donner à cet acte le plein sens d'une adoption \Rightarrow acte ultérieur pour reconnaître à cette puissance acquise, la puissance paternelle.
Cet acte se déroulait devant le magistrat où le père adoptif prétendait que l'enfant reçu était son propre enfant. D'ancien père ne contestant pas cette affirmation, le magistrat adjugeait l'enfant à son nouveau père adoptif.

C. L'EMANCIPATION, "EMANCIPATIO"

- Se fonde sur la Loi des Douze Tables exige l'exécution de 3 mancipationes pour extinction de la *patria potestas*.
 \Rightarrow voie à l'affranchissement ouvertes
- Fils alors sous puissance d'un tiers mancipié à titre fiduciaire, avec accord du père.
Tiers peut pas affranchir lui-même, puisque cet acte réservé au *pater familias* (qui a droit de succession et de tuelle).
Tiers remancipe fils à père qui peut alors l'affranchir.
 \Rightarrow *Pater familias* a la position respectée du père ayant libéré son fils du *parens manumissor*.

⇒ Création de adoption et émancipation = tournant dans évolution de la famille : liens se desserrent, fils et fille peuvent sortir de la famille du vivant de leur père.

Utilité adoption : assurer continuation de la famille

Utilité émancipation : éviter le morcellement des biens de famille par succession.

Pater familias peut limiter la succession à un seul fils et émanciper les autres.

Il peut accorder à ceux-ci une partie de ses biens par des donations ou des legs.

- Emancipation ≠ répudiation, abandon des enfants.
R) Membres expulsés ne perdaient pas leur lien de parenté.

4. LE REGIME PATERNEL DANS LA FAMILLE ROMAINE

A. ESSPRIT TERRIEN ET RURAL

- Le pouvoir du *pater familias* imprégné des idéaux d'une aristocratie rurale
⇒ lente urbanisation.
choix des noms : *Primus, Secundus, Quintus*
recensement des membres de la famille.
Surnoms : Fabius (fève), Cicero (pois chiche) vie des champs

B. RAPPORT PERE/FILS

- étroits et même affectueux
dans l'attitude de discipline, de respect, de piété du fils envers son père
- Père se charge de éducation de fils (filles avec *mater familias*).
cf. zèle de Caton l'Ancien, Paul-Emil plus tard Ciceron...
- Enfants élevés :
 - dans tradition propre à leur famille,
 - dans l'orgueil et les vertus familiales
 - dans le respect de la *res publica*, de la vie publique.⇒ Dès 16 ans, éducation familiale terminée, apprentissage de la vie publique sous conduite d'une personnalité connue de la République.
- La vie familiale et ses traditions se modifièrent peu : discipline, fidélité, piété = critères prédominants.

5. LA TUTELLE ET LA CURATELLE, TUTELLA ET CURA

- Disparition du *pater familias*
⇒ indépendance des membres de la famille
⇒ protection et assistance pour les plus jeunes.

- Tuteur reprend la position du *pater familias* et exerce d'une certaine manière la puissance paternelle. Cependant, pupille a statut juridique, *sui juris*.
- Puissance du tuteur est *vis avec potestas*
 ≈ *patria potestas* unilatérale et absolue.
 = puissance protectrice dans l'intérêt de celui qui y est soumis.

A. LA NOMINATION DU TUTEUR

- Douze Tables : le parent le plus proche : *agnus proximus*, seulement si défunt pas prévu de solution particulière.
- En général, figure dans testament la nomination d'un tuteur = honneur que on ne peut pas refuser, sauf excuses spéciales.
- Avec la *lex Atitlia*, nomination se fait aussi par le magistrat. Même si tutelle ≠ fonction publique, considérée comme un *munus*, mandat exercé sous le contrôle du magistrat.

B. L'ACTIVITE DU TUTEUR

- Selon idée de protection
 - prendre soin du protégé : moyens nécessaires à entretien.
 Education reste d'abord entre mains maternelles.
 - ≈ gestion d'affaires dans intérêt du pupille,
 Administration fiduciaire de ses biens.
- ⇒ *L'actio tutelae* exercée contre le tuteur, à la fin de sa fonction = action de bonne foi du pupille qui demande un rapport de gestion et de compte + remise de ses biens.
 Le tuteur peut demander paiement des frais de gérance.
- Risque de poursuite pour le tuteur en cas de mauvaise gestion ou de comportement équivoque ⇒ action pénale : *accusatio suspecti tutoris*.
 → condamnation si le grief de *fraus*, de dol ou de négligence fondé,
 Condamné perd sa position de tuteur.
- Le tuteur autorise les actes juridiques du pupille dès 7 ans, *infantia major*.

C. LA CURATELLE, "CURA "

- = complément de la tutelle
- Douze Tables : assistance aux personnes incapables à se maintenir elles-mêmes
 - *furiosus*, malade mental
 - *prodigus*, prodigue
 Cura confiée aux héritiers légaux de la parenté agnatique la plus proche ou en cas de défaut aux parents gentiliciens.
- Attribution d'un curator à la demande de la personne intéressée.
 Ex : mineurs de 25 ans inexpérimentés dans le monde des affaires.
- Compétence du curator selon les tâches confiées.
 - *Curator fruosus* : veiller sur la personne et sur les biens du protégé + assumer devoirs semblables à ceux du tuteur.

- *curator prodigi* : gestion des biens et des affaires
- *curator prodigi* des mineurs ! :
 - capables d'exercer leurs droits ⇒ plus besoin d'autorisation formelle.
 - Curator : seconder son protégé et lui donner son consentement (de façon non formelle, souvent après l'acte)
⇒ mission délicate.
- Rapports curateur /assisté réglés par la gestion d'affaires, *negotio rem gestio*. Pas d'action spéciale prévue.

CHAPITRE III

LE MARIAGE

1. LE MARIAGE *CUM MANU* ET LE MARIAGE *SINE MANU*

A. MARIAGE *CUM MANU*

- Perte des liens agnatiques avec sa famille d'origine.
et entrée sous la puissance du mari.
⇒ Nouveau statut : dans la manus, entre les mains du mari.
- Séparation (tôt) de la puissance maritale et de la *patria potestas* → position particulière de la femme au sein de la famille.

<i>PATRIA POTESTAS</i>	<i>MANUS</i>
Pouvoir discrétionnaire non spécifié soumettant indifféremment enfants, pupille, esclave	Dérivé de la main qui guide; maintien et protection de la femme → femme confiée aux mains de son mari

≈ statut d'une fille de famille

Mais prestige de l'épouse et de la mère ne peut pas être réduit à ce rapport de puissance absolue de la *patria potestas*.

B. MARIAGE *SINE MANU*

- Mariage *cum manu* tombe en désuétude.
⇒ la femme garde son propre statut et n'entre plus sous la *manu* du mari. → reste sous puissance son *pater familias* → ou si *sui juris*, obtient un statut autonome du mari.
- *Romains* jamais intention de transformer le mariage en une institution de droit.
→ Règlent que les points qui touchent vie sociale et demandent un règlement juridique. Oublient d'assimiler le mariage. Le mariage a la forme d'un contrat consensuel (droit canon + droit naturel du XVIIIe).
→ Juristes romains ne parlent ni de contrat ni d'échange de consentement
→ Ils se fondent sur l'*affectio maritalis*, sur la volonté durable de vivre comme mari et femme pour créer union conjugale → liaisons passagères et extraconjugales.
- ⇒ Formation du mariage
≠ acte juridique

= volonté et conscience de vivre en union conjugale et de constituer une communauté familiale.

2. LES CONDITIONS ET LA CONCLUSION DU MARIAGE

A. LES CONDITIONS DU MARIAGE

- Devoir des époux de vivre dans une union conjugale monogamme.
- Conclusion valable du mariage si :
 1. Les partenaires, pubères et capable de
 2. Les 2 partenaires devaient jouir du jus conubii = droit de contracter un mariage valable selon les règles juridiques romaines.
 3. Mariage prohibé entre parents jusqu'au 3e degré
 4. Maintien strict du principe de la monogamie.
Sinon infamie => déchéance des droits civiques
 5. Consentement au mariage des 2 partenaires requis, du moins partiellement.

B. LA CONCLUSION DU MARIAGE

- Célébration du mariage
 1. Acte juridique qui fait passer le pouvoir au mari
 2. Célébration des noces: fête joyeuse
- Fiançailles donnent déjà lieu à une journée de grande fête.
Les fiancés échangent la promesse de mariage avec l'assentiment de leur père respectif et devant des amis témoins.
Le fiancé remet un anneau de fer doré ou un anneau d'or à la fiancée = geste symbolique ≈ *coemptio primitiva* c'est-à-dire transfert du pouvoir marital.
- Journée du mariage plus fastueuse.
La fête commence par un sacrifice aux dieux.
On explore les auspices d'un mariage annoncé heureux.
Les futurs époux expriment volonté de se marier: *Ubi tu Gaius ego Gaia, ubi tu Gaia, ego Gaius*.
Les témoins apposent leur cachet sur le contrat de mariage.
La fête continue.
On se rend à la maison des mariés.
- <=> Caractère prosaïque des actes juridiques, liés à la conclusion du mariage *cum manu*.
L'acte juridique s'effectue par:
 - *la coemptio* = mancipation de la puissance maritale au futur mari
 - *L'usus* = acquisition de la puissance maritale par la vie commune (automatique si les 2 partenaires vivent ensemble sans interruption durant une année)
 - *la confarreatio*, réservée aux familles patriciennes et au mariage de certains prêtres.
= non seulement la femme entre dans la famille de son époux, mais aussi elle s'associe aux *sacra* et aux *manes* de sa nouvelle famille.

- Mariage sine manu

CUM MANU	SINE MANU
Femme assujettie à la puissance du mari	Femme garde son propre statut, étant <i>sui juris</i> ou restant sous la puissance de son <i>pater familias</i> = mariage libre

- Mariage libre devint la règle générale ⇒ mariage *cum manu* disparaît. Douze Tables lui étaient hostiles: elles prévoyaient que l'on pouvait échapper à *l'usus*, si la femme quittait, en accord avec son mari, chaque année pour 3 jours et trois nuits, le foyer commun.

3. le regime matrimonial et la dot

A. LE REGIME MATRIMONIAL DANS LE MARIAGE SINE MANU

- Séparation des biens des époux
Les 2 partenaires jouissent d'un statut indépendant ⇒ chacun peut disposer librement de ses biens: apportés ou acquis pendant le mariage + obligation de répondre de ses dettes contractées.
- Pourtant, la femme remet souvent sa fortune entre les mains du mari et celui-ci l'administre selon les règles du mandat.
- Mariage ne crée ni devoir ni obligation entre les époux ⇒ seule force de la coutume et des moeurs qui assuraient fidélité et assistance.
 - Obligation du mari d'entretenir sa femme et de la faire participer à son niveau de vie: dot prévue à cet usage.
 - Biens formant le ménage utilisés en commun
 - Usage de léguer à sa femme l'usufruit de ses biens ou de lui donner une rente, de lui laisser les objets acquis par le mari pour elle durant le mariage.
Surtout qu'elle ne jouissait d'aucun droit de succession légale.

B. LE REGIME MATRIMONIAL DANS LE MARIAGE CUM MANU

- Régime matrimonial se détermine par la position de la femme dans sa nouvelle famille: statut juridique d'une fille de famille
- ⇒ Tous ses apports tombent dans le patrimoine familial.
- Elle a les mêmes droits que les enfants légitimes: droits qui ne se réalisent qu'à la succession du *pater familias*, avant celui-ci peut en disposer librement.

C. LA DOT, DOS

- Au début, dot joue un rôle primordial. Elle consiste en l'affectation d'un certain patrimoine au mari, dans le but de payer des charges provenant de l'entretien de la femme et des enfants.
⇒ La dot revient au mari selon l'adage: la dot doit être là où se trouvent les charges du mariage.

- Deuxième fonction s'ajoute: dot assure l'entretien de la femme après la dissolution du mariage: mort du mari ou divorce
 - ⇒ Obligation des héritiers ou du mari divorcé de la restituer à la femme.
 - ⇒ Pouvoir limité du mari dans sa disposition des apports de la femme.
 - ⇒ Même si dans propriété du mari, apports considérés comme des biens appartenant à la femme mariée: patrimoine de la *res uxoria*
 - ⇒ Si le mari employait des ressources puisées dans la dot, le résultat des opérations revenait obligatoirement à la dot.
- Lors de la dissolution du mariage, la femme peut exercer l'actio rei uxoriae pour exiger la restitution de la dot.

Le juge doit statuer selon ce qui lui semble le mieux et le plus équitable! Mais faveur contrebalancée par un règlement concernant les retenues accordées au mari et aux héritiers:

 1. En cas de culpabilité de la femme,

le mari pouvait retenir un certain pourcentage de la dot:

 - a) Retentio propter liberos:

un sixième de la dot pour chaque enfant, à concurrence de la moitié de la dot
 - b) Retentio propter mores:

un sixième de la dot pour le mari en cas d'adultère de la femme, et un huitième pour des causes mineures
 2. D'autres retenues de nature générale:
 - a) Propter impensas : dépenses faites pour l'administration des biens dotaux
 - b) Propter res amotas : montant de la valeur des choses que la femme avait soustraites au mari en raison du divorce
 - c) Propter res donatus: montant de la valeur des choses données à la femme par son mari pour les donations non valables, pour autant qu'elle les possède encore.
- Mari répondait de la perte et de l'endommagement des biens dotaux, en cas de dol et de négligence
- En cas de décès de la femme et si pacte dotal pas de solutions particulières
 - ⇒ dot reste en général au mari

D. LES DONATIONS ENTRE EPOUX, DONATIONES INTER VIRUM ET UXOREM

- Donations entre époux nulles, car on admettait pas qu'un partenaire puisse s'enrichir aux dépens de l'autre.
- Interdiction qui ne concerne ni les cadeaux particuliers, ni les donations nécessaires à l'entretien de la femme + Nombreuses exceptions.
- Au IV^e siècle, les donations du mari à sa femme enfin admises. Elles étaient avant tout destinées à l'entretien de la femme et des enfants après la dissolution du mariage: mort du mari ou divorce dont la femme pas la cause.

4. LA DISSOLUTION DU MARIAGE PAR DIVORCE

A) EVOLUTION

- Epoque archaïque: femme intégrée dans famille comme une fille de famille
⇒ problème de divorce absent.
Selon les *mores majorum*, pas de divorce pour des raisons de discordes entre époux.
⇒ Présence d'une cause grave qui touche la famille ou le statut du mari pour qu'il puisse répudier son épouse.
→ Stérilité
→ assister aux jeux sans permission: comportement déshonorant.
- Avec évolution des moeurs, divorce devient une affaire fréquente et mineur au temps de la République: goût pour la vie individuelle et libre.
Néanmoins, divorce à la légère et infondé pas accepté ⇒recourir au tribunal familial pour répudier sa femme.

B) MARI

- Pas de forme prescrite, mais rupture clairement exprimée.
→ Si répudiation: "va-t-en", "prends tes affaires".
→ Envoi d'une lettre invitant l'autre conjoint à quitter la maison en emportant ce qui lui appartenait.

C) FEMME

- Pour divorcer, suffisait de quitter le domicile commun dans l'intention de ne plus y revenir.
⇒ Fin du mariage ≠ déclaration du divorce = cessation de la vie commune → signe que *l'affectio maritalis* n'existe plus.
- Si mariage *cum manu*, pour libérer la femme de la puissance du mari: recours à une remancipation par laquelle la femme rentrait dans l'ancienne puissance du *pater familias*
Si elle voulait devenir libre et *sui juris*, une personne interposée prenait la femme en *mancipatio*, puis lui rendait son indépendance, par une *manumissio*

5. LE STATUT SOCIAL DE LA FEMME DANS LA FAMILLE

Sur le plan juridique, statut de la femme dans l'ancienne famille agnatique = fille de famille.

Mais réellement, la *mater familias*, la *matrona* occupe une place privilégiée par rapport à celle d'autres cultures: grecque, gauloise, germanique.

- Certes, tout le pouvoir dans la main du *pater familias*. De toute façon, les relations personnes à l'écart de la vie publique échappent aux formules abstraites du droit.
matrona considérée comme la vraie maîtresse de maison:
 - participant au même statut social que son mari
 - bénéficiant du même respect et de la même déférenceElle élève les enfants et occupe une place éminente dans les affaires familiales.
- Exemples de femmes qui sont entrées dans l'histoire:

- Aurélia, mère de César
- Attia, mère d'Auguste
- Livie, épouse d'Auguste, première femme à avoir porté le titre d'impératrice et à avoir exercé une influence considérable dans les affaires de la Cour et de l'Empire.
- Haute - République et Principat: changements
 - Mariage *cum manu* = institution oubliée
 - Mariage libre : sur le plan juridique, cette forme du mariage sanctionne ce que la femme avait obtenu en pratique: une position libre et indépendante.
 - ⇒ Peut librement conclure son mariage
 - ⇒ Si elle est *sui juris*, peut remettre sa propre dot au mari.
 - On accorde à la femme veuve ou divorcée l'assistance d'un tuteur qui exerce la *tutela mulierum* = acte de courtoisie, accompli par un ami qui la conseille et l'aide.
- Ier siècle de l'Empire
 - Mouvement d'émancipation sociale de la femme
 - ⇒ accès à la vie mondaine, intellectuelle, artistique
 - ⇒ participation au monde des affaires, acceptée au jeux sportifs
 - ⇔ domaine inaccessible: vie publique et carrière politique
 - Pourtant, grand rôle à la cour dans les intrigues et les rivalités entre les familles influentes.
- Conséquences
 - Evolution des moeurs : germe de certains excès dangereux compromettant l'institution familiale et la structure de la société romaine.
 - Stabilité du mariage s'effondre. La politique, l'argent, des motifs passionnels s'y mêlent. Divorces fréquents, remariages nombreux.
 - Libéralisation des moeurs tend à tourner au libertinage.
- Législation d'Auguste
 - Dans la grande réforme qui aurait dû rétablir la société désorientée par les crises extérieures et intérieures.
 - ⇒ Restauration de la religion
 - Restauration des ordres sénatoriaux, équestres
 - Restauration de toute l'administration de l'Empire
 - ⇒ Réforme contre les divorces faciles, les mariages désordonnés, la vie de célibataire et l'aversion à procréer.
 - ⇒ Réglementation du mariage et de la famille privant les coupables de toute prétention à la succession ou considérant leur mariage défendu comme nul et non avenu.
 1. La *lex Julia de adulteriis*: interdit le mariage de la femme adultère avec son complice.
La *lex Julia de ordinibus maritalibus*: essaie de rétablir le respect de l'institution du mariage en rendant impossible sa conclusion avec les gens infâmes: courtisanes, proxénètes, acteurs.
 2. La *lex Papia Poppaea*:

Les hommes entre 25 et 60 ans et les femmes entre 20 et 50 ans devaient être mariés: même les veufs et divorcés

Femmes: bref délai:

- 2 ans après mort de leur mari
- 18 mois après divorce.

Procréation favorisée ⇒ célibataires et couples sans enfants: désavantages dans les droits de succession.

Pas de sanction pour couples avec 3 enfants légitimes.

- Lois perdirent toute crédibilité

La réforme d'Auguste n'eut pas l'effet voulu. Les sanctions pénales ne pouvaient remplacer une motivation intérieure, ni ouvrir les mœurs à de nouvelles valeurs.

CHAPITRE IV

LA CAPACITE CIVILE

- Deux aspects:
 1. Jouissance des droits civils
Qui est porteur des droits subjectifs et des devoirs juridiques?
 2. Capacité d'exercer des droits et d'assumer des responsabilités
Quelles sont les conditions pour que la personne puisse valablement s'engager par ses propres actes et volontés?

LA JOUISSANCE DES DROITS DE LA PERSONNE LIBRE

- En droit moderne: Jouissance des droits civils = capacité de chaque personne d'être sujet de droits et d'obligation
- Définition étrangère à l'esprit romain qui définit l'homme selon son statut
 - d'homme libre
 - de citoyen
 - de membre de la familleLe cumul de ces 3 statuts = capacité juridique entière

A. LE COMMENCEMENT DE LA PERSONNALITE

- Capacité juridique commence par la naissance accomplie
 - de l'enfant vivant
 - dès qu'il est totalement séparé de sa mère
 - à condition qu'il soit normal
- Enfant (idem en droit moderne) qui n'est pas encore né (*nasciturus*) peut déjà être provisoirement sujet de droit.
 - ⇒ "*Nasciturus pro jam nato habetur* " = "L'enfant conçu jouit des droits civils à la condition qu'il naisse vivant": art. 31 al. 2 CC
 - Règle pour protéger le nouveau sujet de droit et de le faire bénéficier de tout ce qui est dans son propre intérêt, à l'exclusion de tout tiers.
 - Avantage de son statut juridique: les droits de successions si il naît après la mort du père.
 - Postumus* = héritier légal.
 - Pour protéger ses expectatives, on lui donne l'assistance d'un curateur qui s'occupe de ses intérêts personnels et économiques.

B. LA PERTE DE LA JOUISSANCE DES DROITS CIVILS

- Jouissance des droits civils prend fin avec la mort. Inexistence de l'institution de la déclaration d'absence (35 - 38 CC)
- Perte graduelle
Il faut être
 - libre
 - citoyen
 - père de famille pour jouir de la personnalité juridique
 ⇒ perte de la jouissance des droits civils varie selon les statuts juridiques.
 - Fils de famille: libre + citoyen , mais pas position du *pater familias*.
 - Etre libre et perdre citoyenneté
 ⇔ Pas libre ⇒ disparaît de la communauté des personnes aptes à être sujets de droit.
- Diminution graduelle de la personnalité = *capitis deminutio* (on n'est plus de la communauté et la communauté se voit diminuée d'une tête).

<i>Capitis deminutio maxima</i>	<i>Capitis deminutio media</i>	<i>Capitis deminutio minima</i>
Enlève la liberté	Concerne la citoyenneté	Se réfère au statut du <i>pater familias et de sui juris</i>

≈ Reflet de la structure de l'ordre juridique romain centré sur la communauté qui seule confère à l'homme la jouissance des droits.

⇒ Il n'est pas concevable que toute personne dispose d'une capacité juridique liée directement à sa nature d'être humain.

LA CAPACITE DE L'EXERCICE DES DROITS CIVILS

- Droit moderne
 - La capacité d'exercer un droit (= de produire par ses actes des effets juridiques) préssuppose la jouissance des droits civils.
 - La capacité civile exige la capacité de prévoir les conséquences juridiques de son comportement et d'en assurer la responsabilité
 - ⇒ de discernement: âge + développement de la personne.
- Droit romain
 - Capacité d'exercer ces droits et d'assumer des obligations est conditionnée par le statut personnel du particulier.
 - ⇒ 2 problèmes
 1. Limites objectives tracées par les conditions des statuts juridiques: le statut *alieni juris* des personnes soumises à d'autres
 - esclaves
 - membres de la famille
 et le statut *sui juris* des personnes autonomes et libres
 2. La capacité subjective de celui qui agit: il doit être capable de
 - mesurer les conséquences de son comportement

- de décider librement et en toute connaissance de cause (⇔ jouissance des facultés mentales + maturité du caractère)
-

<i>ALIENI JURIS</i>		<i>SUI JURIS</i>
Esclaves	Membres de la famille	
Jouissent d'aucun statut	Exercent des droits bien que soumis à la puissance d'un autre	Statut indépendant et autonome.

A. LA CAPACITE D'EXERCICE DE L'ESCLAVE

- Dénué de statut propre, l'esclave ne peut exercer des droits qu'indirectement, à travers son maître.
 - ⇒ Tout ce qu'il acquiert revient à son maître.
 - Pourtant, pas entièrement exclu du commerce et des activités juridiques. Ses engagements ne représentent que des faits et des rapports dépourvus d'effet juridique propre, mais néanmoins pris en considération.
 - Engagements juridiquement relevant, si la capacité manquante supplée par le maître.
 - caution: responsabilité du maître engagée
 - Octroi d'un *peculium* : capital que l'esclave pouvait gérer lui-même avec l'accord général du maître.
 - ⇒ Maître prêt à couvrir responsabilité de l'esclave à concurrence du montant du *peculium*
 - ⇒ Répondre des délits
 - ⇒ Poursuite contre le maître:
 - répondre des faits
 - abandonner l'esclave au lésé
- = Responsabilité *noxale*: *actiones noxales*

B. LA CAPACITE D'EXERCICE DU FILS ET DE LA FILLE DE LA FAMILLE

- En dépit du statut libre, soumis à la puissance de leur père, tant que vivent en famille sans être émancipés.
- Possibilité d'exercer des droits mais engagements fort risqués:

Fils : aucun bien sur lequel les créanciers puissent se satisfaire.

- → Accord ou caution du *pater familias*
 - Octroi d'un *peculium*
 - ⇒ Responsabilité du père engagée
- Plus tard
 - Responsabilité du père des affaires de son fils s'il en avait lui-même profité
 - Accord de certaines actions aux créanciers: *adjecticiae qualitatis*, dirigées directement contre le père.
 - Fille de famille non admise aux affaires et ne peut pas s'obliger.
- Pas de capacité délictuelle pour fils et fille → régime noxal
 - ⇒ *Pater familias* s'expose lui-même à l'action du lésé
 - ⇒ abandonne le délinquant au lésé.

C. LA CAPACITE D'EXERCICE DES DROITS DU *SUI JURIS*

- Dès l'acquisition du statut *sui juris*
 - esclave affranchi et libre
 - fils, fille émancipés ou devenus *sui juris* après mort du *pater familias* (si pas tuelle)
 - ⇒ plus de restrictions objectives de l'exercice des droits.
- Après mort du mari, femme *in manu*, devient *sui juris*, bien que soumise à une certaine forme de tutelle: *tutela mulierum* réduite progressivement à une sorte d'assistance.

D. LES CONDITIONS SUBJECTIVES DE L'EXERCICE DES DROITS

- Capacité d'exercer des droits ⇔ aptitude à participer à la vie juridique: responsable de son comportement libre et voulu.
 - ⇒ Faculté de se rendre compte des effets juridiques que ses agissements entraînent.
- Droit moderne
 - Capacité d'exercer des droits civils (art. 13 CC)
 - ⇔ discernement
 - ⇔ majorité
- Droit romain
 - Règlement pas aussi élaboré, mais même fondements: capacité de discernement et majorité
 - 1. Capacité de discernement
 - ⇔ de la majorité de la personnalité :
 - certaines étapes: enfance, adolescence, âge adulte (≈ aujourd'hui).

- Enfant devenu adolescent (après 7^e année) : *toga praetexta*
 - Pubère : rang des citoyens adultes (14 - 17 ans).
Actes solennels célèbrent l'accès au statut civique, à la majorité: *toge virile*, inscrit sur les listes des citoyens romains au forum. Cérémonie = *tirocinium fori*.
2. Enfance, adolescence, âge adulte = critères pour différenciation de la capacité civile:
- Les Mineurs
 - a) Enfance, *infans qui fori non potest*: celui qui ne sait pas employer les paroles indispensables à l'exercice des droits civils; → 7 ans.
 - Ni acquérir un droit, ni d'obliger par des actes juridiques, ni commettre un délit parce que
 - Incapables de discernement
 - ↔ Jouir de droits à condition que cette jouissance ne dépende pas d'une de leurs activités:
 - héritier
 - acquérir la propriété par mélange
 - ↔ Pour le reste, le tuteur défend intérêts de enfant.
 - b) Impubères *infantia majores*: → 14 ans pour les garçons, → 12 ans pour les filles ≈ puberté
 - exercer un droit pour autant qu'il s'agisse d'une acquisition à titre gratuit ou d'une acquisition n'impliquant pas de charge.
 - ↔ Sinon, autorisation du tuteur indispensable; sans elle, actes conclus en suspens ⇒ le partenaire attend l'approbation ou refus du tuteur (Au Moyen Age = *negotium claudicans* affaire boîteuse).
 - Obligations délictuelles assumées par le mineur, puisqu'on suppose que degré de discernement suffisant pour comprendre les conséquences de leurs actes.
3. Les majeurs < 25 ans et en raison de leur inexpérience, protection spéciale prévue par la loi *Laetoria* :
- minores viginti quinque annis*
- Mineurs *sui juris* < 25 ans :
protection spéciale du prêteur:
exceptio legis Laetoriae, exception qui suspend la demande du créancier lorsque celui-ci a profité de l'inexpérience du protégé.
Si prestation accomplie, jeune homme reçoit pleine restitution de ses biens = rétablissement de la situation inférieure
- Personne à la capacité restreinte:
 - malades atteints de folie
 - les prodigues
 - Malades mentaux sous curatelle,
 - si incapables de s'engager par des contrats
 - si incapables de disposer de leurs biens
 - Pas responsables de leurs actes délictuels, sauf lors de leurs moments de lucidité.
 - Prodiges sous curatelle
 - Capacité de contracter retirée
 - Responsables de leurs délits

3. LES SANS - DROIT, LES DISCRIMINES (ESCLAVES, AFFRANCHIS, CLIENTS)

A. LES ESCLAVES

- Bien que esclavage ressenti comme injustice, jamais véritablement remis en question. Inconcevable que seule la nature rationnelle de l'homme et sa dignité confère à toute personne la capacité juridique.
Etre considéré comme une personne *sui juris* ⇒ appartenance à une communauté qui conférerait un statut juridique reconnu.
- Antiquité gréco-romaine: notion de statut juridique tiré de l'expérience par la famille, la gens, le clan et la cité.
 - ⇒ L'individu isolé est ignoré
 - ⇒ Seule la communauté est considérée, et donc ses membres qui la constituent.
 - D'ailleurs, communautés emboîtées les unes dans les autres = chaîne qui aboutit à la cité, polis, peuple libre qui confère à chacun de ses membres le statut de droit et la capacité juridique. Hors de cette chaîne, aucun salut social possible.
- Grande rigidité de l'Antiquité devant les peuples non civilisés, incapables de former une cité ⇒ jugés inférieurs et barbares.
Comme incapacité de se donner un ordre juridique et social propre ⇒ nécessité d'être soumis à leur roi, chef ou tyran.
 - ⇒ Pas la liberté des Romains
 - ⇒ Menés par leurs maîtres
 - = Attitude qui permet de tolérer l'esclavage.
- Première réaction: le stoïcisme.
Sa conception d'un humanisme universel
 - ⇒ injustice
 - ⇒ postulat de la reconnaissance de la liberté de chaque homme.
 - Echo de cette nouvelle conception se répand dans la pensée juridique: en faveur de la liberté comme statut naturel de l'homme.
 - L'homme naît libre et toute restriction à sa liberté doit être justifiée.
 - L'esclave ne peut se justifier = état contre nature.
 - Ecole stoïcienne ↔ position de Platon et Aristote: certains hommes nés pour servir et ayant besoin d'un maître.
- Cependant, impossible de renverser la perspective traditionnelle et de formuler un programme de libération des hommes.
Le Portique a développé une éthique à tendance individualiste. Le problème de la liberté ⇔ du comportement humain, interiorisé et personnel.
Est libre celui qui se domine et ne se révolte pas contre le destin. Ce n'est pas le statut extérieur qui procure la liberté. Etre libre = se libérer de ses passions et des instincts aveugles, accepter son sort.

A) LA SOURCE DE L'ESCLAVAGE

1. Conquêtes de la guerre
 - Vaincu à la merci du vainqueur
 - cité citée détruite
 - bourg conquis dont enceinte abattue, dont édifices publics rasés.
 - Citoyens vaincus = prisonniers de guerre
 - ⇒ plus de foyer
 - ⇒ plus de droits puisque plus de cité
 - ⇒ pouvaient être vendus comme esclaves. Devenaient esclaves de celui qui les capturaient
 - Avec les grandes conquêtes, accroissement des masses serviles.
 - 1ère guerre punique (264 av. J.C.): 20'000 hommes
 - 2ème guerre punique: 60'000
 - durant 50 années suivantes: 250'000
 - campagnes de César : 1 million

⇒ Forme d'esclavage touche une large couche de la population qui considérée comme hors-la-loi et qui pourtant grand rôle dans le maintien de la société antique.
2. Naissance
 - Celui qui naît de même esclave, est esclave ⇒ Liberté ≠ droit inné mais reçue de la société.
 - Esclave, membre d'aucune société.
 - Si juristes ont renoncé à considérer enfant né d'une esclave comme une chose frugifère, ils ne lui ont pas donné le statut d'homme libre.
 - Le maître de la mère esclave possède l'enfant.
3. Le statut du débiteur non solvable ou du condamné ne doit pas être considéré comme une source authentique d'esclavage.

Celui qui est couvert de dettes dépend de son créancier, mais dépendance clairement déterminée et le débiteur peut s'en libérer.

Même s'il est adjugé au créancier en tant que' *addictus*, il reste libre et garde son patrimoine.

 - Règles sur l'exécution = rien que moyen forçant le débiteur de s'acquitter de sa dette.
 - La loi *Poetelia* interdit de mettre aux chaînes un débiteur non solvable (à moins que commis délit); sinon aucun changement de fond.
4. Perte de liberté pour certains délits graves
 - → desertion : vendu *Trans Tiberim* à l'étranger, puisque citoyen romain ne pouvait pas être réduit à l'esclavage à Rome.

B) LE STATUT SOCIAL DE L'ESCLAVAGE

- Aspects contradictoires et grands changements à travers les siècles. Mais la *Summa divisio* qui répartit les êtres selon les catégories d'hommes libres et d'esclaves, jamais remise en question.
- Dans la Rome agraire
 - Esclave intégré au sein de la famille paysanne.
 - Il y travaille comme valeur ou serf. Mais vit dans la maison et admis à table du maître.

- Provenance : tribus voisines ⇒ même culture que les Romains.
Règne d'un esprit paternaliste: moeurs + droit sacré protège l'esclave des abus et de l'arbitraire de son patron.
- Mais aucun statut juridique propre
- Expansion de la République (II^e - I^e av. J.C.) : changements profonds:
 - Détérioration de la condition servile.
 - Milliers d'esclaves importés d'Orient et d'Occident ⇒ conception plus dure de l'esclavage.
 - Dispersés dans les *latifundia* où = main d'oeuvre peu aimée des Romains.
Employés à faire fructifier de vastes domaines ⇒ conditions de travail très pénibles.
 - Disparition des relations maître - esclave
Organisation calculée (cf. traité de Caton et Varron) :
 - Tout est réglé avec rigueur, même les rations alimentaires ≈ bétail.
 - Esclave = bien précieux = valeur économique qu'on protège ⇒ les ménager.
 - A côté des esclaves, autre groupe d'hommes encore plus exposés à l'exploitation : ouvriers agricoles libres
 - peu soignés par le maître - entrepreneur
 - travaux pénibles et dangereux,
 - Esclave ≠ couche homogène de la population.
 - provenance, culture, formation
 - places différentes au sein de la société.
 - La grande masse:
 - petit groupe privilégié : *servi urbani* ou *familiares* = personnel d'administration d'une famille ou d'une grande maison
 - *tabularii* : surveillants des colons
 - *custodes* : percepteurs des redevances
 - *dispensatores* : les économes
 - *arcarii* : caissiers
 - *tabellarii* : porteurs de messages
 - Autres professions plus estimées :
 - médecin
 - éducateur
 - intendant
 - Prestige exceptionnel des esclaves qualifiés de la famille de l'Empereur.
- Mais brutalité générale
 - ⇒ Révoltes d'esclaves au I^{er} av. J.C. Mais insurrections sans conséquence durable parce que esclaves formaient pas une classe unie et solidaire : une envie . rentrer chez soi et être libre.

C) LE STATUT JURIDIQUE DE L'ESCLAVE

1. L'esclave comme personne : "res Mancipi"

- Esclave = bien des plus importants du patrimoine familial.
⇒ Considéré comme une *res mancipi* comme les chevaux, mulets et ânes.
Font partie des choses qui forment les moyens d'investissement et de travail.

2. L'esclave comme personne: "*persona alieni juris*"

- Totalement soumis à son maître dans la vie sociales.
- Pas attaché à une famille ⇒ pas de statut civique.
⇒ Ses actes, aucune incidence juridique directe.
- Son mariage (si permis par maître) = cohabitation, union de fait respectée toutefois par les moeurs.
- La religion ne le rejette pas.
- Esclave participe au droit sacré: cultes serviles tolérés.
⇒ Certains collèges réunissent hommes libres et esclaves, puisque les dieux ne connaissent pas de barrière entre les 2 groupes sociaux. L'esclave peut s'obliger par des *vota* et prêter serment.
- Protection et assistance du maître seulement. Si bienveillance ou amitié : esclaves dévouées et confiants.
- Attention : lois et intervention des *Senatus consultes* nécessaires pour supprimer les abus.
 - des châtiments corporels
 - de l'abandon des esclaves malades
 - de la mise à mort ...
- *Silaniuanum (Senatus consulte)* : Si maître tué par esclave ⇒ tous les esclaves de la maison mis à mort.

3. L'esclave comme aide dans la vie commerciale : le *peculium*

- Indépendance relative pour certains esclaves, une fois dotés par leur maître d'un *peculium*, petit capital pour exercer leur propre activité.
⇒ Biens faisaient plus directement partie du patrimoine du maître: gestion de l'esclave pour lui-même.
- Mais besoin de l'appui du maître pour créer des rapports de droit.
 - créancier peut pas poursuivre l'esclave en justice ⇒ action directe contre le maître.
 - Responsabilité du maître limitée au *peculium* fixé au moment de l'engagement de l'action.
- Statut de semi-indépendance stimulait activité de esclave et augmentait le rendement au bénéfice du maître.

B. LES AFFRANCHIS ET LES CLIENTS

- Affranchis = groupe important de la population + rôle considérable dans la société.
- Par affranchissement, esclave obtient
 - liberté

- citoyenneté romaine (quelques exceptions).
- Affranchissement accordé en prime de leur activité qui a permis de racheter leur liberté grâce au *peculium* ou accordé comme récompense à la fin de la vie du maître.
- Couche de gens actifs et entrepreneurs : petit métier ou tâches accomplies pour le patron.
- Liés à ancien maître et à sa famille → respect + obéissance dont portent le nom et continuent à rendre service.
- Fin République + Principat
 - Affranchissement = moyen d'exhiber sa richesse et sa générosité ⇒ débarassent d'esclaves incompetents.
- ⇒ Introduction d'éléments étrangers dans la population romaine
 - ⇒ Restriction de son octroi selon le nombre et l'âge par
 - *lex Fufia Canina*
 - *lex Aelia Sentia*

C. LA CLIENTELE

- Les grands nobles recrutent autour de leur famille une vaste clientèle.
- Clientèle pas limitée à Rome mais s'étendait aux provinces.
- Patron leur doit protection + assistance.
- Clients dévouement + fidélité et si nécessaire, une active collaboration pour soutenir la politique du seigneur.
 - ⇒ Développement des centres de puissance politique considérable dans la main de quelques familles romaines qui dominèrent la politique de la République.

D. ESCLAVAGE, INSTITUTION DE DROIT OU INSTITUTION SOCIALE

?

- Esclavage lié ni à une phase particulière de l'histoire, ni à une forme d'organisation sociale spécifique : il est latent dans toutes les sociétés, à toutes les époques.
- Deux principes : liberté et dignité de l'homme.
 - Exclusion de l'individu de la communauté de droit, conséquence d'une discrimination sociale.
 - Assujettissement unilatéral d'une personne à une autre, état de fait qui échappe au contrôle du droit.

A) L'EXCLUSION DE L'ESCLAVE DE LA COMMUNAUTE DE DROIT

- Capacité civile ⇒ appartenance à une cité ou à un peuple.
 - ⇒ Homme est un être politique qui ne trouve son épanouissement que dans la *polis* ou la *cosmopolis* des Stoïciens.
- L'homme naît libre pour autant qu'il naisse dans une société d'êtres libres.
 - L'esclave
 - expulsé de la société

- sans famille
- sans citoyenneté
- sans nation

Il n'est qu'un homme sans qualification particulière, sans statut juridique propre.

B) L'ESCLAVAGE COMME ASSUJETISSEMENT UNILATERAL ET ABSOLU

- Esclave soumis de façon absolue à son maître.
⇒ Vide juridique comblé par assujettissement à la volonté du *dominus* qui exerce son pouvoir sur esclave = chose.
- Aucun moyen de faire valoir sa position nature d'homme et d'être libre.
Aucun statut propre reconnu par le droit.
- Esclave réduit à qualité de *res* ⇒ rapport de propriété avec le maître, c'est-à-dire plein pouvoir de l'*uti, frui, habere, possidere*.
Régime juridique de propriété est appliqué pour combler le vide juridique.
- Esclave privé de son état de personne, rangé parmi les objets, les *res mancipi*.
- = Nature ambiguë de cette institution qui vit de la distorsion des principes de droits imposée par la réalité des faits.
Esclavage a jamais été véritable institution de droit.
Les *jurisconsultes* la dénoncèrent comme un statut contre nature, puisqu'il reposait sur une discrimination camouflée par un ordre de droit trop faible pour empêcher l'injustice: l'asservissement de l'homme par l'homme.

CHAPITRE V

LA CHOSE COMME OBJET DE POSSESSION ET DE PROPRIETE

I. LA DELIMITATION JURIDIQUE DE LA CHOSE

A. LE SENS JURIDIQUE DU MOT CHOSE : RES CORPUS

- Sens très vaste = tout ce qui nous entoure dans le monde. Parfois = ensemble de choses.
Sens élargi = tout ce qui peut devenir objet d'une activité quelconque de l'homme.
- Sens du mot *res* très vaste : objet, être, affaire, fait, événement, circonstance, activité...
⇒ Sens extrêmement large met le juriste dans l'embarras : Comment peut-il dégager un terme juridique précis et fonctionnel ?
De plus, le droit ne peut pas attribuer au mot chose un sens abstrait, car contraire à la réalité.
- Certes, une notion juridique doit s'enraciner dans la réalité, mais elle ne doit pas s'y fixer.
Le juriste isole les aspects essentiels du sens d'un mot courant et attribue un sens uniforme.
⇒ Quels critères pour déterminer le sens juridique : *cf.* la fonction primordiale du langage normatif du droit.
- Le terme *chose* doit juridiquement pouvoir mettre en évidence
 - la maîtrise de droit : les droits réels
 - la maîtrise de fait : la possessionDès lors, le mot *chose*
 - rapporte un fait
 - et acquiert une valeur normative
et désigne la chose tant qu'elle est soumise aux critères juridiques (qui lui donnent un sens particulier).
- Deux critères développés par les *jurisconsultes*
 - 1. Les choses doivent être utiles**
= biens et moyens aptes à satisfaire les besoins et les intérêts des particuliers.
 - 2. Les choses doivent être maîtrisables**
= objet de domination
 - de fait dans une possession
 - de droit dans la propriété

- ⇒ Une chose qui échappe à la domination de l'homme ne peut devenir objet de possession, ni d'un droit réel.
⇒ Manque d'utilité, éliminée de la sphère du droit.

B. LES CHOSES COMME OBJETS UTILES

- Distinction des choses qui peuvent
 - par l'effet du commerce, entrer dans un patrimoine privé
 - celles destinées à des buts non commerciaux, exclus du patrimoine privé.

a) Res in commercio, choses dans le commerce

Res in nostro patrimonio, choses dans notre patrimoine

- = choses appartenant aux individus
→ biens : rendent heureux ⇒ utiles : propriété, possession de bonne foi, droits réels limités, créance.
- 1. Choses = biens qui forment la fortune, les richesses.
2. Choses = éléments de droit délimités par la sphère juridique.
Fortune = choses objets de propriété
= choses objets de possession
= droits réels limités
= créances
⇒ Les biens deviennent ainsi des choses au sens juridique du terme, protégées par le droit.

b) Res extra commercium, choses hors du commerce

Res extra nostrum patrimonium, choses en dehors du patrimoine privé

- Biens pas intégrés au patrimoine individuel parce qu'ils sont destinés à des fins (utiles) qui les situent au-delà des intérêts privés et individuels:
 1. *Res divini juris* : destinées au domaine sacré
 - choses sacrées, qui ont été consacrées par un acte de dédicace publique : temples, objets de culte
 - choses religieuses, dédiés aux dieux inférieurs par des particuliers : tombeaux, cimetières.
 - choses saintes, mises sous la protection spéciale des dieux par une cérémonie religieuse : murs, portes, ville.
 2. *Res publicas humani juris* : choses publiques relevant du droit *humani*.
 - *res publicae in pecunia populi* : choses destinées à des fonctions publiques, appartenant à l'État et constituant les moyens adéquats pour accomplir les tâches nécessaires.
 - *res publicae in publico usu* : choses servant à l'usage commun public: rues, places
 - *res communes omnium* : choses communes à tous: air, eau d'un fleuve, mer

C. LES CHOSES COMME OBJET MAITRISABLES

- Pour devenir chose au sens juridique, il faut que les objets entrent sous notre domination.

Il faut pouvoir

- les approprier
- les maîtriser
- les utiliser
- les consommer

• Qualités nécessaires des choses :

- tangibles
- délimitées
- singulières

⇒ chose idéale = chose corporelle, séparée et individuelle

⇔ il y a des choses incorporelles donc choses corporelles = point d'orientation pour déterminer d'autres catégories.

a) choses corporelles et choses incorporelles

- Matérialité exigée pour rendre possible une domination extérieure, une maîtrise effective qui devient le support des droits réels ou de la possession.
- La maîtrise effective est étendue aux choses incorporelles dans la mesure où elles peuvent se prêter à une domination effective par des droits réels ou par la possession.
En effet, sans être tangibles, elles sont pourtant maîtrisables (succession, usufruit, obligations). Elles sont en outre délimitées, singulières et ont une valeur réelle.

b) Choses fongibles et choses non-fongibles.

- Distinction qui concerne le caractère singulier de la chose
- Fongibles
Choses dont les qualités individuelles sont peut importantes.
Choses qui peuvent être remplacée par une autre de même nature.
→ produits agricoles
→ produits industriels
- Non- fongibles
→ immeubles
→ objets faits sur mesure
→ produits artisanaux
→ oeuvres d'art
- Distinction fongible/ non - fongible ≠ distinction chose de genre et d'espèce.

Fongible / Non-fongible	Genre / Espèce
Critère fondé sur la nature de l'objet: remplaçable ou non	Critère fondé sur l'intention individuelle des intéressés. Si objet désigné de façon générique = pas individualiser ≡ choses qui correspondent aux qualités

c) Choses consommables et choses non-consommables

- Distinction qui concerne l'usage qu'on peut en faire.
- Non - consommable
Choses qui permettent un usage durable : maisons, bijou
- Consommable
Choses destinées à être consommées par l'usage direct : vin, huile, blé
- Consommable au sens large
Choses qui s'usent par l'usage, mais la consommation \neq destination propre : vêtements, machines
R) Argent se consomme économiquement par le paiement.

d) Choses simples et choses composées

- Distinction qui permet de structurer le régime juridique des choses composées, qui différencie les parties composantes selon l'intensité de la cohésion qui les lie à l'intérieur de la chose même.
- Simple
Choses qui forment une unité naturelle dans laquelle on ne peut distinguer les parties séparables.
- Composée
Choses qui contiennent plusieurs parties, qui pourraient avoir une existence et une indépendance propres.
Mais elles ont perdu en étant liées les unes aux autres.
 - a) *Corpus ex contingentibus*
Parties composantes solidement rattachées; corps composé par des éléments contigus : tuiles, pierres d'un édifice.
 - b) *Corpus ex distantibus*
Chose collective composée de plusieurs corps matériellement séparés : mouton, livre
= unité qui garde son entité propre (troupeau)
= choses séparées qui peuvent appartenir à différents propriétaires. (mouton).

e) Choses indivisibles et choses divisibles

- Indivisible
Choses qui forment une unité insécable
Elles ne peuvent être séparées sans être détruites : animal, instrument, plante.
- Divisibles
Choses d'une nature homogène qui se divisent pour obtenir des parties de même nature que l'ensemble \Rightarrow Elles forment de nouvelles choses indépendantes : liquides, étoffe, fonds.

- Importance de la distinction lorsqu'une chose appartient à plusieurs propriétaires.
Si chose divisible : partage en nature.
Si chose indivisible : compensation.

f) Chose principale et chose accessoire

- Accessoire
Choses, objets mobiliers qui sont affectés à l'usage et au service durable d'une chose principale: conduite d'eau, installations d'un magasin.
Selon l'usage, peuvent être considérées comme unité.
- Le transfert de la chose principale entraîne celui de la chose accessoire.
A part réservées dans un inventaire.

g) Fruits et produits d'une chose *fructus et redditus*

- Fruits : pommes, raisin, bois,
Produits périodiques, conformes à la nature de la chose frugifère.
La chose frugifère reste intacte en les produisant.
- Fruits : exploitation du gravier d'un fleuve
Produits qui ne diminuent que peu sensiblement la substance de la chose frugifère.
- Fruits civils
Revenus réguliers d'un fermage, d'une location ou d'une servitude.

h) *Res Mancipi et res nec Mancipi*

- Distinction qui se réfère au mode d'acquisition.
- *Res Mancipi*
L'acquisition doit s'effectuer selon la *mancipatio* ou *l'in jure cessio*
Res Mancipi = biens fondamentaux d'une société rurale : ferme, fonds, servitudes prédiales, esclaves, bête = tout ce qui est indispensable à l'exploitation du domaine rural.
- L'aliénation des biens exige une certaine publicité
 - soit par la présence des témoins
 - soit par l'intervention du prêteur dans *l'injure cessio*
- *Res nec Mancipi*
Formalisme de la *mancipatio* pas nécessaire.
- Cette distinction perd de son importance avec l'urbanisation progressive de la société romaine et le développement de son activité commerciale au-delà des frontières.
Supprimée sous Justinien, aucune trace en droit moderne.
Distinction remplacée par celle entre meubles et immeubles.

i) Meubles et immeubles, *res mobiles et res immobiles*

- Nouvelle distinction : rôle important dans le règlement de la possession, de son acquisition et de son transfert.

- Meuble
Chose qui peut être emportée ou transmise de main en main.
- Immeuble
Chose qui est fixée dans le sol et ne peut être déplacée sans la destruction de sa substance.

2. LA MAITRISE DE FAIT DE LA CHOSE : LA POSSESSION LA MAITRISE DE DROIT DE LA CHOSE : LA PROPRIETE ET LES DROITS REELS LIMITES

- Distinction entre
 - la maîtrise qui relève des droits réels
 - la maîtrise qui relève de la possession
 Dans la langue courante (latin et français) ces notions se confondent souvent.

A. LA MAITRISE DE FAIT LA POSSESSION

- Impossible de réduire la possession à une définition.
- "Possession" est dérivée de la position de celui qui est sur un siège ⇒ occupée.
La possession ≈ celui qui s'asseyant sur une chaise l'occupe pleinement.
Mais l'occupation signifie plus qu'une simple présence = domination, (*pot-sessio*) maîtrise effective de la chose.
⇒ Art. 919 CC : "Celui qui a la maîtrise effective de la chose a la possession".
- Possession implique la notion de force ⇔ ordre.
Possède ⇒ régime juridique qui définit les différents stades de la possession.
 - acquisition
 - exercice
 - protection
 - perte
- Deux domaines qui contribuèrent à la formation de règles précises:

a) la maîtrise de fait avec l'usus : usage de la chose

- Selon les Douze Tables : toute personne qui a exercé l'usus pendant un certain délai, paisiblement et sans interruption devient propriétaire. ⇒
Usus devient un moyen pour acquérir la propriété civile = *possessio civilis*

b) Possessiones, les possessions foncières

- Ces terres (gagnées lors des conquêtes et mises à dispositions des citoyens) = propriété du peuple romain.

- Pour les cultiver sans que la possession ne soit troublée, nécessité d'un régime de possession ⇒ création d'une protection fondée uniquement sur le fait de la possession.
- Protection du préteur dès que la possession remplit certaines conditions.
Mais une possession acquise:
 - clandestinement
 - par violence
 - par les armes
 ne peut être protégée.

B. LA PROPRIETE ET LES DROITS REELS LIMITES

- Le droit de la propriété accorde et dépasse (un droit) la maîtrise effective.
- Formule lors de la revendication d'une chose:
 - J'affirme que la chose est à moi selon le droit que doivent respecter tous les citoyens romains. *Ex jure Quiritium meum esse aio.*
 - *Meum esse aio* + geste saisissant la chose = appartenance immédiate ⇒ exclusion de tout tiers.
 - *Ex jure Quiritium* = statut juridique de cette appartenance qui est de l'ordre du droit.
- Propriété confère au propriétaire un pouvoir illimité. Le *dominus* peut disposer librement de la chose.
- Mais *dominus* ≠ sujet au pouvoir arbitraire et total. Propriété se déploie dans les relations familiales, sociales et publiques.
Le propriétaire est précédé du *pater familias* qui domine la maison.
Lorsqu'il s'agit de déterminer un pouvoir dans l'intérêt de la famille, le *pater familias* intervient.
- Les pouvoirs de droits réels doivent s'exercer de façon civile. Il existent des limites impératives:
 - bonnes moeurs
 - droits de voisinage
 - droit public
- Au centre de ce régime, le particulier s'affirme comme un individu, Plus il est détaché du fond social, plus les traits du *dominus* apparaissent grâce à la stylisation juridique.
- Dans la conception moderne : le propriétaire a un pouvoir subjectif et individuel; sa volonté est déterminante. ↔ Dans la conception romaine : la propriété sert à créer un ordre distributif des choses et des biens.
Meum esse = les choses appartiennent à leur *dominus* conformément à l'ordre de la cité, sans faire aucune allusion à la volonté et au pouvoir du propriétaire.
- Le régime romain de propriété a conservé pour un premier temps une ancienne marque du *patrimonium* et du *dominium* (= maison dominée par le maître).
 - ⇒ Contenu de la propriété est formée par ces pouvoirs. Les juristes romains décrivent la propriété comme un ensemble de pouvoirs typiques : user, utiliser, récolter les fruits, avoir, posséder.
 - ⇒ Certes, ils acceptent que la propriété ouvre un espace à la volonté individuelle.

- = Naissance des droits réels limités conçus comme des droits sur la chose d'autrui.
le propriétaire peut renoncer à l'un de ses pouvoirs contenu dans la propriété en faveur d'un autre qui acquiert un pouvoir immédiat limité sur la chose = un véritable droit réel.
La limitation de ce type de droit réel concerne uniquement le contenu : il ne donne pas le plein pouvoir de la propriété, mais une partie :
 - un *uti*
 - un *frui*
 - un *habere*
 - un *possidere*
 ⇒ un pouvoir séparé de la propriété et limité en son exercice.
- ⇒ Le créancier qui possède une chose en gage ne peut pas la vendre.

3. LA DISTINCTION ENTRE POSSESSION ET PROPRIETE : LES FONCTIONS DE LA POSSESSION A L'EGARD DE LA PROPRIETE

A. LE RAPPORT POSSESSION - PROPRIETE

- Citations
"La propriété n'a rien en commun avec la possession..."
"La possession est de l'ordre du fait, non de l'ordre de droit..."
- Règle
Un propriétaire qui ne possède pas la chose peut toujours exiger du possesseur non propriétaire qu'il la remette en sa possession, la possession étant un élément de pouvoir lié au droit de propriété.
⇒ Inconcevable de séparer possession et propriété durablement parce que :
 - un droit de la propriété qui ne peut plus se réaliser dans le fait extérieur de la possession est un droit vide et vain
 - une possession solidement établie pour une durée illimitée équivaldrait en fait à un droit de propriété.
- Propriété et possession se complètent
⇒ modèle de base sur lequel se fondent toutes les règles de la propriété - possession.

B. DIFFERENTES FONCTIONS DE LA POSSESSION

- Le fait de la possession assume différentes fonctions par rapport au droit de la propriété.

A) OCCUPATIO : LA POSSESSION NATURELLE SE TRANSFORMANT IMMEDIATEMENT EN PROPRIETE

- Unité naturelle entre la possession et la propriété.
Cas rares de l'appropriation directe et extérieure des choses sans maîtres : *occupatio*.

- La possession et la propriété se rejoignent naturellement dans la main de celui qui s'empare de la chose et en devient propriétaire.

B) LA POSSESSION CIVILE : POSSESSIO CIVILIS SE TRANSFORMANT EN PROPRIETE PAR L'USUCAPIO (ACQUISITION PAR PRESCRIPTION)

- *Usucapion* = conséquence du principe : propriété et possession se complètent.
- ↔ *occupatio* repose sur un ordre naturel
→ *usucapio* est une création du droit civil.
- Règle
Le non - possesseur perd son droit de propriété parce qu'il ne rétablit plus la possession.
Le possesseur acquiert le droit de propriété par le fait de sa possession.
⇒ conditions précises
 - délai déterminé
 - cause justifiant cette possession :
 - une vente
 - un legs
 - une donation
- ⇒ Tout possesseur ayant reçu une chose d'un non propriétaire (vendue sans autorisation) peut devenir propriétaire par *usucapion*.
- *Usucapion* aboutit à la propriété civile = *possessio civilis*

C) LA REMISE DE LA POSSESSION DANS LE TRANSFERT DE LA PROPRIETE

- Base du transfert: Remise de la possession de l'aliénateur à l'acquéreur.
- Condition de validité: cause valable
 - donation
 - vente
 - prêt
- ⇒ passage du droit
 - au moment où l'aliénateur remet la chose entre les mains de l'acquéreur
 - au moment où il cède sa place à celui qui l'occupe

D) LA POSSESSION ET SA DEFENSE DE LA PROPRIETE DANS LE PROCES EN REVENDICATION

- Deux personnes se disputent la propriété
 - le possesseur est privilégié : il peut garder la chose en attendant que le demandeur prouve qu'il est propriétaire.
- Droit moderne va plus loin : présomption de propriété du possesseur.
Fardeau de la preuve incombe au demandeur.
Droit romain : simple décharge de la preuve.
- Possession = indice du droit = aspect extérieur de la propriété.
On peut donc présumer que le droit à cette possession correspond à la possession.

Cette présomption peut être réfutée; dès lors elle s'efface devant le droit véritable.

- Importance pratique de cette présomption
La possession (état de fait plus facile à prouver qu'un droit) facilite la défense de la propriété.

CHAPITRE VI

LA POSSESSION

LA PERSONNE DU POSSESSEUR : LA POSSESSION EN NOM PROPRE ET LA POSSESSION POUR AUTRUI

- Deux genres de possesseur qui exerce la maîtrise de fait sur la chose.
 1. Possession exercée par celui qui possède la chose pour lui-même, en son propre nom : *suo nomine possidere*, possesseur en propre.
 2. Possession exercée par celui qui possède pour quelqu'un d'autre et au nom d'un autre : *alieno nomine possidere*, possesseur pour autrui.

A. LA POSSESSION EN NOM PROPRE

- Il utilise la chose dans son propre intérêt
Il repousse toute ingérence.
Il ne reconnaît à personne le droit d'exiger de lui de restituer la chose.
⇒ Sa volonté = origine de la possession.
- En principe, le propriétaire lui-même jouit de cette possession.
Cas particuliers :
 - Propriétaire par la voie de l'*usucapion* possède aussi en nom propre.
Son exercice de la possession ≡ celui du propriétaire.
 - Celui qui n'a aucun droit à la possession, mais exerce néanmoins ce pouvoir en son nom propre, dans son propre intérêt est prêt à défendre sa possession contre tout tiers.
Le possesseur de mauvaise foi possède en nom propre, puisque la possession ne concerne que la maîtrise et la volonté.
- Juristes romains hostiles à un partage de la possession en nom propre en copossession parce que contraire à la nature de la possession.

B. LE DETENTEUR

- Le possesseur au nom d'autrui. Il n'a pas le titre de possesseur, car avoir une chose entre les mains et savoir qu'on l'a reçue d'autrui tout en étant prêt à la rendre = simple fait passager.
- ⇒ *In possessione esse* = pure situation de fait sans conséquence définitive.
 - locataire
 - mandataire
 - dépositaire

→ commodataire

- On pourrait dire que le possesseur en nom propre exerce sa possession à travers la détention de celui qui exerce une possession au nom du premiers.

C. LE POSSESSEUR AU NOM D'AUTRUI

- Un groupe privilégié exerce une maîtrise effective au nom d'autrui, mais plus forte que celle des simples détenteurs \cong possesseur.
- Ils ont la capacité de défendre eux-mêmes leur maîtrise de fait, au moins vis-à-vis des tiers et parfois même contre ceux qui leur ont confié la possession.

A) LE SEQUESTRE

- Il garde en sa possession une chose litigieuse (remise avec l'accord des parties) pour la durée du procès ou de l'arbitrage.
- Le séquestre doit pouvoir défendre la chose pendant ce temps contre tout tiers et même contre les parties en litige.
 - ⇒ Il exerce la possession au nom d'autrui, mais indépendamment de ceux qui lui ont confié cette possession.

B) LE CREANCIER GAGISTE

- Il possède une chose du débiteur comme sûreté réelle de sa créance.
 - ⇒ Son intérêt particulier à la conservation de cette chose est plus fort que celui du débiteur.

C) LE CAS DU PRECARISTE

- Origine
Les patriciens, grands possesseurs de terres, donnaient des fonds aux clients.
Pour protéger les clients de tout tiers, on donnait le pouvoir de se défendre au précariste même.
Naturellement, celui-ci ne pouvait pas se défendre contre son propre patron (client) mais il pouvait repousser toute ingérence des tiers en son propre nom de précariste.
- La possession des terres tributaires de l' *ager vectigalis* et de l' *emphytensis*
La propriété de ses terres appartenait formellement au peuple romain ou à l'Empereur qui les concédaient aux particuliers pour une durée illimitée.
Tant que les possesseurs et les héritiers payaient la redevance convenue, ils étaient protégés de toute dépossession.

D. LA DIVISION DE LA POSSESSION EN DROIT MODERNE

- Le CCS distingue la maîtrise effective de la chose selon le degré de volonté en introduisant les termes de possesseur originaire et de possesseur dérivé. (*cf.* art. 920 CCS).

A) LA POSSESSION ORIGINNAIRE

- Posséder à titre de propriétaire = se comporter comme un propriétaire.
 - ⇒ Aucune nuance entre :

- la volonté de celui qui est véritablement propriétaire
 - la volonté de l'homme qui croit de bonne foi être propriétaire sans pourtant l'être.
 - la volonté de celui qui sait ne pas l'être
- A chaque fois, le possesseur veut posséder la chose en propre, de façon originaire.

B) LA POSSESSION DERIVEE

- Le possesseur dérivé est celui auquel la possession est conférée
 - soit dans le cadre d'un droit réel limité : usufruit d'un verger
 - soit dans un rapport de droit personnel : location
- Rôle du rapport de droit
Il est exigé :
 - pour déterminer concrètement la volonté subjective du possesseur
 - non pour fonder une base objective de sa possession.
- On attend du possesseur dérivé qu'il se sache locataire ou dépositaire et qu'il accepte de restituer la chose remise dans ce rapport concret.
- La conscience et la volonté de posséder déterminent le possesseur dérivé à posséder la chose pour autrui.
⇒ La possession du possesseur originaire est celle du possesseur dérivé se complètent.
Les 2 sont considérées comme possesseurs et protégées par le droit moderne.
Possesseur dérivé n'est pas qu'un simple détenteur ≈ possesseur privilégié romain ⇒ muni de ses propres interdits possessoires.

2. LE FONDEMENT DE LA POSSESSION : LA POSSESSION JUSTIFIEE PAR UNE CAUSE, *POSSESSIO EX JUSTA CAUSA*; LA POSSESSION NON VICIEUSE, *JUSTA POSSESSIO*

- La nécessité d'intégrer le fait de la maîtrise effective dans l'ordre juridique romain
⇒ examiner le fondement de la possession qui la justifie.
- Analyse en vue des fonctions principales de la possession et des moyens de sa protection.

A. LA POSSESSION JUSTIFIEE PAR UNE CAUSE CIVILE, *EX JUSTA CAUSA POSSESSIO - POSSESSIO CIVILIS*

- Possession = le pouvoir de la maîtrise effective, légitimée directement par le droit de propriété.
Pour fonder cette possession : recours aux causes qui permettent de
 - posséder la chose en vertu du *Jus Quiritium*
 - de prétendre : *meum esse ex jure Quiritium*
 ⇒ Les parties doivent invoquer une cause d'acquisition légitimant leur position comme dans l'ancienne procédure de revendication :
 - *pro emptore* - comme acheteur

- *pro denato* - comme donation
 - *pro dote* - comme dot
 - *pro legato* - comme legs
 - *pro soluto* - comme exécution
 - *pro derelicto* - comme chose abandonnée
 - *pro herede* - comme héritier
- ⇒ Besoin des *jurisconsultes* de qualifier la possession par la cause d'acquisition en tant que pouvoir découlant directement du droit de la propriété.
 - ⇒ Jouissance de la propriété civile simultanée à l'exercice de la possession civile
 - ⇒ Le moyen pour défendre la possession est le droit.
- Cas de l'*usucapion*
Grâce au titre (*justa causa*), la possession de l'*usucapant* conduit à l'acquisition de ce droit. Pendant l'*usucapio*, le possesseur jouit déjà d'une protection semblable à celle du propriétaire.

B. LA POSSESSION NON VICIEUSE : JUSTA POSSESSION

L'INTERDIT POSSESSOIRE : POSSESSIO AD INTERDICTA

- Comme on pouvait établir une possession indépendamment du droit de possession, on a soumis la possession à un règlement propre à empêcher que la situation ne dégénère.
- Les préteurs ont créé une sorte de procédure administrative protégeant, en cas de litige, la possession non vicieuse du dernier possesseur.
Cette protection par interdit est provisoire, car elle ne concernait que le fait de la possession et pas son fondement juridique.
- Conditions de l'octroi de la protection par interdit
Celui qui avait acquis la possession de son adversaire
 - par violence - *nec vi*
 - clandestinement - *nec clam*
 - à titre de *precarium* - *nec precario alter ab altero possidetis*
 était exclu de la protection.
 - ⇒ Premier examen sommaire de l'état de possession : contrôle du préteur de l'acquisition du fait de la possession.
 - ⇒ Celui qui ne tombe pas sous les critères d'exclusion pouvait se défendre contre toute attaque de tiers grâce à la *justa possessio* (⇒ *possessio ad interdicta*: ouvre la voie des interdicts)
- La possession *ad interdicta* revient :
 - au propriétaire qui possède lui-même la chose et à tout possesseur en nom propre : même le possesseur de mauvaise foi (pour autant que pas en face de celui qu'il a dépossédé)
 - à quelques possesseurs au nom d'autrui (privilegiés)

3. LA STRUCTURE DE LA POSSESSION : *ANIMUS ET CORPUS*

- Les juristes romains ont approfondi la notion de maîtrise extérieure de la chose en distinguant 2 éléments :
 1. un élément intentionnel \Rightarrow la maîtrise effective de la chose est l'expression d'une volonté de la dominer.
 2. un élément matériel exprimé par la relation de contact corporel entre la chose et son possesseur.

A. L'ELEMENT INTENTIONNEL DANS LE FAIT DE LA POSSESSION

R) Les 2 éléments sont liés

- Cette volonté anime le fait de la possession et lui donne une dimension intérieure : *animus possidendi*. Si celle-ci manque, il ne reste que le geste extérieur de tenir une chose entre ses mains ou d'occuper une place
 \Rightarrow il n'y a plus de possession.
- Présence continue de la volonté pas nécessaire.
Il suffit qu'elle subsiste d'une manière virtuelle, puisqu'on ne peut exiger qu'à chaque instant le possesseur ait conscience de posséder la chose.

B. L'ELEMENT EXTERIEUR CORPOREL DANS LE FAIT DE LA POSSESSION

- Rapport extérieur, le *corpus*, le contact corporel entre la chose et le possédant = l'élément le plus caractéristique de la possession.
- *Animus* = élément intentionnel, spirituel qui s'incorpore dans le fait extérieur de la possession.
 \Rightarrow *animus* \neq élément extérieur au fait corporel.
- Ce lien est très souple car il est soumis aux variations de l'usage quotidien.
- En droit moderne : l'*animus* est-il indispensable au fait de la possession ? L'élément objectif de puissance extérieure est-il suffisant à lui seul ? La loi n'y répond pas.
On sépare à tort ces 2 éléments comme si l'un pouvait se concevoir indépendamment de l'autre.
- Problème devient encore plus difficile lorsque l'on veut insérer ces théories dans un contexte historique.
 - tradition romaniste privilégie l'élément intentionnel
 - tradition germanique insiste sur l'élément extérieur objectif \Rightarrow Marque d'une polémique qui a préoccupé l'Ecole Historique du XIXe.
- Aucune théorie de la possession chez les juristes romains: Mais une riche casuistique aux différentes réponses.
D'ailleurs c'est dans les cas concrets de la possession qu'ils ont utilisé les éléments d'*animus et de corpus* comme points de repère.

4. L'ACQUISITION, LE MAINTIEN ET LA PERTE DE POSSESSION

- Les limites de la possession, celles de la maîtrise effective sont définies par le caractère d'une société, les circonstances extérieures et l'entourage social.
- C'est seulement à la fin de l'ère classique que la structure de la possession selon *animus* et *corpus* s'impose pleinement.
Les juristes classique ne considéraient pas le *corpus* et *l'animus* comme les composantes intrinsèques de la possession, mais comme des critères propres à qualifier certaines situations particulières de possession sous l'angle de son maintien et de son acquisition.
 - Ecole proculienne n'utilise pas l'expression "posséder par sa volonté" mais plutôt "possession retenue par la volonté" ou "possession que la volonté fait commencer".
 - ⇒ Expressions réservées à des cas où, le fait extérieur de la maîtrise affaibli, seul un recours à la volonté du possesseur pouvait déterminer à qui revenait la possession (cf. terres inaccessibles en hiver).
- Même problème, lorsque un objet qui se trouve déjà dans la sphère du possesseur, avant même que ce dernier ne veuille l'acquérir.
Deux cas:
 1. Le possesseur d'un fond qui sait qu'un trésor y est enfoui sans en connaître le lieu exact.
 2. Un objet remis à un dépositaire qui veut en acquérir la possession pour lui-même.
Est-ce que la possession est acquise par la seule volonté, vu que l'objet est déjà chez celui qui veut l'obtenir?
Faut-il mettre la chose sous garde ou la déplacer comme le prétendent les Sabinien.
- Fin de la controverse : *animus et corpus* = les 2 éléments constitutifs de la possession.
Corrélation faite par le juriste Paul.
- Au même moment, différenciation de l'acquisition originaire de l'acquisition dérivée de la possession.
 1. Acquisition originaire se fait directement par l'appréhension de la chose, indépendamment d'un possesseur antérieur.
 2. Acquisition dérivée se fonde sur le passage de la possession d'un possesseur antérieur à un possesseur postérieur.
- Toutefois, le double emploi des termes "originaire" et "dérivé" provoque une certaine confusion
 - état de possession selon la volonté du possesseur
 - acquisition de la possession, selon le mode d'acquisition.- ⇒ distinction nécessaire pour grouper les problèmes et pour mieux saisir la structure de l'acquisition de la possession.

A. L'ACQUISITION ORIGINNAIRE DE LA POSSESSION

- Règle

L'élément corporel, geste de s'emparer de la chose est à la fois acte et signe de la maîtrise effective que le possesseur crée d'une façon originaire par sa propre force et sa propre volonté, sans le concours de qui que ce soit.

⇒ *Animus et corpus* = unité indissoluble.

- Sens de l'élément corporel qui joue un rôle essentiel. L'élément corporel doit être apte à exprimer la domination sur la chose
 - ⇒ occupation physique de la chose
 - ⇒ sens manifeste de la volonté de l'acquéreur de posséder la chose : pour lui-même, en son propre intérêt.

Variation de l'intensité du lien corporel exigé

→ Pied sur fonds dans les régions cultivées et urbanisées

→ Construction d'un mur ou enclos préférable dans d'autres situations.

- Importance de l'intention de prendre possession.

1. un acte physique doit l'exprimer par une appréhension corporelle.

- Celui qui nie avoir la chose en dépôt, alors qu'elle est chez lui, n'est pas possesseur originaire.
- Il est possesseur, lorsqu'il cache la chose ailleurs où il la garde exclusivement pour lui-même.

Ce problème ⇒ discordance entre l'Ecole proculienne et l'Ecole sabinienne :

- Ecole proculienne

Changement de l'*animus* fait acquérir la possession de l'objet déposé au dépositaire - voleur.

- Ecole Sabinienne

Le déplacement de l'objet en un nouvel endroit.

Paul se rallie à cette conception : possession doit être liée à une manifestation extérieure de l'*animus* : intention d'acquérir la possession.

- Acquisition d'un trésor caché dans un fonds, sans que le possesseur du fonds ne puisse indiquer l'endroit exact où il se trouve,
Proculus: Ce qui manque à la possession naturelle, l'intention le comble
- L'acquéreur ne devient possesseur que lorsqu'il le détermine et le prend sous sa garde.

2. Le geste extérieur doit être accompagné par une volonté réelle effective, sinon geste n'est rien qu'un mouvement naturel.

- Le possesseur doit pouvoir émettre un acte de volonté dont il est conscient : ni fou, ni enfant ⇒ capacité de discernement.
- Exception : un pupille mineur qui a la capacité de discernement est donc capable de former une volonté possessoire ⇒ controversée.

Le pupille doit être autorisé par son tuteur à posséder parce que le droit prédomine dans la possession ⇒ Le fait de posséder est un acte juridique qui exige la capacité civile ou l'autorisation d'un tuteur.

- Ofilius, Nerva, Paul : la possession relève essentiellement de l'ordre des faits ⇒ pour maîtriser un objet, il faut être capable de discernement : qualité du pupille.

B. LE TRANSFERT DE LA POSSESSION : L'ACQUISITION DERIVEE DE LA POSSESSION

- Cas le plus fréquent de l'acquisition: possession passe de main en main \Rightarrow le possesseur postérieur obtient sa possession du possesseur antérieur.
- Distinction entre le transfert de la possession et de l'acquisition originaire

Transfert dérivé	Acquisition originaire
Elle fait passer l'objet de possession en possession, de domination en domination.	Elle crée une nouvelle possession

\Rightarrow Chose jamais libre à l'acquisition d'un tiers. Simple changement de possesseur.

- Mode du passage
Mode de la tradition corporelle : acte de la remise : *tradens*.
L'aliénateur manifeste en même temps son intention de transférer et de renoncer à la chose.
L'acquéreur (*accipiens*) exprime sa volonté de prendre en possession la chose.
 - Difficultés possible de cette remise matérielle.
 - \rightarrow transfert d'un immeuble lointain dont l'accès est difficile
 - \rightarrow transfert de meubles difficiles à porter
- \Rightarrow Modes de transfert de possession allégés : tradition corporelle par contact n'est plus nécessaire. Traditions simplifiées, parfaites sans le passage de la chose de main en main, sont les suivantes :
- tradition de la chose dans la sphère de puissance du possesseur ou par la remise des moyens de possession
 - la *longa manu traditio* : transfert par la longue main, le transfert *per visum*, par désignation
 - la *brevi manu traditio* : transfert par la courte main
 - le *constitutum* : le constitut possessoire.

A) LES TRADITIONS SIMPLIFIES EN DROIT ROMAIN

1. la tradition par la remise dans la sphère de puissance de l'acquéreur ou par la remise des moyens de possession

- Pas de tradition de main en main, mais une remise de la chose entre absents: le *tradens* dépose la chose dans la maison de l'*accipiens* sans qu'il soit présent.
- Celsus : le transfert est achevé dès que la chose est entre les murs de la maison \Rightarrow dans sa sphère de domination.
- Idem lorsque le *tradens* donne au nouveau possesseur les moyens pour entrer en possession.
 - \rightarrow clés d'un dépôt.
Papinien : remise des clés devant le dépôt.

2. la *longa manu traditio* : le transfert de la possession par la désignation le transfert *per visum*

- Les 2 parties s'entendent d'un commun accord sur le transfert de la possession. Le *tradens* déclare sa volonté de transmettre la possession libre.
- En même temps, du haut de la tour, le *tradens* montre au nouveau possesseur l'emplacement exact du fonds. Si celui-ci est accessible et ouvert la possession passe aussitôt de l'un à l'autre : accès possible.
- Textes de références : *Javolenus* et Paul p. 158

3. la brevis manu traditio: le transfert de la possession par la courte main

- Avantage : éviter une reprise matérielle de l'objet à transférer.
Le possesseur détenteur à titre de
 - prêt
 - location
 - dépôt
 peut garder la chose directement comme possesseur originaire.
- Mais il s'agit d'une vraie tradition; l'aller et le retour entre les partenaires ne se réalise cependant que fictivement.
Le transfert ne s'est pas effectivement réalisé, la chose n'en est pas moins considérée comme transférée.
 - Ulpien Si quelqu'un achète la chose déposée chez lui ou remise en commodat ou en gage, cette chose est considérée comme transférée si elle reste chez lui après l'achat.

4. Le constitutum possessorium : le constitut possessoire

- Transfert sans tradition de main en main. La chose reste dans la main du possesseur originaire antérieur qui désormais la tient comme possesseur dérivé.
Il ne serait, en effet, pas raisonnable que quelqu'un rende la chose qu'elle donne pour la voir instantanément de retour à titre de locataire.
- Les sources ne nous disent pas si les juristes se contentaient
 - de la pure volonté de posséder pour autrui sans qualification ultérieure suffisait.
 - Nécessité de fonder cette volonté sur un rapport concret comme l'usufruit, la location;
= certainement la solution.
Car sinon, la seule volonté de posséder pour autrui => le constitut possessoire (= mode de transfert) = la représentation dans l'acquisition de la possession.

B) LES TRADITIONS SIMPLIFIÉES EN DROIT MODERNE

- Importance + changements.
Elles sont intégrées plus généralement dans la figure du contrat possessoire.
- Le transfert peut s'effectuer par un pur accord sous certaines conditions. ⇒ Les parties s'entendent sur le passage, sans la présence de l'objet et sans le transfert matériel.
Il suffit que
 - l'acquéreur : accès directe à la chose
 - le transférant : cède d'un commun accord.

Au moment de l'accord (= contrat possessoire) la possession passe immédiatement à l'acquéreur.

- Survivance de la *long a manu traditio* : rendue plus simple, puisque même plus de rapport extérieur *per visum*. (cf. art. 922 al. 2 CCS)
 1. La *brevi manu traditio*
 - Pas de règlement explicite, puisque pose aucun problème.
 - Réalisation : à l'aide du contrat possessoire ⇒ le possesseur dérivé a la possession originaire de la chose, par la volonté du possesseur antérieur.
 2. Constitut possessoire
Particularité : art. 924 al. 1 CCS
"La possession peut s'acquérir sans tradition, lorsqu'un tiers ou l'aliénateur lui-même demeure en possession de la chose à titre spécial".
⇒ L'aliénateur garde la chose à titre spécial : locataire, prêteur, dépositaire.
Le simple changement de volonté ne suffit pas à créer un constitut possessoire : il manque au titre spécial

C. LE MAINTIEN DE LA POSSESSION

- Le règlement juridique tend à favoriser la conservation de la possession et à restreindre les conditions de sa perte.
 - ⇒ Juristes romains + jurisprudence romaine : maintien de la possession dans les nombreux cas où
 - la maîtrise est affaiblie
 - la maîtrise n'existe momentanément plus.
 - ⇒ Droit moderne : art. 921 CCS
 - ⇒ Jurisprudence romaine : fine casuistique.

A) LES INTERRUPTIONS DE LA POSSESSION

- Il faut pouvoir laisser la chose possédée et s'en éloigner tout en gardant sa possession.
 - ⇒ une interruption passagère doit être possible.
- Problème : Peut-on admettre que la possession ne soit maintenue que par la volonté (*animo solo*) , alors que l'absence du possesseur empêche l'exercice *corporel* de la maîtrise effective?
 - ⇒ Controverse, mais l'idée d'une interruption passagère du contrôle extérieur mais maintien par la *solo animo* l'emporta.
réserve et nuance de Gaius
 - Celui qui veut quitter les lieux définitivement
 - celui qui veut y revenirGénéralement, celui qui quitte le lieu montre son intention de revenir ou d'abandonner ce qu'il possède.
 - Laisse ses bagages sur un chariot → on va les reprendre
 - ⇒ La maîtrise effective de l'absent est maintenue :
 - certes par la volonté

- et par une présence corporelle atténuée et indirecte, mais marquée par un signe extérieur.
- Problème : la maison est envahie par un tiers en l'absence d'un autre
 - ⇒ L'absent perd-il la possession quand bien même il ignore qu'un autre s'y trouve?
 - Si l'envahisseur repousse celui qui revient, il manifeste sa volonté et sa maîtrise effective sur la chose.
 - Si pris de peur, l'absent décide de ne plus rentrer chez lui et renonce définitivement à rétablir sa domination *corpore*, le maintien de la possession n'est plus possible.

B) EMPECHEMENT MOMENTANES DE L'EXERCICE DE LA POSSESSION

- ≠ interruption, car involontaire, dû à des circonstances naturelles.
 - Possession de pâturages que l'on est contraint de quitter durant l'hiver.
 - ⇒ Perte de la possession ?
 - ⇒ Perte de la maîtrise extérieure, *corporel*.
- ≠ interruption de la possession, mais un empêchement dans l'exercice de la possession, dû à des causes naturelles. Cette situation ne dure qu'un certain temps et est périodique.
 - ⇒ Pendant cette période, il n'y a plus de possession *corporel* momentanément et le possesseur ne possède plus que par l'*animo solo*.

D. LA PERTE DE LA POSSESSION

- On perd la possession
 - *aut corporel*, soit en perdant l'élément corporel - le rapport extérieur de domination
 - *aut animo*, soit en perdant l'élément intentionnel - la volonté de posséder
 - ⇒ Perte volontaire ≠ perte involontaire ...

A) L'ABANDON VOLONTAIRE DE LA POSSESSION

- La volonté d'abandonner doit être exprimée en termes clairs et précis, sinon sans conséquences.
 - ⇒ On peut perdre la possession par la seule intention, quoiqu'on ne puisse l'acquérir ainsi.

B) LA PERTE INVOLONTAIRE DE LA POSSESSION

- Le fait extérieur de la domination et l'affaiblissement de l'élément corporel de la possession sont considérés.

1. Perte d'un bien meuble

- Une chose est perdue si la possibilité de la reprendre en main n'est plus possible
 - ⇒ les choses restent en notre possession pour autant que nous puissions les reprendre à tout instant.
 - Vêtements déposés sur un banc restent dans la *custodia* du possesseur, à condition que indice suffisant que la chose va être reprise.
- Chose perdue ≠ chose égarée

Chose égarée : on connaît l'endroit où la chose se trouve, sans pourtant savoir exactement où on l'a déposée. Tant que l'on peut dominer l'endroit, où l'on a égaré la chose et d'y maintenir la surveillance, la chose n'est pas perdue.

2. Perte d'un immeuble

- On peut prendre possession d'un fonds d'autrui sans violence lorsque la possession est vacante
 - soit parce que le propriétaire est négligent
 - soit parce qu'il est décédé sans héritier
 - soit parce qu'il est absent depuis longtemps.
- La maîtrise extérieure se dissout et se perd, même si le possesseur ne veut pas abandonner sa possession
Plus de contact direct ⇒ perte
⇒ Un tiers peut s'emparer sans formalité de cette chose.

5. L'ACQUISITION DE LA POSSESSION PAR L'INTERMEDIAIRE D'AUTRUI

- Le droit romain n'admet pas que les assujettis au pater familias ou à un maître puissent acquérir pour eux-mêmes la possession, ni puissent faire valoir une volonté propre de posséder.
⇒ Leur volonté est soumise.
Si les assujettis prêtent la main à l'exercice de la possession, le maître domine cette maîtrise effective par sa propre volonté.
⇒ Paul : "nous possédons par notre volonté à travers la maîtrise effective d'un autre".
- Assouplissement du principe
Coutume de confier l'administration de grandes fortunes à des procureurs libres (= esclaves affranchis) amène à leur conférer le pouvoir d'acquérir directement (= sans consentement) pour le compte du maître.

6. LA PROTECTION DE LA POSSESSION

- Tout trouble de la possession doit être prohibé, pour que la maîtrise effective puisse être assurée; même au possesseur de mauvaise foi mais provisoirement bien sûr.
- ⇒ Elaboration de la procédure de la protection possessoire auprès du prêteur.
⇒ Le danger des règlements de compte personnels disparaît.
⇒ Les situations socialement néfastes où chacun se fait justice à soi-même également.
- Cette protection provisoire ne présume en rien du jugement définitif de la protection pétitoire.

La procédure possessoire sert de phase préparatoire au procès pétitoire de la revendication, phase durant laquelle on détermine laquelle des parties en litige a la possession. Cette partie est le défendeur et donc déchargée du fardeau de la preuve du droit à la possession, preuve qui incombe au demandeur non possesseur.

A. LA PROTECTION DE LA POSSESSION PAR LES INTERDITS, INTERDICTA (INTERDICERE = INTERDIRE).

- La possession établie jouit d'une protection particulière, accordée par le prêteur au possesseur dépossédé ou troublé dans sa possession.
- Deux interdits généraux ...

A) EN CAS DE POSSESSION D'UN IMMEUBLE : INTERDICTUM UTI POSSIDETIS

- Si le possesseur a été troublé dans sa possession ou même dépossédé, il peut demander au prêteur de lui octroyer un interdit qui le défende contre tout acte de violence.
- Fonction conservatrice de l'interdit.
Rien ne doit être entrepris contre l'état actuel des choses. Tout recours à la violence est prohibé.
- Double tranchant de l'interdit
Il s'adresse au 2 adversaires en interdisant tout acte de violence contre celui dont la possession s'avère en dernier lieu non-vicieuse.
⇒ Fonction récupératoire de l'interdit : possesseur actuel vicieux, devra rendre à l'autre.

B. EN CAS DE POSSESSION D'UN MEUBLE : INTERDICTUM UTRUBI

- Cet interdit vient en aide à celui qui a possédé la chose durant la plus grande partie de l'année précédent le conflit.

B. LES INTERDITS RESTITUTOIRES, INTERDICTA RESTITUTORIA

- Ils ordonnent directement la restitution de la chose à son ancien possesseur.
 - interdit en cas d'expulsion violente d'un immeuble : *interdictum unde vi*
 - interdit contre l'occupation clandestine : *interdictum clam*
 - interdit contre le précariste qui ne restitue pas la chose au concédant qui la lui avait donné à sa demande : *interdictum de precario*
- L'ordre de restituer la chose ⇒ un possesseur vicieux ne doit pas être maintenu dans sa possession du moment que l'ancien propriétaire en réclame la restitution.
- L'ordre du prêteur devient inefficace au cas où celui qui exige l'interdit a lui-même enlevé la possession à son adversaire par violence.
⇒ interdit spécial contre la partie qui a recouru aux armes : *interdictum de vi armata*.
Le possesseur attaqué par les armes et chassé de sa possession peut exiger la restitution inconditionnelle de la chose, sauf si lui-même s'est préalablement servi des armes = interdit qui renonce à insertion des exceptions pour possession vicieuse.

C. L'EXCEPTION POUR POSSESSION VICIEUSE ET L'AUTODEFENSE LEGITIME

- *Exceptio vitiosae possessionis* = pivot du système de la protection de la possession.
L'interdit défend à condition que le possesseur ne tombe pas sous le coup de l'exception pour possession vicieuse.
- Deux conditions de l'exception qui permettent l'adversaire de bloquer l'ordre du prêteur si l'adversaire allègue:
 1. Le demandeur lui a enlevé la possession préalablement
 2. par des moyens injustifiés (*vi, clam, precarium*).
- Rien n'empêche alors le spolié de recourir lui-même à la force pour défendre sa possession ou pour reprendre à son tour la chose au spoliateur.
 - ⇒ *Exceptio vitiosae possessionis* accorde une petite place à l'autodéfense
 - ⇒ elle répond au besoin : nul droit ne peut supprimer l'autodéfense légitime.
- Juristes classiques : il est permis de repousser la force par la force : *vim vi repellere licet* (926 al. 1 CCS)
Ce droit est une application concrète de la légitime défense qui s'étend à la possession considérée comme une sphère personnelle et protégée à l'égal de la personne même.
Les moyens de défense doivent être proportionnels à l'attaque subie et ne servir qu'à repousser l'adversaire conformément aux règles de la légitime défense.
 - ⇒ Repousser une attaque inclut nécessairement le pouvoir d'expulser l'envahisseur et de lui enlever par la force ce qu'il veut emporter.
 - ⇒ Les interdits n'empêchent pas le rétablissement de l'état de possession antérieur par une reprise offensive de la chose perdue. Le possesseur dépossédé peut chasser le possesseur qui lui a enlevé la chose à condition qu'il ne recoure pas aux armes.

EVOLUTION : EPOQUE POSTCLASSIQUE

- Suppression de toute force et violence ouverte
 - ⇒ Problème de la protection immédiate de la possession : conditions
 1. L'expulsion de l'usurpateur doit être engagée immédiatement.
 2. et la reprise de la chose spoliée n'est permise que pour autant qu'elle ait eu lieu lors de cette confrontation.
 - ⇒ Le rapport immédiat entre l'attaque et la reprise offensive devient le seul critère restreignant son recours, jadis accompli par les *exceptiones* (II art. 926 al. 2 CCS)

CHAPITRE VII

LA PROPRIETE

1. LA NOTION ROMAINE DE PROPRIETE

- Définition de la propriété établie par les juristes = synthèse de l'utilité démontrée par l'usage et du profits acquis par l'expérience (↔ définitions abstraites).
- Juristes romains très éloignés de la conviction d'E Huber : le concept de propriété doit nécessairement être le même pour tous les objets de propriété.

Comparaison des définitions :

- une chose appartient à quelqu'un en propre dans le sens que, selon le droit, sa volonté est décisive pour la totalité des rapports.
 - *meum esse ex jure Quiritium* exprime l'appartenance de la chose à son dominus
- ⇒ approches essentiellement différente.

- Terminologie, formule

MODERNE	ROMAINE
<ul style="list-style-type: none">• Analyse du droit subjectif du propriétaire• Analyse de sa libre volonté• Analyse de son pouvoir total sur la chose	<ul style="list-style-type: none">• développe pouvoir concrètement<ul style="list-style-type: none">- dans le procédé du transfert de la propriété de la chose et- dans le procédé de la défense de la propriété de la chose

- Caractéristique de la notion :
 - souplesse ⇒ base de conceptions différentes.

3 POUVOIRS REPRESENTATIFS DE LA PROPRIETE → DEFINITION

1. Le pouvoir d'utiliser la chose et d'en disposer librement.
 - soit par des dispositions de fait : utiliser, modifier, consommer, détruire
 - soit par des dispositions de droit : transférer, abandonner
2. Le pouvoir de repousser toute ingérence de la part des tiers au moyen d'une action:
 - soit par l'actio negatoria, contre celui qui prétend avoir un droit sur la chose.
 - soit par des actions pénales, si un tiers endommage la chose
3. Le pouvoir de revendiquer la chose de tout tiers qui la posséderait sans être au bénéfice d'un droit à la possession.

- ⇒ La propriété donne au propriétaire le pouvoir de jouir pleinement de la chose
- ⇒ Les limites de la propriété romaines (voisinage, ordre public, bonnes moeurs) sont extérieures et ne touchent pas au noyau de la propriété.

AUTRES FORMULES POUR DEFINIR LA PROPRIETE

- Les terres provinciales et *l'ager publicus* font parties du patrimoine du peuple romain. Donc celui qui en profite, les exploite ne peut pas être un propriétaire selon le droit civil.
 - ⇒ On évite l'expression "propriété", *dominum* et on remplace par la description des pouvoirs accordés au propriétaire : *uti, frui, habere, possidere*.
 - ⇒ Procédé romain : concrétiser les pouvoirs contenus dans la propriété au lieu de former un concept unitaire.

2. L'APPORT JURIDIQUE ET IDEOLOGIQUE DES JURISCONSULTES ROMAINS A LA CONCEPTION DE PROPRIETE

- La formule : propriété = *jus fruendi, utendi, abutendi* s'est développée en droit commun, en particulier en droit rationaliste du XVIIIe, car elle exprime la propriété comme un pouvoir absolu et total → arbitraire ≠ conception romaine !
- Rôle et caractéristiques
 - Elle crée un ordre distributif des choses et des biens.
 - *meum esse ex jure Quiritium* ⇒ appartenance de la chose selon un ordre de droit objectif
 - ⇒ Propriété est un droit privé et individuel. L'Etat ne s'y immisce pas, il garantit l'efficacité de l'ordre.
 - Donc l'acquisition de la propriété se fonde sur des éléments privés et individuels :
 - sur *l'occupatio*, c'est-à-dire sur la prise de possession unilatérale et individuelle lorsque l'objet saisi est encore une *res nullius*
 - sur la *traditio*, c'est-à-dire le transfert de la chose de main en main et la volonté commune des partenaires de transférer la propriété en vertu d'une cause privée, lorsque l'objet appartient déjà à quelqu'un.
- Quelques implications idéologiques et philosophiques
 - Cicéron
 - La propriété a acquis une fonction ordonnatrice
 - en stabilisant les fondements politiques de la *res publica*
 - en assurant la concorde sociale entre les classes
 - en assurant l'équité dans les rapports entre les particuliers
 - en donnant la priorité à la liberté et à la sécurité de l'individu.
- ⇒ Noyau de la propriété = appartenance exclusive des biens au particulier.

3. LA PROPRIETE COLLECTIVE : LA PROPRIETE COMMUNE EN INDIVISION ET LA PROPRIETE PAR QUOTES-PARTS

CONTEXTE HISTORIQUE

- Colonisation des terres italiennes : régime foncier dominé par la propriété collective
⇒ propriété individuelle très limitée-
→ Douze Tables : patrimoine = famille + bétail, aucune référence aux terres.
- Au temps de Cicéron : l'*ager compascus* = pâturages communs, possession de la *gens*, du clan ou de la *curia*.
- Légende : Romulus, fondateur de Rome distribua à chaque citoyen deux *jugera*, le *heredium*, un petit bout de terre, insuffisant pour nourrir une famille ⇒ complété par les champs de la commune et les grands pâturages.
- D'ailleurs, les *res sua*, les biens individuels ≠ biens de la famille
= objets d'usage propre au particulier.
- Puis, le régime des biens se développe en faveur de la propriété individuelle dont dispose le *pater familias*, le détenteur exclusif du patrimoine familial.

1. LA PROPRIETE COMMUNE OU EN INDIVISION, LA PROPRIETE EN MAIN COMMUNE

- La *societas ercto non cito* (sans avoir partagé) ne connaît aucune répartition des biens entre ses membres. Le tout appartient aux enfants = tous les cohéritiers qui continuent de vivre d'un commun accord sur les terres → exercent le droit de propriété en main commune.
- La communauté *ercto non cito* se forme juste après le décès du *pater familias* et se compose des membres de la famille.
Elle dure aussi longtemps que ses membres n'en exigent pas la séparation.
- Le principe de l'indivision et la gestion en main commune exige l'unanimité des décisions concernant les biens.
Trait individualiste : un membre du *consortium* est alors présumé avoir recueilli l'autorisation de tous les membres.
- Les communautaires peuvent exiger à tout moment la séparation des biens. Si aucun accord
→ action en partage : *actio familiae erciscundae* = le juge autorise de diviser les biens familiaux en attribuant à chaque membre une part égale.
- Si quelques membres veulent continuer la vie en commun, ils sont libres de recréer une nouvelle société ⇒ une telle communauté se crée parfois en dehors des rapports familiaux = confrérie désireuse d'exploiter en commun des terres ou d'autres biens.
⇒ Cette forme hybride est vite tombée en désuétude. Car un régime de propriété commune si peu organisé ne peut survivre qu'en s'appuyant sur une communauté mieux structurée
 - soit naturelle (famille)
 - soit conventionnelle (confrérie, société).

- Le droit moderne fait explicitement appel à une structure complémentaire pour rendre valable la communauté par indivis (art. 653 CCS).
 - Biens placés sous le régime de la communauté matrimoniale (art. 221 ss. CC)
 - Biens placés sous le régime de la communauté héréditaire (art. 602 ss CCS)
- Le droit romain développe la propriété par quotes-parts et s'engage dans une direction différente, individualiste.

2. LA COPROPRIETE : LE CONDOMINIUM

- La copropriété a une forme plus rationnelle et juridiquement plus transparente que la propriété en indivision.
 - La structure en quotes-parts clarifie les rapports entre les copropriétaires
 - en tant que propriétaires individuels de leur part et
 - en tant que propriétaires communautaires du tout.

A. LA NOTION DE COPROPRIETE

- = forme de propriété collective : chaque propriétaire a un droit de propriété
 - matériellement sur la chose entière
 - idéalement sur une quote-part seulement
- Conséquences
 1. La copropriété ne permet pas de localiser des parts déterminées (matériellement)
 2. La quote-part est une partie idéale, calculable en fonction du tout : 1/2, 1/3...
 3. Rapports réglés
 - extension matérielle sur la chose entière est soumise à un règlement communautaire
 - chacun se réserve le droit de disposer individuellement de sa quote-part.

B. LES POUVOIRS DU COPROPRIETAIRE

- Dans les limites de sa quote-part, le copropriétaire peut user de son plein droit : vendre, donner en usufruit, hypothéquer.
- Ses pouvoirs sont limités dès qu'il veut agir sur la chose entière.
 - ⇒ s'entendre avec les autres copropriétaires
 - ⇒ ceux-ci peuvent lui opposer un *jus prohibendi* : droit de s'opposer même physiquement à la mise en oeuvre des dispositions prises sans leur accord.
- S'ils ne s'opposent pas, ils ne peuvent pas obliger le copropriétaire à rétablir la situation antérieure.
- Désaccord total ⇒ dissoudre la copropriété et réclamer une indemnisation.

C. LA DIVISION DE LA COPROPRIETE

- La copropriété est plutôt considérée comme un état provisoire où le particulier garde la plus grande liberté possible ⇒ toujours possible de partager matériellement la chose : action en partage, *actio communi dividundo*.

1. PARTAGE EN NATURE

- Le juge attribue à chacun une partie de la chose correspondant à sa quote-part idéale et équilibre les quotes-parts par des compensations mutuelles.
- Il évalue les pertes et les dépenses : distinguer entre les dépenses nécessaires, utiles et voluptuaires.

2. PARTAGE EN QUOTES-PARTS IDEALES

- Le juge offre la chose à l'un des copropriétaires, tandis que les autres reçoivent des soultes correspondant à leur quote-part.
- Sinon, le juge ordonne la vente aux enchères de la chose et le produit est réparti entre les copropriétaires.

D. LA COPROPRIETE EN DROIT MODERNE, EN PARTICULIER SON APPLICATION A LA PROPRIETE PAR ETAGES

- Plus grande importance de la copropriété
⇒ favorise la concentration des moyens économiques d'investissement et de production.
- Nouvelle fonction dans le domaine de l'habitat : la propriété par étages
⇒ facilite la construction et l'acquisition d'appartements et de locaux commerciaux.
- Art. 712a à 712 t CCS : Propriété par étages = forme spéciale de copropriété
⇒ propriétaire un droit exclusif d'usage, d'installation et d'administration dans la partie qui lui est attribuée.

DROIT MODERNE	DROIT ROMAIN
• Propriété par étages = état durable et définitif	• Copropriété = état provisoire
• Administration : principe d'une majorité déterminé par le nombre de copropriétaires et par l'importance des quotes-parts	• Administration : principe individualiste de l'unanimité pour les décisions concernant la chose entière

⇒ Evite toute dissolution arbitraire de la copropriété.

4. L'ACQUISITION DERIVEE DE LA PROPRIETE

- Par l'acquisition originaire : le propriétaire acquiert le droit de propriété d'une façon unilatérale, étant lui-même à l'origine de son droit.
Par l'acquisition dérivée : le droit résulte du transfert de la propriété de l'un à l'autre.
- L'image du transfert matériel des choses aide à saisir le passage du droit de l'un à l'autre : droit du transférant s'étaient pour renaître chez l'acquéreur.
⇒ extinction du droit ⇔ naissance du nouveau droit.

A. L'ACQUISITION DE LA PROPRIETE FONDEE SUR L'ACTE JURIDIQUE DE LA MANCIPATIO

DEFINITION DE LA MANCIPATIO

- = l'acte juridique formalisé au moyen de paroles et de gestes solennels par lequel l'acquéreur saisit de la main la chose que le propriétaire veut aliéner.
- Mot : *mancipatio* = acte concret de prendre quelque chose par la main.

CONDITIONS DE TRANSFERT

- Tout acte de transfert d'un droit absolu doit se concentrer sur 2 points essentiels ⇒ règlement.
 1. Le moment du passage
Idéal = transfert instantané, de manière à éviter toute phase intermédiaire (= vide de droit).
 2. La publicité de l'acte de passage
Le transfert de propriété intéresse chacun, puisque ce droit est absolu c'est-à-dire opposable à tout tiers.
⇒ La *mancipatio* répond à ses 2 exigences.

PROCEDURE DE L'ACQUISITION

- Deux gestes solennels combinés
 1. L'acquéreur prend l'objet dans sa main = marque l'appartenance de la chose
 2. L'acquéreur frappe simultanément de l'autre main, qui tient le lingot, la balance, et exécute le geste du paiement = marque que la prise de l'objet repose sur le paiement.
- La *mancipatio* revêt un sens plus général et plus ancien que la *venditio* ou la *emptiovenditio*. La *mancipatio* correspond à un acte unilatéral (≠ échange de prestations), exécuté par celui qui acquiert un droit, et toléré par celui qui perd son droit.
- La *mancipatio* pour la vente. Légère modification pour les actes de disposition : testament, émancipation, *coemptio*.

FORMALISME RIGoureux

- La forme crée l'effet juridique du transfert de la propriété.
Sans l'observation des règles formelles ces actes sont nuls.
- La forme sépare nettement l'acte de transfert de toute motivation ultérieure. Le formalisme ne laisse pénétrer aucun motif-matériel des parties. L'intention de l'aliénation n'apparaît pas.
⇒ Mode abstrait de transfert de la propriété.
- Conséquences
→ Un père de famille transfère à son futur gendre, en guise de dot pour sa fille, un fonds par la voie d'une *mancipatio*, celui-ci devient propriétaire du fonds dès que la mancipation est exécutée, et ceci indépendamment de l'intention du transfert.

Si mariage annulé, gendre garde fonds, pas d'action possible.

B. L'IN JURE CESSIO, LA CESSION EN JUSTICE

- *L'in jure cessio* = autre mode de transfert.
- Structure issue de l'ancienne legis actio en revendication → transformée en un acte non litigieux destiné à céder le droit à un autre.
- Procédure : nouvelle forme de publicité fondée sur un acte notifié et ratifié par l'autorité publique : sous les yeux du magistrat.
Celui qui veut transférer la chose à l'autre ne s'oppose pas à la revendication du partenaire et le prêteur adjuge la chose au nouvel acquéreur qui en devient le propriétaire.
- ⇒ Besoin accru de publicité est mieux assuré par l'autorité du prêteur que par les quelques témoins assistant à la *mancipatio*.
- Ce procédé sert à aliéner toutes sortes de choses
 - *res Mancipi* et *res nec Mancipi*
 - des droits : servitudes, usufruit, héritage pourvu qu'ils puissent faire l'objet d'une procédure revendicatoire.

C. L'ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ PAR UN ACTE NON FORMEL : LE TRANSFERT PAR TRADITIO

- *Traditio* = mode de transfert plus souple. La *traditio* était d'abord réservée aux *res nec Mancipi*, puis devient la mode principale de l'acquisition dérivée de la propriété.
- Caractéristique
Acte simple et direct, dépouillé de tout formalisme.

STRUCTURE

a) La remise matérielle de la chose donnée, achetée, léguée par le transfert de la possession

- Ce passage du droit consiste en un acte juridique concret qui donne à la remise matérielle de la chose le caractère d'un transfert de droit
→ le vendeur transfère la propriété en remettant l'objet à l'acheteur...

b) La cause du transfert de la propriété, qui motive et justifie le passage du droit lié au transfert de la possession.

- ... La cause du passage du droit est l'achat-vente.
- La tradition contient une fin déterminée, elle ne transfère pas la propriété tout court, mais elle le fait pour cause de vente, donation, dot, legs.
⇒ Tradition garde un caractère résolument concret ≠ acte de disposition générale = une livraison dans le cadre d'une vente, donation, dot, legs, exigeant le BUT concret qui justifie le transfert-

c) La validité du transfert

- Le transfert n'est valable que si la cause justificante l'est aussi. Si la cause est nulle, la tradition est sans effet et perd sa raison d'être.
- Exception : *solvendi causa* : pour se libérer de la dette
 - ⇒ Ce titre s'est développé dans le cadre de la stipulation et de l'obligation créée par le legs. Pour qu'il y ait passage de la propriété : il suffit que le transférant veuille se libérer de sa dette, et que l'acquéreur veuille l'accepter à titre de solution.
 - Raison probable : l'acte de paiement *solvendi causa* = acte autonome, propre à faire passer la propriété de la chose, quand bien même la stipulation ou le legs ne sont pas valables.

5. L'ACQUISITION PAR PRESCRIPTION : L' USUCAPIO

A. LE PRINCIPE DE L'USUCAPION

- Principe : propriété et possession ne peuvent être séparées pour une durée illimitée.
Une possession durable \equiv pouvoir du propriétaire.
Un pur droit de propriété, séparé définitivement de la possession, devient vain.
- Buts
 1. L'intérêt de celui qui a la chose entre les mains, qui la conserve et l'utilise \Rightarrow mérite une meilleure protection que le propriétaire qui a abandonné la chose.
 2. L'intérêt commun : une scission durable entre la possession et une propriété crée un état juridique flou entre possession et propriété.
- Définition
Usucapion = l'acquisition de la propriété par une possession continue pendant un délai défini par la loi.
 \Rightarrow La possession continue et ininterrompue = base de l'usucapion.
- Délais
 - \rightarrow Système archaïque repris par les Douze Tables prévoit des délais très courts.
 - une année pour les meubles
 - deux années pour les immeubles
 - La chose volée ne se prête pas à l'usucapion \Rightarrow être toujours en mesure de citer celui de qui on avait acquis la chose.
 - = premier règlement valable pour la petite enceinte de la Rome ancienne, mais insoutenable lorsque Rome se transforma en un centre mondial \Rightarrow ajustement.
 - \rightarrow Ajustement
 - Elargir le temps nécessaire pour accomplir l'usucapion (inconcevable de changer les Douze Tables)
 - Ajouter d'autres conditions restrictives sans modifier les délais \Rightarrow évite de prolonger un état juridiquement incertain.

B. LES CONDITIONS D'EXERCICE DE L'USUCAPION

- 5 conditions du nouveau système
 - 4 conditions objectives
 - Res habilis* : chose apte à l'usucapion
 - Possessio* : possession (originaire)
 - Titulus* : cause justifiant la possession
 - Tempus* : délai
 - 1 condition subjective
 - Bona fides* : bonne foi
- ⇒ Ces conditions ont une fonction spécifique intégrée dans la structure de l'usucapion.
- ⇒ Structure repose sur une acquisition originaire de la propriété par le moyen d'une possession qualifiée. Les qualifications concernent soit les conditions objectives et subjectives de l'acquisition de la possession, soit la durée de la possession jusqu'à expiration du délai.

1. RES HABILIS (CHOSE APTE A L'USUCAPION)

- Exclues
 - *res publicae* : choses publiques
 - *res religiosae sacrae et sanctae* : choses dédiées au culte et à la religion.
- Toute chose qui a fait l'objet d'un vol ou s'il s'agit d'un immeuble d'une occupation clandestine ou violente.
- ⇒ Pour qu'une chose volée redevienne apte à être acquise par prescription, il faut qu'elle retombe directement dans la puissance du propriétaire.
- rentrer en possession de la chose volée
 - reconnaître la chose comme le bien authentique

2. NECESSITE DE LA POSSESSION ORIGINNAIRE, NON VICIEUSE

- Seule la possession originaire mène à l'usucapion.
- Elle ne doit souffrir d'aucun défaut : sont exclues les possession acquises
 - *vi* : par force
 - *clam* :clandestinement
 - *precario* : à titre précaire

3. LA CAUSE, CAUSA ; LE TITRE, TITULUS

- Acquisition de la possession doit être fondée sur une cause ou sur un titre.
 - ⇒ Le possesseur doit se référer à un acte juridique par lequel il a obtenu la chose et qui confère à sa possession le sceau de l'approbation juridique.
- Cas normal :
 - Un tel acte transfère la possession et la propriété.
- Cas particulier:
 - L'acquéreur ne devient pas propriétaire lorsque l'acte ne peut pas déployer ses effets (transférant ne peut pas disposer ou le mode de transfert ne correspond pas à la chose transférée).

⇒ Mais possession reste acquise

L'acte sert au moins à justifier une possession non vicieuse.

⇒ Bien que le transfert de droit ait échoué, il justifie l'usucapion, puisque cette acquisition de la possession s'effectue sous un des titres reconnus : *pro emptore, pro date, pro legato, pro soluto ...*

- Titre putatif

Titre introduit pour assouplir le système des causes objectives justifiant la possession.

Dans quelques cas extrêmes : la conviction inébranlable du possesseur d'avoir reçu cette possession en vertu d'un titre valable, même s'il manque, suffit.

→ Je possède une chose que je crois faussement avoir été achetée par mon esclave ou par le défunt. ⇒ L'ignorance est tolérable dans l'ignorance du fait d'autrui.

⇒ Derrière le titre d'acquisition faux, un titre de fond pro suo est admis : la volonté de posséder pour soi-même suffit, puisque derrière un titre d'achat putatif, il existe toujours la volonté vraie de posséder pour soi-même.

- Mais la plupart des juristes ont rejeté le dédoublement des titres qui mêlent les conditions objectives à la condition subjective de bonne foi.

4. LE TEMPUS (LES DELAIS POUR EXERCER L'USUCAPION)

- Le délai introduit par les Douze Tables reste inchangé :

- un an pour les meubles
- deux ans pour les immeubles

- La perte de la possession interrompt l'usucapion, celle-ci doit commencer à nouveau.

L'usucapant continue de plus son usucapion jusqu'au moment où il est condamné à restituer la chose.

Les faits extérieurs : vol, expulsion, captivité ⇒ perte.

Location : usucapion continue, usucapant garde la possession; le locataire = détenteur.

Mort : héritier peut se mettre à la place de l'usucapant : *successio in possessionem* et achever l'usucapion.

- *L'accessio temporio* = règle générale qui permet à l'acquéreur d'une chose de bénéficier de la fraction du délai déjà échoué chez l'aliénateur = cumul au profit de l'acquéreur d'une chose de bénéficiaire de la fraction du délai déjà échoué chez l'aliénateur = cumul au profit de l'acquéreur. Les juristes ne la connaissent pas; règle généralisée sous Justinien (art. 941 CCS).

5. BONA FIDES, LA BONNE FOI

- L'usucapant doit être convaincu que sa possession n'entame le droit de personne et qu'on ne peut lui reprocher d'usurper le droit de quiconque.

- ⇒ Fondement de la conviction

- croyance subjective de l'usucapant et
- arguments objectifs qui prouvent que dans la même situation chacun aurait eu la même conviction.

⇒ Deux éléments de la bonne foi

- un élément subjectif de connaissance : la foi, la *fides*, la conviction de ne violer le droit de personne
 - un élément objectif, de valeur morale : la conviction doit se fonder sur des arguments dignes d'un honnête homme, d'un *bonus vir*.
- La bonne foi doit se concrétiser pour devenir un critère effectif et pratique. La bonne foi représente la conviction d'avoir reçu la chose de son propriétaire ou d'une personne autorisée à l'aliéner, comme un procureur-gérant ou un tuteur.
Cette conviction doit se fonder sur des circonstances objectivement justifiées.
 - Celui qui se trouve en face d'un homme présentant l'aspect d'un pubère, bien qu'il ne soit encore que pupille.
 - La bonne foi ou la mauvaise foi dépendent
 - l'usucapant sait ou ignore que sa possession entame le droit d'autrui.
 - l'acquisition de cette possession lui soit imputable comme un comportement conforme ou contraire à la conduite d'un *bonus vir*.
 - ⇒ Celui qui possède une chose res mancipi en vertu d'une simple tradition (↔ mancipatio)
Celui qui s'est emparé d'une chose abandonnée (↔ derelicta)
Celui qui s'est emparé d'une chose appartenant à une succession vacante (↔ pro herede) ≠ possesseur de mauvaise foi.
 - ⇒ Soit il possède en parfaite entente avec l'ancien propriétaire qui la lui a transférée
Soit il possède sans au moins aller à l'encontre de la volonté de celui qui l'a abandonnée, ni contre celle des héritiers qui ne la réclament plus.
 - Condition de bonne foi exigée qu'au début de l'usucapion. Si des faits ultérieurs viennent à ébranler la conviction de l'acquéreur → mauvaise foi, l'usucapion se poursuit néanmoins.
 - ⇒ Règle qui montre la rigueur de la pensée juridique romaine qui distingue clairement le moment de l'acquisition de la possession de l'usucapant (titre + bonne foi) de l'état ultérieur de la possession (durée + possession originaire)

C. L'USUCAPION EN DROIT MODERNE

- Terminologie

ROMAINE	MODERNE
Usucapion = prendre possession par l'usage	Prescription acquisitive = posséder l'objet pendant un certain délai qui fait acquérir le droit de propriété à l'un et le perdre à l'autre

- Origine de la prescription acquisitive : *longi temporis praescriptio* développée pour les fonds provinciaux
Elle se substitue sous Justinien à l'usucapion pour les fonds.
Délai élargi
 - 5 ans pour les immeubles entre présents

- 20 ans pour les immeubles entre absents.
- Droit des meubles en droit Suisse > art. 728 al. 1 CCS
 "Celui qui de bonne foi, à titre de propriétaire, paisiblement et sans interruption, a possédé pendant 5 ans la chose d'autrui en devient propriétaire par prescription".
 Simplification
 - abolition de la cause spécifique remplacée par croire de bonne foi le propriétaire
 - élargissement du délai jusqu'à 5 ans pour les meubles, 10 ans pour les immeubles.
- Art. 934 CCS
 Une chose volée reste exposée à l'action en restitution accordée au possesseur dessaisi pendant 5 ans = 5 ans de l'usucapion ⇒ chose volée redevient *res habilis*.
- Acquisition par prescription s'est restreinte en droit Suisse : cas restants :
 - L'appropriation d'une chose perdue, considéré de bonne foi comme une *res nullius*, n'appartenant à personne
 - L'acquisition d'une chose transférée sans titre valable à un acquéreur de bonne foi.
 - L'acquisition d'une chose dans le cadre d'une succession que le défunt aurait dû restituer.
- Pour l'usucapion des meubles : art. 714 al. 2 CCS : l'acquisition de la possession de bonne foi confère directement à l'acquéreur, sous certaines conditions la propriété.
 ⇒ Ressemblance : art. 714 al. 2 CC et usucapion

DROIT ROMAIN	DROIT MODERNE
<ul style="list-style-type: none"> - possession - titre - bonne foi - <i>res habilis</i> 	<ul style="list-style-type: none"> - possession - cause valable de transfert (vente, donation, legs) - bonne foi - si enlevée à son premier possesseur contre sa volonté, il peut la réclamer pendant 5 ans (934.a CCS)

- Effets de l'usucapion et de l'acquisition de bonne foi différents

DROIT ROMAIN	DROIT MODERNE
l'usucapion ne procure pas directement la propriété → Meubles : délai d'un an. Pendant ce temps, usucapant ≈ propriétaire : pas de <i>rei vindictio</i> , mais action publicienne et autres actions: <i>actio communi dividundo</i> ou <i>actio legis Aquiliae</i> ⇒ Seul l'ancien propriétaire peut lui disputer la possession (sauf exceptions relatives à l'action Publicienne. ⇒ L'usucapant l'emporte sur tout tiers.	L'acquisition de art. 714 procure directement la propriété.

Le droit romain ne connaît pas la règle de l'art. 933 CCS qui complète l'art 714:

"L'acquéreur de bonne foi auquel une chose mobilière est transférée à titre de propriété ou d'autre droit réel par celui auquel elle avait été confiée, doit être maintenu dans son acquisition, même si l'auteur du transfert n'avait pas l'autorisation de l'opérer".

← la vieille saisine germanique

⇒ Une telle solution impensable en droit romain. Le possesseur intermédiaire = simple détenteur à l'aide duquel le possesseur et propriétaire exerce lui-même la possession originaire.

⇒ Si le détenteur transmet la chose sans accord = abus de confiance ⇒ chose transférée = *res furtiva*, inapte à l'usucapion.

6. LES MODES ORIGINAIRES NATURELS D'ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ

- Modes naturels d'acquisition de la propriété =
 - suivent les principes imposés par la nature des choses
 - sont universellement reconnus.
- ⇒ Solutions pratiques = au sens commun

A. L'OCCUPATIO, L'OCCUPATION

- Règle : **Ce qui n'appartient à personne** est concédé à celui qui l'occupe en vertu de la raison naturelle.
Application : choses qui n'ont encore jamais appartenues à qui que ce soit
→ bêtes sauvages, produits de la mer, fruits sauvages : liberté naturelle
R) Bêtes domestiques = propriété du maître tant qu'elles reviennent chez lui par instinct.
- **Modification de la règle pour les choses abandonnées, *res derelictae*: elles ne peuvent être acquises que par l'usucapion.**
⇒ respect du propriétaire antérieur : délai.

B. L'ACQUISITION DE FRUITS

- Fruits naturels, *fructus* (plantes, animaux, minéraux) + *operae* (travaux d'un esclave) = produit périodique d'une chose fructifère.
- **Tant qu'ils sont encore unis à la chose fructifères (*fructus pendentes*), les fruits font parties de celle-ci.**
⇒ Acquisition par l'acte de séparation : forces naturelles ou cueillette. 
⇒ Fruits séparés appartiennent au propriétaire de la chose fructifère.
- Cas particulier : acquisition des fruits par un possesseur de bonne foi.
 - Il n'est pas propriétaire, mais possédant la chose fructifère de bonne foi : la garde, la culture, s'il est convaincu de ne pas violer le droit d'autrui ⇒ **le possesseur acquiert les fruits immédiatement à la cueillette.**

- Mais si le possesseur **sait** que la chose fructifère appartient à autrui, ce mode d'acquisition n'est pas valable.
⇒ L'acquisition des fruits est impossible ⇒ restitution au propriétaire des fruits non consommés.

- **L'usufruitier ou le fermier-locataire :**

L'acquisition des fruits par ceux-ci, qui n'est habilité qu'à prendre les fruits (aucun droit sur la chose fructifère) ne se fonde pas sur la séparation même.

La chose ne lui appartient pas ⇒ ce mode d'acquisition ne peut pas être un simple prolongement de la propriété.

⇒ Acte ultérieur d'approbation : **la perception.**

C. AUTRES MODES D'ACQUISITION : ACCESSIO, COMMIXTIO, CONFUSIO, SPECIFICATIO

A) ACCESSIO : L'ACCESSION

- = Fait naturel : chose s'attache à une autre chose = une nouvelle unité.
⇒ Problème lorsque les 2 choses appartiennent à des propriétaires différents.
- Trois types d' *accessio* :
 1. l' *accessio* d'un immeuble à un immeuble
 2. l' *accessio* d'un immeuble à un meuble
 3. l' *accessio* d'un meuble à un meuble

1. l'accessio de 2 immeubles : alluvions et avulsion



- Alluvions : dépôts fluviaux deviennent partie intégrante du fonds
⇒ ils **appartiennent au propriétaire du sol.**
- Avulsion : la terre d'un champ emportée se fixe sur un autre terrain.
⇒ Les parties emportées appartiennent au fonds auquel elles se sont adjointes.

2. l'accessio d'un immeuble à un meuble

- **Toute implantation devient partie du fonds dès qu'elle est enracinée.**
- Tous les matériaux utilisés pour aménager le sol sont absorbés par celui-ci.
Condition : **liés de façon durable et appartenir au propriétaire du sol.**
⇒ Règle : *superficies solo cedit* : la superficie cède au sol : **la construction s'ajoute au sol.**
Exception : propriété des matériaux (briques) d'un bâtiment construit sur le sol d'autrui.
Les matériaux appartiennent à leur propriétaire primitif, mais la propriété est en suspens **jusqu'à ce que la démolition les libère.**
Toutefois : ***actio de tigno juncto***, action de la poutre ajoutée permet au **propriétaire des matériaux d'exiger le double de la valeur des matériaux perdus = dédommagement forfaitaire** dû indépendamment de la bonne ou mauvaise foi de celui qui avait employé les matériaux.

- Le droit de superficie remplace en quelque sorte l'inexistence de la propriété par étages en droit romain .
Elle autorise la construction sur le sol, de sorte que le constructeur garde un droit réel d'usage sur ce qu'il a construit d'une façon durable, si le propriétaire du sol lui a accordé ce droit.

3. l'accessio de 2 meubles : la chose composée (adjuncto)

- = propriété de la chose composée dont les composants proviennent de différentes personnes
- Règle :
 - Si la partie ajoutée est détachable sans détruire l'ensemble, le propriétaire de cette chose peut exiger du possesseur de l'ensemble : la séparation de ce qui lui appartient.
 - Si la chose contient des parties devenues inséparables : la propriété suit l'élément principal.

La partie principale n'est pas déterminée par la valeur, mais par son caractère à rendre la chose indépendante et lui conférer une nature apte à devenir l'objet d'une revendication.

 - On ne peut revendiquer la teinture (grande valeur) sans la laine, ni l'écriture sans le parchemin.
 - ⇒ Solution de Justinien : attribuer l'oeuvre à l'artiste (peinture), et dédommager le propriétaire du cadre et de la toile.

B) COMMIXTIO, CONFUSIO : LE MELANGE

- Mélange de liquides ou de corps solides appartenant à 2 propriétaires différents.
- Règle :
 - Si une séparation des mélanges est possible, l'état de la propriété reste le même. Les différents corps gardent leur propre consistance.
 - Si les éléments forment une nouvelle chose, les parties ont perdu leur entité propre ⇒ plus de propriété séparée.

Chacun reçoit un quote-part correspondant à la valeur de ce qu'il avait mis dans le mélange.
- Cas particulier : le mélange non voulu :
 - La solution de la copropriété : pour séparer cette chose nouvelle, sans parties *pro diviso*, il faut recourir à l' *actio communi dividundo*, action en partage.
 - Si la nouvelle chose est de même nature que les éléments mélangés (mélange de vins) : revendication des parties mélangées *pro rata ponderis*, proportionnelle au poids, puisque la chose est toujours divisible.
- Droit Suisse :
 - Quelques modifications sur le critère des frais pour une éventuelle séparation
 - Règle de l'adjonction art. 727 CC : lorsque les parties mélangées peuvent être considérées comme une chose secondaire ajoutée à une chose principale

- **Mélange d'argent** : pouvoir abstrait d'acquisition ≠ mélange de quotes-parts appartenant à différents propriétaires. L'argent = une somme qui appartient à celui qui la reçoit et la mélange avec son propre argent.
 - ⇒ L'argent s'additionne dans la main celui qui le possède, **de sorte que les espèces reçues ne peuvent plus être identifiées.**
 - ⇒ Si des pièces de monnaie sont payées à l'insu de leur maître ou malgré lui, elles restent dans la propriété de celui-ci. Si elles se sont mêlées de manière à ne pouvoir être reconnues, elles appartiennent à celui qui les a reçues. = Raisonement de droit romain, suivi par le Tribunal Fédéral .

C) SPECIFICATIO : LA SPECIFICATION

- = Production d'une chose nouvelle par la transformation de matériaux qui appartiennent à autrui.
 - A qui faut-il attribuer la chose?
 - A celui qui est l'auteur de la nouvelle chose?
 - Ou à celui auquel appartenait les métaux?
- Tout dépend de la chose elle-même et des facteurs qui la composent.

1. deux conceptions : conception matérialiste de l'Ecole stoïcienne et conception hylemorphiste de l'Académie (Aristote)

- Conception matérialiste : la matière
 - Conception : toute nouvelle chose n'est que la matière nouvellement transformée.
 - ⇒ Règles de l'Ecole des Sabinien Primauté de la matière : la nouvelle chose appartient à celui qui est propriétaire de la matière.
- Conception hylemorphiste : la forme
 - Conception : la forme est l'élément constitutif puisqu'elle confère à la chose son essence.
 - ⇒ Règle de l'Ecole des Proculiens
Prééminence à la forme : Celui qui a formé la nouvelle chose en est le propriétaire.

2. Solution des juristes classiques : Paul

- Si une chose est réductible à son état primitif, la chose appartient au propriétaire de la matière.
- Si cela n'est plus possible, la chose reste dans la propriété de son spécificateur.
 - ⇒ Cette *media sententia* prévaut sous Justinien = la solution définitive.
- Mais cette réglementation reste une analyse trop statique. D'autres juristes : Pomponius ont essayé de trouver un critère subjectif qui déterminerait pour qui déterminerait pour qui l'objet nouveau a été créé, mais ils n'ont pas réussi à trouver le facteur décisif pour l'attribution de la propriété.
- Droit moderne
Balance :

- La valeur de la matière transformée
- Le travail consacré à la transformation

R) Seule la volonté de l'acquéreur de s'emparer du mélange ou de l'objet transformé peut produire une acquisition originaire.

Le pur fait naturel du mélange ne produit aucun effet.

→ art. 726 CCS

D) LES CONSEQUENCES ULTERIEURES DE L'ACCESSION DE LA CONFUSION, DU MELANGE ET DE LA SPECIFICATION

- Gains et pertes dus à l'acquisition naturelle (l'un est favorisé) doivent être rééquilibrés.
- Il faut d'abord distinguer les cas de bonne ou mauvaise foi de l'acquéreur.
 - Si mauvaise foi, l'acquéreur a provoqué le changement de propriété en sa faveur = valeur
 - ⇒ *actio furti*
 - ⇒ dédommager le lésé + peine prévue par l'*actio furti*
 - Si bonne foi :
 - Celui qui a perdu sa propriété (acquisition naturelle) peut se protéger au moyen d'un droit de rétention = peut garder la chose jusqu'à ce que le nouveau propriétaire lui en donne la contre-valeur.
 - Celui qui a perdu la propriété et la possession : action spéciale assimilée à la revendication lui permet sans être propriétaire de se faire rembourser ce qu'il a perdu.

Possesseur défendeur de bonne foi	Possesseur défendeur de mauvaise foi
1. A PROPOS DES FRUITS Avant la <i>litis contestatio</i> ou litispendance (avant le procès)	
- Fruits perçus de bonne foi, ils appartiennent au possesseur	- Restitution par le possesseur de mauvaise foi des fruits perçus, ou dédommagement au propriétaire pour les fruits que celui-ci aurait dû ou pu percevoir.
APRES LA LITIS CONTESTATIO OU LITISPENDANCE (après le procès : bonne ou mauvaise foi sans importance)	
- Obligation de restituer les fruits ou dédommagement pour ceux qui auraient dû ou pu être perçus. Les fruits encore possédés sont à restituer.	- Obligation de restituer les fruits ou dédommagement pour ceux qui auraient dû ou pu être perçus. Les fruits encore possédés sont à restituer.
2. A PROPOS DES DEPENSES NECESSAIRES, UTILES ET VOLUPTUAIRES	
- Pour les dépenses NECESSAIRES → entretien de la chose	- Pour les dépenses NECESSAIRES que le propriétaire aurait aussi dû faire il y a remboursement.

il peut se faire rembourser	
- Pour les dépenses UTILES → augmentent la valeur de la chose il y a remboursement	- Pour les dépenses UTILES, il n'y a pas de remboursement mais le droit d'enlever ce qui a été ajouté pour autant que la partie ajoutée soit séparable.
- Pour les dépenses VOLUPTUAIRES → ornements il n'y a pas de remboursement mais le possesseur dispose du <i>jus tollendi</i> , s'il a un intérêt justifié.	- Pour les dépenses VOLUPTUAIRES même solution que pour les dépenses utiles.
3. A PROPOS DE LA DETERIORATION DE LA CHOSE POUR CAS FORTUIT OU EN CAS DE FORCE MAJEURE	
<i>Avant la litis contestatio</i> ou litispendance	
-	- Responsabilité pour <i>culpa</i> et négligence selon la lex Aquilia en cas de vol responsabilité pour cas fortuit et force majeure.
<i>Après la litis contestatio</i> ou litispendance	
- Responsabilité pour <i>culpa</i>	- Responsabilité pour culpa selon certains juristes aussi pour cas fortuit et force majeure.

7. PROTECTION DE LA PROPRIETE

- Deux directions:
 - protéger le propriétaire en lui donnant une action qui lui permet de reprendre la chose possédée sans droit par un tiers.
 - autoriser le propriétaire à repousser toute ingérence et tout trouble de la propriété.

A. "REI VINDICATIA" : LA PROTECTION OFFENSIVE DE LA PROPRIETE

A.) BUT DE L'ACTION EN REVENDICATION

- Action de la Rei vindicatio
 - est dirigée contre quiconque possède la chose d'autrui sans avoir une justification.
- Cette action a 3 objectifs:
 1. Constatation de la propriété du demandeur
 2. Restitution de la chose (à son propriétaire de la part du possesseur non propriétaire)
 3. Evaluation de la valeur de la chose et condamnation à payer une somme d'argent si possesseur veut pas restituer.
- Dans procès romain,

pas de condamnation à la restitution
mais condamnation à payer son équivalent en argent.

R) C'est propriétaire qui estime chose (forcément plus), bien que déclare sous serment la valeur réelle.

=> pression sur le non possesseur.

- Mais possesseur a toujours possibilité de restituer.
=> pas de condamnation.
= cas général.

B) LES PARTIES EN PRESENCE DANS LA REI VINDICATIS

1. Légitimation active

- Demandeur = propriétaire non possesseur
il doit prouver son droit de propriété.
- Pas de bonne foi en droit romain => reconstitution entièrement la chaîne d'acquisition de la chose (de l'un à l'autre) jusqu'à une acquisition originaire.

2. Légitimation passive

- Défendeur = possesseur non propriétaire
Il est protégé par des interdits possessoires
Ex: - possesseurs protégés par un interdit: précariste, séquestre, créancier-gagiste et emphytéote.
- Cas particulier: revendication contre le possesseur fictif.
S'il s'est débarrassé de la possession de manière frauduleuse ou si se présente au procès (en défendeur) sans avoir la possession (dans les deux cas pour nuire au demandeur) => il est présumé possesseur et subit les conséquences de la condamnation.

C. LE CONTENU DE LA REI VINDICATIO

voir tableau p. 211

EXCURSUS

D. LE REGLEMENT EN DROIT MODERNE SUISSE

- Suit les règles romaines: faire tableau comparatif avec DR:
 - art. 938 CC
 - art. 939 CC
 - art. 940 CC
- Particularités ← application plus stricte de la règle.
 - dépenses nécessaires compensées par gains et fruits (rendement du lait)
 - Possesseur de mauvaise foi ne répond que du dommage causé par sa faute.
- Revendication moderne a perdu de son importance. Reste ultime recours (Cf. Faillite).
Mais en principe, le propriétaire obtient toute la restitution selon les règles de la possession et en vertu des actions possessoires: art. 927 à 933 CC.

B. LA PROTECTION CONTRE LES TROUBLES DANS L'EXERCICE DE LA PROPRIETE

A) CONTRE L'USURPATEUR D'UN DROIT REEL LIMITE (CHEMIN DE PASSAGE...)

- Le propriétaire peut intenter une action négative ou négatoire, par laquelle il nie l'existence de ce prétendu droit.

B) "IMORISSIONES": LES IMMISSIONS

- Le propriétaire d'un fonds peut s'opposer aux nuisances dues à un usage excessif des fonds voisins.
- Préjudice direct: ébranlement du terrain par des constructions, racines ou plantes..
- Préjudice indirect: fumée, odeur, bruit...
- Préjudices doivent dépasser mesure du supportable. Evaluation par rapport à victime mais sans exagération.
- Evaluation des intérêts en présence selon la situation concrète et usages locaux.
- Différentiation:
 - 1) Auteur de l'immission prétend être dans son droit et exploite légitimement sa propriété.
=> voisins: recourir à action négative + demande un retour à situation normale.
 - 2) Auteur de l'immission ne prétend pas être dans son droit => c'est un dérangement.
=> voisins: essayer de prohiber ce dérangement par un interdit (accordé par le préteur).

C) LA PROTECTION DE L'USUCAPANT : ACTION PUBLICIENNE

- Un possesseur en train d'usucaper perd la chose => embarras, parce que pas encore propriétaire pas droit de défense.
=> Action Publicienne comble cette lacune (Ier s. av. J.C).
- ≈ action en revendication
+ fiction = présume le délai, usucapion achevée.
- Suffit de prouver que acquisition de la chose en vertu d'une *justa causa* + avoir été de bonne foi. ≈ droit de propriété.
- Pas de protection si un défendeur = propriétaire selon le droit civil (soit parce que chose enlevée et récupérée entre temps, soit parce que propriété civile gardée, en ayant transféré chose par une tradition et pas une *mancipatio*).
- => Le défendeur peut opposer au demandeur l'exception du juste propriétaire selon le droit civil.
 1. Premier cas, défendeur = vainqueur, puisque le droit à la propriété (fondé sur la fiction d'avoir achevé l'usucapion et d'être propriétaire) disparaît devant position solide du vrai propriétaire (même si de bonne foi et chose volée acquise par un tiers).
 2. Second cas : Comment le défendeur peut-il alléguer un droit de propriété, s'il ne peut le maintenir que avec un manque de forme lors de vente ou transfert?
 - Si demandeur est lui-même cet acheteur, le défendeur réplique l'*exceptio justi domini* par l'*exceptio rei venditae et traditae*,

- Si chose acquise par un tiers auquel le propriétaire l'avait vendue, le demandeur oppose l'*exceptio doli* ⇒ plus de défense du nu-propriétaire.
- ⇒ Possession de bonne foi plus forte que droit de la propriété civile :
 - si le droit de propriété est matériellement vide
 - s'il ne représente qu'un *nudum jus*, un droit civil nu.
- Position de l'usucapant si forte que ≡ propriété, provisoire qui après l'achèvement de l'usucapion = propriété définitive.

CHAPITRE VIII

LES DROITS REELS LIMITES

1. LES SERVITUDES PREDIALES ET LES SERVITUDES PERSONNELLES

DOMAINES DES SERVITUDES

1. L'utilisation des terres et de l'habitat : les servitudes foncières, *servitudes* ou *jura praediorum*
2. Créées au profit d'une personne déterminée à laquelle elles procurent l'usage ou les avantages de certains biens : les servitudes personnelles.

CARACTERISTIQUES DES SERVITUDES FONCIERES

- Elles sont conçues sous forme de charges imposées sur un fonds ⇒ elles obligent le propriétaire à
 - tolérer certains actes d'usages ou
 - s'abstenir d'un certain usage du fonds en faveur du propriétaire du fonds voisins.

CARACTERISTIQUES DES SERVITUDES PERSONNELLES

- Les servitudes personnelles : l'usufruit et le droit d'habitation trouvent leur champ d'application dans la vie personnelle et familiale.
Elles réservent l'usage ou le profit de certaines choses à une personne déterminée, (sans que celle-ci n'en reçoive la propriété).
⇒ *Jura in re aliena*, droit limité sur la chose d'autrui.

JURA IN RE ALIENA

- Un propriétaire ne peut créer ou maintenir un droit réel limité sur sa propre chose puisqu'une telle restriction se dissout dans le droit souverain de propriété.
- Le propriétaire peut en revanche restreindre partiellement sa domination en faveur d'un autre auquel il cède un pouvoir particulier, directement relié à la chose.
⇒ Le droit réel limité = une charge qui pèse sur la chose et qui réduit le pouvoir absolu du propriétaire.

DOCTRINE MODERNE

1. Théorie du démembrement (doctrine allemande)

- Les servitudes = sorte de pouvoir partiel résultant d'un démembrement des pouvoirs réunis dans la totalité de la propriété.
 - ⇒ Le tout se décompose en fractions que l'on peut rendre autonome sous forme de servitudes.
- Le droit germanique ne connaît pas la propriété comme un droit uniforme, mais comme un complexe de pouvoirs organisés selon les différentes formes de la saisine.
 - ⇒ Plus de différence entre propriété et droits réels limités
 - ⇒ Rapport entre les 2 ≡ rapport qui unit la partie au tout.

2. Théorie romaniste (Suisse)

- Les droits réels limités = une charge imposée à la propriété restreignant le pouvoir total de propriété.
Servitudes = restrictions à un pouvoir initialement uni et total.

CONCEPTION ROMAINE CLASSIQUE

- Propriété unie et totale, au pouvoir illimité, mais limitable par les droits réels.
- Seul un nombre limité de droits réels est admis :
 - servitudes prédiales ou personnelles
 - gages
 - hypothèque
 - droit de superficie⇒ Ils ont tous leur utilité et répondent au besoin général.
- Aux temps archaïques :
Servitudes élevées au rang de *res mancipi* donnaient à celui qui en jouissait une sorte de propriété partielle.
 - Droit de passage ⇒
 - autorisé à traverser le fonds du voisin
 - droit identifié avec le sol sillonné par le chemin tout en le considérant comme partie inséparable du fonds.
- Ce n'est qu'avec l'élaboration du concept de la propriété absolue que les droits réels limités se sont transformés en *jura in re aliena*, en charges imposées directement à la propriété d'autrui.

2. LES 3 PRINCIPES GÉNÉRAUX DES SERVITUDES PRÉDIALES

- Une servitude ne consiste jamais en un devoir de faire quelque chose .
 1. Le propriétaire renonce à une certaine jouissance de la chose en faveur d'un autre fonds.
 - ⇒ Devoirs passifs
 - supporter l'exercice du droit réel limité
 - ne rien entreprendre pour empêcher cet exercice.

2. On ne peut ni créer ni maintenir pour soi-même une servitude sur son propre fonds.
Celui qui a la propriété n'a plus de pouvoir séparé d'usage et d'usufruit.
 3. Il ne peut exister une servitude d'une servitude.
Une servitude est toujours liée au fonds dominant auquel elle est utile.
- Toutes ces règles sont dépassées par le droit moderne.
 1. Le droit moderne connaît la servitude créée par le propriétaire lui-même sur l'un de ses propres fonds (art. 733 CCS). Mais cette servitude est un droit réel purement formel (inscrit au Registre Foncier).
 2. Une servitude sur une autre servitude est admise s'il s'agit d'un usufruit établi sur une servitude prédiiale.
 3. Exception de la règle : une servitude ne peut obliger à exécuter des actes positifs : art. 730 al. 2 CCS. Il accepte qu'une obligation de faire soit accessoirement rattachée à une servitude. Les romains acceptaient cette dérogation pour le cas de la servitude *oneris ferendi* : entretenir, réparer un mur d'appui utilisé par le propriétaire du fonds dominant.

3. LES SERVITUDES PREDIALES

- Les servitudes prédiiales sont établies sur un fonds (servant) au profit d'un autre fonds (dominant).
 - ⇒ La charge de servitude grève le fonds servant au bénéfice du fonds dominant. Elle doit être assurée par le propriétaire de ce dernier.

DEUX TYPES DE SERVITUDES

1. Les servitudes rurales concernant les domaines de campagne : *jura praediorum rusticorum*
 - chemin pédestre ou équestre à travers un fonds (*iter*)
 - libre passage pour y conduire les troupeaux
 - chemin carrossable (*via*)
 - les conduites d'eau
2. Les servitudes sur les édifices urbains : *jura praediorum urbanorum*
 - le droit de faire couler l'eau de pluie sur le fonds voisin
 - de faire porter les traverses par les murs mitoyens
 - d'appuyer les constructions contre les murs mitoyens
 - interdiction de construire plus haut que les voisins
 - de leur cacher la vue

CONDITIONS ESSENTIELLES A LA CREATION D'UNE SERVITUDE

- *Utilitas* : utilité, le fonds servant doit être utile au fonds dominant.
 - conduite d'eau imposée au fonds voisin doit servir à l'emploi du fonds dominant.

⇒ Avantage purement personnel n'est pas imposable.

Le droit moderne Suisse admet des servitudes en faveur de l'intérêt personnel du propriétaire du fonds dominant.

- *Vicinitas* : voisinage, les fonds doivent être voisins.
Si entre le fonds dominant et le fonds servant s'intercale un fonds médian, qui empêche l'exercice de la servitude, celle-ci s'éteint.
Le fonds servant n'est plus voisin du fonds dominant pour autant qu'on se rétablit pas le droit de passage sur le fonds médian.
- *Perpetua causa* : existence durable
L'exercice de la servitude doit être constitué pour un temps illimité même si elle peut être entrecoupée passagèrement.

4. CONSTITUTION ET EXTINCTION DES SERVITUDES

A. LA CONSTITUTION DES SERVITUDES

- La constitution d'un droit aussi incisif opposable au propriétaire et à tout tiers ⇒ mode de constitution formel : publicité.
- Publicité accomplie par la *mancipatio* pour les fonds italiques pour les servitudes rurales (*res mancipi*).
Publicité accomplie par l'*in jure cessio* : mode solennelle de cession du droit, pour les autres servitudes.
- Création de servitudes admises lorsque fondées sur des actes formels : testament, legs.
Mais en principe, la constitution non formelle de servitude n'est pas valable. (sauf, servitudes par accord contractuel dans certains cas).
- L'acquisition des servitudes par usucapion est interdite.

B. L'EXTINCTION DE LA SERVITUDE

- Soit par voie formelle : *in jure cessio* : cession de droit de la servitude au propriétaire du fonds servant.
Soit par voie non formelle : par le non-usage de ce droit pendant 2 ans.

5. LES SERVITUDES PERSONNELLES

A. USUS FRUCTUS

A) DEFINITION DE L'USUFRUIT

- = le droit de jouissance de la chose et de ses fruits sans en altérer la substance.
⇒ Pouvoir de faire usage des choses

⇒ Pouvoir de percevoir les fruits tout en préservant la substance de l'objet.

- Ce droit disparaît en même temps que la chose.
- Ce droit est strictement personnel : on ne peut le céder à autrui, ni le transmettre à ses héritiers. Souvent, il appartient au bénéficiaire jusqu'à sa mort.
L'usufruitier peut toutefois vendre les fruits ou louer son usufruit à un autre.

B) L'OBJET DE L'USUFRUIT

- L'usufruit s'étend aux immeubles et au meubles: troupeaux, esclaves.
- Avant : choses incorporelles : créance, choses consommables n'étaient pas susceptibles d'usufruit.
⇒ Le testateur ne pouvait pas léguer l'usufruit de tous ses biens.
Réforme : l'usufruit de toute chose fait partie du patrimoine : argent et chose consommable donc aussi.
- Cas particulier : choses consommées au 1er usage.
On attaque la substance dès qu'on en jouit.
⇒ Régime spécial du "quasi-usufruit".
L'usufruitier peut en profiter en disposant même de leur substance, mais il doit promettre la restitution de la chose en quantité et en qualité identique une fois l'usufruit terminé.
- Règle spéciale pour les biens collectifs : troupeaux, forêt.
L'usufruitier doit conserver la substance de ces choses et se contenter de l'excédent qu'elles produisent.
⇒ Application à la créance : l'usufruitier peut réaliser une créance mise à sa disposition et de jouir du capital ainsi obtenu. Il doit le rembourser au terme de l'usufruit.
 - Norva : restreint l'usufruit d'une créance au cas où l'usufruitier est lui-même débiteur. Le droit d'usufruit le dispense alors de payer les intérêts puisque ceux-ci représentent les intérêts du capital.
 - D'autres juristes : acceptent même que l'usufruit d'une créance soit accordé à des tiers qui disposent donc des intérêts payables par le débiteur.

C) LE CONTENU DU DROIT DE L'USUFRUIT

- Tout usage de la chose et la perception des fruits pourvu qu'il préserve sa substance.
La jouissance de la chose inclut indistinctement *l'uti* et le *frui* : indissociable
 - user de la chose
 - percevoir les fruits
- L'usufruitier n'est qu'un détenteur. La possession originare est retenue par le nu-propriétaire.
⇒ L'usufruitier acquiert les fruits lors de la perception (contact) ↔ possesseur de bonne foi acquiert les fruits au moment où ils se séparent de la chose frugifère.
⇒ Le propriétaire doit tolérer leur perception, même si l'usufruitier récolte ce qu'un autre a semé.
- Droit Suisse

Les fruits tombent directement dans la propriété de l'usufruitier.

⇒ Aucun rapport obligationnel entre l'usufruitier et le propriétaire puisque droit réel limité.

Le propriétaire garde la propriété de l'usufruit, mais ce n'est qu'un droit nu, puisqu'il n'en a plus l'usage.

Si l'usufruit s'éteint, il peut reprendre la chose par le moyen de la revendication.

Ne peut pas intervenir durant l'exercice de l'usufruit, sauf si endommagement.

Personne ne peut s'opposer à la vente de la chose hypothéquée, bien qu'elle soit grevée d'un usufruit.

- *Cautio usufructuria*

= la promesse du bon usage de la chose assurée par des cautions ou des gages. ≈ stipulation

⇒ Le propriétaire peut exiger des dédommagements si l'usufruitier abuse de son droit.

- L'usufruitier promet :

- faire usage de la chose de façon honnête
- veiller à son entretien
- entreprendre les réparations courantes
- assumer la responsabilité des dommages causés intentionnellement par des faits positifs et ceux résultant d'une omission ou d'une négligence.
- restituer la chose en bon état.
- se soumettre à l'arbitrage d'un bonus vir si la chose est détériorée.

Le propriétaire promet :

- de ne pas modifier la chose d'une façon désavantageuse.

B. L'USUS, L'USAGE : L'HABITATIO, L'HABITATION; LES OPERAE, LES SERVICES

- L'usus donne un droit personnel à l'usage d'une chose sans accorder le droit à la perception des fruits

- *habitatio*

- champ

- forêt

- usage d'une maison

- *operae*

- services particuliers

- esclaves

- animaux

- Interprétation extensive

- Usage de la maison permet à l'usager d'y loger sa famille

- En général, ces droits sont constitués par des legs intégrés au testament. Ils sont strictement personnels et accordés à un seul titulaire.

C. LE DROIT DE SUPERFICIE ET L'AGER VECTIGALIS (L'EMPHYTEOSE)

- Développement de quelques institutions particulières pour l'utilisation du sol.
- Le droit de superficie permet de construire et d'utiliser exclusivement un bâtiment sur le sol d'autrui à condition de payer la redevance convenue : le *solarium*.
 ⇔ l'*ager vectigalis* et l'emphytéose désignent des types de concessions de terre en location *in perpetuum*, pour une durée illimitée moyennant une redevance : *vectigal*.

A) LA SUPERFICIE

- Contexte
 Besoins accrus des cités et de la ville de Rome de l'institution de la superficie, parce qu'elle permet
 - de mieux utiliser le sol constructible
 - d'accroître la densité des constructions
 - de mettre les terrains publics à disposition de la population.
- Les premières superficies
 Les boutiques et baraques des marchands, artisans, banquiers se trouvaient au bord des forums et s'établissaient sur des places que l'Etat leur accordait contre un *solarium*. Le droit de superficie était également concédé sur le sol privé entre des parties privées.
- Le contrat de la *locatio conductio* (= fermage sans délai).
 Il règle les rapports entre le propriétaire du sol et le superficiaire.
 Toutefois, ce contrat ne correspond pas aux véritables intentions des parties: garder et utiliser ce qu'elles ont construit sur le sol d'autrui, quitte à payer une redevance.
 Le superficiaire utilise sa propre construction pour laquelle le propriétaire du sol ne lui cède que l'emplacement.
 Mais selon la règle *superficies solo cedit* (ce qui est fixé à la surface appartient au propriétaire du sol) cette construction appartient au propriétaire du même sol.
 ⇒ Cet état de droit réel fait du superficiaire un possesseur *alieno nomine*, au nom d'autrui, bien qu'il ait élevé lui-même la construction qu'il utilise.
- Autre règlement ← état durable de la superficie.
 Des moyens adéquats sont créés pour protéger le superficiaire contre les tiers et contre le propriétaire du sol.
 Deux moyens de protection grâce à l'Edit du prêteur:
 1. Au niveau de la possession, moyen qui protège le fait de l'utilisation
 2. Au niveau du droit réel, une action de type réel est accordée au superficiaire ≈ revendication.
 - ⇒ Contre les tiers: protégé contre tout trouble de la jouissance du sol et l'action réelle lui permet de reprendre la chose en cas de perte.
 - ⇒ Contre le propriétaire du sol:
 - ⇒ Exception pour dol, lorsque le propriétaire recourt à une revendication injuste.
 - ⇒ La position du superficiaire ressemble à celle du propriétaire qui peut (selon certains juristes) usucaper, aliéner ou charger ce droit d'une hypothèque.
- La constitution du droit de superficie n'est pas liée au contrat de location: aussi possible par vente ou donation.

B) L'AGER VECTALIS, L'EMPHYTEOSE

- Contexte : application à certaines terres cultivables appartenant
 - au peuple romain → *ager publicus*
 - à d'autres cités ou villes
 du régime de l'*ager vectigalis*.
 - ⇒ Ces terres sont cédées à des particuliers et à leurs héritiers pour une durée illimitée, lesquels ne peuvent en être dépossédés tant qu'ils paient la redevance convenue.
- Protection du fermier
 - interdit de *loco publico fruendo*
 - action réelle contre tout possesseur ≈ propriétaire sans l'être véritablement.
 ⇔ Emphytéose d'origine orientale

Les empereurs organisent leurs domaines à long terme.

 - ⇒ Emphytéose = moyen de politique agricole
 - d'étendre les plantations
 - d'améliorer la culture des terres
 - de défricher des terres
 - ⇒ Appliqué
 - province d'Afrique
 - provinces occidentales
 - même en Italie (III^e et IV^e)
 - ⇒ *Contrat d'emphytéose accorde alors un droit réels spécifique sur les terres d'autrui.*
- Caractéristiques de l'emphytéose
 - Transmissible entre vivants et par succession
 - Peut être mis en gage
 - Si aliénation : 2% de la valeur des terres vendues revient au propriétaire.
 - Il s'éteint avec le retard de 3 ans de payer la redevance.
- Extension

1. Au Moyen Age

- Développement de la doctrine de la double propriété
 1. *dominium utile* de celui qui utilise directement la chose
 2. *dominium directum* de celui qui met les terres à disposition.
- = Système féodal de la double propriété répartie entre le suzerain et ses feudataires.

2. Droit moderne

- Contexte : extension des grandes agglomérations urbaines, pénurie de sol, nécessité de construire des logements à loyer modéré ⇒ Révision détaillée du droit de superficie.
- Rapport entre le propriétaire du sol, le superficiaire et les tiers sont clarifiés aux art. 779 à 779 1.

- Droit de superficie = servitude, mais = droit distinct et permanent, c'est-à-dire indépendant d'un fonds dominant ou d'une personne déterminée.
- Caractéristiques
 - Peut être immatriculé au Registre Foncier
 - Cessible entre vivants
 - Transmissible par succession aux héritiers.
 - ⇒ La superficie limite la jouissance du sol en obligeant le propriétaire à accepter qu'un tiers érige des constructions sur son fonds et en acquière la propriété pour la durée convenue dans le contrat de superficie (max. 100 ans).
Si le contrat n'est pas renouvelé, le propriétaire du sol acquiert la propriété des constructions érigées. Il doit cependant l'indemniser équitablement.
- Superficiaire exécute périodiquement une contre-prestation : paiement = rente de sol.
- Superficiaire jouit de tous les droits conférés par la propriété.
 - ⇒ Peut en disposer librement
 - ⇒ Peut les transférer
 - ⇒ Peut les constituer en gage immobilier.

6. PROTECTION DES SERVITUDES

- Servitudes = droits opposables à tout tiers
 - ⇒ sanctionnées par une action réelle, *actio confessoria* : force l'adversaire à reconnaître et à confesser qu'une servitude est imposée sur son fonds.
 - ⇒ *actio confessoria* ⇒ *rei vindicatio*; elle suit son modèle ⇒ on parle aussi de *vindicatio servitutis*.
- Demandeur exige d'être reconnu dans son droit de servitude qui est absolu et opposable à tout tiers.
Si la servitude existe, le juge impose au défendeur une promesse sous forme de caution
 - de ne plus troubler le demandeur dans l'exercice de son droit
 - de rétablir la situation antérieure
 - de permettre à nouveau l'exercice du droit de servitude.
 En cas de pertes, le demandeur exige en plus une indemnisation.
Si le défendeur s'oppose à l'arbitrage du juge, il est condamné à payer une somme d'argent au demandeur.

PROTECTION DES SERVITUDES NEGATIVES

- Les servitudes négatives invitent le propriétaire à s'abstenir de certains actes.
 - ne pas surélever un mur.
- Le demandeur prétend que son adversaire viole la servitude en faisant ce qui lui est défendu de faire = *actio negatoria*.

PROTECTION DU PROPRIETAIRE

- Le propriétaire doit pouvoir se défendre contre les usurpations de servitudes qu'il ne veut pas tolérer sur sa propriété.
- Action négative lui permet de s'opposer à l'usurpation d'une servitude.
L'actio negatoria ≈ actio confessoria.
Le juge condamne l'usurpateur à remettre les lieux en l'état et à indemniser le lésé.

CHAPITRE IX

LA STRUCTURE DE L'OBLIGATION

1. NOTION D'OBLIGATION

- Deux définitions
 1. Justinien : Institutiones
= lien étroit de droit par lequel nous sommes ASTREINTS par la nécessité de payer quelque chose conformément au droit.
 2. Paul, définition plus complète
= La substance des obligations ne consiste pas à nous faire acquérir la propriété d'une chose ou à nous attribuer une servitude, mais à contraindre quelqu'un à nous donner, à nous faire ou à répondre de quelque chose à notre égard.
- ⇒ Caractère relatif du lien = élément essentiel de l'obligation.
 - ⇒ Le droit du créancier n'existe que par rapport au devoir du débiteur de rembourser la dette. L'obligation n'a plus de sens sans ce rapport relationnel.

A. OBLIGATION ET ACTION. LE LIEN CONTRAIGNANT DE L'OBLIGATION

- Obligation (Justinien) = lien qui contraint le débiteur à s'acquitter de son devoir.
- Ce devoir ne dépend pas de la bonne volonté du débiteur ≠ devoir moral.
Obligation = droit assurant par des moyens juridiques l'accomplissement du devoir.
- Moyen de pression du créancier = action qui sanctionne l'obligation, par laquelle le créancier peut demander la reconnaissance et l'accomplissement de la dette par un jugement ⇒ obtient un titre exécutoire.
 - ⇒ Définition de Celse, action est le droit de réclamer devant la justice ce qui nous est dû.
 - Action =
 - moyen de pression sur le débiteur (conséquences défavorables du jugement + conséquences de son exécution : plus graves que le sacrifice de l'exécution de la prestation due)
 - moyen de satisfaire le créancier frustré par l'inexécution de la prestation.
- ⇒ Obligation ⇔ action
L'obligation + action concrétisent le lien entre le créancier et le débiteur et lui confèrent son efficacité juridique
 - ⇒ Actio = obligation matérielle

- ⇒ Le rapport du droit obligationnel matériel ≠ aspect procédural de l'action.
 - Un créancier qui induit son débiteur dolosivement à conclure un contrat, ne peut le contraindre à l'exécution car débiteur lui oppose l'exception pour dol.

- Obligation naturelle

Développement d'une figure d'obligation affaiblie sans action formelle, mais qui laisse au débiteur le choix de l'accomplir à son gré.

- ⇒ Obligation déploie ses effets juridiques.
- ⇒ exécution est valable et définitive.
- = Obligation naturelle puisqu'il manque : la contrainte juridique.
- Développement dans le domaine de la famille
- ⇒ Il reste aux intéressés de trouver les moyens d'obtenir les prestations sans pression et sans contrainte. Mais avec l'assurance que ces prestations accomplies restent définitivement valables.

B. LE CONTENU MATERIEL DE L'OBLIGATION : DARE - FACERE - PRAESTARE

- Contenu de l'obligation mieux analysé par Paul.

Il compare obligation et droits réels pour relever l'essence, substance des obligations.

Substance ⇒ Définition vaut pour tous les genres d'obligations, c'est-à-dire ce qui reste immuable dans une obligation.

- Droit réel : titulaire exerce un pouvoir actif et absolu sur l'objet qui lui est attribué.

⇒ dispose librement de la chose

⇒ toute ingérence est exclue

Conséquence directe de l'attribution de la chose = côté exclusif : "la chose est mienne".

R) Cela vaut aussi pour le droit réel limité

- Obligation :

- Elle se réalise entre 2 parties déterminées
- elle est toujours personnelle
- elle crée un rapport entre créancier et débiteur

DEBITEUR	CREANCIER
Situation passive qui l'oblige à une prestation au bénéfice du créancier	Situation active qui ne lui procure aucune jouissance de l'objet de la prestation, (car elle dépend de l'activité du débiteur : exécuter ou payer)

Le paiement éteint l'obligation.

- Comme créance ne donne aucun pouvoir direct de prestation, le créancier ne peut obtenir son dû que de la main du débiteur

⇒ Pouvoir du créancier focalisé sur le débiteur.

C. L'INCESSIBILITE DE LA CREANCE

- Dette + créance font partie du patrimoine = valeur économique.
Dans langage juridique romain : obligation = *nomen*
 1. *Nomen* = postes inscrits dans les livres de recette et de dépenses
 2. *Nomen* = remises d'argent à titre de prêt formulées avec l'indication du *nomen* du débiteur.
 3. *Nomen* = créance (= sens technique)
⇒ Vente, donation en gage, legs d'une créance possible ≈ objet réel existant concrètement.
- Cependant d'un point de vue strictement juridique, la créance n'inclut aucun droit subjectif à proprement parler, c'est-à-dire aucun pouvoir concret, si ce n'est l'action que peut exercer le créancier.
- Economiquement, créance = partie du patrimoine; mais n'enrichit pas concrètement le créancier par un apport effectif.
⇒ Pomponius oppose
 - biens que quelqu'un a réellement dans sa fortune
 - biens qui consistent en créances.
- ⇒ Le changement dans la personne du créancier ≠ transfert de la créance elle-même = transfert de l'action
= Nature hybride la créance.
 - objective = valeur économique
 - subjective = reste fondée sur la confiance du créancier en l'exécution de sa prestation par le débiteur.

CONSEQUENCES . INCESSIBILITE DE LA CREANCE

- Impossible de transmettre une créance comme un objet concret ⇒ en principe elle est incessible.
R) Exception : la succession = transfert de tout le patrimoine que les héritiers reprennent à titre universel en se substituant à lui.
Le transfert d'une créance d'un créancier à un autre pas possible, parce que la nature PARTICULIERE de la dette dépend toujours du débiteur.
⇒ Pour que la créance passe : débiteur doit promettre au nouveau créancier ce qu'il avait promis à l'ancien.
⇒ *Novatio* : il appartient au débiteur d'accomplir la nouvelle promesse
 - qui le libère de l'ancien créancier
 - qui l'engage envers le nouveau.
Sinon à la place de la *novatio*, moyens procéduraux : le créancier peut demander l'exécution de la part du débiteur pour en faire profiter le tiers auquel il veut transférer la créance. Il le nommera représentant en l'autorisant à agir à son compte : *procurator in rem suam* - procureur dans son propre intérêt.
- Cession de créance en droit moderne plus difficile : art. 164 al. 1 CO, malgré l'introduction (Moyen Age) des papiers - valeurs qui a facilité la circulation des créances, mais sans en changer la nature.
 1. Transfert ≡ mode particulier visant à procurer l'action contre le débiteur.

2. Droit naturel nationaliste + codifications modernes : créance = droit subjectif transférable et autonome, qui investit le créancier d'un pouvoir juridique garanti par la loi.
3. Savigny : créance = maîtrise sur la personne du débiteur. Maîtrise possible que par le moyen de l'action.
4. Brinz : obligation = un assujettissement du débiteur au créancier qui se résout par une exécution forcée.
Le contenu juridique de la créance reste lié à l'action.

2. LA NOTION DE PRESTATION

- Paul : Obligation astreint le débiteur à
 - donner (*dare*)
 - faire quelque chose (*facere*)
 - assumer un devoir (*praestare*)
 en faveur du créancier.
Cet avantage = objet de l'obligation = prestation.
- *Dare, facere et praestare* = 3 prestations différentes

A. DARE

- Acception juridique : dare = transférer la propriété d'une chose.
⇒ Dation est accomplie lorsque
 - elle a produit l'effet de transfert
 - le destinataire a obtenu l'objet que le débiteur devait lui procurer.

B. FACERE

- Sens plus large de facere = comportement général incluant avant tout les prestations de services de tous genres.
⇒ Obligation concentrée sur le faire = objet de l'obligation.
- *Non facere*
 - Il n'y a pas de catégorie autonome
 - Certes, aucun contenu matériel, mais = comportement précis et voulu donc peut être l'objet d'un devoir, d'une obligation
 - s'abstenir d'une action
 - omission
 - tolérer l'action d'un tiers intervenant
 ⇒ Il rentre dans catégorie du *facere*
R) Le non facere comme pur "non agir"
non voulu et non attendu n'entre dans aucune catégorie d'obligation.
- Opposition juridique : *dare* ↔ *facere* dans la promesse du dare et celle du facere.

- Titius s'est obligé de donner à Caius son esclave Stichus. Après que le débiteur ait fait la promesse, mais avant de s'acquitter de sa dette, l'esclave tombe malade et meurt, sans que Titius ne le soigne.
- ⇒ Titius ne doit pas répondre de la mort de l'esclave et n'a pas à en payer à Caius la contre-valeur.
Titius n'avait l'obligation que de *dare*. Soigner l'esclave = *facere* qui ne peut être inclus dans le *dare*.
- ⇒ L'obligation s'éteint par l'impossibilité de l'exécution.

C. PRAESTARE

- Praestare ≠ une prestation matérielle dont on peut demander l'exécution.
Praestat = le débiteur assume la responsabilité pour l'existence ou l'absence de certains faits ou pour le résultat de certaines actions.
- ⇒ Obligation de praestare est subsidiaire à une obligation de *dare* ou de *facere*
 - vendeur doit livrer la chose vendue (*facere*), en garantir certaines qualités (*praestare*)
 - le voiturier se charge d'effectuer le transport d'une chose fragile (*facere*) et s'engage à agir avec diligence (*praestare*).
 - le dépositaire est obligé de restituer la chose déposée (*facere*) et assure au déposant qu'il ne rendra pas impossible la restitution en détruisant dolosivement la chose (*dolum praestare* = engage à ne pas commettre acte de mauvaise foi).
- Devoir de praestare précise certaines modalités des obligation de *dare* ou *facere*.
⇒ L'exécution ne libère le débiteur que si elle a été effectuée dans le respect des devoirs de *praestare* qui la concernent.
- *Praestare* = répondre de
 - R) pas de connotation positive ou négative.
 - ⇒ *dolum praestare* = assurer le créancier de l'absence d'un dol
 - ⇒ *diligentiam praestare* = assurer de l'absence de négligence
 - ⇒ *casum praestare* (répondre pour un cas fortuit) = assurer le risque.

CHAPITRE X

LES SOURCES DES OBLIGATIONS

- Sources d'obligations = les actes et les faits que les obligations engendrent.
- CO : Formation des obligations : 3 types
 1. Les obligations résultant d'un combat
 2. Les obligations résultant d'actes illicites
 3. Les obligations résultant de l'enrichissement illégitimeAutres types prévus directement par la loi
 - gestion d'affaires
 - legs
 - ...

1. LE REGIME FORMALISTE DU DROIT ARCHAÏQUE (DU VE AU - IIIE) A L'EPOQUE DES DOUZE TABLES

A. CONTEXTE

- Vie archaïque de la société rurale romaine
 - ⇒ peu d'actes juridiques créant des obligations. Système peu développé, puisque la vie des affaires se déroulait avec quelques actes élémentaires.

B. TYPES D'OBLIGATIONS

- *Nexum*

acte formel qui rendait possible l'EMPRUNT en cas de :

 - de denrées
 - de semences
 - d'argentLa restitution est cautionnée par la personne même du débiteur.
- *Sponsio*

Formation : échange de paroles solennelles
Contenu : promesse de prestation de choses déterminées ou d'une somme d'argent fixe.
- *Legs per damnationem*

Il oblige l'héritier à exécuter la volonté du défunt (de donner); obligation dont le débiteur-héritier s'acquitte par un acte formel : *solutio*
- Formalisme extérieur = caractéristique du droit romain .

- C'est la forme qui crée l'effet juridique
 - ⇒ rôle plus fondamental qu'en droit moderne (fonction protectrice + fonction publicitaire)
- Elle donne une force normative aux actes juridiques, les différencie et les sépare du contexte social.
 - ⇒ L'élément juridique se cristallise dans la forme : quelques gestes ou quelques paroles se transforment en formule ou rite.
 - ⇒ La gestuelle de la *mancipatio* perd son caractère fonctionnel et devient un acte rituel précis.
 - ⇒ Les paroles se transforment en une formule consacrée.
- ⇒ Seule la promesse formelle crée le lien juridique.
- ⇒ Sens juridique étroitement lié au formalisme et plus à la réalité vécue.
- Formalisme de la voie procédurale
 - Recours à certains actes minutieusement (procès + titre exécutoire) réglés par les lois et dénommées : *legis actiones*.
 - Créancier devait alléguer la source de l'obligation sur laquelle il fondait sa prétention en exprimant la cause et il était obligé d'observer la formule prévue.

2. LE RENOUVEAU DES SOURCES DES OBLIGATIONS SELON *RE, VERBIS, LITTERIS, CONSENSU* (DU - III^e AU - I^e) A L'EPOQUE DES *VETERES*

CONTEXTE

- Activité commerciale commence à s'épanouir
 - ⇒ cause et effet des guerres puniques
 - ⇒ constatation de la pauvreté et de la rigidité du système des obligations
 - ⇒ Douze Tables + quelques actes juridiques ne suffisent plus.
- Réforme des anciennes institutions + introduction d'un système parallèle de sources d'obligations fondé sur la pratique du prêteur.

A. LA CLASSIFICATION DES OBLIGATIONS *RE, VERBIS, LITTERIS* : L'OBJET EN TANT QUE SOURCE D'OBLIGATION

- Apparition d'un règlement procédural spécifique concernant
 - la dette d'une somme d'argent
 - la dette d'une chose certaine
 ⇒ début d'une évolution qui va changer toute la conception de l'obligation même.
- Nouveau règlement introduit par :
 - la *lex silia*
 - la *lex calpurnia*
 lois qui créent un nouveau mode d'actio = *legis actio per conditionem*

⇒ Elles ouvrent une brèche dans le tissu formaliste de l'ancien droit.

- Nouveauté de l'action *per condictioem* :
 - la cause formelle sur laquelle le demandeur devait fonder sa demande n'est plus requise
 - la mention de l'objet de la demande : restitution ou paiement de la chose ou de la somme d'argent suffit.
- Comparaison de l'action *per condictioem* et de la *sponsio*

SPONSIO	PER CONDICTIONEM
Le demandeur fonde sa demande en paiement directement sur la cause de l'obligation. "J'affirme que toi, défendeur, tu me dois 100 sesterces en vertu de ta promesse	Le demandeur affirme: "J'affirme que tu me dois 100 sesterces".

- Procédé et champ d'application de la *condictio* délimités par Cicéron → 3 cas :
 1. Lorsque la chose ou l'argent a été donné au défendeur - débiteur en tant que *res alienum* (argent d'autrui) qui doit être restitué.
 2. Lorsque l'argent est l'objet d'une *expensilatio*, d'un crédit lié à des formalités d'écriture.
 3. Lorsque la chose ou la somme d'argent déterminée a fait l'objet d'une promesse : *rest aut pecunia stipulata*

⇒ Chose ou somme due chez le défendeur qui en est encore propriétaire, mais à titre provisoire seulement.

⇒ Comme pas de *rei vindicatio* possible, le demandeur - créancier exige la prestation ou la restitution à l'aide l'action obligationnelle.
- Au procès
Le demandeur - créancier doit prouver les faits que la chose a été préalablement donnée, créditée ou stipulée pour fonder sa demande.
- Conséquences de la *condictio*
En greffant l'obligation directement sur l'objet de la demande, il suffit de prouver qu'un objet à rendre ou à donner se trouve effectivement dans le patrimoine du défendeur.

A) L'OBJET DONNE : RE OBLIGARI

- le débiteur reçoit une somme d'argent ou une chose fongible.

⇒ Cette chose entre dans la propriété de l'emprunteur tout en constituant une dette envers le prêteur.
⇒ l'argent reçu devra être restitué.
- Si emprunteur ne restitue pas
⇒ prêteur peut revendiquer grâce à l'action personnelle de la *condictio*, puisqu'il en a perdu la propriété
⇒ Débiteur est propriétaire, mais doit restituer.
- Le prêt d'une somme d'argent ou d'une chose fongible (blé) a sûrement donné naissance à l'*actio per condictioem*.
- Champ d'application de la *condictio* étendu au-delà du prêt

- ⇒ à tous les cas où un tiers devenu propriétaire d'une somme d'argent ou d'une chose fongible sans cause justificative = enrichissement illégitime
- ⇒ Obligation de restituer la prestation sinon *condictio*.

B) L'OBJET CREDITE PAR EXPENSILATIO : LITTERIS OBLIGARI

- Origine de la *condictio* fondée sur la *res expensilata*:
Pater familias inscrivait ses dettes et créances dans un livre caisse.
Par la suite, il inscrivait les prêts accordés à des tiers débiteurs qui s'engageaient à payer la somme inscrite.
- Deux modalités
 1. S'applique à la *transcriptio a re in personam*
 - Effet : une dette provenant d'une autre source (prix de vente) se transformait en une dette de prêt.
 - ⇒ Acquiescement de l'ancienne dette (prix de vente) qui en réalité n'avait pas été payé, en même temps nouvelle dette de prêt que le débiteur lui devait à ce nouveau titre,
 2. S'applique à la *transcriptio a persona in personam*
 - Effet : changement de débiteur
 - ⇒ Le premier débiteur inscrit dans la colonne des recettes était censé avoir payé sa dette, tandis que dans la colonne des dépenses apparaissait le nom du nouveau débiteur qui, à la place de l'autre, devait dès lors rembourser la même somme.

C) L'OBJET STIPULE : VERBI OBLIGARI

- Il concerne la stipulation d'une somme d'argent ou d'une chose certaine.
- Sanction de la *condictio*
≠ restitution
= promesse de donner somme d'argent ou une chose certaine.
⇒ La chose promise est considérée comme un objet à donner ⇒ statut provisoire dans le patrimoine du débiteur.
Puisque par la stipulation, débiteur indique cette chose est due au créancier et qu'il est obligé de la transférer.
⇒ Pour fonder l'action en paiement par la *condictio* ⇒ prouver qu'un objet fut promis
- Progrès
Libération de certaines obligations du formalisme.
On peut sanctionner par la *condictio* les promesses (avant : *sponsio* ⇒ paroles solennelles nécessaires).
⇒ *Verbis obligari* = être obligé par les paroles prononcées.
L'unique exigence : l'acte oral.
- Conséquences de la *condictio*
 - restructuration et systématisation d'un nouveau type d'obligations : en divisant par 3 genres : *re - verbis - litteris*
 - ⇒ Obligation fondée directement :
 - chose promise
 - chose à restituer

- la créance inscrite dans le livre de comptes.

B. LE NOUVEAU SYSTEME : LES CONTRATS CONSENSUELS DE BONNE FOI

A) CONTEXTE

- Développement à partir du - IIIe
Perfectionnement jusqu'au Ie.

B) ORIGINE DU CONSENSUALISME

- Pas romaine
- Ce genre de rapport répandu dans la pratique du commerce méditerranéen où depuis longtemps échanges sans grandes formalités.
- Toutefois, en droit romain seulement, profil net de la structure des contrats consensuels.
Distinction des juriconsultes ...
 - conclusion du contrat par consentement
 - rapports obligationnels qui en découlent fondés sur la bonne foi
 - exécution de ces obligations par le *dare, facere ou praestare*.

C) CAUSE

- Changement provoqué par l'intégration de la nouvelle éthique du juste et de l'équitable
⇒ bonus vir

D) BONNE FOI

- Cette nouvelle éthique se concrétisa dans la notion de bonne foi = fondement et mesure des devoirs et des droits qui engagent réciproquement débiteurs et créanciers.

R) Témoignage de Scauvola par Cicéron :

Grande force des actions dotées d'un ex fide bona.

Etendue de la bonne foi dans :

- tutelles
- contrats de société
- mandats
- ventes
- locations
- = base de la vie sociale.

⇒ Bonne foi = nouvelle base de la conclusion des contrats consensuels

Bonne foi = critère des devoirs et des obligations contractuelles.

⇒ donner et faire en vertu de la bonne foi.

- Le contrat est rendu efficace
 - non plus par des signes et des actes extérieurs
 - mais par le consentement même, la volonté intérieure du bonus vir qui s'engage sur la base de la bonne foi, (pas de volonté pure, mais engagée et honnête).

LIMITE DU SYSTEME CONSENSUEL DES CONTRATS

- ⇒ consentement général qui englobe n'importe quel contenu licite et fidèle aux moeurs.
Le consentement crée un rapport contractuel valable que s'il se réfère à des buts spécifiques prédonnés.

E) IMPORTANCE CETTE NOUVELLE STRUCTURE CONTRACTUELLE (SCAUVOLA)

- La bonne foi permet d'évaluer le rapport contractuel entier : elle met en rapport ce que chacun doit de bonne foi à l'autre.
En effet, les 2 parties deviennent chacune leur tour créancière et débitrice de la prestation de l'autre.
⇒ Juge peut considérer ce que chacun doit à chacun.
Avant : seules certaines sources d'obligation unilatérales ⇒ uniquement l'obligation d'une partie envers l'autre, (cf. prêt, stipulation, contrat *litteris*)
⇒ Le contrat bilatéral d'échange de type synallagmatique entre dans le droit romain.

F) EVOLUTION

- Jusqu'à la fin du Ie : nombre limité de contrats consensuels, munis d'une action contenu dans l'Edit du préteur:
 - vente
 - location
 - société
 - mandatPuis apparition du :
 - commodat
 - dépôt
 - nantissementPour leur conclusion, on exige le consentement et la remise de la chose.
- Mise à jour de la *condictio a* rendu possible l'évolution de l'obligation (issue de la stipulation).
 - Au début, *condictio* sert à réclamer une chose ou une somme d'argent certaine et déterminée
 - Dès lors, elle s'adapte à d'autres prestations.
 - prestations concernant les services dont on ne pouvait indiquer la valeur qu'après avoir fait une évaluation.
 - Si action en exécution, juge doit évaluer la prestation selon la formule : *quidquid dare, facere oportet*.
- Enorme champ d'application de la stipulation fondée sur une promesse unilatérale.
Possible de stipuler tous les genres de prestations pourvu qu'elles rentrent dans le *quidquid, dare, facere oportet*.
⇒ Stipulation peut concurrencer tous les autres contrats. Suffit de formuler le contenu obligationnel par la promesse orale de la stipulation.

3. EXTENSION DU CONSENSUALISME AUX CONTRATS INNOMMES (IE ET IIE S)

A) CONTEXTE

- Système contractuel est ressenti étroit
 - par des contrats stricts : stipulation, prêt, contrat litteris
 - par la liste exhaustive des contrats consensuels de bonne foi.
- Vie socio - économique pas satisfaite par cette poignée de contrats préétablis
- La pratique demandait des juristes
 - d'assouplir leurs positions
 - de protéger des accords atypiques, mais légitimes.

B)

- Jurisconsultes prévoient une action pour les conventions qui se composent d'éléments appartenant à plusieurs types de contrats, parce que impossible d'attribuer l'ensemble à une seule action.
- Ulpien reconnaît que toute tentative de résoudre le cas par une seule action contractuelle amène à une impasse.
 - ⇒ Dépasser le cadre des contrats - types
 - ⇒ Considérer la volonté et les intérêts des parties contractantesUlpien suggère de prévoir une action appropriée au fait concret, mais similaire à un type d'action de bonne foi.
 - ⇒ fragile
 - ⇒ avantage : application par analogie de la réglementation des contrats consensuels de bonne foi à un cas typique.

C) EVOLUTION

- Au Ie, jurisconsultes analysent plus finement le principe du contrat type.
D'ailleurs, Aristo : là où les parties conviennent d'un échange réciproque des prestation et qu'un des partenaires a accompli al sienne, celui-ci peut exiger la contre-prestation en vertu d'une action fondée directement sur le synallagma.
 - Mauricianus n'hésite plus à accorder à ce genre de contrats sans nom propre : contrats innommés, une action civile en analogie avec les autres contrats d'échanges : vente, louage
 - Mais les jurisconsultes romains refusent de reconnaître la convention pure et simple en tant que contrat général fondé sur le consentement libre. R) L'art. 1 du CO l'accepte.
- ⇒ Extension du système contractuel est toujours prudemment évaluée de cas en cas.

4. LA NOUVELLE NOTION DU CONTRAT ET LE TABLEAU SYNTHETIQUE DES SOURCES DES OBLIGATIONS DE GAIUS

A. LA MODIFICATION DOGMATIQUE DE LA NOTION DE CONTRAT

- Recherche dès le Ier siècle d'un dénominateur commun des 2 systèmes contractuels
 - l'un fondé sur l'obligation : chose promise, donnée ou inscrite
 - l'autre fondé sur le consentement des parties.
- Dans chaque affaire conclue, réside l'accord de la volonté des parties qui détermine ce que chacun attend de l'autre.

Bien que cette volonté exprimée oralement ou par écrit, ceci n'empêche pas qu'au fond ces contrats ≡ un accord ou une convention.

→ Pedius : La notion de convention est si générale qu'il n'y a aucun contrat et aucune obligation qui contiennent une convention.

- ⇒ Consensualisme gagne toute l'étendue de l'obligation contractuelle.

Il s'applique:

- Aux contrat verbaux : *stipulatio*
- A l'*expensilatio*, aux obligations : conclusion écrite
- Au *mutuum*, au prêt de consommation
- ⇒ *Stipulatio, expensilatio et mutuum* considérés comme vente, louage, société ...
- ⇒ Effet de la nouvelle conception du contrat : transformation de tout le système des obligations résultant d'un accord licite entre les parties en un système contractuel.

B. LES OBLIGATIONS NON CONTRACTUELLES PRESENTANT LES EFFETS D'UN CONTRAT

- Rares cas : formation d'obligations sans l'accord des parties. Cas qui produisent des effets juridiques (comme les contrats).
- Par analogie, on les soumet aux règles du contrat spécifique le plus proche. Mais le consentement (élément essentiel) manque.
 - Cas le plus difficile : paiement d'un indu
Pas illicite de payer une dette à tort.
Mais ≠ accomplissement d'un contrat, puisque prestation effectuée sans s'appuyer sur un accord valable.
⇒ Résolution du cas par une analogie au prêt de consommation ⇒ évalue les intérêts.
 - Celui qui a payé un indu, veut reprendre ce qu'il a payé
 - Celui qui a reçu un indu, n'a aucune raison de priver le payant de cette prestation indue.

5. LE SYSTEME DES INSTITUTS DE GAIUS A JUSTINIEN. LA SYNTHESE DES CLASSIFICATIONS GENERALES DES SOURCES DES OBLIGATIONS A PARTIR DE LA SECONDE MOITIE DU IIE SIECLE APRES J.-C.

A) CONTEXTE

- Parachèvement du tableau des sources des obligations sous Hadrien = ensemble souple
⇒ peu d'intérêts à les classer symétriquement.
- La littérature isagogique (= de la didactique élémentaire) du droit fit la classification générale
→ Gaius : le premier essai

B) ORGANISATION DES OBLIGATIONS SELON GAIUS

- Deux sources d'obligations :
 1. Contrats
 2. Délits
 - Délits : aucune division
Mais énumération des différentes espèces qui ont un fondement dans le *jus civile*
 - vol ou brigandage
 - dommage à une chose
 - injure à autrui
 - ...
 - Contrats : selon la conception : toute source d'obligation impliquant l'accord des parties = un contrat.
 - Si l'accord suffit à produire des obligations : contrat consensuel
 - Si la remise nécessaire d'une chose s'ajoute à l'accord : contrat réel
 - Si la volonté contractuelle selon une forme particulière (orale ou écrite) : contrats verbaux ou écrits
 - ⇒ Remise de la chose et forme orale ou écrite = modalité de la conclusion de certains contrats.
 - ⇒ Les obligations résultent d'un consentement lorsque les parties se sont mises d'accord et qu'aucune forme de paroles écrites n'est requise.
- Cas du paiement de l'indu

Il est également présent chez Gaius comme un acte non contractuel, produisant les effets d'un contrat ⇒ rupture dans système de Gaius.

 - Il réduit le genre des contrats réels au seul prêt de consommation.
En cas de paiement de l'indu, l'obligation naît aussi de la chose, et effets sont ceux du prêt. Mais pas de contrat puisque pas de volonté contractuelle.
 - Celui qui a reçu un indu est aussi obligé par la chose. Action de la *condictio* possible tout comme s'il avait emprunté ce qu'il a reçu. Mais cette obligation ne résulte pas d'un contrat, car celui qui donne avec l'intention de payer veut s'acquitter d'une affaire plutôt que de la conclure.
 - ⇒ Paiement de l'indu ne trouve pas sa place dans le schéma de Gaius.
 - Il prévoit des obligations se formant re uniquement comme genre d'obligation contractuelle
 - ↔ paiement de l'indu ⇒ obligation re sans être un contrat.
- Evolution

- A l'époque postclassique, Institutes ≈ manuel de poche à l'usage des praticiens du barreau
 - ⇒ apparaît lacunaire et équivoque : il manque
 - les sources qui = un acte illicite sans être des contrats
 - les actes illicites sanctionnés par une action prétorienne
 - Le commodat, le dépôt et le nantissement, car la notion du contrat consensuel que Gaius employait ne se prêtait pas à ces figures dans lesquelles la remise d'une chose devait accompagner l'accord.
- Ils ne pouvaient pas non plus être classés dans les contrats réels, puisque Gaius voyait un lien étroit entre l'obligation qui se forme et l'action de la *condictio*.

C) REVISION DU SYSTEME

- Faite par un auteur inconnu, fin du IIIe.

Publie une sorte de paraphrase des Institutes de Gaius : *Libri rerum cottidianarum sive aureorum*

⇒ Profonde transformation du schéma.
- Comme Gaius : les obligations résultent d'un contrat ou d'un délit.

Mais en plus : une série de sources ne peuvent pas être intégrées dans une seule classification, car chacune se forme selon ses règles propres.
- Distinction : contrats réels, verbaux et consensuels. Il ne mentionne plus les contrats *litteris*.
 - contrats verbaux et consensuels, idem que Gaius.
 - contrats réels comprennent en plus du prêt de consommation : *mutuum*
 - contrats de prêt à usage : *commodatum*
 - dépôt : *depositum*
 - nantissement : *pignus*

⇒ Modification de la notion de contrat réel.

AVANT	APRES
Obligation naît de la chose. Contrat ne produit qu'une obligation: transférer la propriété de la chose à restituer	Contrat réel est un contrat pour la conclusion duquel une chose est nécessairement remise. Remise = <ul style="list-style-type: none"> - une tradition transférant la propriété - une remise en possession - une détention Du contrat résultent toutes les obligations. Obligations qui dans le cas du commodat, dépôt, nantissement peuvent être à la charge des 2 parties

- Délits : idem Gaius.
- Deux groupes des sources non classifiées
 1. Sources produisant des effets analogues à ceux d'un contrat

- gestion d'affaires : modèle du mandat
 - tutelle
 - legs obligationnel
 - paiement de l'indu : sur modèle du prêt à consommation.
- Obligations résultent d'un fait licite et donnent lieu à une action rei persécutoire
- Elles se forment "comme si elles provenaient d'un contrat".
1. Obligations sanctionnées par une action pénale privée, bien que pas dues à un délit.
- Elles se forment "comme si elles provenaient d'un délit".
- Caractère commun : sanctionné par les actions prétorienne
- pas d'acte délictuel
 - faute légère
 - responsabilité pour la faute d'autrui (vol commis par membres de l'équipage d'un navire : commandant assume).

D) COMPILATION DES INSTITUTIONES SOUS JUSTINIEN

- Reprise des *Libri aureorum*
 - Au lieu de la série de sources non classifiées mais analogues au contrat et aux délits dans leurs EFFETS.
 - Elles sont adjointes aux 2 genres traditionnels.
- Conséquences
 - Altération du sens des locutions:
 - *quasi ex contractu*
 - *quasi ex delicto*
 -
 -

<i>Libri aureorum</i>	<i>Institutes de Justinien</i>
Ces obligations naissent d'un fait individualisé par la seule connotation négative de n'être ni délit, ni contrat. Analogie avec contrat et délit concerne leurs effets : "comme si ..."	Expressions concernent plus les effets. Elles définissent directement des sources d'obligations. Ces obligations se forment comme un contrat ou comme un délit.

E) EVOLUTION

- Interprètes des Institutes de Justinien et les successeurs (Moyen Age et temps modernes) ont créé à côté du contrat et du délit, les figures juridiques du quasi-contrat et du quasi-délit.
- Mais ces catégories n'ont jamais pu être définies de manière satisfaisante. Seule la dénomination traditionnelle est demeurée.

CHAPITRE XI

LES PROBLEMES GENERAUX DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

1. LA STIPULATION COMME MODELE DE CONTRAT

- *Stipulatio* aussi nommée *verborum obligatio* obligation qui en résulte naît de l'accomplissement strict de la forme orale.
- La *condictio*
 - ne se greffe plus sur la promesse solennelle
 - mais vise directement la chose promise que le débiteur devait au créancier.
- ⇒ Plus aucun trait archaïque de la *stipulatio*
 - ⇒ Forme verbale simple et claire = question du créancier adressée au débiteur : "Promets-tu de me donner (ou de faire) quelque chose?"
- Utilisation du verbe *spondere* ⇒ réservé aux citoyens romains.
Mais admission d'autres verbes ⇒ accès aux non-citoyens.
- Conservation de son caractère de contrat strict et verbal exigeant l'échange des paroles selon la formule prévue ⇒ règles
 - question et réponse s'effectuent oralement au moyen de paroles stéréotypées.
 - question et réponse forment une unité d'actes devant se succéder immédiatement.
 - les deux parties doivent être présentes.
 - l'acte de stipulation doit être exécuté par les parties intéressées elles-mêmes.
 - il y a autant de stipulation que d'objets (*tot stipulationes quot res*) : chaque chose promise dans une stipulation fait l'objet d'une stipulation particulière.
 - La stipulation oblige le débiteur en créant un rapport obligationnel de nature unilatérale et stricte dans lequel, le devoir du débiteur correspond exactement au droit du créancier.
- Le droit moderne ne connaît plus la stipulation en tant que source d'obligation. Mais fortement influencé.
Stipulation = forme la plus simple des obligations contractuelles.
Stipulation = structure de base du droit privé romain et par la suite du droit privé moderne.
- Stipulation permet développement et perfectionnement d'une grande partie du droit des contrats. Et élaboration médiévale et moderne du régime juridique des papiers-valeurs.

2. L'OBJET DE LA STIPULATION

- Forme souple de la stipulation ⇒ promesse de n'importe quelle prestation.
En général : stipulations de dare ou de facere, mais aussi stipulations de prestare.
- Etendue du contenu de la stipulation :
 - du simple engagement à payer une somme d'argent
 - à la promesse de prestations complexes
 - construction d'un bâtiment
 - fourniture de marchandises
 - grandes livraisons de blé

A, L'OBJET DE LA STIPULATION DOIT ETRE DETERMINE

- But : permettre au juge, en cas de litige, de décider si le débiteur avait convenablement exécuté sa prestation.
S'il manquait un des éléments essentiels à sa détermination ⇒ stipulation incomplète et ⇒ nulle.
- Interprétation
"Tout le blé que voici" ⇒ stipulation valable car objet suffisamment déterminé
Si expression reste générique et si tout élément individuel fait défaut ⇒ stipulation nulle.
- Prestation certaine ou incertaine ≠ prestation déterminée ou indéterminée
 - "Certaine et incertaine" se rapporte à une prestation préalablement déterminée :
 - prestations de choses fongibles ou non fongibles qui sont l'objet d'une obligation de donner : certain
 - prestation consistant en un travail ou un service (facere) : incertain parce que juge doit évaluer ultérieurement la valeur chiffrable du travail.

B. L'OBJET DE LA STIPULATION DOIT ETRE POSSIBLE ET LICITE

- Règles
 - art. 20 al. 1 CO
Le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs.
 - art. 119 al. 1 CO
L'obligation s'éteint lorsque l'exécution en devient impossible par suite de circonstances non imputables au débiteur.
⇒ Elles n'envisagent que les hypothèses où la prestation est impossible de façon définitive et absolue.
- Impossibilité temporaire
 - ⇒ entraîne ni la nullité, ni l'extinction de la stipulation
 - ⇒ mais suspend ses effets durant la période où son exécution est impossible.
 - ⇒ Emploi du verbe *cessare*

C. OBJET MULTIPLE : LA STIPULATION ALTERNATIVE ET LA STIPULATION AVEC FACULTE ALTERNATIVE

A. STIPULATION ALTERNATIVE

- Stipulation peut contenir plusieurs objets, offerts à choix et créant une obligation alternative.
⇒ Qui a le droit de choisir?
- Art. 72 CO
Si le contraire ne résulte pas de l'affaire, le choix appartient au débiteur lorsque son obligation s'étend à plusieurs prestations mais qu'il ne peut être tenu que de l'une d'elles.
- Origine
Promesse conçue ainsi :
C : Promets-tu de me donner l'esclave Stichus ou l'esclave Pamphilius?
D : Je le promets
⇒ Le débiteur a le droit de choisir entre les 2 esclaves mentionnés.
Si le créancier veut avoir ce droit:
C : Promets-tu de me donner parmi les esclaves Stichus et Pamphilius celui que je choisirai?
⇒ Manifester expressément dans sa question.

B. FACULTE ALTERNATIVE

- Obligation alternative à objets multiples ≠ faculté alternative
 - elle porte sur un seul objet mais elle donne au débiteur la possibilité de se libérer en substituant l'objet dû par un autre déterminé à l'avance.
- Conséquence
 - Si une des prestations devient impossible, l'obligation alternative ne s'éteint pas, puisque l'autre prestation reste due.
 - Dans l'obligation avec faculté alternative, la disparition de l'objet fait disparaître l'obligation, puisque un seul objet est dû.
La faculté s'éteint en même temps, puisqu'elle concerne pas l'obligation, mais l'exécution.
- En pratique
 - Obligation alternative : le créancier peut prétendre à la prestation restante encore possible
 - Faculté alternative : le créancier ne peut prétendre qu'aux dommages-intérêts et le débiteur garde son droit de se libérer en exécutant l'autre prestation.

D. L'OBJET DETERMINE PAR SON GENRE

- Art. 71 CO
La chose due n'est déterminée que par son genre.
⇒ L'exécution ne peut avoir lieu qu'après que la chose ait été individualisée.

- ⇒ Débiteur lié par les expressions du créancier dans la stipulation.
 - ⇒ possibilités de choix que mots lui accordent.

3. LES SUJETS DE LA STIPULATION

A. LES SUJETS ENGAGÉS : LE STIPULATOR ET LE PROMISSOR

- Règle
L'obligation du promissor naît des paroles prononcées par le stipulator
- Conséquences
 - Impossible de faire entrer un tiers dans le rapport contractuel sans qu'il collabore activement
 - Toute promesse faite en faveur d'un tiers
Toute personne ayant pour objet la prestation d'un tiers
⇒ est nulle
 - ⇒ Stipulation pour autrui (art. 112 CO) n'est pas admise en droit romain
 - ⇒ Le porte-fort (art. 111 CO) non plus.

B. LA MENTION DU TIERS DANS LA STIPULATION

A) PROMETS-TU DE DONNER A TITIUS?

- = Obligation du débiteur envers un tiers.
 - ⇒ Impossible parce que tiers ne participe pas activement et que le créancier (qui participe) ne veut pas être le destinataire : Stipulation nulle
 - ⇒ Exception
Tiers = fils ou esclave du créancier.
⇒ créancier devient titulaire de la créance.
- Créancier peut se faire promettre du débiteur qu'il s'engage envers lui-même à fournir une prestation en faveur du tiers.
 - ⇒ Nulle parce qu'une action ne peut être intentée que par celui qui y a un intérêt propre.

B) PROMETS-TU DE ME DONNER A MOI AINSI QU'A TITIUS?

- = fusion d'une stipulation ordinaire (valable) avec une stipulation pour autrui (nulle).
 - ⇒ Elle fait naître qu'une seule obligation. Mention de Titius nulle.

C) PROMETS-TU DE ME DONNER OU DE DONNER A TITIUS?

- = *Stipulation* valable.
 - Mais seul le stipulator devient créancier. Le tiers = *adjectus solutinis causa* : personne ajoutée pour le paiement.
 - ⇒ Débiteur paie indifféremment au créancier ou au tiers.
Seule le créancier peut agir contre lui.

- Exclusion de la stipulation pour autrui s'étend à tous les genres de contrats.
Toutefois, curieusement, art. 112 al. 1 CO "celui qui, agissant en son propre nom, a stipulé une obligation en faveur d'un tiers, a le droit exiger l'exécution au profit d'un tiers".
⇒ curieux, car repose sur idée : celui qui se fait promettre une prestation doit avoir un intérêt propre à son exécution.
Or, droit romain : exception à la règle possible : quelques cas dans lesquels l'exécution d'une prestation est également avantageuse pour le *stipulator*.

4. LES OBLIGATIONS SOLIDAIRES

A. LA SOLIDARITE ACTIVE OU PASSIVE

- = manière usuelle de faire participer un tiers aux effets d'une stipulation, le tiers occupant une place propre.
- Modalité de l' *adstipulatio* .
Elle exige la présence des 3 personnes.
Le tiers demande au débiteur de lui donner la même chose.
C : Promets-tu de me donner 10 sesterces?
D : Je le promets
T : Promets-tu de me donner la même chose?
D : Je te le promets
⇒ Créancier et tiers deviennent tous deux créanciers du débiteur pour la même prestation.
Débiteur peut payer à sa convenance toute la dette à l'un des 2.
- Solidarité active = situation des créanciers
 - chacun a le droit de demander le paiement intégral de sa créance (art. 150 al. 1 CO)
 - le paiement effectué en faveur de l'un des créanciers libère le débiteur vis-à-vis de tous les autres (art. 150 al.2 CO).
- Solidarité passive concerne les débiteurs.
Chaque codébiteur est tenu pour le tout envers le créancier, et le paiement de l'un deux libère tous les autres (art. 143 et ss. CO).
Forme de la solidarité passive :
→ C : Promettez-vous de me donner 10 sesterces?
D1 et D2 : Nous le promettons.
⇒ Principe de corréalité régit la solidarité entre les codébiteurs. Principe : l'obligation solidaire ne crée qu'un seul et unique lien qui, une fois éteint, ne laisse plus rien subsister.
En cas d'inexécution, créancier doit très bien choisir le débiteur contre lequel il veut intenter une action, car il épuise entièrement son droit dans le premier procès.
R) ↔ Obligation solidaire issue d'un contrat consensuel de bonne foi : créancier peut agir contre tous les codébiteurs, l'un après l'autre, jusqu'à son entière satisfaction, puisque cette forme de solidarité implique autant de liens juridiques que de débiteurs.

B. LE CAUTIONNEMENT

A) SPONSIO ET FIDE PROMISSIO

- = contrat par lequel une personne s'engage envers le créancier à garantir le paiement de la dette contractée par le débiteur (art. 492 al. 1 CO).
- Cautionnement romain demande une stipulation : la caution promet au créancier de garantir l'exécution de la dette du débiteur → 2 formes de stipulation :
 1. Réservée aux citoyens romains la *sponsio* : la caution s'engage en prononçant le verbe *spondere* . La *sponsio* crée ainsi une obligation solidaire de la caution, à côté du débiteur.
 - Débiteur promet.
Créancier demande à la caution de promettre
Caution promet
 2. Accessible aux étrangers : *fide promissio*.
 - Me promets-tu sur ta foi la même chose?
Je te le promets.
Le recours à la foi engagée lie étranger et citoyens sans distinction.
⇒ 2 formes adaptées qu'aux obligations nées d'un contrat verbal.

B) FIDE JUSSO

- Les contrats consensuels amènent à cette nouvelle forme de caution.
- Elle fonde l'engagement aussi sur la foi de celui qui cautionne pour le débiteur.
 - ⇒ Elle comble une lacune
 - Avant : si débiteur ne peut pas exécuter la prestation parce qu'elle est devenue impossible par sa faute, la promesse de fournir la même prestation perd tout sens. (Si prestation impossible pour débiteur ⇒ impossible pour caution).
 - Avec fidejusso : la caution ne promet pas ce que le débiteur a promis, mais ce qu'il doit au créancier, y compris les dommages - intérêts en cas d'inexécution.
 - ⇒ L'engagement se réfère directement à la dette (pas à l'engagement) qui lie le débiteur au créancier.
La *fidejusso* est apte à garantir n'importe quel type d'obligation.
Elle peut être conclue à n'importe quel moment: même bien après l'engagement du débiteur.

C. DIVERGENCE ET CONVERGENCE DE LA SPONSIO AVEC LA FIDEJUSSO

1. Sponsio

- La règle fondamentale concerne l'accessoriété de la caution à la dette principale.
- Caution et débiteur liés au créancier par un rapport de solidarité qui, pour les obligations nées d'une stipulation, revêtait la forme spéciale et stricte de la corréalité.
Créancier choisit

- soit d'agir contre le débiteur
- soit directement contre la caution (engagée à côté et non pas derrière le débiteur).
- Justinien octroie à la caution le bénéfice de discussion ⇒ créancier recherche d'abord le débiteur
 - ⇒ Ce bénéfice ôte au cautionnement sa valeur pratique
- Toutefois, la coutume exige que le créancier ait sommé en vain le débiteur avant de poursuivre la caution.
 - ⇒ De fait et après Justinien de droit, la caution assume une responsabilité subsidiaire.

2. fidejusso

- Caution crée une solidarité totale et le créancier peut demander le paiement intégral au débiteur principal ou à l'une des cautions.
- ⇔ Dans le cautionnement par *Sponsio*, chacune caution est tenue à concurrence d'une quote-part du montant total.
 - ⇒ Créancier doit intenter une action contre chaque garant.

3. Remarque

- Cependant, l'art. 497 al. 1 CO prévoit pour les cautions conjointes que chacune est obligée comme une caution simple.
 - = reprise de la solution de l'Empereur Hadrien : chaque caution peut exiger le partage de la dette avec celle des autres, dont il aurait prouvé la solvabilité.

C. LES OBLIGATIONS ACCESSOIRES

- Problème de la coordination et de la subordination posé par la pluralité des créanciers et débiteurs :
 - Nouveau créancier / débiteur au principal = accessoire
 - ⇒ Nouvelle obligation = accessoire
 - Accessoire = rapport de dépendance entre nouvelle obligation et obligation principale.
 - ⇒ *adstipulatio* ou *adpromissio*
- La *Sponsio* peut garantir une autre stipulation accessoire de l'autre. *Sponsio* cautionnante ⇔ *sponsio* cautionnée.
 - ⇒ Rapport créancier / caution accessoire ⇔ rapport créancier / débiteur.
- Conséquence sur la pratique
 - *Sponsio* produit ses effets, même si la stipulation n'est pas efficace du point de vue matériel
 - Promesse d'une femme ou d'un pupille sans autorisation du tuteur.
 - *Fidejusso* produit ses effets que si la source principale de l'obligation est valable.
 - ⇒ Pour que le fidéjusseur puisse assumer la responsabilité
 - Différence éliminée par Justinien : toutes les stipulations de garantie unifiées et ramenées au régime de la *fidejusso*.

- Autre conséquence de l'accessoriété
 - conséquence appliquée à sponsio, fidejusso et adstipulatio.
 - ⇒ Le contenu d'une obligation accessoire ne pouvait excéder celui de l'obligation principale.
- Dernière conséquence : position du débiteur accessoire par rapport à celle du débiteur principal.

Le débiteur accessoire peut opposer au créancier les exceptions qui appartiennent au débiteur principal (art. 502 CO).

→ Le fidéjusseur peut opposer au créancier l'exception pour crainte fondée, si la stipulation principale a été conclue par le débiteur sous l'empire de ce vice de volonté.

D. LE RECOURS

- Question : dès qu'un débiteur a exécuté la prestation due, il libère tous ces codébiteurs.
 - Peut-il recourir contre ces derniers pour récupérer ce qu'il a payé en trop?
 - Si un créancier solidaire a reçu la prestation entière du débiteur, doit-il partager avec les autres créanciers.
- Exemple de solidarité passive : caution
 - La caution qui a payé la dette du débiteur, se retourne contre ce dernier pour en obtenir le remboursement;

Mais le débiteur ne peut jamais recourir contre la caution.
 - Si l'un des créanciers solidaires reçoit la totalité de la somme due, celui qui n'a rien reçu, doit donc récupérer sa part → recours.
- Cependant, le recours n'est pas la conséquence directe de chaque rapport de solidarité. Et là où le recours est admis il n'est pas une pure répartition égale de la dette et de la créance.
- Mais, les stipulations qui produisent les obligations solidaires, ne donnent aucune indication sur les possibilités de recours, puisqu'elles ne se rapportent qu'aux rapports externes débiteur/créancier.

Le recours règle uniquement les relations internes entre débiteurs et créanciers solidaires. De plus, les actions qui dépendent de la stipulation fondant les rapports externes ne peuvent être utilisés pour sanctionner le droit de recours concernant les rapports internes.
- Modalités du règlement des rapports internes dépendent parfois :
 - d'un principe légal (cf. caution)
 - de la nature spécifique du rapport contractuel (cf. le mandat)

Si les débiteurs et les créanciers sont en même temps sociétaires ou cohéritiers, leurs rapports internes sont réglés soit :

 - *par l'actio communi dividundo* ou *familiae erciscundae*.
 - *par l'actio pro socio*.

5. L'OBLIGATION SOUMISE AUX CLAUSES SPECIALES DE LA CONDITION ET DU TERME

A. LA CONDITION SUSPENSIVE

- Condition suspensive = un événement futur et incertain auquel les effets de la stipulation sont subordonnés.
 - Modèle général
 - C : Promets-tu de me donner l'esclave Stichus, si Antoine devient Consul?
 - D : Je le donnerai.
- Condition casuelle = un événement qui a lieu uniquement par hasard ou par la volonté d'un tiers.
- Condition potestative = un événement qui dépend de l'intervention de l'une ou de l'autre des parties au contrat.
Elle réside dans la volonté de l'une des parties.
- Condition impropre (aujourd'hui)
 - C : Promets-tu de me donner 100 si le navire est arrivé d'Asie?
 - D : Je le prometsLa condition se rapporte au présent ou au passé. Au moment du contrat, événement-condition a déjà eu lieu. Il n'est ni futur ni incertain, mais les parties ignorent s'il s'est réalisé ou non.
La révélation de événement = la condition (art. 151 CO : "un événement incertain").

B. UN EMPLOI SPECIAL DE LA CONDITION SUSPENSIVE POTESTATIVE : LA STIPULATION PENALE

- Elle assure d'une façon indirecte l'exécution d'une convention : débiteur promet une somme d'argent à titre de peine en cas d'inexécution du contrat.
 - ⇒ Condition suspensive, négative, potestative
 - suspensive : la somme promise est due après l'inexécution
 - négative : condition repose sur le non-accomplissement de la prestation
 - potestative : la non-exécution dépend du débiteur lui-même
- ⇒ Somme promise ≡ dommages - intérêts pour inexécution.
- Régime de la stipulation pénale ⇔ art. 160 al. 1 CO :
"Lorsque la peine a été stipulée en vue de l'inexécution ... du contrat, le créancier ne peut, sauf convention contraire, demander que l'exécution de la peine convenu".
 - ⇒ Créancier doit se contenter de demander l'exécution, respectivement les dommages - intérêts de l'inexécution, tandis que le débiteur dispose de la faculté alternative de pouvoir se libérer en offrant la peine stipulée.
- Possibilité d'ajouter à la stipulation pénale, une autre stipulation ⇒ elles s'enchaînent mais restent séparées.
La 1e contient la stipulation pure et simple.
La 2e contient la promesse de la peine.
 - C : Promets-tu de me donner l'esclave Stichus? Si tu ne me le donnes pas, promets-tu de me donner 100?
 - D : Je le promets.
 - ⇒ En cas d'inexécution, le créancier ne peut exiger que la peine convenue.

- Condition de la stipulation pénale peut envisager la situation où la prestation ne serait pas exécutée au moment et au lieu prévu.
 - C : Promets-tu de me donner 100, si tu ne me donnes pas jusqu'aux calendes de juillet les livres que tu me dois en vertu du testament de L.T.?
 - D : Je le promets
 - ⇒ Effet cumulatif : créancier peut continuer à exiger la remise des livres en sus de l'acquiescement de la peine ⇔ art. 160 al. 2 CO
- Variante intéressante de la stipulation pénale :

Elle permet d'insérer le fait ou une prestation en faveur d'un tiers. Prestation garantie par le débiteur en cas d'inexécution de la promesse.

 - C : Promets-tu de me donner 100, si Titius ne me donne pas l'esclave Stichus?
 - D : Oui, je le promets.
 - C : Promets-tu de me donner 100, si tu ne donnes pas l'esclave Stichus à Titius?
 - D : Oui, je le promets.
 - ⇒ Créancier ne peut qu'exiger la peine promise en cas d'inexécution.
 - ⇒ Remarque : Combinaison d'une condition potestative et d'une stipulation en faveur d'un tiers ou de celle ayant pour objet la prestation d'un tiers.
- Toute stipulation pénale rattachée à obligation principale par un rapport d'accessoriété : sauf stipulation pour un tiers.

Accessoriété ≠ accessoriété de la caution et de l'obligation solidaire : le rapport obligationnel préexistant et la stipulation pénale lient les mêmes parties.
Sinon mêmes principes

 - nullité de l'obligation accessoire en cas de nullité de l'obligation principale.
 - défendeur - débiteur qui répond de l'inexécution de l'obligation accessoire peut opposer les exceptions fondées sur le rapport principal.

C. LE TERME (LE DELAI)

A) DEFINITION

- Terme = événement futur ⇒ idem condition
 - = événement qui arrive avec certitude
 - ⇒ pas idem
- Le terme du délai est fixé par la survenance de cet événement certain dans l'avenir. Le terme peut aussi être certain ou incertain; mais incertitude porte sur le moment (fixe ou ouvert) et pas sur la survenance elle-même de l'événement (qui elle est certaine).

B) DIFFERENCIATION : TERME / CONDITION

- Le contenu et non pas la forme est déterminant
 - ⇒ Condition :

Arrivée d'un navire d'Asie = événement incertain ⇒ condition; même si formulé : "quand le navire arrivera d'Asie".
 - Terme :

Mort de quelqu'un = événement certain ⇒ terme; même si énoncé : "Si Paul meurt".

Mais "si Paul meurt cette année" = condition.

⇒ Le terme suspend l'engagement dont il ne fait que retarder l'exécution : après une stipulation à terme, l'obligation existe, mais le paiement est différé.

C) EFFETS DU TERME ET DE LA CONDITION SUR LE RAPPORT OBLIGATIONNEL

- Doctrine du *dies cedens* (temps qui commence) et doctrine du *dies veniens* (temps qui s'accomplit).
 - Temps commence : la prestation commence à être due
 - temps s'accomplit : le jour est advenu où l'exécution de la prestation est exigible.
 - Stipulation pure et simple : temps commence et s'accomplit au moment de la stipulation.
 - Stipulation à terme : temps commence mais ne s'accomplit pas encore.
 - Stipulation conditionnelle : temps ne commence ni ne s'accomplit pendant toute la période où la condition est en suspens.

D) CONSEQUENCES

- Terme en général en faveur du débiteur.
Créancier ne peut exiger l'exécution, ni poursuivre le débiteur avant l'échéance du terme.
Le débiteur peut exécuter son obligation avant l'échéance, mais après ne peut plus en exiger la restitution.
- Une stipulation pure et simple peut donner lieu à une obligation à terme si la nature de la prestation due l'exige.
L'obligation de donner quelque chose en un lieu certain implique un terme de par sa nature même. Toutefois, des difficultés d'exécution subjectives ne produisent aucun terme.

E) CRITERES POUR JUGER LE DELAI IMPLICITE

- Doit arriver dans un délai convenable, doit tenir compte des conditions atmosphériques.
- Age, sexe, santé à l'époque du voyage ...

6. LA NOVATION

A. LE CARACTERE ABSTRAIT DE LA "STIPULATIO" ET SES EXCEPTIONS

- Terminologie moderne : acte abstrait = s'il produit ses effets indépendamment du but matériel poursuivi par les parties.
 - ⇒ Réalisation ou non-réalisation n'a alors aucune incidence sur ses effets juridiques.
- Acte causal (↔ abstrait) = surtout envisagé par les parties est la cause même.
 - ⇒ ses effets dépendent du but.
 - Vente : échange de la chose contre son prix = cause du contrat.

- Stipulation, exemple parfait d'acte abstrait.

L'obligation ne peut se rattacher qu'aux mots prononcés par les parties. Seuls les éléments exprimés dans la question du stipulator peuvent déterminer les effets de l'acte.

⇒ Promets-tu de me donner 100? Je le promets.

Sans importance, que cette stipulation soit liée à une autre où créancier promet une contre-prestation.

⇒ Dette fondée sur une stipulation indépendante de l'échange prévu.

EXCEPTIONS

- La stipulation s'ouvre à la forme causale, lorsque le stipulator mentionne par ses termes directement la cause dans sa question.
 - Me promets-tu 100 comme dot?
- Stipulator peut aussi énoncer sa requête sur la base d'une situation préexistante et transformer ainsi la stipulation en un acte causal:
 - Me promets-tu ce que tu me dois en vertu du contrat de vente?
- Toutes ces stipulations accessoires et, notamment, les stipulations de sûreté personnelle (cautionnement) sont nécessairement causales.

B. LE CONCEPT DE LA NOVATION

- La stipulation causale peut servir à modifier un engagement précédent.

La novation est le transfert d'une dette préexistante dans une nouvelle obligation ⇒ on constitue une nouvelle cause d'obligation sur la base de la précédente, de telle sorte que la première est éliminée.
- Novation éteint l'obligation antérieure en la substituant par une nouvelle obligation qui contient quelques éléments tout en gardant le même objet.
- Formes variées de la stipulation novatoire
 - Novation peut concerner le titre de l'obligation.

Le débiteur promet au créancier ce qu'il lui doit à cause d'un contrat de vente, précédemment intervenu entre les mêmes parties.

EFFETS

- Les obligations du débiteur nées d'un contrat de vente s'éteignent. Le créancier ne peut plus exercer *l'actio ex vendito*.
- Mais, le créancier devient créancier du débiteur pour les mêmes prestations, en vertu de la stipulation novatoire qui remplace l'obligation éteinte. Il peut intenter contre son débiteur *l'actio ex stipulatu incerti*.

FORME CONNUE : STIPULATION AQUILIENNE

- Le stipulant tire le bilan de toutes les opérations en cours et se fait promettre la somme qui en résulte. La stipulation nove ainsi toute la dette en une seule obligation - solde.
- ⇒ Les juristes romains accordent à la novation la faculté de changer l'objet de l'obligation.

C. LA NOVATION CONCERNANT UN TERME OU UNE CONDITION

- La novation peut consister en l'addition, la suppression ou la modification d'un terme ou d'une condition.
 - Transformer : "donner 100 sesterces le 1^e mars"
en "donner sans délai les 100 sesterces".
- Mais l'adjonction d'une condition pose des problèmes
 - Il y a une novation si une condition est ajoutée = la novation a lieu si la condition est accomplie; si elle ne s'accomplit pas, la première obligation continue à produire ses effets.

La condition est censée s'ajouter à la novation elle-même mais bien qu'elle suspende l'exécution de la novation, la nouvelle obligation n'est pas conditionnelle.

⇒ Novation conditionnelle dans une impasse.

Avant l'accomplissement ou le défaut de la condition, la dette reste exigible sur la base de la stipulation.

Mais une fois la condition accomplie, elle est exigible sur la base de la seconde.

⇒ Novation aucune utilité pratique, à moins de la combiner avec un changement de personne.

→ Promets-tu de me donner, si le navire vient d'Asie, ce que Titius me doit?
- Sulpicius propose une nouvelle solution : la novation se produit immédiatement et avant la réalisation de la condition et que, si la condition est défailante, on ne peut agir au titre d'aucune des stipulations et que de cette façon toute l'affaire échoue.

D. LA NOVATION COMME DELEGATION

- Elle modifie la personne du créancier ou du débiteur.
- Forme : délégation : 3 personnes collaborent : délégant, délégué, délégataire.
 - Titius (c) → Caius (d)
Sempronius (c) → Titius (D)
⇒ Sempronius (c) → Caius (D)
 - ⇒ Il est opportun de substituer aux deux obligations une seule obligation reliant directement Caius à Sempronius.
 - ⇒ Titius (délégant) peut déléguer à Caius (délégué) d'assumer envers Sempronius (délégataire) l'obligation.
 - ⇒ Choses simplifiées : Au lieu d'encaisser sa dette auprès de Caius pour ensuite payer la somme due à Sempronius, Titius délègue à Caius le paiement direct de la somme à Sempronius.

Si Caius exécute cet ordre, il se libère de sa dette envers Titius, en même temps qu'il libère Titius de sa dette envers Sempronius.

DEUX RAPPORTS DE LA DELEGATION :

- Le délégué est obligé envers Titius qui est son créancier. Rapport = fondement de la délégation = rapport de provision.

- Le créancier veut procurer au délégataire la même somme que le délégué lui doit en lui faisant parvenir directement par le délégué. Rapport juridique délégant /délégataire = rapport de valeur.

OPERATION DE LA DELEGATION : 2 FACONS

- Délégation active
Délégué promet au délégataire ce qu'il doit au délégant (rapport de provision)
⇒ Novation concerne la personne du créancier.
- Délégation passive
Délégué promet au délégataire ce que le délégant doit précisément à ce dernier (rapport de valeur).
⇒ Novation concerne la personne du débiteur.
= *Expromissio* : s'engager à la place du délégant à payer sa dette.
- ⇒ Résumé :
Déléguer, c'est donner à son créancier un autre débiteur à sa propre place (changement de débiteur) ou assigner son débiteur à payer ou stipuler en faveur de celui qui lui est indiqué (changement de créancier).
Remarque : droit Suisse : délégation sous la forme du contrat d'assignation (art. 466 CO).
- Stipulation novatoire peut contenir en même temps plusieurs modifications de la 1^e obligation.
→ Me promets-tu de me donner et de faire jusqu'au 15 juillet ce que tu dois à Titius en vertu de l'achat du fonds
= délégation (changement de créancier) + changement de titre de la vente à la stipulation + ajout de terme.

7. L'INTERPRETATION DE LA STIPULATION

- Stipulation = échange de paroles solennelles → obligation contractuelle.
Contenu : mots eux-mêmes
→ Stipulant : question = teneur de la stipulation
→ Promettant : réponse affirmative
⇒ Interprétation sur la question.
⇒ Libellé de la question du créancier limite ses prétentions.
- Toutefois, procédé extérieur de la stipulation bien réglé, mais l'interprétation de son contenu.
⇒ Interpréter la stipulation dans son contexte économique et dans ce que le dialogue exprime concrètement.
⇒ Le sens voulu par les parties prévaut sur la lettre de la formule.
- Portée
 - Beaucoup d'exemples examinent le but économique d'une stipulation indépendamment des paroles échangées dans Digeste.

- Développement d'une pratique de l'interprétation à travers une casuistique riche et nuancée.

PRINCIPES GENERAUX UTILISES PAR LES JURISTES

- *Tot stipulationes quot res* (autant de stipulations que d'objets).
Si plusieurs objets cumulés dans une stipulation, ils y figurent comme des objets séparés
⇒ on compte autant d'objets que de stipulations.
⇒ Attention : il faut déterminer ce qui forme une unité d'objets et ce qui est un objet individuel.
→ un legs qui contient plusieurs objets forme une unité
→ l'ensemble des esclaves qui appartiennent à un sujet forme une unité.
⇒ Règle s'applique seulement lorsqu'il y a une juxtaposition d'objets.
⇒ Importance pratique
→ Débiteur promet 4 chevaux déterminés formant un quadrige, sans savoir que l'un d'eux est déjà mort au moment de la promesse. Stipulation nulle, car porte sur une prestation impossible.
En revanche, si chaque cheval considéré individuellement, affaire = 4 stipulations dont 3 valables et 1 nulle.
- La prestation doit résulter de paroles expresses, tandis que l'obligation subsidiaire de *praestare* se déduit de la nature même de la principale.
→ Si l'esclave que j'ai stipulé est mort sans que le débiteur ne l'ait soigné, dans le cas de stipulation, on ne tient compte que de la faute comme comportement actif et non comme simple omission du débiteur.
⇒ Dans quelle mesure le *promissor* est tenu d'une obligation subsidiaire de *raestare* en plus de l'obligation de *dare*?
La garantie de l'exécution de l'obligation implique l'obligation subsidiaire de s'abstenir de tout acte qui rendrait impossible la dation de la chose.
⇒ Cependant, si l'obligation de *praestare* impose un devoir positif d'intervenir dans l'exécution, elle se transforme en une obligation de faire.
Or l'obligation de faire appartient au domaine des obligations principales qui ne peuvent pas naître lorsque les termes de la stipulation ne la mentionnent pas expressément. La stipulation doit être interprétée dans le sens le plus favorable au débiteur. Le doute profite à ce dernier, vu que c'est le stipulant qui détermine le contenu de l'acte. le *promissor* en est réduit à y adhérer sans objection.
⇒ on doit considérer les circonstances de la naissance du lien obligationnel comme omises si les paroles n'ont rien mentionné expressément; on interprétera le tout en faveur du débiteur parce que le créancier avait une large liberté dans la formulation des paroles.
⇒ En matière de stipulation, quand on demande ce qui a été négocié, le doute est contre le créancier stipulant.

8. EXTINCTION DE L'OBLIGATION NEE D'UNE STIPULATION

A. LA "SOLUTIO" (LIBERATION, PAIEMENT, EXTINCTION DE LA DETTE)

- Problème de l'extinction que pour les obligations de *dare* et *facere* (devoirs de *raestare* concernent la libération, pas l'exécution).
- Mode direct d'extinction : exécution de la prestation due = *solutio* (libération) \Leftrightarrow *obligatio*.
A l'origine, la *solutio* revêtait aussi une forme solennelle = acte formaliste contraire à l'acte du *nexum*. Elle consistait dans un acte *per aes et libram* (pendant de la *mancipatio*).
 \Rightarrow Formule contraire à celle de la stipulation:
"les 100 sesterces que je t'ai promis, les as-tu reçus? Je les ai reçus".
Mais formule inventée que pour une remise de dette.
 \Rightarrow Introduction de la stipulation + décadence du formalisme \Rightarrow l'exécution matérielle éteint directement l'obligation sans aucune autre formalité et libère le débiteur *ipso jure* à condition que créancier satisfait : prestation complète et définitive.
- Dans la formule passive, le promissior ne semble pas s'engager personnellement; mais il promet que les prestations seront exécutées = forme la plus ancienne de la stipulation \Leftrightarrow art. 68 CO.
 \Rightarrow Débiteur pas tenu d'exécuter personnellement son obligation. Cette règle ne vaut que si le créancier n'a aucun intérêt à une exécution personnelle.
- Exécution de l'obligation doit être totale et complète. Créancier peut refuser une exécution partielle, lorsque la dette est exigible pour le tout.

B. LA DATION EN PAIEMENT

- Pour étendre une obligation : prestation rigoureusement conforme. Sans l'accord du créancier, on ne peut donner une autre chose que celle prévue.
Cependant, le créancier qui se voit offrir une autre chose a le droit de l'accepter à la place de la prestation initiale = *datio in solutum*.
Cette prestation libère entièrement le débiteur de sa dette.
- Si la chose remplaçante ne reste pas en possession du créancier \Rightarrow problème.
Si un tiers actionne le créancier en éviction et le dépossède par exemple.
 \Rightarrow Créancier a renoncé à la prestation initiale
 \Rightarrow Il a accepté autre chose dont il est finalement privé
 \Rightarrow Créancier liés.
- Solutions proposées
 - Faire renaître l'ancienne obligation.
 - La dette est éteinte \Rightarrow cautions et gages ne peuvent plus renaître (solution préférable pour la sécurité du droit).

C. LA REMISE DE DETTE

- Remise de dette = accord entre le créancier et le débiteur ayant pour but et pour effet d'annuler la créance.
 - Un acte formel d'acquiescement symétrique à la création de l'obligation = *acceptilatio*
 - D : As-tu reçu ce que je t'ai promis?
C : Je l'ai reçu.
- ⇒ Les mots expriment l'acquiescement pour un paiement effectué précédemment. Mais en réalité, l'*acceptilatio* est utilisée au lieu du paiement.
- L'*acceptilatio* fonctionne comme une remise conventionnelle : ses effets sont assurés par la forme verbale apte à éteindre l'obligation.

D. LA CONFUSION

- Règle : l'obligation verbale se dissout, lorsque le droit du créancier et la dette du débiteur se réunissent dans une même personne ⇔ art. 181 al. 1 CO.
- Aucun problème tant que la règle se limite au rapport exclusif entre le même débiteur et le même créancier.

Mais dès que son application concerne des tiers (caution, solidaire), la confusion ne doit pas leur être préjudiciable.

Si le débiteur principal succède à sa caution, le créancier doit obtenir l'assurance qu'il ne sera pas privé de sa garantie. Il peut donc exiger une séparation des biens du débiteur principal et de la caution.

Dans le cas de la solidarité active ou passive, il faut éviter que la confusion ne libère les débiteurs solidaires de leurs dettes.

E. L'IMPOSSIBILITE D'EXECUTION

- Comme la stipulation présuppose un objet possible, une obligation contractuelle ne peut pas naître si elle porte sur une prestation impossible au moment de la conclusion du contrat = impossibilité initiale d'exécution.
- Si la prestation devient impossible après la conclusion du contrat, l'obligation s'éteint pour autant que pas imputable au débiteur ⇒ Le débiteur est libéré.
- Causes de l'impossibilité d'exécution
 - cause juridique
 - esclave affranchi
 - cause naturelle
 - esclave mort

A) IMPOSSIBILITE JURIDIQUE

- Si quelqu'un a promis de donner un objet profane ou l'esclave Stichus, il est libéré si la chose devient sacrée ou si Stichus est affranchi sans qu'il ait provoqué cette situation.

B) IMPOSSIBILITE NATURELLE

- Règlement selon le type de l'objet et de l'obligation

- ⇒ Que pour des obligations dont l'objet est un corps certain et individuellement déterminé ou déterminé par un genre susceptible de périr entièrement (20 amphores de vin de année 97).
Si l'objet appartient à "un genre limité" (100 oeufs de poule), ce genre ne périt pas.
- ⇒ Si l'impossibilité frappe l'une des prestations d'une obligation alternative, l'autre est toujours due.

9. LES EFFETS DE L'INEXECUTION D'UNE OBLIGATION RESULTANT D'UNE STIPULATION

A. LA POSITION DU PROBLEME

- Règlement de l'inexécution élaboré en liaison avec les règles de procédure.
 - ⇒ Nature spécifique de la procédure romaine : la sentence condamne le défendeur succombant au paiement d'une somme d'argent équivalant à la prestation exécutée.
 - Stipulation
Le juge établit si N.N. doit donner l'esclave Stichus à A.A. Si oui, N.N. est condamné à payer au demandeur l'équivalent de la valeur de l'esclave en argent. Si non, défendeur est absous.
 - ⇒ Défendeur absous
 - si s'exécute avant ouverture de l'instance.
 - si stipulation est nulle pour vice de forme
 - si impossibilité initiale : esclave mort antérieurement à la conclusion du contrat.
 - ⇒ Demandeur n'obtient pas gain de cause
 - si l'une des conditions ou termes ne sont pas réalisés ou échus.
- Problème : impossibilité de la prestation survenant après la conclusion de la stipulation.
 - ⇒ En principe, l'impossibilité subséquente éteint l'obligation : "à l'impossible, nul n'est tenu".
 - ⇒ Attention, principe ⇒ solutions inéquitables dans les cas où l'impossibilité d'exécution résulte d'un acte imputable au débiteur.
 - ⇒ Problème
 - faut déterminer dans quels cas l'impossibilité de la prestation doit être mise à la charge du débiteur
 - faut trouver un moyen de maintenir l'obligation, malgré l'impossibilité d'exécution pour éviter que le débiteur ne soit libéré.
 - Règle
S'il dépend du débiteur que la chose n'ait pas été donnée, l'obligation est perpétuée.
- Remarque concernant le problème de la responsabilité contractuelle résultant de l'inexécution de l'obligation
 - ⇒ Inexécution de la prestation ≠ responsabilité pour inexécution (celle-ci n'intervient que si la prestation est devenue impossible).

- Tant que prestation possible, débiteur ne répond pas pour inexécution ⇒ il est obligé de la fournir.
 - Quand prestation est définitivement impossible (≠ retard), faut établir les critères de la responsabilité pour juger si cette impossibilité éteint l'obligation en libérant le débiteur ou s'il en répond.
 - La sanction pour l'inexécution d'une prestation encore possible ou pour l'impossibilité imputable au débiteur offre ainsi le même contenu.
- Mais
- Impossibilité imputable : solution liée à la responsabilité du débiteur
 - Inexécution d'une prestation encore possible : débiteur condamné parce que la dette inexécutée existe toujours.

B. LA REGLE ROMAINE DE LA RESPONSABILITE POUR INEXECUTION D'UNE OBLIGATION DE "DARE".

- Origine
 - Règle établie (II^e av. J.C.) en vue de la résolution du problème de la responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation de *dare*.
 - ⇒ Forme : énoncé conditionnel : s'il dépend du débiteur que la chose n'ait été donnée
 - ⇒ conséquence : perpétuation de l'obligation
- Pour mieux déterminer le sens du " s'il dépend du débiteur, si l'inexécution lui est imputable" : introduction de la notion de *culpa*.
 - ⇒ débiteur répond de l'impossibilité d'exécution lorsque celle-ci lui est imputable.
- Or deux situations différentes
 1. Situation de la demeure : du retard du débiteur dans l'exécution.
 2. Situation de l'inexécution due au comportement répréhensible du débiteur.
 - 3.

A) LA FAUTE DU DEBITEUR D'AVOIR CAUSE LA DEMEURE

- Débiteur est en retard (*mora*), lorsqu'au lieu de s'exécuter, "hésite et traîne".
 - Le retard est établi par le juge examinant les faits et les circonstances.
 - Le retard peut se justifier ⇒ justes motifs.
 - chercher des amis pour lui porter secours dans l'exécution
- Créancier doit manifester son intérêt en interpellant le débiteur afin qu'il s'exécute promptement.
 - L'interpellation peut être remplacée par une sommation de comparaître en justice.
- Si l'obligation est soumise à un terme et si celui-ci est échu, le débiteur ne tombe pas automatiquement en demeure.
 - Le débiteur peut interrompre et faire disparaître la demeure en offrant sa prestation.

B) LA FAUTE (AU SENS STRICT) DU DEBITEUR POUR INEXECUTION DU CONTRAT : FACTUM DEBITORIS

- Débiteur responsable s'il a provoqué personnellement l'impossibilité de la prestation ⇒ il répond de son comportement lorsque l'impossibilité lui est imputable.

Cette règle ne semble tenir compte que du lien de causalité entre l'acte et le résultat. En fait, l'interprétation des juristes vise aussi la volonté, l'absence de justification, la négligence ou l'imprudence.

- La responsabilité exige un acte positif, car une omission ne suffit pas.
- Les juristes introduisent la faute pour déterminer les faits pour lesquels le débiteur assume un *praestare*, une responsabilité.

R) La responsabilité du débiteur, ayant causé fautivement l'impossibilité d'exécution, ne dépend absolument pas de sa demeure.

La responsabilité subsiste même si l'obligation est soumise à un terme et que le débiteur a causé l'impossibilité avant son échéance.

De plus, débiteur répond aussi de l'impossibilité d'exécution qu'il cause suite à une obligation conditionnelle.

C) PERPETUATUR OBLIGATIO : LES CONSEQUENCES DE LA DEMEURE ET DE LA FAUTE POUR INEXECUTION

- "L'obligation est perpétuée" = l'obligation continue d'exister indéfiniment jusqu'au moment où l'action est exercée contre le débiteur.
 - ⇒ Possibilité laissée au juge de condamner le débiteur.
 - Si esclave mort ⇒ défendeur doit donner esclave. Comme peut plus le fournir vivant ⇒ payer l'équivalent en argent.
- Construction juridique de la *perpetuatio obligationis*

L'obligation apparaît séparée de la réalité et rendue insensible aux vicissitudes de son objet réel.

 - Règle réduite à une fiction simplifiée : si l'esclave meurt après que le débiteur soit tombé en demeure, il reste obligé comme si l'esclave était encore vivant.
 - ⇒ Le débiteur est responsable de la perte ou de la détérioration de la chose survenue par cas fortuit.
- Dans cas de la perte par faute du débiteur, l'impossibilité subséquente de l'exécution ne le libère pas. Il doit subir la condamnation à des dommages-intérêts pour inexécution.

10. LA DEMEURE DU CREANCIER : MORA CREDITORIS

- Elle se produit si le créancier tarde à accepter au lieu et au temps convenu la prestation offerte par le débiteur.
 - ⇒ Personne ne profite de ce retard.
- Débiteur est responsable s'il n'accomplit pas son devoir.

Créancier n'est pas obligé de s'occuper de son droit. Exercer un droit ne peut pas être le contenu d'une obligation.

 - ⇒ Son manque d'attention produit un allègement sensible des devoirs du débiteur.
- Plus tard : responsabilité du débiteur réduite au dol simple : la perte de la chose due au cas fortuit décharge entièrement le débiteur.

De plus, débiteur autorisé à consigner la chose en un lieu public, ce qui le libère de sa dette. Il peut même dans certains cas abandonner l'objet à livrer, à condition de ne pas commettre une action dolosive.

- L'effet de la demeure du créancier déchargeant le débiteur de sa responsabilité pour toute négligence est limité au contrat de bonne foi.

Dans le contrat strict de stipulation, cette conséquence ne peut se produire puisque la responsabilité du débiteur se réduit au seul cas dans lequel il a rendu impossible dolosivement la prestation promise. La demeure du créancier n'y change rien.

CHAPITRE XII

LE PRET DE CONSOMMATION (*MUTUUM*)

1. LA STRUCTURE DU PRET

A) DEFINITION

- Prêt de consommation, *mutuum* = convention par laquelle le prêteur met à la disposition de l'emprunteur un capital ou des choses fongibles pour un usage temporaire.
- L'emprunteur est obligé de lui rendre la même somme ou autant du même genre et de la même qualité de ce qu'il avait reçu.
⇒ Prêteur transfère la propriété, mais n'y renonce pas.

B) FORME DE MUTUUM

- Seul le *mutuum* = un contrat réel proprement dit en droit romain.
- Conclusion ⇒ tradition de l'objet même : *traditio credendi causa*, tradition pour cause de créance.
L'emprunteur acquiert la chose et doit en rendre l'équivalent.
- Faiblesse structurelle du prêt = le prêteur n'obtient que la promesse de l'emprunteur de restituer la chose en contrepartie de la propriété transférée.

C) CONSEQUENCES : EFFETS

- Seule l'obligation de l'emprunteur naît de ce contrat unilatéral. Obligation = seulement la restitution de la chose reçue en quantité égale, au *tantundem* de la chose empruntée; puisque le *creditum* s'opère en vue d'une restitution, bien que la *causa credendi* rende valable le passage de la chose empruntée.
⇒ *Credere* = faire confiance
Causa credendi = le prêteur transfère à l'emprunteur la propriété de quelque chose sans vouloir l'enrichir ↔ *causa donandi* aucune obligation de rendre.

D) DEUX SORTES DE MUTUUM

- *Mutuum*, prêt amical est gratuit.
Le prêteur ne peut que réclamer les intérêts stipulés.
→ Pour les petites sommes

- Pour les objets de consommation courante
- Le prêt en matière commerciale.
 - Pour des sommes d'argent importantes
 - Le prêteur est un professionnel : banquier, qui engage son argent dans un but lucratif. L'emprunteur doit payer les intérêts et fixer les modalités de la restitution.
 - ⇒ Combinaison : *mutuum* et *stipulatio*
 - Le client promet au prêteur de payer les intérêts et règle les modalités du remboursement
 - Le prêteur remet le montant du *mutuum* à l'emprunteur.
 - ⇒ Deux problèmes :
 - Ces actes engagent l'emprunteur sur 2 plans :
 1. pour le paiement de la somme et des intérêts promis dans la stipulation
 2. pour la restitution du montant reçu en vertu du contrat réel de prêt.
 Alors que les parties ne visent qu'un seul acte juridique et économique.
 - ⇒ *Numeratio pecuniae*, transfert de l'argent est introduit comme un complément de la *stipulatio*. (= source complexe, mais unique)
 - ⇒ L'obligation naît *re et verbis*, les 2 termes englobent une seule entité de fait et de droit.
 - La *stipulatio*, une fois conclue, produit ses effets avant la remise de l'argent.
 - L'usurier malhonnête peut intenter l'action de la *condictio* contre son client en alléguant la *stipulatio* mais avoir exécuté le prêt.
 - ⇒ *Exceptio doli*, exception de dol pour obtenir l'acquiescement du client. Il doit alors prouver la fraude du demandeur.
 - Mais cette preuve négative (pas remise de l'argent) très difficile à fournir.
 - ⇒ Nouvelle exception, *exceptio non numeratae pecuniae*, exception du paiement non effectué. Le défendeur allègue que l'argent ne lui a pas été remis. La preuve de la remise porte sur un fait positif et incombe au demandeur. (?)

2. LES TYPES PARTICULIERS DU PRET

- Caractéristique du prêt de consommation = transfert de l'objet de main à main
 - Paul : "le prêt ne peut se faire sans que l'argent passe"
 - Gaius : "soit en payant, soit en mesurant ou soit en pesant".
 - Mais ce passage est peu pratique et même risqué
 - ⇒ Simplification des opérations.
- Prêt sans dation
 - L'emprunteur est déjà détenteur des choses ou de l'argent, en vertu d'un contrat de dépôt par exemple.
 - ⇒ accord des parties + *brevi manu traditio* suffisent.
- Prêt par délégation
 - Le prêteur au lieu de remettre lui-même l'argent délègue son débiteur à payer sa dette en mains d'un tiers, l'emprunteur. Celui-ci considère la dette comme un prêt de la part du délégant.

- Extension problématique du contrat de prêt

L'emprunteur et le prêteur transforment une dette existante (loyer, vente) en un prêt, évitant ainsi le paiement de la dette et son repaiement en tant que prêt.

R) Le contrat de prêt ainsi conclu n'est pas valable. Sinon un simple acte peut changer en prêt toutes les dettes issues de quelque contrat que ce soit.

3. L'OBLIGATION RESULTANT DE L'ENRICHISSEMENT ILLEGITIME

- L'enrichissement illégitime = un des problèmes les plus ardues du droit des obligations.
 - Essai de résolution sur les règles du *mutuum* par les juristes.
 - Gaius
 - Différence
 - Enrichissement illégitime
Celui qui prête de l'argent veut nouer un lien obligationnel imposant au débiteur de restituer ce qu'il a reçu.
 - Analogie
 - Le bénéficiaire a reçu un *aes alienum* qui, bien qu'entrant dans son patrimoine, l'oblige à le rendre.
- ⇒ Action de la *condictio*

A. LES CONDITIONS DE LA CONDICTIO OU DE L'ENRICHISSEMENT ILLEGITIME

A) LA DATIION, DATIO

- Dans une demande en restitution par la *condictio*, le demandeur doit fonder sa demande sur la dation d'une chose ou d'une somme d'argent. Valable:
 - pour le prêt
 - pour l'enrichissement illégitime
 - Différence
 - Prêt est fondé sur la volonté commune des contractants, sur l'*animus dandi* et sur l'*animus accipiendi*.
 - Enrichissement illégitime ne connaît qu'un *animus dandi* de la part de celui qui, par la dation, veut exécuter un paiement.
 - Assouplissement des modalités de la dation.
Unilatéralité (de la volonté) est élargie à toutes les affectations de biens.
- ⇒ Condition : la dation doit contenir un élément de transfert
- paiement par délégation
 - remise de dette
 - usucapion
- L'opération doit avoir lieu dans le cadre d'une affaire (*negotium*).
- ⇒ Exception:

La *condictio* permet aussi d'équilibrer les pertes subies par des faits
→ consommation d'une chose consomptible, par le possesseur de bonne foi.

B) LA CAUSE DEFECTUEUSE : SINE CAUSA

- Pas de doctrine systématique sur l'enrichissement illégitime, mais quelques principes pour corriger le déséquilibre entre celui s'est enrichi sans cause aux dépens de l'autre.
Sine causa = défaillance dans le transfert.
- Idée fondamentale
 - Papinien
Cette *condictio* fut introduite pour des raisons d'équité et permet de réclamer ce qui se trouve sans cause chez un autre.
Art. 62 al. 1 CC
Celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui, est tenu à la restitution.
 - ⇒ ≠ simple appel à l'équité
= limiter les défaillances juridiques
⇒ ce terme *causa* acquiert dans le cadre de l'enrichissement illégitime un sens particulier.
- La cause juridique est la raison d'être de l'effet juridique. Elle donne à la dation son effet de transfert de propriété. Si la cause s'avère nulle, l'effet juridique s'écroule, le transfert n'est pas valable et chose peut être revendiquée par son propriétaire.
 - ⇒ Limites de la solution : effets injustifiés possibles
 - Si la vente d'un fonds s'effectue par le moyen de la mancipation, la propriété est transférée en vertu de l'acte formel, cause abstraite, même si la vente est nulle pour cause d'erreur.
 - Si quelqu'un verse de l'argent, croyant à tort qu'il doit s'acquitter d'une dette de stipulation, le paiement est valable *soluendi causa*.
 - Si quelqu'un reçoit de l'argent envoyé par un tiers qui s'est trompé d'adresse, le destinataire peut s'en approprier valablement.
 - ⇒ Ces acquisitions sont illégitimes malgré la validité de la dation.
 - Devoir éthique: La justice impose le devoir de donner à chacun ce qu'on lui doit
⇒ on doit aussi rendre ce qu'on a reçu indûment aux dépens d'autrui.
Il est injustifié de le détenir en vertu d'une cause qui s'avère spécieuse.
 - Elévation de ce devoir en obligation juridique consacrée par une action :
 - ⇒ La chose acquise par la dation ne doit pas rester définitivement entre les mains de celui qui la détient
conditions établies par l'obligation *re contracta*: l'obligation réelle naît de la dation d'une chose ou de l'argent qui, entrant dans le patrimoine du bénéficiaire, l'oblige à restitution.
- = point de convergence entre le prêt et l'enrichissement illégitime.
 - ⇒ Le recours à la *condictio* permet au prêteur de corriger le dérapage d'une dation valable mais illégitime.

B. LES DIFFERENTES ESPECES DE CONDITIONES

A) LA CONDICTIO INDEBITI : L'ACTION EN REPETITION DE L'INDU

- On permet à celui qui a effectué un paiement sans y être obligé d'en exiger la restitution à condition qu'il se soit trouvé dans l'erreur quant à l'existence de la dette.
- S'il a payé sachant qu'il n'y était obligé, l'obligation de restituer ne peut naître, la dation est définitive et le cas ressemble plutôt à une donation qu'à un prêt.
- Art. 63 CO : "celui qui a payé volontairement ce qu'il ne devait pas ne peut le répéter s'il ne prouve pas qu'il a payé en croyant, par erreur, qu'il devait ce qu'il a payé."
- ⇔ Action pour vol : celui qui reçoit sciemment un indu commet un *furtum*.

B) LA CONDICTIO OB REM DATI : L'ACTION EN RECLAMATION DE CE QUI A ETE DONNE EN VUE D'OBTENIR QUELQUE CHOSE .

- La prestation a été effectuée en vue d'obtenir du bénéficiaire une contre-prestation sous forme de service ou de chose à donner.
- On considère le but poursuivi; si ce but s'avère irréalisable par la suite
 - mort de l'esclave que le destinataire du paiement doit affranchir
 - paiement de la dot en vue d'un mariage qui finalement ne s'est pas conclu
 - paiement d'une somme destinée à compenser la renonciation à ouvrir un procès qui a quand même eu lieu
 - ⇒ la restitution est due en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée
 - ⇔ art. 62 al. 20 CO : La restitution est due, en particulier de ce qui a été reçu sans cause valable, en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée, ou une cause qui a cessé d'exister.

C) LA CONDICTIO OB TURPEM CAUSAM : LA CONDICTIO EN VUE D'UN BUT INJUSTE OU MALHONNETE

- Deux hypothèses :
 1. Il est inéquitable de se faire payer pour l'accomplissement d'un devoir qui est dû sans paiement.
 - donner de l'argent pour qu'un tiers ne commette pas un crime.
 2. Si l'opération envisagée présente un caractère malhonnête, le recours à la *condictio* est exclu.
 - Lorsque quelqu'un a donné de l'argent à un individu pour corrompre un magistrat, la *condictio* est refusée.
 - ⇒ On n'écoute personne qui allègue sa propre turpitude.
- Autres *condictiones* admises
 - *condictio furtiva* par laquelle on réclame la valeur de la chose volée si celle-ci a disparu.
 - *condictio sine causa* ou *condictio ex lege* qui est accordée aussi en cas de quasi-contrat ou même de délit.

C. L'ETENDUE DE LA CONDICTIO

- S'étend à la chose ou à l'argent donné : il faut rendre exactement ce qu'on a reçu illégitimement et sans cause puisque l'obligation est fondée directement sur la dation de l'indu.
- Il n'y a pas de *condictio*, si au moment de la réclamation, celui qui a reçu l'indu n'en est plus enrichi.

Sauf

- mauvaise foi
- donation entre époux
- affaires contractées par des mineurs sans l'autorisation du tuteur.

CHAPITRE XIII

LES CONVENTIONS, CONTRATS ET PACTES

- Apparition au IIIe et Iie de nouveaux contrats fondés sur le simple accord des parties.
 - Influence sur l'ensemble du droit des obligations et sur tout le domaine de l'éthique juridique.
 - Mots-clés : échange et convention
 - Analyse de l'échange : théorie de l'acte juridique
 - Examen de la convention : élaboration de la doctrine moderne de la déclaration de volonté.
 - Une convention se forme quand les actes de volonté des parties se réunissent dans une même sentence : accord commun.
 - ⇒ La convention oblige les parties par et selon la seule volonté : aucun élément de forme, aucune loi.
 - ⇒ Elle déploie ses effets au niveau universel du *jus gentium* fondé sur le principe de la bonne foi.
- Le terme "convention" = tout genre d'accord. Mais Ulpien précise ces conventions : Deux types
1. Les conventions dotées d'une action qui constituent les contrats proprement dit (→ vente, louage, société, dépôt ...) et qui se subdivisent en :
 - contrats nommés et
 - contrat innommés
 2. La convention, non protégée par une action, qui crée une exception, un pacte.

1. LES PACTES, *PACTA CONVENTA*

- Les pactes ne sont pas autonomes. Ils trouvent leur raison d'être en tant que complément d'une obligation précédente.
- Règle de base :
Ils font naître une exception : pas une action.

REGIME SPECIAL DES PACTES ADJOINTS AUX CONTRATS CONSENSUELS

- Si leur conclusion coïncide avec celle du contrat, ils sont intégrés à l'acte principal comme de simples clauses ≡ conventions.
- Ils sont si intimement liés dans les contrats de bonne foi, que le juge les prend en considération même s'ils ne figurent pas dans la formule.

- Ils servent
 - au débiteur comme moyen de défense
 - au créancier comme faisant partie de la demande.

REGIME DES PACTES AJOUTES AUX CONTRATS DE DROIT STRICT (STIPULATION, MUTUUM) ET AUX CONTRATS DE BONNE FOI APRES LEUR CONCLUSION (PACTA EX INTERVALLO).

- Ils ne peuvent être invoqués que par le défendeur.
Ils ne peuvent être invoqués que si l'exception correspondante n'a pas été préalablement insérée dans la formule, pour les pactes ajoutés aux contrats de droit strict.
⇒ Les pactes sont intégrés au jugement de bonne foi : le demandeur peut alléguer en sa faveur les seuls pactes adjoints au moment de la conclusion du contrat, tandis que s'ils ont été ajoutés après un certain temps, ils ne seront pas intégrés au contrat et n'auront aucune portée si le demandeur agit en justice pour qu'il ne naisse pas d'action d'un pacte.

UTILISATION DES PACTES

- Beaucoup de domaines
Contre-pèsent le système rigide des contrats-types.
- Ils peuvent s'ajouter à toutes sortes de sources d'obligation
 - prêt
 - stipulation
 - contrat de bonne foi
 - vente
 - ...

CONTENU DES PACTES

- Dépend des intentions des parties
- Ils sont souvent utilisés pour :
 - la remise ou la réduction d'une dette
 - la concession d'un délai ou le fractionnement d'un paiement.

2. LA CONCLUSION DU CONTRAT CONSENSUEL

- Ulpian compare la conclusion du contrat à : 2 mouvements de la volonté qui se rencontrent et s'unissent dans un accord mutuel.
Gaius : la conclusion du contrat n'exige ni écrit, ni parole, ni quoi que ce soit, si ce n'est de s'être mis d'accord, d'avoir consenti : *consensisse*.
Le *consensisse* dépasse le processus de la conclusion pour n'en retenir que le résultat.
⇒ Le contrat naît d'un coup : au moment où le consentement s'est réalisé comme un tout indispensable.

- En réalité, la vie courante et la pratique juridique connaissent des formules habituelles préconçues :
 - Est-tu d'accord que le fonds cornélien me soit acquis pour la somme de 100? Oui, je le suis.
 - = Echange de paroles dont l'effet n'est pas constitutif, mais déclaratif.
 - ⇒ Le principe fondamental : le contrat ne devient valable que par le consentement acquis, est rigoureusement maintenu.
- **Les éléments constitutifs d'un contrat**

Le consentement doit s'étendre aux seuls éléments constitutifs du type du contrat

 - Vente : il suffit que les 2 parties définissent les 2 éléments constitutifs de ce contrat : objet et prix.

Pourtant, le contrat de vente est complexe, car il implique des obligations supplémentaires : des garanties contre l'éviction ou contre les défauts de la chose. Mais elles sont incluses dans le rapport contractuel; elles naissent dès que l'accord sur les éléments nécessaires est parfait, (art. 2 al. 1 CO).

Les parties peuvent élever un élément secondaire au rang d'élément principal (→ fixation d'un délai).

 - ⇒ Le consentement doit alors s'étendre à ces points pour suffire à la conclusion du contrat.

3. LES VICES DU CONSENTEMENT

- Le contrat repose sur l'accord des parties qui représente la manifestation de volonté indivisible et unique.
- Le consentement présuppose une volonté LIBRE.
- Trois genres de vices:
 1. l'erreur, *error* → 23 ss CO
 2. la crainte fondée, *metus* → 28 CO
 3. le dol, *dolus* → 29 ss CO

A. L'ERREUR, *ERROR*

- Erreur = la fausse représentation de la réalité, qui crée un désaccord entre les parties, lorsqu'elle porte sur un élément essentiel du contrat.
- Si désaccord, le contrat est nul.
- Problème : déterminer le critère de l'erreur essentielle → quelques cas typiques (24 CO)
 1. *Error in negatio* : erreur sur la nature de l'affaire. La mésentente concerne le type de contrat à conclure.
 - Une partie entend vendre la chose tandis que l'autre pense la prendre en bail.
 2. L'erreur sur l'étendue de la prestation, *error in quantitate* → le prix
 3. L'erreur sur l'identité de la chose faisant l'objet du contrat, *error in corpore*
 4. L'erreur sur l'identité matérielle donc la chose est constituée, *error in substantia*

5. L'erreur sur les qualités de la chose sont secondaires, puisqu'elles sont infinies et accidentelles.
 6. Exception : les qualités sur la substance même de la chose sans lesquelles elle représente un *aliud*, une autre chose.
- ⇒ Délimitation substance / qualité : sous quel aspect l'identité substantielle de la chose doit être examinée.
- "Substance" = essence de la chose ⇒ critères purement objectifs.
 - Mais, vu que dans l'échange des biens, c'est l'usage pratique qui domine, on considère les choses comme des marchandises destinées à un certain emploi.
- ⇒ Cet aspect utilitaire remplace les critères philosophiques.
- Aucune énumération des erreurs essentielles ne peut être exhaustive et on ne peut se fier exclusivement à des catégories abstraites extérieures aux aspects concrets de l'affaire.
 - *Error in persona* : erreur sur la personne avec laquelle on a conclu le contrat ne se produit que si le choix du cocontractant joue un rôle essentiel.
 - Les règles sur l'erreur s'applique aussi au prêt et à la stipulation, puisqu'on reconnaît que tout contrat contient une convention fondée sur l'accord commun des parties.

B. LA CRAINTE FONDEE, METUS

1. NOTION

- Crainte fondée = lorsque l'une ou l'autre des parties a contracté sous l'empire d'une crainte fondée que lui aurait inspiré sans droit l'autre partie ou un tiers (art. 29 CO).
- Le contrat conclu sous la pression d'une crainte fondée est, en lui-même, valable selon le droit civil: il contient la volonté des 2 parties qui forment le consentement. Cependant, une des volontés est faussée.
 - ⇒ Une clause de l'édit du prêteur prévoit: *quod metus causa gestum erit, ratum non habeo*, je ne tiendrai pas pour valable ce qui a été conclu par la crainte.
 - ⇒ Les contrats et toutes les autres conventions bénéficient de la sanction du prêteur.

2. CONDITIONS POUR AVOIR UNE CRAINTE FONDEE

- La menace doit être
 - sérieuse
 - susceptible d'intimider même un homme normal
 - provenir d'une violence imminente au moment de la conclusion du contrat.

3. SANCTIONS

- *Restitutio in integrum*, restitution intégrale
 - appropriée aux actes de dispositions.
 Le prêteur ordonne par un DECRET de remettre la victime dans la situation précédant l'acte contesté.
- *Actio quod metus causa in quadruplum*

Si le destinataire du décret ne suit pas l'ordre du prêteur, il risque d'être poursuivi par l'action qui porte au quadruple ce qui doit être restitué.

Mais l'action est munie d'une clause arbitrale qui permet d'absoudre le défendeur s'il a restitué la chose de son plein gré sous le contrôle du juge.

- *Actio quod metus causa*

Le décret de restitution perd son sens lorsque la victime a oeuvré matériellement
→ démolir un mur.

- *Actio quod metus causa ou condictio*

Lorsqu'il suffit de rescinder l'acte juridique (conclu sous l'empire d'une crainte fondée) pour satisfaire la victime qui n'est pas encore restituée dans son droit

→ La partie menaçante a obtenu une remise de dette et refuse de la reconstituer par le moyen d'une stipulation, la victime peut intenter directement l'*actio quod metus causa*.

→ La victime peut recourir à la condictio que le prêteur lui accorde par une fiction qui impose au juge de condamner la partie adverse comme si la remise de dette n'avait pas eu lieu.

- Exception de la crainte fondée : *exceptio quod metus causa*

Lorsqu'une victime est citée en justice pour inexécution d'un contrat vicié, elle peut opposer l'exception de la crainte fondée.

Elle doit prouver que le contrat a été conclu sous l'empire de la crainte fondée. Sinon, le juge condamne le défendeur - débiteur.

C. LE DOL, DOLUS MALUS

1. NOTION

- Dol = toute astuce, tromperie, ruse employées afin de duper, tromper, abuser autrui.
Au sens large = la mauvaise foi.

2. SANCTIO

- Régime quasiment le même que celui de la *metus*.
- Pas de *restitutio in integrum*
- *Actio de dolo*, action pénale *in suplum*
La victime obtient la somme correspondant à la valeur du dommage subi.
- *Ignominiosus* (ignoble)
La condamnation entraîne la censure d'*ignominiosus* qui raie le condamné du rang des citoyens honnêtes.
- Clause restitutoire, *arbitratus de restituendo*
- L'*actio de doli* est munie (*idem actio quod metus causa*) d'une clause restitutoire.
Le défendeur peut être libéré s'il restitue avant la sentence la prestation reçue.
- Champ d'application de l'*actio de doli*
Restreint, puisque c'est une action subsidiaire: elle ne peut pas être utilisée si la partie dupée dispose d'un autre moyen judiciaire contre l'auteur du dol.
Action contractuelle

Comme le contrat entaché de dol est valable en soi, la victime peut intenter l'action contractuelle : elle suffit pour réclamer les dommages-intérêts, même si le défendeur a déjà exécuté l'obligation.

- *Actio ex empto*, action du contrat de vente-achat
 - pour celui qu'on a convaincu d'acheter un fonds stérile ⇒ dommages-intérêts
- En revanche, la *promissor* qui a payé le prix de base d'une stipulation ne peut intenter qu'une *actio de dolo* en cas de dol du créancier.
- *Exceptio doli*

La victime - débiteur du dol qui n'a pas encore exécuté la dette est cité en justice par le créancier malhonnête, peut opposer l'exception du dol.

⇒ Deux sortes de dol:

1. Dol commis avant d'intenter le procès (→ lors de la conclusion du contrat)
2. Dol qui consiste dans le fait même d'intenter une *actio* en justice (→ commet un dol celui qui exige ce qu'il devra restituer sur le champ).

⇒ L'exception pour dol mentionne le nom de l'auteur. Tandis que l'exception pour crainte fondée ne mentionne que le *metus* et pas son auteur.

L'une est exprimée par rapport à la personne, l'autre par rapport au seul fait.

Principe général (aussi propre à l'*actio de dolo*) : le dol ne peut être opposé qu'à son auteur ⇒ il n'entraîne de conséquences juridiques que si la personne coupable de fraude et celle qui en profite ne constituent qu'une seule et même personne.

4. LES EFFETS DES CONTRATS CONSENSUELS

A. LE CONTENU DES PRESTATIONS DES CONTRATS DE BONNE FOI : DONNER - FAIRE, DARE - FACERE

- Toutes les formules des actions de bonne foi déterminent le contenu de la prestation par le *dare -facere*.
 - ⇒ Le *dare - facere* ne spécifie pas les prestations (vente, location mandat) mais englobe indifféremment tout ce que les parties se doivent en vertu d'un contrat particulier.
 - ⇒ Le *dare - facere* est dans la formule qui indique le comportement dû pour l'accomplissement du but déterminé par le contrat selon la bonne foi.
- Cette délimitation générique pose un problème concernant la nature de la prestation dans les contrats de bonne foi.

Le débiteur doit devenir actif

- soit uniquement en vue du résultat voulu
 - transfert de la chose
- soit en fournissant une activité réalisant un but précis
 - ouvrage
- soit en vue d'un simple service à rendre
 - travail

en faisant abstraction du but à atteindre.

- Division entre les obligations de résultat et celles de moyens en droit moderne selon le rôle que le but de la prestation joue dans la structure de l'obligation.

OBLIGATION DE RESULTAT

Le but en fait partie, car il s'identifie avec la prestation due et l'achève

OBLIGATION DE MOYEN

Si le débiteur s'est engagé à exécuter l'activité appropriée au but, il n'est en revanche pas tenu d'assurer la réalisation de ce dernier.

→ Obligation de résultat

L'obligation de l'entrepreneur dans un contrat d'entreprise. But : fournir l'ouvrage, à savoir un produit manufacturé.

Objet de l'obligation : le résultat du travail et non le travail comme tel, de manière que l'exécution de la prestation promise intervient au moment de la livraison.

→ Obligation de moyens

Contrat de travail : l'ouvrier doit fournir une activité. Il s'engage à mettre son énergie au service du patron.

But du travail est déterminé par le patron.

⇒ Les juristes se rendent bien compte de la différence entre *dare* et *facere*.

- Obligation intermédiaires dont le but à atteindre détermine les moyens, sans faire partie intégrante de l'obligation.
 - Obligation de médecin qui n'est pas engagé à guérir le malade, mais qui doit oeuvrer dans ce but. Il est ainsi responsable si l'exécution de sa prestation n'est pas conforme au résultat voulu.
- L'obligation de *non facere* a une structure *sui generis*.
 - Son inexécution consiste dans le seul fait de la contravention : le débiteur y contrevient en effectuant les actes interdits.
 - Obligation de s'abstenir de faire concurrence (340 CO)
 - ...

B. LA RECIPROCITE ET L'INTERDEPENDANCE DES OBLIGATIONS DANS LES CONTRATS CONSENSUELS : LA BONNE FOI

1. NOTION

- Caractéristique des contrats consensuels de bonne foi : leur structure bilatérale qui rend les 2 parties cocontractantes à la fois créancières et débitrices.
 - Prestations et contre-prestations se conditionnent mutuellement : l'une est la raison d'être de l'autre et chacune constitue la cause de l'autre (chaque partenaire offre sa prestation pour obtenir celle de l'autre).

2. CONSEQUENCES

- Les 2 obligations naissent conjointement.
- Bilatéralité parfaite

Elle ne se manifeste que dans les 2 contrats d'échanges et en un sens particulier dans la société.

- Bilatéralité imparfaite

Les autres contrats consensuels (mandat, dépôt, commodat, nantissement).

Au moment de la conclusion du contrat une seule partie est obligée; cependant, l'exécution du contrat peut comporter des obligations à la charge de l'autre cocontractant.

→ Conclusion d'un contrat de mandat ne naît que de l'obligation du mandataire d'exécuter l'activité dont il a été chargé. Mais si cette exécution occasionne des dépenses, une obligation de remboursement naît à la charge du mandant.

3. STRUCTURE DES ACTIONS

- Les contrats bilatéraux parfaits donnent naissance à 2 actions adaptées à la situation contractuelle de chaque partie.

→ *actio venditi* et *actio empti*
pour vendeur et acheteur

→ *actio locati* et *actio conducti*
pour bailleur et locataire

→ *actio pro socio* est unique, car la situation contractuelle de toutes les parties est la même.

- Les contrats bilatéraux imparfaits ne produisent qu'une action en faveur de la partie que le contrat rend créancière

→ *actio mandati* du mandant

Cependant, si des obligations naissent pour l'autre partie, elle peut utiliser la même action en sa faveur, comme action contraire

→ *actio mandati contraria* du mandataire

- Les contrats qui prévoient de rendre une chose

→ commodat

→ dépôt

La bilatéralité engendre un droit de rétention qui autorise une des parties à retenir la chose due si l'autre n'offre pas sa prestation alors qu'elle peut le faire.

4. LA BONNE FOI

- La bonne foi : élément qualitatif

La bonne foi soumet l'évaluation des obligations à un critère universel d'honnêteté.

⇒ Le juge est confronté à une idée universelle valable pour tous les engagements entre les hommes.

⇒ La *bona fides* = fidélité et confiance.

Elle accentue la réciprocité et l'universalité du critère.

- La bonne foi contient un nombre indéfini de devoirs et de mérites en tant que critère de comportement du *bonus vir*.

⇒ Il est impossible d'évaluer l'objet d'un jugement.

- Pour transformer la bonne foi en un principe de droit : le *bonus vir* est remis dans le cadre précis de contrat où il figure comme

- *bonus emptor*
 - *bonus locator*
 - *bonus socius ...*
 - ⇒ En face de situations concrètes, on peut déterminer ce qui est dû en analysant la *fides*, selon le type de contrat.
- R) Le critère de bonne foi par sa souplesse permet d'intégrer toutes sortes de modifications (au moyen de pactes), mais ces modifications ne doivent pas contrevenir à la bonne foi spécifique du type de contrat.

5. L'INTERPRETATION DU CONTRAT CONSENSUEL

- Le contrat se forme par la volonté des parties, qui doit être analysée à travers leur déclaration ou leur comportement.
 - Comment faut-il reconstruire cette volonté?
 - Est-ce le sens que le déclarant lui donne?
 - Est-ce le sens que l'autre a pu et dû comprendre, ou est-ce le sens objectif qui résulte des mots et des circonstances dans lesquels la volonté s'exprime?
- Le problème est simplifié en droit romain où tout contrat repose sur un consentement acquis.
 - ⇒ Il faut rechercher la volonté commune des partenaires qui constitue le consentement réel : le *consensisse*

L'interprétation des contrats consensuels ne s'arrêtent pas aux mots (≠ stipulation). Elle essaie de saisir la volonté intime des partenaires.
- Si la volonté est identifiable, elle seule est à prendre en considération : La recherche de la volonté commun et concordante des parties; ce qui a été négocié entre les parties contractantes.
- Problème : lorsque le sens du consentement ne ressort pas des manifestations de volonté ou reste ambigu.
 - ⇒ Pour éviter la nullité du contrat, on focalise l'interprétation sur ce qui est typique à l'affaire : en particulier lorsque certains points du contrat restent ouverts, ils doivent être complétés selon la nature même du contrat = fonction supplétive de l'interprétation.
- Objectivité du procédé interprétatif
 - rétablir ce que les parties ont voulu
 - si impossible : le sens qu'un homme de bonne foi a pu et dû comprendre prévaut (≈ principe de la confiance, règle d'or de toute interprétation en droit privé moderne).
Les juristes romains se fient simplement à ce que tout homme raisonnable et honnête s'engageant dans un contrat peut et doit comprendre.
Si ce sens s'écarte de ce qu'il a voulu réellement, il ne peut invoquer son erreur pour autant que le désaccord touche un élément essentiel du contrat.

- ⇒ Cette possibilité s'éloigne de la règle de la stipulation où une partie forme unilatéralement le libellé, qui impose au déclarant le sens que le destinataire peut et doit saisir.

6. LES ACTIONS DE BONNE FOI

- Contrats consensuels sont un groupe homogène de contrats soumis au régime de la bonne foi et dotés d'actions de type identique.

Action et obligation se rejoignent. Elles représentent les 2 faces d'une même réalité.

⇒ structure de l'obligation ⇔ structure de l'action

⇒ la formule de l'action reflète les particularités du contrat, c'est-à-dire la conclusion consensuelle qui engendre le rapport obligationnel soumis au régime de la bonne foi.

- Trois éléments de la formule de l'action
 1. *Demonstratio* qui démontre la conclusion du contrat
 2. *Intentio* qui contient la demande fondée sur le rapport obligationnel
 3. *Condemnatio* = l'ordre de condamner ou absoudre le défendeur selon les conditions indiquées.

1. DEMONSTRATIO

- Elle oriente le juge sur le fait qu'un contrat a été conclu, en mentionnant le demandeur et le défendeur ainsi que le type de contrat.
- Elle permet au juge d'examiner la clause du contrat et l'effet de sa conclusion.

2. L'INTENTIO

- Elle est liée par le *ob eam rem*(en vertu de cette affaire) à la *demonstratio*.

Elle délimite l'étendue de la demande et offre au juge la possibilité d'évaluer le contenu du rapport contractuel du côté du demandeur selon le principe de la bonne foi.

 1. Les obligations principales de donner ou de faire, selon le type de contrat
 2. Les obligations secondaires incluses dans le contrat
 3. Les obligations des pactes adjoints
 4. La question de la responsabilité pour inexécution ou mauvaise exécution des différentes obligation
 5. La répartition des risques concernant la perte ou le dépérissement de la chose pour cas fortuit
- On aboutit au *id quod interest*, à l'intérêt du demandeur à l'exécution correcte du contrat = tous les dommages-intérêts pour inexécution, mauvaise exécution ou exécution retardée.
- Le juge statue aussi sur ce que le défendeur peut demander à son partenaire: *quod quisque cuique praestare oportet*.

Il est autorisé à compenser la dette évaluée du défendeur avec les dettes qu'il fait valoir contre le demandeur : chiffre final = différences des 2 sommes.

7. LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE PROPRE AU CONTRAT CONSENSUEL

A. LES CRITERES DE LA RESPONSABILITE

- La responsabilité contractuelle naît si le débiteur n'exécute pas ou mal ses obligations de donner et de faire.
- Le *praestare* sert à résoudre le problème de la réparation des dommages causés par des prestations inexécutées ou mal exécutées.
Seul le couple *dare - facere* est mentionné dans la formule des actions de bonne foi. En effet, la violation d'une obligation de *praestare* ne peut fonder une action, car elle sert à mesurer la responsabilité pour l'inexécution d'une obligation de *dare - facere*.
- L'obligation de *praestare* est aussi liée au critère de la bonne foi : elle établit les critères selon lesquels les parties doivent assumer les dommages qui leur sont imputables.
⇒ Le débiteur peut être tenu de l'obligation de *praestare* dans le cas du dol ou de la faute:

A) LE DOL, DOLUS, DOLUS MALUS

- Dol ≡ mauvaise foi
Le débiteur rend volontairement impossible l'exécution de l'obligation ou il accomplit délibérément mal son exécution.

B) LA FAUTE, CULPA

- Faute = toute conduite répréhensible qui peut provoquer une impossibilité d'exécution ou une mauvaise exécution.
- Toutefois, le débiteur peut devenir fautif par inadvertance, sans le vouloir directement.
- Différentes formes de fautes selon l'attention que doit assurer le débiteur en fonction des contrats.
 - Type général : négligence ou imprudence.
Critère propre aux prestations n'ayant aucun caractère technique ou professionnel et oblige le débiteur à se conduire avec diligence et à répondre de sa négligence.
 - Le débiteur d'une prestation à caractère technique qui a conclu un contrat en tant que professionnel répond des défauts techniques de son exécution.
 - Le débiteur n'a pas respecté les règles imposant à sa conduite des limites ou des modalités spéciales, prévues dans un pacte ou imposées par l'autorité publique.
 - Cas isolé : faute grave ou négligence grossière Nerva et Celse : chacun a le droit de s'attendre à ce que son partenaire assume l'exécution de ses obligations avec la diligence qu'un honnête homme aurait appliqué à la gestion de ses propres affaires. S'il agit avec peu de diligence, il trahit cette confiance.
Nerva et Celse assimilent la faute lourde au dol.
En droit commun : notion de *diligentia quan in suis* est élaborée.
Cette *diligentia quan in suis* trouve son emploi le plus fréquent dans le dépôt.
En droit moderne : elle régit le comportement des sociétaires (581.1.CO)

Cette diligence subjective dépend des qualités personnelles du débiteur et ne se réfère à aucun critère social abstrait contrairement à tous les autres cas de fautes.

La violation du devoir de *diligentia quam in suis = culpa in concreto*, puisqu'elle est déduite des circonstances concrètes et individuelles de chaque cas d'espèce.

Tous les autres genres de faute = *culpa in abstracto*, puisqu'ils renvoient à une notion abstraite ou à un modèle général de conduite humaine.

C) LA CUSTODIA

- = Obligation subsidiaire, propre aux obligations de faire.
- Le contractant, tenu de livrer ou de restituer l'objet du contrat est responsable de sa garde ou de sa conservation.
- Doctrine des juristes romains : obligation par laquelle le débiteur doit simplement répondre de la perte de la chose ≠ obligation de faire
 - ⇒ Le débiteur doit protéger la chose du vol sans violence, mais pas
 - brigandage
 - détérioration par un tiers
 - détérioration par un anima
 - ⇒ Il répond de la fuite de l'esclave qu'il devait garder
 - ⇒ Il est responsable de la perte de l'objet en toute circonstance ⇒ avoir surveillé avec grand soin ne dispense pas.

D) LA FORCE MAJEURE, LE CAS FORTUIT

- Nul ne répond de la force majeure né du cas fortuit.
On ne peut pas exiger du débiteur qu'il résiste à des événements de ce genre, car ils sont inévitables.
- Exception : le débiteur doit supporter les conséquences de la force majeure ou du cas fortuit :
 - le débiteur doit donner, s'il se trouve en demeure.
 - le débiteur qui a fautivement exposé une chose à force majeure ou à un cas fortuit doit assumer le risque de perdre la chose.

8. LA DETERMINATION CONCRETE DE LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE

- Le degré et l'étendue de la responsabilité dans les contrats consensuels dépend du type particulier de contrat défini par les obligations principales. Soumise au principe de la bonne foi, la responsabilité s'adapte à chaque type contractuel ⇒ la confiance et la fidélité exigées prennent des aspects différents selon le contrat.
- Mais des règles générales ont été élaborées et appliquées selon les besoins de chaque type de contrat.

- Chaque contrat de bonne impose une responsabilité pour dol qui ne peut être exclue par aucun pacte.
- Personne ne répond du cas fortuit ou de la force majeure
- Chacun répond de sa faute

Le champ de la faute varie selon le degré d'attention exigé par les différentes situations contractuelles.

Fin de l'époque classique : modèle d'honnêteté générale (*≈ bonus et diligens paterfamilias*) est érigé.

Mais les juristes romains sont éloignés de cette conception trop rigide.

⇒ Malgré les types abstraits des modèles de contractant se conduisant selon la bonne foi, chaque modèle est toujours adapté à différentes situations.

- La dol et la *culpa lata* sont appliqués généralement.
Mais la *custodia* et les variétés de *culpa* ne peuvent pas être appliquées de façon arbitraire, mais uniquement en fonction de la nature particulière de l'affaire.
- Des pactes adjoints peuvent modifier le régime de la responsabilité propre à chaque contrat. Les pactes sont toujours valables pourvu que leur teneur ne soit pas contraire au principe de la bonne foi.

CHAPITRE XIV

LES DIVERS CONTRATS CONSENSUELS

1. LA VENTE, *EMPTIO - VENDITIO*

A. LES ORIGINES DE LA VENTE ROMAINE

- Définition : Les parties s'obligent par la vente à échanger une marchandise contre son prix.
- Historique
 - Jusqu'au III^e siècle avant J.C.
Mancipatio : chose échangée contre son prix + acte solennel.
Echange simultané + formule + geste
⇒ pas d'obligation créée
 - Dans un premier temps
Deux stipulations réciproques pour l'échange obligationnel
→ vendeur promet de donner
→ acheteur promet de payer
⇒ Mais chaque stipulation reste autonome et indépendante: pas de rapport réciproque.
- Développement jurisprudentiel de l'*emptio-venditio* → La vente se dégage de la forme lourde de la *mancipatio*
Essentiel du contrat se focalise sur l'accord quant à l'échange de la chose et au prix convenu. L'accord précède l'échange.
⇒ Le vendeur doit utiliser la forme de la *mancipatio* pour effectuer le transfert
≡ obligation de faire!
⇒ L'acheteur doit s'acquitter de son paiement
- Conséquences
 - Comme l'obligation du vendeur consiste en un faire, la vente est valable, même si la chose transférée n'appartient pas au vendeur et donc qu'il ne peut pas procurer la propriété à l'acheteur.
 - L'acheteur est exposé au risque de l'éviction, si le tiers propriétaire exerce une action en revendication contre lui.
⇒ *Obligatio auctoritas* protège l'acheteur.
Elle oblige l'aliénateur de la chose (vendeur) à prendre fait et cause pour l'acquéreur dans le procès en revendication intenté par un tiers et à payer à l'acheteur le double du prix s'il perd.

- La *mancipatio* perd peu à peu sa nature d'acte d'échange et devient simplement un mode de transfert de propriété.
 - ⇒ Le geste formel devient symbolique
 - ⇒ L'*obligatio auctoris* (fondée sur le lien entre la *mancipatio* et le paiement formel du prix) perd son fondement.
- ⇒ Nouvelle structure de la vente composée
 - par l'accord des parties sur l'échange de la chose et de son prix
 - de la *mancipatio* et du paiement du prix en tant qu'actes d'exécution de ce qui est convenu.

Cette forme de vente est également appliquée aux échanges par simple tradition autonome par rapport au paiement du prix et n'incluant aucune garantie contre l'éviction.
 Cette forme de vente est ouverte au *res nec Mancipi*.
 Elle est accessible aux étrangers et aux citoyens romains trop paresseux pour recourir au formalisme de la *mancipatio*.

B. LES OBLIGATIONS NEES DU CONTRAT DE VENTE

- Le contrat de vente repose sur l'accord des parties et est soumis au régime de la bonne foi.
 - ⇒ il devient un contrat appartenant à l'ordre juridique romain et au *jus gentium*.
 - ⇒ régime d'obligations complexe mais souple.
 - ⇒ importance économique.
- Distinction
 - obligations principales : corps du contrat
 - obligations secondaires : garantissent le bon déroulement de l'opération de l'échange.

A) L'OBLIGATION PRINCIPALE DE L'ACHETEUR : CONDITIONS

- La vente engendre une seule obligation à la charge de l'acheteur : payer le prix (argent).
 L'échange de 2 marchandises représente un troc soumis au régime des contrats innommés.
 Règle assouplie : une partie du prix peut être remplacée par des prestations en nature.
- Le prix doit être réel. La vente est nulle si le prix est dérisoire ou gratuit, car dissimule une donation.
 Mais la vente est valable, si quelqu'un vend à un prix réduit à titre de donation.
 Aucun critère n'est établi pour délimiter le juste prix.
- *Laesio enormis* sous Dioclétien
 Elle permet au vendeur le droit d'invalider le contrat si le prix est inférieur à la moitié de la valeur de la chose; et si l'acheteur ne veut pas payer la différence à concurrence du prix complet.

B) L'OBLIGATION PRINCIPALE DU VENDEUR

- Il doit exécuter la prestation caractéristique du contrat : livre la chose à l'acheteur.
 - Simple tradition pour l'achat de *res nec Mancipi*
 - *Mancipatio* pour transférer des *res Mancipi*
 ⇒ Le vendeur accomplit son devoir en transférant la possession paisible de la chose libre de tout danger d'éviction d'un tiers.

Il garantit à l'acheteur une possession durable de la chose vendue.

Le vendeur est obligé d'exécuter l'acte nécessaire au transfert de la propriété en faisant abstraction de son résultat : l'acquisition de la propriété de la part de l'acheteur. De toute façon, celui-ci est protégé de l'éviction.

- Dans la pratique, même pour le transfert des *res mancipi*, la tradition suffit. Plus simple que la *mancipatio*, elle suffit pour mettre l'acheteur dans la position d'un usucapant. Celui-ci acquiert après l'écoulement d'un certain délai, la propriété civile et jouit de la protection de l'action publicienne.
- La vente inclut le vaste rayon des objets mais aussi le domaine des droits non transmissibles naturellement.

On utilise (à la place d'une tradition ou d'une *mancipatio*) la cession par laquelle un usufruit ou une servitude sont créés.

- On peut conclure un contrat pour un objet déterminé qui n'existe pas encore. Il suffit qu'il existe à la livraison.

Le contrat est valable pourvu que l'existence future de l'objet ne soit pas mis en doute (blé non moissonné).

- Le contrat est soumis à une condition suspensive lorsque l'objet vendu risque de ne pas exister (blé non encore semé) ⇒ La vente ne développe ses effets que si la chose en question existe réellement.

Le contrat est valable pour la vente d'objet dont l'existence est aléatoire : pêche, loterie, assurances.

L'acheteur court le risque de ne rien obtenir, car il achète une chance.

C) LES OBLIGATIONS SECONDAIRES DU VENDEUR; LES GARANTIES CONTRE L'EVICITION; LES GARANTIES CONTRE LES VICES CACHES

- Les obligations secondaires découlent des obligations principales mais n'en font pas partie : contractants sont libres de modifier ces dispositions, (explicitement toutefois).

1. Les garanties contre l'éviction

- Le vendeur s'engage envers l'acheteur, victime d'une action en justice, de le garantir contre l'éviction : la perte du procès.
- Jusqu'à la fin du 1er siècle après J.C. cette obligation n'est pas incluse dans le contrat mais est prévue à part.

Le vendeur promet une somme d'argent en cas d'éviction. Sauf en cas de *mancipatio* : *obligatio auctoris*.

La promesse (stipulation conditionnelle) porte sur le paiement.

- Au début du IIe siècle après J.C.

La garantie contre l'éviction est considérée comme un effet naturel et direct de la vente.

Aspect moderne : le vendeur doit indemniser l'acheteur dans la mesure de son intérêt pour la propriété de la chose, même si le prix n'a pas encore été payé. ⇒ On tient compte de toutes les circonstances du cas : tantôt en faveur de l'acheteur, tantôt en faveur du vendeur.

- Les cas d'éviction partielle sont couverts : chose grevée d'un droit réel limité

- Le vendeur doit assumer la responsabilité objective indépendante de toute culpabilité, si l'acheteur vient à être levé.
Toutefois, le lésé ne dispose de l'action d'éviction que s'il a dûment attiré l'attention du vendeur sur le procès qui le menace.

2. Les garanties contre les vices cachés et les actions édiliciennes

- Elles se sont développées dans le cadre de l'*actio empti*. L'usage voulait, lors de la conclusion du contrat, que l'on complète les stipulations de garantie contre l'éviction, par une promesse garantissant certaines qualités de l'objet vendu : les *dicta* et les *promissa*.
- But : distinguer les qualités promises des boniments du vendeur.
 - esclave est beau
 - esclave sait lire (!!)
- Le vendeur doit révéler les défauts qui font obstacle à l'emploi de la chose.
 - ⇒ Il garantit l'absence de défaut qui matériellement ou juridiquement enlèvent à la chose soit sa valeur, soit sont utilité prévue, ou qui les diminuent dans une notable mesure (197 CO).
 - ⇒ Il répond des défauts, même s'il les ignore, mais leur connaissance modifie l'étendue du dédommagement.
 - ⇒ La responsabilité pour ces défauts donne lieu à une *actio empti* : l'acheteur obtient soit une diminution du prix, soit en cas de faute du vendeur, une indemnité pour les dommages produits par les défauts eux-mêmes.
- Au I^{er} siècle, l'édit des édiles donnent une nouvelle base à ce régime lacunaire. Dans un premier temps pour l'achat de bétail et d'esclaves puis pour l'achat de tout meuble.

Selon cet édit, le vendeur s'oblige à assurer l'acheteur :

- contre l'existence de vice physiques, juridiques ou moraux, qui sont précisés et qui empêchent l'emploi usuel de l'objet.
- des qualités particulières que le vendeur a explicitement garanties et promises à l'acheteur.

Les "vices - rédhibitoires" = défauts de la chose figurent aussi dans l'édit des édiles ⇒ 2 voies de droit au choix de l'acheteur déçu :

- L'*actio redhibitoria*

Elle aboutit à la résolution du contrat de vente et au retour des prestations fournies.

L'*actio quanti mincris*, action minutoire.

L'acheteur peut obtenir une réduction du prix, proportionnelle à la diminution de la valeur de la chose provoquée par le vice. Elle se prescrit par une année dès la conclusion du contrat.

Les garanties contre les vices cachés (édit), *vitia latentia* : le vendeur ne répond pas des défauts dont l'acheteur aurait dû s'apercevoir lui-même en examinant la chose avec une attention suffisante (200.2 CO).

Le recours aux actions rédhibitoires et minutoires n'empêche pas l'acheteur de prétendre à des dommages-intérêts, *actio empti*.

D) L'OBLIGATION GENERALE DE PURGARI DOLO MALO

- C'est une obligation générale imposée au vendeur qui lui impose d'être "net de toute fraude" = règle de réserve.
- Elle sert à maintenir la sanction de certains comportements contraires à la bonne foi, lorsque le jeu des pactes adjoints fait douter qu'ils soient devenus licites.

C. LA REPARTITION DES PROFITS ET DES RISQUES

- La vente consensuelle se sépare entre
 - la conclusion du contrat (détermination de la chose à livrer et du prix à payer) et
 - l'exécution des obligations réciproques (le paiement du prix et la livraison de la chose).
 Entre ces deux phases, beaucoup de temps peut s'écouler.
- Pendant ce temps, la chose reste aux mains du vendeur. Mais la chose peut disparaître malgré la bonne foi du vendeur ou être détruite de façon fortuite.
 - ⇒ *Periculum est emptoris perfecta emptione*, le risque est à la charge de l'acheteur dès la perfection du contrat.
 - ⇒ Le vendeur en cas de perte est libéré de son obligation de livrer
 - ⇒ L'acheteur reste obligé de payer le prix et ceci sans pouvoir exiger une contre-prestation.

Principe :

- Les avantages et les désavantages passent à l'acheteur dès la conclusion du contrat.

Le passage du risque s'effectue au moment de la conclusion du contrat.

⇒ question de savoir si la vente est parfaite; imparfaite : charge du vendeur.

- En principe, l'acheteur n'a plus qu'à prendre l'objet de vente en livraison.

Exceptions :

- Si les parties ont ajouté au contrat une condition suspensive et soumis à la vente à un essai de la chose ou à l'arrivée de la chose à bon port.
- Si la chose vendue au poids, à la pièce ou à la mesure n'est pas encore spécifiée ou individualisée.
- Si l'objet n'est pas encore prêt à être livré et se trouve mêlé aux biens du vendeur.

- Origines de la manière de régler les risques

– Les juristes ont essayé d'assimiler la vente consensuelle à la vente au comptant (forme la plus usuelle) ⇒ peut-être point de référence : l'échange des prestations est simultané ⇒ aucun risque à craindre ⇒

– Déduction de la règle : *periculum est emptoris* : les risques incombent toujours à celui qui est en retard par rapport à l'exécution instantanée et simultanée.

⇒ Dès que la chose est prête à être livrée, la phase d'aliénation commence ⇒ acheteur responsable.

- Droit moderne : obstacles

Le risque est à la charge de celui qui détient la chose et qui, de ce fait en est le plus proche. De plus, le principe *periculum est emptoris* contredit la structure synallagmatique du contrat : si le vendeur devient libre de la livraison ⇔ surveillance sur la chose, prendre soin de la chose, la sauvegarder du vol.

⇒ Compensation

Mais la *custodia* est limitée par les forces auxquelles on ne peut pas résister.

D. LES PACTES ADJOINTS A LA VENTE

- Pour s'adapter à des besoins particuliers, les parties formulent des pactes adjoints.
 - *In diem addictio*, adjudication à terme
Il permet au vendeur de résilier le contrat, si avant une date fixée, un autre acheteur offre un prix plus élevé.
 - *Lex commissoria*, pacte comissoire
Il autorise le vendeur à faire résilier le contrat, si le prix n'est pas payé à échéance.
⇒ Le vendeur peut résoudre le contrat ≡ condition résolutoire de la vente.
 - *Pactum displicentiae*, vente à l'essai
Elle réserve à l'acheteur la possibilité de résoudre le contrat avant une date fixée, si la chose lui déplaît.
R) "*si placuisses*"
 - condition suspensive de la vente et/ou résolutoire de louage
 - condition suspensive du louage et /ou résolutoire de la vente

2. LE LOUAGE, LOCATION -CONDUCTIO

- Le sens juridique romain se confirme dans cette capacité de soumettre un vaste champ d'affaires à une poignée de contrats souples et aptes à dominer les situations les plus diverses, (cf. développement du commerce).
- La stipulation est réduite à sa forme la plus simple
 - ⇒ adapter à tout contenu
 - ⇒ appliquer aussi souvent que possible
- Contrats de la location et du mandat sont également peu spécifiés
 - ⇒ s'appliquer à toute demande d'usage de la chose ou de prestation de service contre rémunération (*locatio*) ou sans rémunération (mandat)
 - ⇒ Support de base parallèle aux contrats plus spécifiques : vente, société, dépôt, commodat.
- Définition de la *locatio - conductio*
= contrat par lequel une personne s'engage à procurer à une autre la jouissance d'une chose quelconque, la prestation de services de tous genres moyennant rémunération.
- Rémunération (*merces* ⇒ argent) donne au contrat un caractère strictement bilatéral : *locatio - conductio* = 2 prestations principales qui s'échangent dans le contrat.
- Le régime juridique de la *locatio - conductio* varie selon l'affaire convenue.
En droit moderne, plusieurs types de contrats différents
France, louage = type unique
 - louage des choses
 - louage d'ouvrages
 - ← Origine
 - *locatio rei*, location de la chose

- *locatio operis*, location d'ouvrages
- *locatio operarum*, louage de services

Cependant, les situations vécues par les romains sont plus nuancées

⇒ Elargissement de la liste en droit moderne :

- bail
- contrat de travail
- d'entreprise
- de transport
- de commission

Le CO s'apparente mieux à l'esprit du droit romain qu'à celui du droit commun.

A. LE BAIL, LOUAGE DE LA CHOSE; LOCATIO REI

- Le bailleur s'oblige à céder l'usage d'une chose au preneur moyennant un loyer (253 CO).
- Le *locator* doit mettre à disposition du *conductor* une chose en bon état.
La chose est louée *utenda* c'est-à-dire pour une utilisation conforme à sa destination économique.
Le *conductor* peut en user.
- Le bailleur défend le *conductor* contre les tiers, puisque celui-ci n'est que le détenteur.
Le locataire répond de la perte et de la détérioration fautive de la chose, à la suite d'un usage non conforme à sa nature ou aux clauses spécifiques du contrat (négligence et maladresse incluses).
A l'expiration du contrat, il rend la chose en bon état.
- Répartition des risques
 - le bailleur répond du danger qui menace immédiatement l'existence de la chose donnée en location
 - le locataire répond des risques qui proviennent de l'usage et de l'utilisation de la chose elle-même.
- La durée d'utilisation dépend de la convention entre les cocontractants. Les parties peuvent aussi prévoir dans leur accord une période déterminée comprenant le cas échéant une prolongation tacite.
- Le louage d'un droit est une variante de *locatio*
 - titulaire d'un droit d'habitation peut *habitationem facere*
 - l'usufruitier peut louer la jouissance de la chose

B. LE CONTRAT D'ENTREPRISE; LOCATIO OPERIS

- Toute une série de contrat de louage est exprimées par le verbe *locare* + complément objet de la chose louée + adjectif verbal (= activité du *conductor* sur la chose)
 - *servum curandum*, soigner un esclave
 - *locare vitulos pascendos*, mener des veaux au pâturage
 - ...
 Il existe aussi le contrat de transport
 - *locare vinum de Campania ad Romam transportandum*
 - *colomnam transportandam*

CAS PARTICULIER ET AUTONOME DU CONTRAT D'ENTREPRISE

- Contrat d'entreprise = contrat par lequel l'entreprise s'oblige à exécuter un ouvrage moyennant une rémunération que le maître s'engage à payer.
- L'objet du contrat n'existe pas au moment de la conclusion de celui-ci, car sa production en est le but, le résultat.
- Application
De l'ouvrage de grande maçonnerie aux travaux de menuiserie.
- L'activité du *conductor* a un caractère professionnel. Il doit s'exécuter selon les règles techniques régissant chaque type de prestation.
Il répond de l'inexécution, du retard fautif (*culpa imperitia*), de la maladresse professionnelle, de la mauvaise exécution et des dommages que celle-ci a causé à la chose livrée par le *locator*.
- La remise d'une chose est nécessaire = transformation d'une matière qui lui a été fournie.
Lors de la *locatio operes*, la construction d'un bâtiment exige que le maître mette le terrain à la disposition de l'entrepreneur.
⇒ Quel type de contrat lorsque le joaillier fournit l'or et la fabrication de la bague? Pour la plupart = une vente.

C. LE CONTRAT DE TRAVAIL; LOCATIO OPERARUM

- Le *locator* (travailleur) s'engage à fournir son activité pour un certain temps au *conductor* (employeur) en échange d'une rémunération (*merces*).
- Le droit du travail actuel est le fruit d'une longue évolution historique, particulièrement intense depuis 100 ans.
 - apparition des syndicats
 - naissance du contrat collectif
 - Le contrat de travail romain est rudimentaire, puisque cette société ne ressent pas le besoin de régler le domaine du travail rémunéré.
Sauf, le contrat individuel de travail
- Statut du travailleur
A Rome, l'homme libre qui loue son travail en échange d'une *merces* est un *mercennarius*
 - Il est placé au même niveau que l'esclave de celui auprès duquel il se met au service.
→ Domaines agricoles : main-d'oeuvre libre et esclaves travaillent côte à côte.
 - Les travailleurs au service des artisans citadins mieux lotis.
- Contrat
Les contrats de travail sont rédigés par écrit selon des modèles types.
Deux éléments caractérisent les rapports ouvriers/patrons :
 1. Le travailleur ne travaille pas comme ouvrier indépendant, mais sous contrôle du patron qui l'embauche et qui lui fournit du travail qu'il doit exécuter selon ses ordres.
 2. Le travail n'est pas évalué en fonction du résultat, mais du temps que l'ouvrier y consacre.
- Répartition des risques

- Si l'ouvrier, en raison d'une maladie, ne peut pas travailler, il perd immédiatement la possibilité d'exiger sa rémunération.
- Mais si l'arrêt du travail ne dépend pas de lui, il touche intégralement son salaire.

R) Il y a néanmoins des dérogations

- Types de contrats

- *Locatio operarum* n'est utilisée que par les manoeuvres
- *Locatio operis* est utilisée par les professionnels indépendants
 - le médecin ne loue pas son travail il prend en louage l'esclave d'autrui pour le soigner.
- Les professions libérales se servent du mandat
 - ⇒ gratuité
 - ⇒ honoraires possibles
 - L'avocat romain ne possède pas d'action civile ou prétorienne contre son client pour les obtenir.
 - Il a une possibilité de recours *extra ordinem* devant les Cours de justices de l'administration impériale.

R) Cas à part le juriste qui ne travaille pas pour une rémunération = service rendu à la communauté.

3. LE MANDAT, *MANDATUM*

- Définition

= Contrat par lequel le mandataire s'engage à gérer l'affaire dont il est chargé ou à rendre les services qu'il a promis.

⇒ climat de confiance entre le mandant et le mandataire

Le mandant met son affaire entre les mains (*manu datum*) d'un autre qui s'oblige à exécuter le mandat personnellement, sans pouvoir le déléguer à un tiers.

- Champ d'application

- gérer une ou des affaires
- accomplir des actes juridiques
- administrer des biens
- faire des démarches pour un autre
- ...

- Caractéristique

Il se fait à titre gratuit ↔ *locatio-conduction*

La gratuité s'empêche pas au mandataire de demander des honoraires par la procédure *extra ordinem*

⇒ le caractère gratuit s'est alors affaibli.

- Le mandat est un contrat bilatéral imparfait.

Il faut distinguer

- l'obligation principale du mandataire d'accomplir le mandat reçu en suivant les instructions du mandant

- l'obligation opposée du mandant de rembourser les frais au mandataire et de l'indemniser si celui-ci a subi des dommages
- ⇒ 2 actions
 1. *Actio directa mandati*
 2. *Actio contraria*
- Le mandataire doit exécuter le mandat dans l'intérêt du mandant (*dominus*); mais le mandat dans l'intérêt d'un tiers et aussi admis.

Néanmoins, le mandat et le mandataire peuvent être liés par des intérêts mixtes : le mandataire trouve aussi un intérêt au mandat ⇒ *Mandatarisu in rem suam*.
- Responsabilité

Le mandataire doit exécuter le mandat.

 - A l'origine sa responsabilité se limitait au dol en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution. Effet : *imgnominia* le marque d'infamie en raison de la violation du rapport de confiance.
 - au Iie s, le mandataire répond de sa faute
- Fin du mandat
 - A la fin du mandat, le mandataire rend les comptes et transmet tout ce qu'il a obtenu en exécutant le mandat.
 - Le mandat doit rembourser les frais et réparer les dommages que le mandataire a subis. Il doit lui transférer en vertu du mandat accompli.
 - Le mandat s'éteint avec la mort d'un des partenaires.

Il est révocable par le mandant à condition qu'il rembourse au mandataire les frais que ce retrait implique.

Si le mandat présente un intérêt pour le mandataire, le mandant ne peut pas le révoquer.

Le mandataire peut toujours renoncer au mandat s'il n'en a pas encore commencé l'exécution et que cette inexécution ne cause aucun préjudice au mandat.
- Cas particulier : *mandatum pecuniae credendae* ou *mandateum qualificatum*

Le mandant donne l'ordre à son mandataire de prêter une somme d'argent à un tiers qui, par ce crédit, devient le débiteur du mandataire.

Si l'emprunteur ne peut plus restituer le prêt au mandataire, celui-ci peut se retourner contre le mandat pour réclamer son argent : *actio contraria*.

⇒ Ainsi le mandat garantit le remboursement du prêt accordé au tiers.

≈ caution

4. LA GESTION D'AFFAIRES SANS MANDAT, *NEGOTARIUM GESTIO*

- Définition

= quasi-contrat auquel le régime du contrat est appliqué.

Le maître est censé accepter l'aide du gérant de sorte que la gestion fait naître un rapport obligationnel qui crée des devoirs analogues à ceux du mandat.

⇒ limitation pour éviter des immixtion dans les affaires d'autrui

- Actions

- *Actio negotiorum gestorum*, action de gestion d'affaires

- Le maître contre le gérant

- Action contraire : *judicium contrarium*

- Le gérant contre le maître.

Ces actions appartiennent au groupe des *judicia bonae fidei*, des actions de bonne foi. Elles trouvent leur source dans la gestion elle-même.

- Comme il s'agit d'un quasi-contrat, les éléments du mandat s'appliquent par analogie.

Différences

- Le rapport obligationnel entre le gérant et le maître au moment où le gérant a commencé son activité.

- Pour produire ses effets et accorder des droits au gérant, il faut que son activité soit utile au maître, au moins au début.

- Le gérant poursuit la gestion des affaires du maître (entreprise de sa propre initiative) jusqu'au bout conformément aux intérêts et aux intentions présumables du maître.

Les actes du gérant sont appréciés plus rigoureusement, car celui-ci se mêle des affaires d'un tiers.

⇒ responsabilité plus lourde soumise au régime de la faute.

- Le maître rembourse et indemnise le gérant comme dans le mandat.

Une gestion inutile ne fait naître aucune obligation.

L'approbation du maître l'engage comme dans un mandat : la ratification est assimilée au mandat.

- Le procurateur

La gérance d'affaire lui est souvent confiée.

Le procurateur est un homme de confiance, un ancien esclave auquel le maître donne une procuration c'est-à-dire le pouvoir de gérer certaines affaires pour son compte ou l'administration de l'ensemble de ses biens, partout et toujours ou en un lieu déterminé.

Cette procuration l'autorise, mais ne l'oblige pas, à gérer les affaires.

La gestion fait partie de la procuration. Toute discussion sur l'utilité de la gestion perd son sens par la présence de la procuration.

Le gérant répond de sa faute.

5. LE COMMODAT, *COMMADATUM*; LE DEPOT, *DEPOSITUM* ET LE NANTISSEMENT, *PIGNUS*

- Dans l'opération économique du commodat, du dépôt ou du nantissement, l'obligation principale = rendre la chose à la fin du contrat.

L'accord seul des parties ne suffit pas pour la conclusion de ces contrats. Il faut la remise de la chose. ⇒ contrats autonomes, proches du *mutuum*. (contrats réels).

A. LE COMMODAT ET LE DEPOT

- But différent
 - *Commodum* (prêt à usage) = contrat par lequel le commodat (prêteur) livre une chose au commodataire (preneur) pour son usage, à charge de le rendre ensuite.
 - *Depositum* (dépôt) = contrat par lequel le déposant livre une chose au dépositaire afin qu'il la conserve et la rende ensuite au déposant.
 ⇒ Dépositaire et commodataire = simple détenteurs. Le prêteur et le disposant garde la possession.
- Les actions de commodat et de dépôt sont soumises à la bonne foi (+ anciennes actions *in factum*).
Règlement différent
 - Le commodataire reçoit la chose en détention pour la gérer dans son propre intérêt et en faire usage
 - Le dépositaire la conserve dans l'intérêt du déposant

COMMODAT	DEPOT
<ul style="list-style-type: none"> • Le commodataire doit restituer la chose après s'en être servi si un délai n'est pas expressément fixé. 	<ul style="list-style-type: none"> • Le dépositaire attend la demande en restitution
<ul style="list-style-type: none"> • Le commodataire peut utiliser la chose selon les termes de la convention ou selon sa destination économique 	<ul style="list-style-type: none"> • Le dépositaire ne jouit d'aucun droit
<ul style="list-style-type: none"> • Obligation de rendre la chose intacte + obligation de <i>damnum praestare</i> ⇒ responsabilité pour perte et faute 	<ul style="list-style-type: none"> • Obligation de <i>culpam et custodiam praestare</i> ⇒ responsabilité de la négligence, du préjudice qu'il a causé <i>Custodia</i> ⇒ garantie contre le vol et le dommage causé par des tiers, garantie de la fuite d'un esclave à garder
<ul style="list-style-type: none"> • Le commodant doit rembourser les dépenses extraordinaires que le commodataire a dû faire dans l'intérêt du prêteur 	<ul style="list-style-type: none"> • Le déposant doit rembourser au dépositaire les dépenses que l'exécution du contrat a rendues nécessaires et indemniser le dommage causé par le dépôt

- Le commodat et le dépôt ont pour objet des choses mobiles, infongibles, exceptionnellement fongibles.
Les parties n'ont qu'à considérer les choses fongibles comme non fongibles et restituer à la fin, la chose elle-même.
Exception le dépôt d'argent qui peut être utilisé par le dépositaire ⇒ ≈ prêt qu'il est obligé de rendre = le dépôt-prêt, *depositum - irregulare*.

B. LE NANTISSEMENT, PIGNUS

- Définition

= contrat par lequel un débiteur remet une chose mobilière au créancier à titre de sûreté de créance = gage

Pignus =

- contrat en tant que rapport obligationnel entre les parties

- fond de l'affaire, garantie par la remise de la possession d'une chose.

⇒ Si la dette n'est pas payée à l'échéance, le créancier gagiste a le droit de s'approprier du gage.

- Cette loi sévère, *lex commissoria* fut contournée en concédant au créancier (d'un commun accord des parties) le droit de vendre la chose engagée.

- Le créancier gagiste bénéficie des interdicts possessoires protégeant l'objet du gage : il ne peut cependant pas acquérir la propriété par usucapion. Etant donné que le nantissement s'éteint dès que le créancier ne possède plus le gage ou qu'il ne peut pas le réclamer à un tiers, il faut une grande protection.

En tant que commodataire, il répond *culpam* et *custodiam praestare*. Lorsque la dette est éteinte, il doit la restituer au débiteur.

⇒ Action pour le nantissement = *actio pignoratitia* fondée sur la bonne foi.

- Gage - livré

Le contrat est conclu au moment où le créancier reçoit le gage. Le gage est une sûreté tant que le créancier peut le conserver entre ses mains, jusqu'à la *lex commissoria* ou la vente.

- Problème

Le *pignus datum* ne résoud pas le problème pratique des sûretés de la dette de fermage, que le créancier exige du débiteur.

Le fermier ne peut pas lui donner en gage des choses indispensables pour cultiver la terre et gagner de quoi payer le fermage.

Le débiteur et le créancier peuvent se mettre d'accord: le débiteur-fermier continue à utiliser les choses mises en gage.

⇒ Il faut un moyen judiciaire pour le créancier s'il veut s'approprier ou vendre la chose (gage).

- Solution : le gage convenu, *pignus conventum*

= contrat consensuel sans remise de la chose.

On accorde au créancier-gagiste l'*actio Serviana* pour obtenir la possession des choses constituées en gage.

On étendit ce type de gage : immeuble constitué en gage = hypothèque pour le droit moderne.

- Droit moderne

Les sûretés réelles sont classées parmi les droits réels.

↔ En droit romain, elles sont considérées comme des rapports juridiques du droit des obligations.

En droit romain, une sûreté n'est personnelle que si elle est assumée par le gérant qui s'engage personnellement avec son patrimoine. Dans le cas de gage, la sûreté consiste en la chose elle-même. La créance bénéficie d'un droit réel limité = *res obligata*, chose engagée, donnée ou placée en gage.

6. LA SOCIETE, SOCIETAS

- Définition

La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun.

- Base

Consentement des partenaires, explicite ou tacite, qui doit se maintenir pendant toute la durée de la société.

⇒ Toute coordination de biens ou d'activités dans un but économique commun est considérée comme une société

→ communauté héréditaire

→ propriété commune

- Sortes de sociétés

– Société générale ≈ communauté héréditaire

– Société à but économique défini → commerce, exercice d'une industrie

– Société générale de revenus, acquisition et épargne.

- Conditions du contrat

Le contrat de société crée une situation durable.

De la gestion future de leur association naissent des obligations réciproques.

– le contrat doit être fondé sur un but commun

– le contrat contient un règlement sur la nature et le montant des apports concernant tantôt des sommes d'argent

tantôt des biens matériels

tantôt m[^]me du travail

– une clause générale doit régler proportionnellement le partage des bénéfices et des pertes entre les associés.

A défaut d'une telle clause, chaque associé est censé y participer pour une part égale.

Une telle clause ne peut prévoir une séparation totale des pertes et des profits de sorte que un seul sociétaire pourrait recueillir toutes les pertes ou tous les profits. ⇒ une telle société serait nulle.

↔ Pourtant, il est possible de stipuler qu'un associé soit dispensé de contribuer aux pertes et prenne quand même part au profit.

- Le budget détermine les obligations des associés.

Un associé n'a aucun moyen pour forcer son associé à faire quelque chose. S'il a une raison de s'en plaindre, il peut dénoncer le contrat et exiger le partage.

Si l'accord est impossible : l'action *pro socio*, mène automatiquement à la dissolution de la société, car aucune actionne peut être tant que dure la société.

Au cours de cette action, on détermine les responsabilités de chacun et on liquide les dettes et les créances sous forme d'une condamnation-solde.

Il faut éviter la condamnation qui rend *ignominiosus*.

- Malgré la responsabilité générale limitée au dol, les prestations spéciales dues par un associé restent soumises au régime du contrat le plus proche

- si un associé doit une prestation technique, sa responsabilité est régie par les règles du contrat de louage
 - Si un dommage est causé à la chose commune, le régime de la responsabilité pour cet acte illicite (ou responsabilité aquilienne est appliqué).
 - Fin du contrat
- Le contrat de société est fragile parce qu'il est construit sur un rapport de confiance.
Il prend fin
- par la mort de l'un des associés
 - par la perte de la capacité civile dans le cas où un associé tombe en faillite ou lorsqu'un associé dénonce le contrat de manière expresse ou en exerçant l'*actio pro socio*.