

Droit Romain

Basé sur le cours du Prof. Benedict Winiger lors de l'année académique 2011-2012

Attention ! Ce document n'est en aucun cas un support de cours. Il n'est qu'une compilation de notes gracieusement mises à disposition par des étudiants ayant réussi l'examen relatif à cette matière.



Table des matières

Chapitre I – L’ordre juridique romain	6
1. La structure de l’ordre juridique romain	6
A. L’interdépendance de l’ordre juridique et du niveau de civilisation	6
B. Les deux couches de normes : le droit civil et le <i>ius gentium</i>	6
C. Le fondement du droit civil et du droit universel (<i>ius gentium</i>)	7
2. Les sources du droit romain : <i>iura populi romani</i>	7
A. Les lois, la loi des 12 Tables, les lois publiques, les plébiscites, les sénatus-consultes et les constitutions impériales	7
B. Les édits des magistrats ; l’Edit perpétuel du préteur	7
C. La jurisprudence : les <i>responsa prudentium</i>	8
D. La cohésion de l’ordre juridique romain.....	8
Chapitre II – La mise en œuvre du droit par la juridiction et la procédure	9
1. Le procès et les actions	9
2. La juridiction du préteur	9
A. Le pouvoir du préteur : <i>imperium</i>	9
B. La fonction spécifique du préteur : l’exercice de la juridiction	9
3. Les actions archaïques et solennelles : <i>legis actiones</i>	9
A. La procédure formalisée : <i>lege agere</i> ; les actions de la loi : <i>legis actiones</i>	9
B. Les différents types de <i>legis actiones</i>	9
4. La procédure formulaire sous la République et sous le Principat	10
A. L’origine de la procédure formulaire.....	10
B. La procédure devant le préteur.....	10
C. La procédure devant le juge.....	10
D. L’exécution	11
5. La structure des actions formulaires	11
A. Les éléments de la formule.....	11
B. La réalisation du programme de la formule par le juge	11
C. La division des différents genres de formules	11
6. L’évolution de la procédure sous l’Empire	12
A. La juridiction extraordinaire : <i>cognitio extra ordinem</i>	12
B. La procédure impériale.....	12
C. Les voies d’appel et le procès par rescrit sous l’Empire.....	12
Chapitre III – La genèse de la jurisprudence romaine en tant que science du droit	13
1. La jurisprudence romaine et les sciences hellénistiques	13
2. La voie propre de la jurisprudence romaine	13
3. Historique de la jurisprudence romaine	13
A. La période des <i>veteres</i> (les anciens juristes)	14
B. La jurisprudence classique.....	14
4. La codification du droit romain sous Justinien : le <i>Corpus Iuris Civilis</i>	14
A. Le déclin de la jurisprudence et les précurseurs de la codification en Occident.....	14
B. La codification sous l’empereur Justinien.....	15
Chapitre IV – La famille romaine	16
1. La structure de la famille romaine : le principe patriarcal	16
A. La famille gentilicenne : la <i>gens</i>	16
B. Le principe patriarcal	16
C. La famille agnatique	16
2. La puissance paternelle sur les enfants : la <i>patria potestas</i>	16
3. L’adoption et l’émancipation	16
A. L’adrogation.....	16

B. L'adoption	16
C. L'émancipation	17
4. Le régime paternel dans la famille romaine.....	17
5. La tutelle et la curatelle : <i>tutela et cura</i>.....	17
A. La nomination du tuteur	17
B. L'activité du tuteur.....	17
C. La curatelle	17
<u>Chapitre V – Le mariage</u>	18
1. Le mariage <i>cum manu</i> et le mariage <i>sine manu</i>	18
2. Les conditions et la conclusion du mariage	18
A. Les conditions	18
B. La conclusion.....	18
3. Le régime matrimonial et la dot	18
A. Le régime matrimonial dans le mariage <i>sine manu</i>	18
B. Le régime matrimonial dans le mariage <i>cum manu</i>	18
C. La dot.....	18
D. Les donations entre époux.....	19
4. La dissolution du mariage par divorce	19
5. Le statut social de la femme dans la famille	19
<u>Chapitre VI – La capacité civile</u>	20
1. La jouissance des droits de la personne libre	20
A. Le commencement de la personnalité.....	20
B. La perte de la jouissance des droits civils.....	20
2. La capacité de l'exercice des droits civils	20
A. La capacité d'exercice de l'esclave	20
B. La capacité d'exercice du fils et de la fille de la famille	20
C. La capacité d'exercice des droits du <i>sui iuris</i>	20
D. Les conditions subjectives de l'exercice des droits	20
3. Les sans-droit, les discriminés (esclaves, affranchis, clients)	21
A. Les esclaves.....	21
B. Les affranchis et les clients.....	21
C. La clientèle.....	21
D. Esclavage, institution de droit ou institution sociale ?	21
<u>Chapitre VII - Ius, Vis, Fas, Ius Civile et Ius Gentium</u>	22
A. Premières sources du droit : 451 av. J.-C.	22
B. Ius.....	22
C. Ius et Vis : opposition entre les deux.....	23
D. Rapport entre Ius et Fas	23
E. Ius Civile et Ius Gentium	24
<u>Chapitre VIII : La chose comme objet de possession et de propriété</u>	25
A. Généralités.....	25
B. Propriété et possession	27
C. Distinction entre animus et corpus	30
D. Le maintien de la possession	34
E. La perte de la possession.....	35
F. Propriété.....	36
G. Explications complémentaires.....	47
<u>Chapitre IX - Les Droits Réels Limités</u>	50
A. Servitudes prédiales :.....	50
B. Servitudes personnelles :.....	51
C. Protection des servitudes :	53

Chapitre X – Droit des obligations	54
A. Qu'est ce qu'une obligation ?	54
B. Contrats Formels :	57
Obligation verbale (stipulatio).....	57
C. Contrats réels	61
En droit romain	61
Prêt à la consommation – Mutuum.....	61
Prêt à usage – Comoda.....	62
Dépôt – Depositum.....	62
Contrat de gage – Pignus.....	62
Enrichissement illégitime – Conditio.....	62
Prêt à la consommation en droit suisse	63
Crédit à la consommation	63
Distinction entre contrat de dépôt et contrat d'entrepôt	63
Contrat consensuel – Droit romain et droit suisse.....	64
Conditions et termes.....	65
Vice de consentement.....	65
D. Contrat de vente	67
Conditions pour conclure un contrat de vente.....	67
Les obligations des parties.....	68
E. Responsabilité et risque	70
F. Distinction entre obligation de moyen et de résultat	72
G. Contrat de louage	73
Location conductio.....	73
H. Contrat de mandat	76
DELIMITATIONS.....	76
LA GRATUITE DU MANDAT.....	77
EXCES DE MANDAT.....	77
EXTINCTION DU CONTRAT.....	77
LE MANDAT DE CREDIT.....	78
Gestion d'affaire sans mandat	78
CARACTERISTIQUES.....	78
I. Contrat de société (societas)	79
Types de sociétés.....	79
Différences entre <i>societas</i> et copropriété.....	79
Etendue de la responsabilité des associés :.....	80
Organisation de la société.....	80
La dissolution de la société.....	81
J. Contrats innomés	82
K. Les modes d'extinction de l'obligation	83
L. Introduction à la responsabilité civile	84
Les fondements de la responsabilité civile.....	84
Les conditions de la responsabilité.....	85
Types de responsabilité.....	85
Les conditions de la responsabilité civile.....	85
M. Délit en droit romain	86

I. Vol et brigandage	86
II. Les atteintes à l'honneur : les injures	86
III. La responsabilité aquilienne	86
Chapitre 1 Lex Aquilia – tuer un esclave ou un quadrupède de troupeau	86
Le contenu de la Lex Aquilia nous est parvenu par Gaius (D. 9. 2. 2. PR) : celui qui aura tué sans droit sera condamné à donner au propriétaire une valeur équivalente à la plus élevée de l'année précédente.....	86
Chapitre 3 Lex Aquilia – tous les autres dommages causés au patrimoine.....	86
Conditions	87
Conditions d'application	87
Estimation du dommage	88
Réparation du dommage	89
N. La demeure et l'inexécution du contrat.....	90
I. L'engagement par stipulation.....	90
A. La faute du débiteur d'avoir causé la demeure	90
B. La faute du débiteur pour l'inexécution du contrat.....	90
C. L'effet de la demeure et de l'inexécution de la stipulation : <i>perpetuari obligationem</i>	90
2. L'engagement par des contrats de bonne foi.....	90
A. La demeure du débiteur	90
B. La demeure du créancier	91
C. Les critères généraux de la responsabilité contractuelle	91
III. La custodia	91
A. Le détermination concrète de la responsabilité contractuelle.....	91
B. Le droit de rétention et les impenses	91
O. L'extinction de l'obligation contractuelle	93
I. La <i>solutio</i>	93
II. La <i>datio</i> en paiement.....	93
III. La remise de dette	93
IV. La confusion	93
V. La compensation	93
VI. La novation et la délégation.....	93
A. La novation des conditions et du terme	94
B. La novation de personnes : la délégation.....	94
C. Les exigences formelles	94
D. L'intention	94
P. Responsabilité aquilienne :	95

LIVRE 1

Chapitre I – L'ordre juridique romain

1. La structure de l'ordre juridique romain

Institutiones de Gaius : traits génériques de l'ordre juridique romain. Il avance 3 thèses sur l'origine et les sources du droit :

1. L'existence de l'ordre juridique est liée à un certain niveau de civilisation
2. Il y a 2 couches de normes :
 - a. Le droit d'une cité particulière (droit civil)
 - b. Le droit qui s'applique à tous les peuples (*ius gentium*)
3. Fondement de chacune de ces couches :
 - a. Droit civil repose sur volonté particulière de chaque cité
 - b. *Ius gentium* découle d'une source commune (*ratio naturalis*)

A. L'interdépendance de l'ordre juridique et du niveau de civilisation

Cela contient une restriction infondée. Le droit semble inséparable de la société. Cela rend les problèmes d'origine du droit insoluble. Ce qui intéresse : le passage et la transformation des règles et préceptes primitifs en normes juridiques. Le droit doit s'émanciper des croyances pour trouver des formes rationnelles. Là où manquent les sources du droit qui produisent des normes spécifiques, la société est plongée dans un état primitif.

C'est pour ça que la codification des 12 Tables a pris une grande importance → nouvelle étape dans l'histoire de Rome : la première où le peuple vivait selon des *leges* qu'il s'était lui-même donné. Cependant, on savait que des lois avaient existé avant les 12 Tables (*leges regiae*). Elles étaient considérées comme archaïques ; elles contiennent un mélange de normes sacrales, rites formalistes et tabous caractéristiques de l'époque. Souvent, elles ne contenaient pas de normes, mais un comportement destiné à satisfaire aux règles sacrales et éviter la colère de Dieu. Cela témoigne de l'immixtion des conceptions sacrales dans la sphère sociale.

Ce monde primitif s'évanouit dans la nouvelle période que la loi des 12 Tables inaugure. Cette législation atteste un état de développement où le droit trouve sa propre structure. C'est à partir de ce moment que le droit met le fait normatif immédiatement en rapport avec la sanction qui en forme la conséquence juridique : le coupable est lié à sa victime par un lien juridique.

B. Les deux couches de normes : le droit civil et le *ius gentium*

L'interpénétration de ces deux couches est évidente ; ils se complètent.

Le *ius gentium* a une vocation universelle ; il s'ouvre aux citoyens, car ils sont membres de la communauté humaine. Plusieurs institutions comme les contrats les plus importants, reposant sur la bonne foi, sont attribués au *ius gentium* tout en étant incorporées au droit civil.

L'archaïque *fides*, qui voulait que tout soit respecté à la lettre, devient la *bona fides*, comme pour indiquer un nouveau critère de fidélité et de confiance inspiré par l'équité et la justice. Elle engage tout homme de bien (*bonus vir*).

Caton prévoit la nomination d'un *bonus vir* en tant qu'arbitre, pour estimer ce que les partenaires se doivent. Il doit respecter la coutume de ces ancêtres. Cicéron pense que l'homme de bien est celui qui aide autant qu'il le peut et ne nuit pas, à moins qu'on le provoque.

Les romains ont opté pour un droit universel et humaniste, l'homme en tant qu'humain précédant l'homme en tant que citoyen.

C. Le fondement du droit civil et du droit universel (*ius gentium*)

Le droit adhère à la personne et non au territoire. On est *civis Romanum* même si on habite de régions lointaines. On est citoyen de sa cité en même temps que membre de la grande communauté des hommes régie par le *ius gentium* appliqué à tous. Le *ius gentium* repose sur la *ratio naturalis*, conforme à la nature.

Gaius sait que tout ce qui est permis n'est pas forcément honnête. L'utilisation de la *ratio* contient une vérité élémentaire : le droit puise ses racines dans la raison commune, unissant tous les hommes. Le droit se débarrasse des éléments irrationnels. L'ordre juridique se met au service de la justice qui reste sa raison d'être.

2. Les sources du droit romain : *iura populi romani*

La coutume ne se présente pas comme une source créant un droit nouveau, elle incorpore une couche de normes existant depuis toujours et conservées par la pratique de la vie quotidienne. Cette couche forme la base dans laquelle les sources créant du droit nouveau s'inscrivent.

Gaius répartit les sources en 3 groupes

1. Les sources légales (lois, plébiscites, sénatus-consultes, constitution impériales)
2. Les édits des magistrats
3. Les *responsa* (avis de droit qui sont l'œuvre des jurisconsultes)

Chez les romains déjà, la coutume ne remplit qu'un rôle législatif subsidiaire. Les juristes romains se fondent sur 2 critères, repris par le droit moderne : la longévité de la règle, confirmée par un usage constant, et l'acceptation de la règle en tant que règle de droit incontestée qui lui donne sa légitimité normative.

A. Les lois, la loi des 12 Tables, les lois publiques, les plébiscites, les sénatus-consultes et les constitutions impériales

Les 12 Tables est la première grande œuvre législative romain (451 av. J.-C.). Elle est empreinte d'un esprit de conciliation et d'apaisement, et prétend seulement préciser les règles devenues incertaines ou ambiguës. C'est un souci pratique qui dicte la disposition des matières, elles ne sont pas systématisées. Elles s'intègrent dans un droit coutumier qu'elles présupposent, mais auquel elles confèrent la forme stable de l'écrit. Elles deviennent la source de droit par excellence.

La législation républicaine subit un changement net de style : perdant le ton solennel des 12 Tables, elle s'empêtra dans une casuistique tatillonne et pédante. La *lex Aquilia* en est un bon exemple.

Pendant l'Empire, la législation se concentre dans les mains des Empereurs, et le Sénat ne fait plus qu'acclamer les projets des sénatus-consultes.

B. Les édits des magistrats ; l'Edit perpétuel du préteur

Les édits ne figuraient pas parmi les sources authentiques du droit, car elles ne contenaient que les principes d'accomplissement du mandat. L'édit le plus déterminant est une sorte de charte de juridiction dans laquelle une longue liste d'action est établie. Le préteur ne faisait généralement que d'infimes modifications par rapport à la version précédente. Cela garantit une juridiction stable.

C'est l'empereur Hadrien qui confia la rédaction définitive de l'Edit, celle de l'*Edictum perpetuum*, au juriste Salvius Iulianus, ce qui le transforma en une source de droit authentique.

A cause de la longue liste d'actions contenues dans cet Edit, le centre de gravitation du droit privé romain se transféra dans la juridiction du préteur. La structure de l'Edit est conçue selon un ordre procédural ; cette répartition de la matière est dictée par la pratique judiciaire.

C. La jurisprudence : les *responsa prudentium*

Un fossé se creuse entre rhétorique et dialectique. Le but de la rhétorique est de convaincre, quand la dialectique (jurisprudence) veut trouver le droit tel qu'il existe, opportun ou non, mais conforme à la justice et à l'équité. Les juristes cèdent de plus en plus de terrain. Leur activité consistait à élaborer les *responsa* sollicités pour des cas concrets et publiés dans des recueils, qui formaient une littérature spécifiquement juridique.

Auguste visait un compromis entre l'ancienne tradition républicaine d'une jurisprudence indépendante et le nouveau régime impérial centralisateur. Il réorganisa la pratique des *responsa* en créant le privilège de donner des avis munis de son autorité. Ce privilège fut réservé à un groupe restreint de jurisconsultes.

Les *responsa* scellés par les juristes bénéficiant de l'autorité impériale jouissaient d'une autorité telle qu'ils se transformèrent en une source de droit très généralement admise.

D. La cohésion de l'ordre juridique romain

a. L'interdépendance des lois, des édits des magistrats et de la jurisprudence

Les sources de droit se stabilisent très tôt sur deux couches, l'une englobe le droit civil, et l'autre, le *ius gentium*. La juridiction de préteurs, elle, comble des lacunes.

Les 12 Tables remplissaient une fonction spéciale : clarifier, établir ou créer des règles. Son style formaliste exigeait une interprétation serrée, attribuée aux juristes pontifes qui disposaient du savoir et qui connaissaient la technique des formules et formulaires juridiques. Ce sont eux qui instaurèrent les voies procédurales appropriées, les *legis actiones*, pour mettre les lois sur les rails.

Bien que les préteurs ne puissent pas toucher aux Tables ni aux *legis publicae* ni aux plébiscites, ils réunissaient tout le réseau pratique du droit. Cela était garanti par la promulgation annuelle de l'Edit prétorien, qui consolidait un noyau de droit jurisprudentiel prétorien. De plus, cet Edit était protégé de la politique.

Les juristes dirigeaient et développaient le droit comme une instance incontournable.

b. Le droit romain, les codes civils et le case law

Matériellement, le droit romain est relié au droit civil issu du droit commun et de la tradition romaniste. La transformation du droit romain par les codifications du siècle des Lumières et ensuite par les codifications libérales bourgeoises du XIX^{ème} siècle concerne sa restructuration méthodique en forme de système, empruntée aux Institutions de Gaius et Justinien.

Par rapport aux *case law*, il fallait tenter une action, présenter une formule d'action spécifique. Ces actions étaient publiées dans le *Register of Writs*, et les parties devaient choisir la bonne formule (comme en droit romain). De plus, la fièvre du *Chancellor* était très proche de celle du Préteur. Cependant, le droit anglo-saxon ne connaît pas de juridiction unitaire et est élaboré par les différentes Hautes Cours royales. De plus, le droit anglo-saxon est un droit issu des décisions auxquelles les Cours royales se sont liées elles-mêmes. Le jurisconsulte romain ne donne pas de jugement.

Voilà la force du droit romain : ne pas se prendre dans de vagues notions de justice, ni s'enfoncer dans des détails insignifiants.

Chapitre II – La mise en œuvre du droit par la juridiction et la procédure

1. Le procès et les actions

Le mot « procès » indique les activités des parties, du magistrat et du juge dans leur ensemble pour parvenir à une sentence qui met fin au litige. Il désigne aussi toute la procédure, incluant l'exécution lorsque le condamné n'y pourvoit pas lui-même.

A l'époque classique, le sens du mot « action » dépasse le formalisme procédural et exprime directement le droit que le demandeur fait valoir dans le procès. « Avoir une action » signifie donc avoir une prétention fondée en droit, qui, si elle est prouvée en justice, réalise le droit matériel subjectif.

2. La juridiction du préteur

Le mot latin *iurisdictio* vient de *ius dicere*. Le mot *ius* y est pris dans un sens particulier, caractéristique du langage juridique romain : le droit (*ius*) exprime l'état juste d'une situation. Exercer la juridiction (*ius dicere*) signifie trouver qui, dans le litige, est juste.

A. Le pouvoir du préteur : *imperium*

La juridiction fut confiée, en 367 av. J.-C., au préteur pour la juridiction entre les citoyens. Peu après, cette fonction fut dédoublée : un deuxième préteur (préteur pérégrin) fut nommé. Bien que ces magistrats aient joui de la même puissance que les consuls, ils étaient réduits à l'exercice de la juridiction. Les romains anticipaient la séparation des pouvoirs.

B. La fonction spécifique du préteur : l'exercice de la juridiction

Pour désigner l'exercice de la juridiction par trois mots clés : *dare, dicere, addicere*. Le *dare* concernait le *iudicium dare* : accorder et ouvrir le procès. Le *dicere*, le dire du préteur, comportait la surveillance du procès par ses ordres ; et finalement l'*addicere* exprimait l'attribution du litige ou de l'objet litigieux par le préteur qui à l'origine proclamait lui-même la sentence.

L'intervention du magistrat dans le procès privé n'allait pas plus loin que ce que les parties engagées demandaient. Il y avait d'abord une procédure organisée sous l'autorité du haut magistrat et ensuite un espace libre accordé aux parties pour défendre leur point de vue afin que le juge puisse reconnaître ce qui est juste. Ces deux fonctions distinctes ont amené à une scission de la procédure en deux phases séparées, une première *in iure*, devant le préteur et une deuxième *apud iudicem*, devant le juge.

3. Les actions archaïques et solennelles : *legis actiones*

A. La procédure formalisée : *lege agere* ; les actions de la loi : *legis actiones*

La procédure la plus ancienne est celle des *legis actiones*. Elles sont liées à des actes et des formules solennels et stricts que les pontifes avaient composés. Ces actions étaient légales dans le sens que les lois prévoyaient les cas de leur application. Mais elles étaient aussi légales en un sens plus primitif exigeant que tout acte procédural soit soumis à un formalisme oral et gestuel écrit. La période du formalisme strict des *legis actiones* s'étend jusqu'au III^{ème} avant J.-C.

B. Les différents types de *legis actiones*

Les *legis actiones* étaient constituées par un nombre limité d'actes formalistes stricts. Toute prétention sanctionnée par une *legis actio* ne pouvait être déduite en justice que dans

une forme spécifique. Ce formalisme permettait de structurer la procédure de d'éviter tout dérapage et recours à la violence.

Il y avait 3 types de *legis actiones* judiciaires : la *legis actio sacramento*, la *legis actio periudicis postulationem* et la *legis actio per condictionem*. Le juge dirigeait le débat et concluait la procédure en prononçant la sentence. Aux actions judiciaires s'adjoignait une *legis actio* exécutoire, la *manus iniectio iudicati*.

4. La procédure formulaire sous la République et sous le Principat

A. L'origine de la procédure formulaire

Le procès formulaire fut la création des préteurs. L'instrument principal de ce changement fut l'Edit. Cet Edit était exposé bien visiblement au forum, où tout le monde y avait accès. La nouvelle procédure se répartissait sur deux instances, la première *in iure*, devant le préteur, et la deuxième, devant le juge, toutes deux reliées par la *litis contestatio*.

B. La procédure devant le préteur

a. La citation

Par la sommation de comparaître en justice, le demandeur intimait au défendeur de se rendre avec lui au Tribunal du préteur. Le demandeur devait indiquer l'action qu'il voulait intenter et remettre à la partie adverse copie des documents qu'il voulait produire devant le juge.

b. Le débat devant le magistrat : la phase *in iure*

Le demandeur confirmait son *editio actionis* et chaque partie présentait ses demandes au préteur. La *postulatio* du demandeur contenait la *formula* de l'action correspondant à sa prétention.

Si le défendeur reconnaissait immédiatement les prétentions du demandeur, le procès prenait fin à condition que cet aveu ait trait à une dette d'argent déterminée. Dans les autres cas, les faits étaient tenus pour acquis, mais la procédure continuait en vue des questions restées ouvertes.

Ensuite, on procédait à la désignation du juge. En conclusion, le magistrat composait la formule et donnait le texte rédigé au demandeur.

c. La *litispendance* : *litis contestatio*

Après la dation de la formule par le préteur, les parties procédaient à la *litis contestatio* qui marque l'instauration définitive du procès. La *litis contestatio* formait le pivot de la procédure, car c'est le moment auquel se réfère le jugement.

C. La procédure devant le juge

a. L'instance devant le juge : *apud iudicem* ; la phase *in iudicio*

L'instruction de la cause débutait par la production des documents, suivie de la déposition des témoins qui étaient interrogés par les parties. Ensuite s'ouvraient les plaidoiries.

b. La sentence : *sententia, iudicium*

Le jugement ne pouvait aboutir qu'à l'acquittement ou à la condamnation.

D. L'exécution

a. L'exécution : *actio iudicati*, l'action fondée sur le jugement

Dans l'ancienne procédure des actions de la loi, l'exécution se faisait à l'aide d'une action spéciale, la *manus iniecto iudicati*, la mainmise sur le condamné. La procédure formulaire, en revanche, ne connaissait plus cette voie. La sentence avait effet de chose jugée, mais elle ne donnait pour autant de titre exécutoire.

b. Les sanctions contre le défendeur refusant de collaborer

Il fallait trouver le moyen de contraindre le défendeur de prêter sa collaboration. S'il pouvait justifier son absence, ses excuses étaient acceptées. Sinon, il était sanctionné par la vente de tous ses biens. S'il était confronté à une action réelle, il pouvait échapper au procès en lâchant la chose litigieuse.

5. La structure des actions formulaires

A. Les éléments de la formule

L'opération la plus délicate était la composition de la formule procédurale. Le demandeur pouvait succomber à cause d'une formule mal conçue et le défendeur pouvait perdre certains moyens de défense pour avoir omis de postuler l'insertion dans la formule d'une clause appropriée.

La formule dresse une sorte de programme du procès en indiquant les éléments sur lesquels le juge doit fonder sa sentence. En premier vient la demande soumise au juge ; ensuite, la formule ordonne au juge de prononcer la sentence en condamnant ou en absolvant le défendeur.

L'équilibre de la procédure exige aussi que le défendeur puisse alléguer des arguments qui parlent en sa faveur.

B. La réalisation du programme de la formule par le juge

a. La *demonstratio* : l'indication du fondement concret de l'action

La *demonstratio* indique l'affaire litigieuse. Dans l'appréciation des preuves, le juge jouit d'une grande liberté et agit comme bon lui semble.

b. L'*intentio* : la demande de l'acteur

L'*intentio* se réfère au rapport contractuel décrit dans la *demonstratio*. Elle impose au juge 2 tâches :

1. Le juge doit examiner la validité du rapport contractuel ;
2. Il passe à l'évaluation du contenu de la prestation circonscrite dans la formule.

La référence à la bonne foi est dans ces affaires d'une importance capitale ; il fallait condamner tout manquement à cette dernière.

c. La *condemnatio* : la condamnation

La condamnation était toujours de nature pécuniaire. On attendait du défendeur succombant qu'il s'acquitte de sa dette ou qu'il restitue la chose selon l'ordre du juge avant que celui-ci n'ait prononcé sa sentence.

C. La division des différents genres de formules

La formule traduit et transforme la situation juridique matérielle qui existe entre les parties en un rapport litigieux procédural. Gaius en distingue 2 groupes :

1. Les formules des actions réelles : *actiones in rem*

L'*intentio* de la formule ne mentionne que la chose litigieuse sans faire allusion à la personne du défendeur.

2. Les formules des actions personnelles : *actiones in personam*

La demande mentionne toujours la partie adverse. Ces actions sanctionnent les rapports d'obligation mentionnant le lien juridique entre les parties engagées.

6. L'évolution de la procédure sous l'Empire

Elle est marquée par deux institutions qui sont à l'origine de la nouvelle juridiction impériale exercée par les hauts fonctionnaires sous le contrôle de l'empereur : la juridiction extraordinaire du *Princeps* et la procédure d'appel par rescrit.

A. La juridiction extraordinaire : *cognitio extra ordinem*

Elle était réservée pour des domaines spécifiques que le Prince voulait se réserver. L'importance de cette juridiction extraordinaire alla de pair avec la consolidation de l'administration impériale.

B. La procédure impériale

La procédure civile perdit de plus en plus son caractère privé. L'instruction du procès, l'administration des preuves et le jugement ne furent plus confiés au juge privé nommé par le préteur mais à des fonctionnaires impériaux.

La convocation au procès se faisait par le tribunal auquel le demandeur s'était adressé. La *litis contestatio* ne consistait plus en la déclaration des parties de vouloir se soumettre au tribunal, elle ne signifiait que la fixation de la controverse entre les parties.

La sentence n'était pas liée à une condamnation pécuniaire comme dans le procès formulaire, mais se prononçait directement sur une prestation en nature.

C. Les voies d'appel et le procès par rescrit sous l'Empire

Afin de pouvoir intervenir dans les procès ordinaires, les empereurs en réclamèrent la légitimation en vertu de la puissance qu'ils détenaient. L'administration impériale y voyait la possibilité d'exiger des voies de recours ou d'appel devant l'empereur, ce qui permettait de superviser et de contrôler la juridiction dans tout l'Empire.

L'appel à l'empereur se dirigeait contre une décision judiciaire, avant tout contre un jugement. La réglementation de ce recours était soumise à des conditions très strictes. Il fallait un intérêt légitime pour le justifier.

Les rescrits étaient conservés et collectionnés, acquérant ainsi la force d'une décision de fond et obtenant une valeur légale grâce à l'autorité de l'empereur.

La procédure sous l'Empire prit rapidement les traits d'une procédure bureaucratique et administrative, réplique de la hiérarchie impériale. De cette procédure sont issus deux acquis d'une importance fondamentale pour toute la procédure : la séparation entre droit matériel et procédural ainsi que la règle selon laquelle tout acte de juridiction doit être soumis au contrôle de différentes instances, réalisées en droit romain par les voies de recours à l'empereur.

Chapitre III – La genèse de la jurisprudence romaine en tant que science du droit

La jurisprudence romaine est élevée au rang de science. Le juriste dispose de la science du juste et de l'injuste. Pour élever la jurisprudence à un niveau scientifique, il fallait remplir 3 conditions :

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 afin d'en garantir la cohésion en règles, principes et institutions de droit.

Si on se tourne vers la jurisprudence pontificale, nous découvrons qu'au 5^{ème} siècle av. J.-C., les prémisses spécifiques qui ont permis ce développement vers une science du droit étaient en place. Ce sont les pontifes qui ont donné aux institutions de base leur forme juridique et décidé de leur efficacité. Leur autorité était incontestable, leur interprétation valait toutes les lois sacrées ou civiles.

L'aspect utilitaire du droit, le simple mode d'emploi des règles et des formules juridiques ne les a plus satisfaits, ils se sont élevés à un niveau scientifique en cherchant à approfondir les questions jusqu'à leur ultime fondement.

1. La jurisprudence romaine et les sciences hellénistiques

Un fort penchant vers les sciences spécialisées se faisait jour : les *artes liberales*, avant tout la grammaire, la rhétorique et la logique. Les Romains se contentaient d'effleurer les différentes doctrines que leur offrait la philosophie grecque. C'est avant tout la topique, doctrine des lieux communs et des preuves probables, qui obtenait la préférence, puisque c'est elle qui se rapprochait le plus de la méthode casuistique qui argumente le pour et le contre pour trouver la solution la plus adéquate. La rhétorique proposait une nouvelle doctrine d'interprétation très élaborée, qui servait à défendre avec une certaine souplesse les différents points de vue d'interprétation.

2. La voie propre de la jurisprudence romaine

La description du *ius civile* donnée par Cicéron montre que les juristes classiques ne voulaient pas se soustraire à certaines valeurs éthiques. Le formalisme rigide de l'ancien droit se dissolvait, faisant place aux belles règles formulées par la philosophie stoïcienne (*iuris praecepta*).

Les juristes romains se servaient de la philosophie là où elle s'avérait utile pour formuler des définitions, établir des règles ou procéder à une division logique. La science juridique romaine n'a pas suivi les propositions de Cicéron : elle est restée enracinée dans la casuistique qui, de tout temps, a formé la base du raisonnement juridique puisque c'est dans le cas concret que le droit est mis à l'épreuve.

La jurisprudence romaine est restée, à travers sa tradition millénaire, toujours en mouvement et ne s'est jamais figée.

3. Historique de la jurisprudence romaine

La jurisprudence repose sur une tradition qui s'est élaborée grâce à une discussion ininterrompue à travers des générations de jurisconsultes.

A. La période des *veteres* (les anciens juristes)

Les 2^{ème} et 3^{ème} siècles avant J.-C. se voient agités par des révolutions sociales, politiques et intellectuelles à la suite d'une expansion extraordinaire et généralisée. Le droit y participe également. Ce sont les *veteres* qui ont posé les fondements du droit romain classique.

B. La jurisprudence classique

Elle s'étend sur les deux premiers siècles de notre ère, qui correspondent à la période du Principat.

a. La jurisprudence de l'époque julio-claudienne (Auguste, Tibère, Claude et Néron)

Cette période est marquée par deux événements : la création du droit de donner des avis par l'autorité de l'empereur, accordé pour la première fois par Auguste en tant que privilège à certains juristes compétents mais en même temps dévoués au Prince et à son régime. Le deuxième événement consiste dans la division des juristes en deux écoles, les Proculiens et les Sabinien.

b. La jurisprudence à l'époque des Antonins (Hadrien, Marc-Aurèle)

C'est à cette époque, la plus brillante de l'histoire de Rome, que la jurisprudence connaît son apogée. Les disputes entre les deux écoles s'apaisent.

c. La jurisprudence à l'époque des empereurs Sévères (Septime Sévère, Caracalla, Sévère Alexandre)

Pendant cette époque, les grands juristes occupent les charges les plus importantes à la tête de la hiérarchie de l'administration impériale. Ils dirigent les chancelleries, siègent au Conseil de l'empereur et leur carrière est souvent couronnée par la plus haute dignité pour un juriste : préfet de la garde, investi de la juridiction impériale.

C'est à cette époque que nous sommes redevables des grands commentaires sur l'Edit du préteur et sur le *ius civile* parallèlement aux recueils traditionnels des *quaestiones*, des *responsa* et des *institutiones*.

4. La codification du droit romain sous Justinien : le *Corpus Iuris Civilis*

A. Le déclin de la jurisprudence et les précurseurs de la codification en Occident

a. L'extension du droit vulgaire

Le jurisconsulte Julien se voit confronté à des courants coutumiers qu'il accepte, tout en rappelant que là où la coutume n'est pas clairement exprimée, il faut se référer au droit en usage à Rome. Le changement définitif ne se produit qu'au 4^{ème} siècle, lorsque les derniers juristes romains disparaissent et que les chancelleries impériales passent peu à peu entre les mains des rhéteurs. Le langage juridique est supplanté par une rhétorique bornée et servile de la propagande impériale.

Les textes sont corrompus, ils contiennent des fautes des copistes, etc. On décide donc de prendre des mesures radicales en établissant une liste des juristes qui seuls pourront être cités devant les tribunaux.

b. Les précurseurs des codifications en Occident

Il fallait reprendre le droit épars des constitutions impériales devenu source principale de droit, trier les écrits mal conservés des juristes romains et réunir le droit tout entier en une collection d'autorité officielle : une codification. On abandonna bientôt ce projet de codification du droit jurisprudentiel pour se concentrer sur la codification des constitutions impériales.

Bien que hâtivement élaborées et édictées, ces codifications dans les royaumes germaniques et gothiques ont été vitales pour la survie du droit romain

B. La codification sous l'empereur Justinien

Le monde romain antique a cédé la place à l'Empire byzantin. Son titre d'Empereur et César qui précède son nom propre relie Justinien à son immense empire couvrant l'*orbis terrarum*. L'arrivée de Justinien sur le trône de Byzance ouvre un moment heureux de ce vieil empire qu'il réussit à redresser et à restaurer avec prévoyance, ténacité et sagesse.

Trois grandes idées ont animé sa politique restaurative pendant son règne : l'unité de l'Empire romain, l'unité de l'Eglise chrétienne et l'unité du droit romain.

a. La réforme du droit et la réforme des études juridiques

L'empire d'Orient réussit à maintenir ses grands centres d'études et ses hautes écoles de lettres, de rhétorique et de philosophie, comme celles d'Athènes, d'Alexandrie, d'Antioche ou d'autres. Les écoles de Beyrouth et Constantinople jouissent d'une telle faveur impériales qu'elles étaient une condition nécessaire pour faire carrière dans la haute administration ou pour devenir avocat dans les hauts tribunaux.

b. L'œuvre de codification de Justinien

Les Digestes.

Chapitre IV – La famille romaine

1. La structure de la famille romaine : le principe patriarcal

A. La famille gentilitienne : la *gens*

La première organisation familiale certaine et vérifiable dans l'histoire romaine est la *gens*, qui regroupait les famille patricienne descendant d'une ancêtre commun. Avec leurs partisans et leurs clients, elles formaient des clans puissants.

Déjà au V^{ème} siècle avant J.-C., au temps des 12 Tables, la *gens* avait perdu de son influence politique et de son prestige social.

B. Le principe patriarcal

A la tête de la famille se trouve le *pater familias*. Lui seul représente la personne de plein droit : il est autonome. Sous cet angle abstrait, on peut le comparer à ce que nous appelons sujet de droit. Le *pater familias* est le chef, juge et prêtre de sa famille, qui lui est assujettie.

C. La famille agnatique

La structure ferme et serrée autour de la puissance familiale s'est renforcée. Ne sont parents que ceux qui se trouvent sous la même puissance paternelle ou s'y trouvaient lorsque le *pater familias* vivait encore.

Les liens du sang seuls ne suffisaient pas à créer cette parenté, cette dernière se constituant uniquement du côté masculin. C'est ainsi que la femme entre dans la famille du mari et perd les liens de parenté qui l'unissaient à sa famille d'origine

Au temps de Gaius, la maison familiale demeure un lieu à l'abri des poursuites judiciaires.

2. La puissance paternelle sur les enfants : la *patria potestas*

La *patria potestas* se fonde sur la descendance naturelle et légitime de l'enfant de son père. Ce dernier doit montrer qu'il l'accepte et le reconnaît, et ne peut plus ni l'abandonner ni l'exposer.

La puissance paternelle était illimitée. Toute décision prise concernant une punition grave de l'enfant obligeait le père à convoquer le conseil de famille afin que ce dernier donne son accord en tant que tribunal domestique. Le statut de l'enfant était d'une grande faiblesse, tout dépendait du père qui devait autoriser les actes juridiques accomplis par ses enfants.

3. L'adoption et l'émancipation

La famille exige d'être perpétuée de génération en génération. Le père de famille ne possédant pas de fils né se voit contraint de chercher un successeur, par les actes de l'*adrogatio* et de l'*adoptio*.

A. L'adrogation

En premier temps, l'adoption s'accomplissait par l'adrogation, qui exigeait une décision sous forme de loi. Les comices du peuple étaient convoqués par le grand pontife qui demandait au peuple rassemblé son avis. Par cet acte, le *pater familias* adoptait une personne *sui iuris* ou soumise à un autre père et le considérait comme son propre fils.

B. L'adoption

Les 12 Tables prévoyaient que le fils de famille donné par trois fois en service sortait de la *patria potestas* qui s'éteignait définitivement. Les juristes formèrent un nouveau type

d'adoption : ils permirent d'exécuter ces mancipations d'une traite. La troisième des mancipations libérait le fils de sa famille et le soumettait à la nouvelle puissance de l'acquéreur. Il fallait en outre recourir à un acte ultérieur par lequel cette puissance était reconnue comme puissance paternelle. Cet acte se déroulait devant le magistrat où le père adoptif prétendait que l'enfant reçu était le sien.

C. L'émancipation

L'émancipation se fondait sur les 12 Tables et exigeait qu'on exécutât les 3 mancipations à la suite pour que la puissance paternelle s'éteigne. Après cela, la voie à l'affranchissement était ouverte. Le fils était sous la puissance d'un autre, qui ne pouvait pas l'émanciper. Ce dernier remancipait le fils à son père, qui pouvait à son tour l'affranchir.

4. Le régime paternel dans la famille romaine

C'est le père qui se chargeait lui-même de l'éducation de ses fils, tandis que les filles restaient entre les mains de la *mater familias*. Les enfants étaient élevés dans la tradition propre à leur famille, dans l'orgueil et les vertus qui régnaient dans ces maisons, on leur inspirait le respect de la *res publica*. Le jeune homme noble faisait son apprentissage de la vie publique en se plaçant sous la conduite et l'influence d'une personnalité connue de la république.

5. La tutelle et la curatelle : *tutela et cura*

Il faut prévoir un remplaçant pour le *pater familias* pour ceux qui ont besoin d'aide et d'assistance. La position du *pater* est reprise par le tuteur qui exerce d'une certaine manière la puissance paternelle bien que le statut juridique du pupille soit celui d'une personne *sui iuris*.

A. La nomination du tuteur

Les 12 Tables prévoient déjà comme *tutor legitimus* le parent le plus proche. Mais on ne recourt à cette tutelle légale que dans le cas où le défunt n'a pas prévu de solution particulière.

B. L'activité du tuteur

L'obligation du tuteur ressemble à une gestion d'affaires dans l'intérêt du pupille. On considérait l'action de fin de mandat comme une action de bonne foi. En cas de mauvaise gestion, on utilisait l'*accusatio suspecto tutoris*.

C. La curatelle

Elle remonte aux 12 Tables qui la prévoyaient pour porter assistance aux inaptes (malade mental ou prodigue). Les rapports entre curateur et assisté sont réglés par la gestion d'affaires, aucune action spéciale n'étant prévue.

Chapitre V – Le mariage

1. Le mariage *cum manu* et le mariage *sine manu*

La femme qui se mariait perdait les liens avec sa famille d'origine et entrait sous la puissance du mari. Le mariage qui soumettait la femme au mari tomba en désuétude ; la femme garda son propre statut sans plus entrer sous la *manus* du mari ; elle restait sous l'autorité de son *pater familias* ou était indépendante.

Les juristes romains ne parlent ni de contrat ni d'échange de consentements pour caractériser cette forme d'union conclue pour la vie.

2. Les conditions et la conclusion du mariage

A. Les conditions

- Les époux devaient vivre dans une union conjugale monogame.
- Les partenaires devaient être capables de discernement.
- Ils devaient avoir le droit de contracter un mariage valable (*ius conubii*).
- Mariage prohibé jusqu'au 3^{ème} degré.
- Le consentement était requis.

B. La conclusion

L'acte juridique se limite au règlement de passage du pouvoir au mari, la célébration est liée à des cérémonies somptueuses.

L'acte juridique s'effectue par :

- La *coemptio* (mancipation de la puissance maritale au futur mari)
- L'*usus* (acquisition de la puissance maritale après 1 an de cohabitation)
- La *confarreatio* (mode sacré et religieux ; la femme entre dans la famille et s'associait aux *sacra* et aux *manes* de sa nouvelle famille).

3. Le régime matrimonial et la dot

A. Le régime matrimonial dans le mariage *sine manu*

Dans ce régime, les biens des époux restent séparés. Les deux partenaires jouissant d'un statut indépendant, il s'ensuit nécessairement que chacun peut disposer librement de ses propres biens. Chacun garde ce qu'il a apporté et ce qu'il acquiert pendant le mariage comme il répond aussi de ses propres dettes contractées avant ou pendant ce temps.

B. Le régime matrimonial dans le mariage *cum manu*

Le régime est déterminé par la position que la femme acquiert dans sa nouvelle famille. Réduite au statut juridique d'une fille de famille, tous ses apports tombent dans le patrimoine familial. D'autre part, la femme jouit des mêmes droits que les enfants légitimes, droits ne se réalisant qu'à la succession du *pater familias*, lequel de son vivant peut en disposer librement.

C. La dot

Elle consiste en l'affectation d'un certain patrimoine au mari, dans le but de l'alléger des charges provenant de l'entretien de la femme et des enfants communs. Par conséquent, la dot revient au mari. La dot assure l'entretien de la femme après la dissolution du mariage, par la mort du mari ou par le divorce. Les héritiers ou le mari divorcés sont obligés de la restituer à la femme.

Si la femme était coupable de quoi que ce soit, le mari pouvait s'accaparer une partie de cette dot.

D. Les donations entre époux

Les donations entre époux étaient nulles. Selon la conviction romaine, le mariage ne devait pas permettre à un partenaire de s'enrichir aux dépens de l'autre. Ce n'est qu'à l'époque du 4^{ème} siècle, puis sous Justinien, que furent admises les donations du mari à sa femme.

4. La dissolution du mariage par divorce

A l'époque archaïque, le problème du divorce ne se posait guère, la femme étant intégrée dans la famille comme une fille de famille. Le divorce devint une affaire mineure au temps de la République. Il s'effectuait sans forme prescrite, mais la rupture devait être clairement exprimée.

5. Le statut social de la femme dans la famille

La *matrona* est considérée comme la vraie maîtresse de maison, participant au même statut social que son mari, bénéficiant du même respect et de la même déférence. C'est elle qui élève les enfants en bas âge et qui prend une part éminente dans toutes les affaires familiales. Au premier siècle s'effectue un premier mouvement d'émancipation de la femme.

Auguste introduisit 2 lois :

1. *Lex Iulia de ordinibus maritandis* : interdiction pour la femme adultère d'épouser son complice
2. *Lex Papia Poppaea* : les hommes entre 25 et 60 et les femmes entre 20 et 50 ans devaient être mariés.

Chapitre VI – La capacité civile

1. La jouissance des droits de la personne libre

En droit romain, il fallait avoir le statut d'homme libre, de citoyen et de membre de la famille. Seul le cumul de ces trois statuts forme la capacité juridique entière.

A. Le commencement de la personnalité

Elle commence par la naissance accomplie de l'enfant vivant, dès qu'il est totalement séparé de sa mère et à condition qu'il soit normal. L'enfant qui n'est pas encore né peut déjà être provisoirement sujet de droit.

B. La perte de la jouissance des droits civils

En général, la jouissance des droits civils finit avec la mort de la personne. La perte de la jouissance des droits civils se fait graduellement. Selon un schéma, on distinguait la *capitis deminutio maxima*, qui enlevait la liberté, la *capitis deminutio media*, qui ne concernait que la citoyenneté et la *capitis deminutio minima*, qui se référait au statut de *pater familias* et de *sui iuris*.

2. La capacité de l'exercice des droits civils

La capacité d'exercer des droits et d'assumer des obligations est conditionnée par le statut personnel dont jouit le particulier. Ceci nous amène à distinguer deux problèmes qui déterminent l'exercice des droits et doivent être examinés séparément.

Le premier concerne les limites objectives tracées par les conditions des statuts juridiques : le statut *alieni iuris* des personnes soumises à d'autres, comme l'esclave ou les membre de la famille, et le statut *sui iuris* des personnes autonomes et libres. Le second problème touche à la capacité subjective de celui qui agit. Il doit être capable de mesurer les conséquences de son comportement et apte à décider librement et en toute connaissance de cause, conditions qui dépendent de la jouissance des facultés mentales ainsi que de la maturité du caractère.

A. La capacité d'exercice de l'esclave

L'esclave dénué d'un statut propre ne peut exercer de droits qu'indirectement, à travers son maître. Ils étaient juridiquement relevants si le maître suppléait la capacité manquante de l'esclave par sa propre responsabilité subsidiaire.

B. La capacité d'exercice du fils et de la fille de la famille

S'il est vrai qu'ils pouvaient exercer des droits, leurs engagements étaient risqués. L'exécution se heurtait au *pater familias*.

C. La capacité d'exercice des droits du *sui iuris*

Les restrictions objectives de l'exercice des droits disparaissent dès que la personne obtient le statut *sui iuris*.

D. Les conditions subjectives de l'exercice des droits

La personne doit pouvoir se rendre compte des effets juridiques que ses agissements entraînent. L'enfance (jusqu'à 7 ans), l'adolescence (14 ans pour les garçons et 12 pour les filles) et l'âge adulte (*minores viginti quinque annis* et autres) servent de critères pour la différenciation de la capacité civile.

3. Les sans-droit, les discriminés (esclaves, affranchis, clients)

A. Les esclaves

L'esclavage ne fut jamais véritablement remis en question. Etre considéré comme une personne *sui iuris* impliquait l'appartenance à une communauté qui conférait un statut juridique reconnu. Le stoïcisme posa le premier le postulat de la reconnaissance de la liberté de chaque homme.

a. La source de l'esclavage

La source principale de l'esclavage provient des conquêtes de la guerre. La deuxième source principale est la naissance.

b. Le statut social de l'esclave

La *summa divisio* de Gaius, répartissant les être humaines selon les catégories d'hommes libres et d'esclaves, ne fut jamais remise en cause. Dans la Rome agraire, l'esclave était plus ou moins bien intégré au sein de la famille paysanne. Ce traitement subit de changements profonds avec l'expansion de la petite République qui, au 2^{ème} et 1^{er} siècle avant J.-C., domina le bassin méditerranéen.

c. Le statut juridique de l'esclave

1) L'esclave comme *res mancipi*

Ils font partie des choses qui forment, dans le patrimoine d'une famille, les moyens d'investissement et de travail.

2) L'esclave comme personne : *persona alieni iuris*

Comme il n'est pas rattaché à une famille et qu'il ne possède pas de statut civique, ses actes n'ont aucune incidence juridique directe et n'ont de portée qu'en tant que faits naturels.

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

Certains esclaves jouissaient d'une indépendance relative lorsque leur maître les avait dotés d'un petit fonds en capital ou d'une entreprise pour exercer leurs propres activités. Comme le créancier ne pouvait poursuivre l'esclave en justice, on lui donnait une action directe contre le maître qui assumait ainsi l'obligation contractée par son esclave.

B. Les affranchis et les clients

En général, l'affranchissement était accordé en prime de l'activité, qui leur avait d'ailleurs permis de racheter leur liberté pour eux-mêmes grâce au *peculium* ou qui leur était accordé comme récompense, par legs ou par testament

C. La clientèle

Le patron devait protection et assistance ; les clients, de leur côté, dévouement et fidélités et, s'il le fallait, une collaboration active pour soutenir la politique de leur seigneur.

D. Esclavage, institution de droit ou institution sociale ?

L'analyse de l'esclavage dans l'Antiquité nous fait découvrir deux principes :

- L'exclusion de l'esclave de la communauté de droit ;
- L'esclavage comme assujettissement unilatéral et absolu.

Chapitre VII - Ius, Vis, Fas, Ius Civile et Ius Gentium

A. Premières sources du droit : 451 av. J.-C.

Développement du droit : permanent.

Les romains ont mis sur pied un concept de base qui est toujours valable en droit.

Pourquoi le droit romain est-il encore important aujourd'hui ? Car beaucoup des lois et des règles sont encore valables aujourd'hui.

Les règles du droit romain sont « plus simples » que les règles d'aujourd'hui, car elles sont à l'état brut. La plupart des droits européens (allemand, autrichien, français) ont pour base le droit romain.

B. Ius

(« Droit »)

- En prenant l'évolution du droit, on se retrouve face à un problème : comment le droit est-il né ? À peu près chaque action tombe sous une règle de droit (acheter un sandwich, traverser la rue, etc.). Nous sommes dans une société qui a une masse normative très élevée.
- 6^{ème} siècle av. J.-C. : Les groupes pré-sociétaux avaient aussi des règles (grammaire, expression, comportement). Ces dernières n'étaient pas obligatoires. Cependant, il y avait aussi des règles impératives (qui, au fur et à mesure, devinrent juridiques).
- « Droit » en français : 2 utilisations distinctes :
 - J'étudie le droit : ordre très vaste, général du droit [Domaine général]
 - Langage quotidien : j'ai le droit de faire ça. (L'ensemble d'un certain ordre ou d'une certaine règle me donne un droit ou pas {la propriété, par exemple, n'est pas un ordre général mais un ordre précis}) [Domaine précis]
- À partir de quand peut-on parler d'un ordre juridique ? Lorsqu'éclate un conflit entre 2 personnes et que ces dernières s'adressent à un tiers pour le régler. (S'adresser à une tierce personne est une évolution majeure).
- Le droit était une position de force (ce dernier étant à l'époque oral, le connaître était un privilège). Cependant, le principe de publicité fit son apparition : au 4^{ème} siècle av. J.-C., des lois furent gravées sur les XII tables (*Lex Duodecim Tabularum*). Il s'agit du premier corpus de lois romaines écrites. Ce phénomène est un événement très important dans l'évolution du droit (en Mésopotamie : droit gravé sur une stèle).
- Le passage du droit oral au droit écrit commence, puis se perd à partir du début du Moyen-Âge.
- De nos jours, le droit oral existe toujours (coutumes), mais il ne représente qu'une infime partie du droit actuel.
- De cette évolution (la mise par écrit) sont apparues certaines normes. L'une des plus connues (et des plus reprises par les différentes civilisations) est celle dite du « talion ». Elle apparaît pour la première fois en 1730 av. J.-C. dans le code d'Hammourabi, dans le royaume de Babylone. « *Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto.* » « Si quelqu'un a brisé un membre d'autrui et s'il n'y a pas de transaction, que s'applique la loi du talion. » Explication : en premier lieu, tu dois chercher une solution à l'amiable. Cependant, si les parties ne peuvent pas s'entendre, la personne blessée saisit le magistrat (dénonce le conflit. Le magistrat permet alors à l'attaqué d'attaquer l'attaqueur. Cependant, on recherche avant tout l'équivalence parfaite de la blessure subie et de celle qu'on fait subir. (Par exemple, si quelqu'un me casse le bras, je dois le lui casser de la même

- manière et dans les mêmes proportions). Le magistrat n'intervient pas directement, il vérifie juste que la blessure soit infligée à l'attaquant de la même manière que ce dernier l'a infligée à l'attaqué. Le magistrat est donc passivement actif (tâche de vérification).
- Dans notre société, cette fonction du magistrat est trop discrète : dans notre société, c'est l'autorité qui inflige la sanction, pas la personne attaquée qui inflige la punition. Il en résulte dès-lors une grande opposition entre le droit romain et le droit actuel.
 - Distinction entre droit formel et droit matériel :
 - **Droit formel** : Droit de procédure ; il convient de suivre la procédure qui nous est imposée. Il est nécessaire de passer par un magistrat, qui définira lui-même la sanction.
 - **Droit matériel** : Ce dernier est entré en fonction après le droit formel, et les 2 fonctionnent en parallèle.
 - Droit suisse : Le droit formel est relativement petit par rapport au droit des obligations, pénal, etc. → le droit matériel se développe donc fortement.
 - Quand la transmission était orale, les règles étaient rappelées pendant le procès. Par la suite, le droit sera mis par écrit.

C. Ius et Vis : opposition entre les deux

(« Droit » et « Force »)

- Il s'agit de la différence entre les actes commis de bon droit et les actes commis violemment (dans le sens de non-respect d'un droit).
- Afin que l'on puisse faire la différence entre un acte *ius* et un acte *vis*, certains rites étaient nécessaires. Si ces rites n'étaient pas accomplis, les actes juridiques étaient nuls et pouvaient même, dans certains cas, être considérés comme illicites.
- Exemple : Procédure « *lance et licio* » (procédure du plat et de la corde) :
 - A prétend que B lui a volé quelque chose. A doit se présenter devant le domicile de B avec un plat et une corde (et rien d'autre). Ce rite lui permet d'entrer dans le domicile du supposé voleur et de reprendre l'objet volé (on suppose que le plat était destiné à accueillir l'objet volé, afin de le montrer au public. La corde, quant à elle, était soit pour montrer que l'on était pas armé, soit pour reprendre l'animal [à supposer que l'objet volé soit un animal]). Si on entrait chez quelqu'un sans faire ce rite, il en résulterait une violation de domicile (acte *vis*). L'accomplissement de ce rite permet donc la transformation d'un acte *vis* en acte *ius* (Acte violent en acte de bon droit). Quand on suit la ritualisation, ces actes sont alors autorisés. Le respect de la procédure permet de ne pas être accusé.
- Pour faire valoir son droit, il faut faire recourt à un magistrat.
- Rapport triangulaire :
 - Société fixe un horizon d'attente (accepte certaines décisions ou pas)
 - Magistrat s'exprime dans l'horizon d'attente de la société
 - Parties : entendent et subissent les décisions.
- Ce triangle n'est pas fixe, mais tourne, ce qui a pour effet de créer de nouvelles normes et d'en modifier des anciennes (→ manière de former le droit)

D. Rapport entre Ius et Fas

(« Le licite », « Ce qui est permis par la loi divine et naturelle »)

- *Fas* renvoie à ancien problème : que fait-il mettre dans un ordre juridique ou pas ? Il s'agit d'une question d'ordre philosophique. Mettre des règles d'ordre moral ? Religieux ? Juridique ?

- Point de départ : est-ce-que Dieu existe ?
 - Non : le problème ne se pose pas (il n'y a pas d'instance qui puisse nous punir)
 - Oui : Je ne peux pas faire n'importe quoi ; je ne peux pas mettre n'importe quoi dans un ordre juridique.
- Remonter à la fondation de Rome : Romulus trace un cercle imaginaire à l'endroit où il imagine les frontières de la ville. Pourquoi pas un mur normal ? Il y a un problème d'ordre spirituel : il ne veut pas froisser les esprits qui habitent dans ce cercle, et les prévient donc qu'à l'intérieur de ce périmètre, il y aura certaines règles. Il y a donc un lien théologique.
- **Contrat de mandat, de société, de fiducie : le mandant est faible et le mandaté est fort.** Il y a donc un déséquilibre à l'intérieur du contrat, mais ce déséquilibre est inhérent à ce dernier. Pour les romains, Jupiter protège ces 3 contrats. Celui qui abuse de sa position dominante est donc puni par Jupiter. Ladite personne est expulsée des rapports sociaux, elle est mise en marge de la société. Pourquoi ? Pour que seule cette personne soit punie, et que le reste de la société ne soit pas affecté par la punition des dieux (Rapport entre *ius* et *fas*).
- **Jours néfastes : jours pendant les affaires publiques (juridiques incluses) ne pouvaient être réglées ; aménagement entre religion et justice.**
- ***Res divini iuris* : Les choses de droit divin ; il s'agit de choses que l'on ne peut pas acheter, qui ne se trouvent pas dans le commerce, ou qui sont sacrées** (tombes, sépultures, etc.).
- 2 ordres :
 - Ordre *fas* : ensemble de règles qui s'imposent à l'ordre juridique (interdiction de juger certains jours, lieux sacrés, etc.).
 - Ordre *ius* : doit respecter l'ordre *fas*, mais va au-delà de ce dernier, car il propose des règles qui ne sont pas traitées dans l'ordre *fas*.

E. *Ius Civile* et *Ius Gentium*

(« Droit civil et droit des gens »)

- ***Ius civile* : Droits de toute une civilisation** (romaine, athénienne, etc.). Chacune des sociétés a ses propres règles et coutumes. Il y a cependant un problème lorsque les gens commencent à voyager : les athéniens voyagent avec le droit athénien, les romains avec le droit romain. Quand un romain conclut un contrat avec un athénien, quel droit prévaut ? **Afin de régler ce problème, d'autres lois ont été nécessaires : les rites que les romains faisaient entre eux n'étaient pas les mêmes que ceux qu'ils faisaient avec les athéniens. Les droits étaient dès-lors liés par une entité supérieure, plus seulement par le droit romain.**
- ***Ius gentium* : Il s'applique à tous les êtres** → 2 ordres juridiques en parallèle. Il y a eu la création d'une catégorie fondamentale pour l'ensemble des gens : ils partagent tous la même « *ratio* » (race ; ce sont tous des humains). Dès ce moment-là, on discute du droit **sous un angle rationnel. Apparition par la suite du « *ius nature* »** (droit de la nature, sous l'empire de Dieu, ce dernier ayant créé cette dernière de manière rationnelle). L'homme reconnaît des normes inscrites en lui par sa nature rationnelle et qui sont par là universelles.

Chapitre VIII : La chose comme objet de possession et de propriété

A. Généralités

Si on prend le droit des choses, le français connaît une polysémie pour le mot « chose ». Par quelle notion de droit on définit ces droits réels ?

1. Domination de chose : lorsqu'on donne un droit réel à quelqu'un, on lui donne un droit de domination, un pouvoir sur la chose ; il s'agit généralement d'un pouvoir exclusif, avec certaines exceptions (cf Art. 641 CCS). Le propriétaire d'une chose peut en disposer librement dans les limites de la loi.
 - a. Liberté de disposer : le propriétaire peut garder la chose, la détruire, la louer à quelqu'un, la vendre à quelqu'un, etc.

Le droit romain avait le même concept, et c'est probablement en droit français que l'on a la définition la plus radicale : il s'agit d'un droit absolu !

« On a le droit de manger (et détruire la nourriture) car on l'a achetée. »

En tant que propriétaire, on peut restreindre l'accès au autres ou son usage.

Notion médiévale : « *ius in re* » ; le droit est dans la chose

Le droit des obligations est un droit qui nous oblige (logique...) (contrat de vente). La conclusion du contrat est une obligation (forcer à vendre et forcer à payer). Il s'agit cependant d'un droit relatif ; il est uniquement valable avec le vendeur, et pas avec le voisin.

Droit réel : valable avec tout le monde

Droit des obligations : rapport relatif (seulement avec les personnes concernées) (3 éléments : acheteur, vendeur, objet du contrat ; on conclut souvent un contrat pour obtenir des droits réels). « *Ius ad rem* » : on a le droit A une chose, pas encore SUR une chose.

Droit réel : qu'est ce que le juriste entend comme « chose » (*rei*)? Le juriste doit retenir certains critères :

1. Maîtrise de fait (possession)

C'est une expérience permanente : on tient quelque chose entre les main ; il s'agit donc de la possession au sens matériel, de la maîtrise effective. A partir de quel moment la maîtrise de fait cesse-t-elle ? A voir plus tard dans l'année.
2. Maîtrise de droit (propriété)

La propriété ne suppose pas que l'on puisse maîtriser physiquement. C'est une notion abstraite de laquelle découle un droit. C'est l'ordre juridique qui protège dans la notion de propriété. Le propriétaire domine sa chose n'importe où, n'importe quand

Ce sont donc 2 notions complémentaires !
3. Les juristes utilisent encore 2 critères :
 - a. L'utilité : il peut s'agir d'une utilité psychologique ou physique.
 - i. *Utili in patrimonio*
 - ii. *Utili extra patrimonium*
 - iii. *Utili in commercio*
 - iv. *Utili extra commercium*

1. La chose de droit divin : le tombeau (ne respecte pas ces cas)

Les choses sacrées : les temples (ne respecte pas ces cas)
Les choses saintes : les enceintes d'une ville (ne respecte pas ces cas)
2. Les choses publiques n'entrent ni dans les patrimoines ni dans le commerce.

3. *Res communes omnium* : les choses communes à nous tous, à égalité (rivages, eau, air, etc.) Problématique, notamment dans les cas de protection de l'environnement, car la protection passe par le droit de la propriété. Jusqu'aujourd'hui, les eaux internationales sont extrêmement difficiles à protéger.
- b. La maîtrisabilité : on doit pouvoir la dominer d'une façon ou d'une autre (on ne peut pas dominer la mer ; la mer n'est donc pas une chose au sens juridique du terme).
 - i. Quand une chose est-elle maîtrisable ?
 1. Tangible (on doit pouvoir toucher les choses)
 2. Délimitée (la mer : elle n'est pas délimitée de manière précise)
 3. Singulière (il faut pouvoir la désigner comme « tel ou tel objet »)

Les juristes savent que ces catégories sont générales pour nous orienter, mais elles ne suffisent pas. Il faut donc trouver des catégories plus restrictives.

Il cartographie ce qu'est une chose. Malheureusement, ce n'est pas très précis, mais cela nous donne plusieurs repères.

1. Chose corporelle/incorporelle (que l'on peut toucher ou qui sont quand même sujettes de droits réels {les droits, les successions [le droit successoral], les créances [exécution d'une créance]})
2. Chose fongible/non-fongible (que l'on peut remplacer facilement ou pas) (P. 162) Ce critère change complètement les obligations du débiteur (objet déterminé ou pas {→fongible}); Non-fongible : immeuble, œuvre d'art, etc.
 - a. Chose de genre/d'espèce : elle ne se réfère pas à une empreinte physique (aucun support matériel). Elle relève uniquement des parties. Exemple : achat de cigares : Roméo et Juliette n°17 et une boîte.
Si c'est une histoire de genre : n'importe boîte qui correspond.
Si c'est une histoire d'espèce : La boîte de la collection de Winston Churchill ; on donne des critères qui ne permettent pas de distinguer une boîte normale et une boîte de Churchill, qui pourrait être facilement remplacée, mais l'inconscient joue un rôle prépondérant.
3. Chose consommable/non-consommable : Se consomme ou ne se consomme pas ; malgré cette simplicité, il peut y avoir des divergences. Un ordinateur est-il un consommable ? Les juristes définissent un objet consommé lentement comme un non-consommable. Quid de l'argent ? Une pièce de 5.- ne change pas matériellement quand elle atterrit dans une caisse. Par contre, par rapport à moi, il y a un changement ; il disparaît du porte-monnaie ; les romains ont décidé que l'argent était un consommable.
4. Chose simple/composée : Chose simple : unité naturelle dans laquelle on ne peut distinguer les parties séparables. Tout est retenu par une même force de cohésion (*henomenon*)
Choses composées :
 - a. Eléments qui se touchent (*synemmenon*) ; on parle de *corpus ex contingentibus* (corps composé d'éléments contigus) ou d'*universitas rerum cohaerentium* (ensemble de choses cohérentes)
 - b. Eléments distants les uns des autres mais englobés sous un nom générique (légion) ; on parle de *corpus ex distantibus* (chose collective composée de plusieurs corps matériellement séparés)
5. Chose divisible/indivisible : Divisible : sans porter atteinte à la chose. Chose divisible : liquides.

Héritage : fond mobilier : on le scinde en 3 ; les tableaux de maîtres : on donne le tableau à un, on compense les autres financièrement.

6. Chose principale/accessoire : Les choses accessoires consistent en objets mobiliers qui sont affectés à l'usage et au service durable d'une chose principale. Si l'on veut transférer le fonds ET les accessoires inventoriés comme un ensemble, il faut prescrire par une *clause spéciale* qu'ils doivent être considérés comme une unité (*fundus cum instrumento*, fonds aménagés).
7. Frugifère : Notion de fruits étendue aux produits qui, sans se renouveler, se diminuent que peu la substance de la chose frugifère (graviers d'un ancien lit de rivière)
Fruits civils : revenus réguliers d'un fermage.
Intérêts du capital : relèvent de la catégorie des prestations sur promesse et non de celle des fruits civils.
8. *Res mancipi* et *res nec mancipi* : Se réfère au mode d'acquisition.
Res mancipi : procédé formaliste de la *mancipatio* ou de l'*in iure cessio*, qui soulignent l'importance du bien acquis. *Res mancipi* : biens fondamentaux d'une société rurale. (Immeubles, bétail, esclave)
L'aliénation de ces biens exigeait une certaine publicité (présence de témoins [*mancipatio*], intervention du prêteur [*in iure cessio*])
Cette distinction perdit son importance et fut supprimée sous Justinien. Aujourd'hui : autre distinction semblable : l'exigence de forme liée au transfert des immeubles (forme notariale)
9. Rapport entre *in patrimonio* et *in commercio* : le patrimoine est constitué de choses qui ont une valeur (notion d'utilité). Comment détermine-t-on la valeur ? Par rapport au commerce ; Chaîne *utilité* → *valeur* → *commerce*. Pour un objet qu'on casse, on réclame l'*ombre* de l'objet, à savoir la valeur qu'il aurait eu.

B. Propriété et possession

Distinction entre maîtrise de fait et possession ;

Maîtrise de fait : on domine quotidiennement des objets ;

Maîtrise de fait et maîtrise de droit : p. 169 : on peut distinguer ces 2 concepts : il y a un rapport en genèse entre la possession et la propriété, car la possession est une expérience quotidienne que nous faisons. Cependant, la possession intervient avant la propriété.

La possession s'exprime aussi en dehors de la société humaine ; c'est donc un droit naturel.

On a l'impression que détenir un objet dans la durée nous donne une prérogative sur la chose ; il y a donc une expérience qui nous fait penser que nous pouvons d'avantage prétendre à une chose que ceux qui ne la maîtrisent pas → origine de la maîtrise de fait.

Maîtrise de droit : il s'agit uniquement d'un concept ; la propriété n'a pas de support matériel ; il est impossible de voir de l'extérieur que quelqu'un est propriétaire → concept beaucoup plus abstrait que la maîtrise de fait.

La possession (p. 169) est « dérivée de la position de celui qui est sur un siège, parce qu'elle est occupée naturellement par celui qui y est placé. » ; passage extrait du digeste, il s'agit de JURISPRUDENCE ! Il ne s'agit pas d'une définition, mais d'une IMAGE !!!

Peu de définitions → jurisprudence (extrait de cas → pas de définition possible)

p. 169 : le possesseur domine sa chose comme celui qui est assis domine sa chaise. Lorsque l'on est assis sur une chaise, il n'y a qu'une seule personne à un seul endroit → maîtrise de l'objet (ou de la partie de la chaise sur laquelle on est assis).

L'image est cependant trompeuse, car elle ne correspond pas à la situation pratique ; Ex : Location d'un appartement avec d'autres étudiants : Tous dans le salon, ustensiles de cuisines dans la cuisine : qui des 3 domine les objets ? Personne → Les romains n'ont pas accepté la copossession, mais il est accepté dans les droits suisse, allemand, autrichien, etc.

Problèmes à régler :

1. Comment devenir possesseur ?
2. Lorsque je suis possesseur, quels sont mes droits ?
3. Lorsque je suis possesseur, quels sont mes droits pour défendre ma possession ? (Puis-je intervenir ? Poursuivre la chose ? L'arracher à quelqu'un qui me l'a volée ?)
4. Par rapport à la propriété : le fait de posséder dans la durée a une conséquence sur la propriété ? REponse : OUI !!! Si quelqu'un a la maîtrise effective d'un objet (en plus de certaines conditions) la personne devenait propriétaire, car nous dépendons du monde matériel extérieur.

Il est très dangereux dans une société lorsque la situation juridique d'un objet n'est pas claire ; la personne qui domine un objet est présumée possesseur. Le possesseur est présumé propriétaire → Assurance du statut juridique d'un objet → pas laisser de doutes sur la propriété ; en revanche, il ne s'agit que de PRESOMPTIONS !!! Une autre personne peut apporter des preuves pour contester ces présomptions.

Droit mobilier : En droit romain, lorsque la personne domine pendant une année, il devient propriétaire

Droit immobilier : Lorsque la personne possède pendant 2 ans (maîtrise matérielle), il devient propriétaire.

Rapprochement possession – propriété :

- Possession : rapport clair ; propriété : rapport abstrait
- *Mancipatio* : (transfert de propriété) « pièce de théâtre » ; A : veut se débarrasser de sa propriété ; B veut le devenir
- B saisit l'esclave par l'épaule et dit « (phrase p. 170) »
- Saisir pas l'épaule : prise de position
- Phrase : Je me trouve dans la position qui fait que l'ordre juridique romain détermine un propriétaire
- Distinction entre possession matérielle et juridique
- Droit suisse : on aurait saisi l'objet et « je déclare que cette chose m'appartient au sens du Code Civil Suisse. »
- Rapprochement entre possession et propriété :
 - Possession : geste matériel
 - Propriété : phrase.

Droit romain : pas de définition ; question : comment savoir quels sont les droits de propriété ?

- Lire le digeste
- Voir si un cas concret correspond à la situation (prendre autant de cas que nécessaires)

- Au travers de la lecture : casuistique de ce que le propriétaire peut faire.

Droit suisse : très différent ; aujourd'hui : démarche philosophique (Kant) : « Il y a un seul roi inné : la liberté » (coup de tonnerre dans l'Europe juridique). Le code le plus proche rédigé par la suite : le Code Civil français ; révolution française : Liberté, Egalité, Fraternité (ce qui va forger le concept de liberté actuelle) : le propriétaire peut faire ce qu'il veut de la chose, pour peu qu'elle lui appartienne, et dans les limites de la loi

→ 2 concepts différents, mais les contenus normatifs sont très proches, parce que les 2 conceptions de propriété (droit romain et droit suisse) sont très proches ; les énumérations en droit romain nous permettent par exemple de comprendre les droits réels limités :

- Exemple : le droit de passage que B accorde à A de passer sur son champ (jurisprudence : choix que B décide de faire.)

Différence entre propriété et possession :

- Ulpianus : « La propriété n'a rien en commun avec la possession »
- (p. 173 : D = le Digeste [533 après. J-C, sous Justinien] ; 41 = livre 41 {total : 50 livres} ; 2 = titre 2 du livre 41 ; 12 = 12^{ème} bloc de fragment, 1 = *leges*)
- Paul : « La possession est de l'ordre du fait, et non de l'ordre du droit »
- Ulpianus : « Il faut nettement séparer la possession de la propriété. Il se peut en effet que quelqu'un soit possesseur sans être propriétaire et qu'un autre soit propriétaire sans avoir la possession. Mais il arrive aussi que le propriétaire et le possesseur soient la même personne. » ; Doit être considéré comme la règle.
- Souvent, le porteur d'un droit ne porte pas l'autre droit ; sur le plan juridique, cela signifie que le propriétaire a certains droits, et que le possesseur a d'autres droits → les 2 se complètent !!! En cas de problème et que l'on a les 2 droits, on peut utiliser les 2 droits de défense ; si l'on ne possède qu'un droit, on ne peut se défendre qu'une façon.

Différentes fonctions de la possession : (+ cf. résumés)

- **Occupatio** (1. Le poisson nage librement ; 2. Le pêcheur l'attrape {le poisson n'appartenait à personne} ; 3. A travers la prise de possession il devient propriétaire) Paul, p. 174
- L'**usucapio** : mécanisme qui fait du possesseur le propriétaire après un certain temps ;
 - Droit mobilier : En droit romain, lorsque la personne domine pendant une année, il devient propriétaire
 - Droit immobilier : Lorsque la personne possède pendant 2 ans (maîtrise matérielle), il devient propriétaire.
 - On est possesseur, mais pour prouver que l'on est possesseur, il faut se servir du titre en vertu duquel on possède (contrat de vente, donation, succession, bail, etc.)
- La fonction de la possession dans l'acquisition de la propriété : **on devient propriétaire à travers la prise de possession ; la possession est nécessaire pour la propriété.**
- Procédure : la possession génère une présomption de propriété ; Celui qui aura l'apparence de la possession aura l'objet du litige pendant le procès ; le fardeau de la preuve est réglé par la présomption.

La possession en elle-même :

- Il y a 3 catégories qui dépendent toujours de l'état d'esprit :
 - **Possession en nom propre**

- C'est celui qui veut posséder pour lui-même ; l'état d'esprit est « je possède pour moi ».
- L'usucapion : j'achète un cheval, mais je dois l'usucaper pendant un an.
- **Possession au nom d'autrui** : cas de figure dans lequel on sait qu'on devra transmettre la possession à quelqu'un d'autre.
 - C'est quelqu'un qui a l'état d'esprit de posséder, mais pas pour soi-même (→ temporaire)
 - Le séquestre : on confie l'objet d'un litige à une personne qui doit la garder jusqu'à ce que ledit litige soit réglé (on donne le droit de possession mais uniquement de manière temporaire)
 - Le créancier gagiste (concept du gage, de la caution)
 - Le précariste :
 - Patriciens donnaient des fonds aux clients qui le leur avaient demandé ; il fallait que les clients soient protégés pour travailler → précariste = défenseur, mais il ne pouvait pas se défendre contre son propre patron.
 - 2 autres cas : l'*ager vectigalis* et l'*emphyteusis* : propriétaires des terres : peuple, empereur ou villes, qui les concédaient aux particuliers.
- **Le détenteur** (qui n'est pas un possesseur)
 - Opposé de la possession en nom propre
 - Pas de volonté de posséder
 - Exemple : je veux faire passer un objet pour qu'il passe à une personne de l'autre côté de l'auditoire : on ne fait pas passer l'objet en se considérant comme propriétaire ; cependant, on a l'apparence de posséder. Le seul critère pour différencier le possesseur et le détenteur est l'état d'esprit.

Le problème de la *Iusta Causa* :

- Elle est liée à la preuve que l'on doit produire pour prouver que l'on est propriétaire.
- Exemple : le voleur détient un objet volé dans l'état d'esprit de vouloir posséder pour lui-même ; possession en nom propre, mais pas de *iusta causa*. Le vrai propriétaire ne peut, en revanche, plus prouver qu'il est possesseur, car l'objet n'est plus en sa possession.
- Exemple : commission : quelqu'un nous aide à porter un sac ; le ticket de caisse est la *iusta causa*.
- Juristes romains construisent un parallèle entre la justification de la propriété et la justification de la possession.

Lorsque quelqu'un usucape une chose et devient propriétaire, quel est son titre à lui ? Il s'agit de l'usucapion.

C. Distinction entre *animus* et *corpus*

- *Animus* = état d'esprit
- *Corpus* = corps

- **Lorsqu'on observe de l'extérieur, on n'a pas nécessairement toutes les indications sur l'état de droit** (exemple : faire passer un stylo à travers la salle ; la personne qui l'a dans les mains n'a pas la volonté d'être possesseur, par opposition à quelqu'un qui écrit avec un stylo).
- Pour être possesseur, il faut donc être *animus possidendi* (volonté d'être possesseur). Sans elle, on n'est pas possesseur. L'intention de la personne impliquée est donc un élément important.
 - Problème de la vérification : comment faire pour savoir si la personne veut posséder ou pas ? Il faut regarder les différentes attitudes de la personne envers l'objet (prêt à le défendre, etc.) → éléments externes pour déterminer les éléments internes. Cette volonté pose donc problème.
- Corpus=maîtrise effective de l'objet : je le domine, je veux le dominer → je suis considéré comme le possesseur. Mais qu'est ce qu'une domination effective ?
 - Avoir l'objet entre les mains ;
 - Objet à 1m : la maîtrise diminue, mais suis-je toujours possesseur ? Oui
 - **Même si il n'y pas le corpus, il faut que l'animus reste pour être considéré comme possesseur. Est-ce que je peux reprendre la possession de l'objet ?**
 - Si on a l'espoir de retrouver l'objet (en période de décrue), on en reste propriétaire. En revanche, si même en période de décrue on ne peut avoir l'espoir de la retrouver, on perd la possession.
 - **Tant qu'il existe un espoir, on reste propriétaire (droit autrichien)**
 - Problème : qu'est ce que l'espoir ? On résonne au sens objectif (→ rester dans le domaine du raisonnable).
- Chez les romains : différentes expressions qui permettent, aujourd'hui, de comprendre.
- L'alpage : est-ce que je reste possesseur de l'alpage, même si je le quitte 6 mois et que quelqu'un revient avant moi ?
- Le dépositaire : je remet une chose en dépôt à quelqu'un d'autre ; selon le droit romain, le déposant reste propriétaire. Tout à coup, le dépositaire devient déloyal et veut garder la chose : est-ce qu'il suffit que le développement de l'*animus possidendi* se développe ou une autre action est-elle nécessaire ?
- Propriétaire d'un bien immobilier : sur ce terrain, il y a un trésor : suis-je propriétaire du trésor, même si je ne sais pas que le trésor est là ?
- **Qualification de la possession** : on distingue
 - **La possession en nom propre** : je possède pour moi même et je le veux.
 - **La possession au nom d'autrui** :
 - Séquestre
 - Créancier-gagiste
 - Précariste (transmission du droit de possession temporaire)
- **Mode d'acquisition de la possession** :
 - **Acquisition originelle** : je suis à l'origine de mon acquisition ; je crée moi-même mon droit de possession (occupatio [attraper un poisson])
 - **Acquisition dérivée** : quelqu'un d'autre me transfère son droit de possession (j'obtiens mon droit par l'intermédiaire de quelqu'un [contrat de vente])
- **Droit romain : pas de copossession ; droit suisse : la copossession existe** → Le bailleur est le possesseur originaire ; le locataire est le possesseur dérivé.
- **Collision entre le vocabulaire entre le droit romain et le droit suisse.**
 - **Droit romain : possesseur et SEUL possesseur**
 - **Droit suisse : copossession (bail)**
- Comment est-ce que j'acquiers, je maintiens et perd la possession ?

○ **Acquisition originaire :**

- P. 190 – Paul – D. 41, 2, 3, 1: il faut l'animus ET le corpus ; je ne peux pas acquérir la possession uniquement avec l'animus ou uniquement avec le corpus.
 - Hypothèse : « animo solo » : je veux ça et ça m'appartient → problème : transformation en réalité juridique d'un simple souhait.
 - Hypothèse : « corpore solo » : je tiens quelque chose entre les mains et je deviens possesseur
 - **Il faut donc toujours animus ET corpus** → exigence fondamentale !
 - Comment cela se passe-t-il pour dominer un fond immobilier ? Il faut prendre possession en mettant un pied sur le fond et ce contact matériel représente le corpus. Il faut en plus la volonté de posséder.
- P. 191 – Paul – D. 41, 2, 3, 18 : le dépositaire est indélicat et veut devenir possesseur à notre place : quels sont les actes auxquels il doit se livrer pour devenir propriétaire ?
 - **Il suffit de déplacer l'objet en plus de la volonté.**
 - Fragment pose un problème : s'il s'agit d'un bijou, et qu'on le met dans un coffre : on a la domination matérielle exclusive, mais l'on ne devient pas possesseur. Lorsque le détenteur dépositaire devient indélicat, il commet un vol. Or un vol suppose que l'on prenne l'objet pour le déplacer.
 - Conception forte de corpus.
- P. 191 – Paul – D. 41, 2, 3, 3 : **Règle générale : il faut corpus et animus.** (C'est une règle constante en droit romain). Pour se défaire de la possession, un des deux peut suffire. **Phrase 2 : comme le fond m'appartient, j'ai aussi le corpus sur ce qui est DANS ce fond. (corpus faible). L'animus reste cependant nécessaire. Cette jurisprudence reste contestée (FRAGMENT 1); Le corpus doit être direct et on doit pouvoir le déplacer. (FRAGMENT 3); en usucapant le fond sur lequel il y a un trésor, on en devient possesseur (FRAGMENT 2 – DROIT SUISSE)**
- **Problème** : on invente un concept juridique, qui est bien délimité. Si on a un cas à trancher qui est proche de ce concept, mais il ne fait pas partie du concept.
 - La jurisprudence peut dire qu'on peut quand même le traiter. Mais le concept de base et bien délimité deviendra flou → peu de dureté dans le concept, mais peu de concept → **Proculus**
 - On invente un nouveau concept pour chaque nouveau cas. → Concept très dur, mais beaucoup de concept → **Sabinus**
- P. 192 – Paul – D. 41, 2, 1, 3 :
 - La personne n'a pas de véritable animus ; cette personne peut-elle quand même posséder ? En principe, NON (Personne qui dort ne veut pas forcément posséder). On peut remplacer la volonté de la personne par la volonté du tuteur. Est-ce raisonnable ? Partie 2 : Remise en question : un pupille peut être

- capable de volonté → pas un problème de majorité, mais de volonté (aujourd'hui : enfant concerté dans le cas du divorce)
- Acquisition originaire : c'est une possession qui n'est pas transmise par quelqu'un d'autre.
 - Acquisition dérivée
 - Remise directe :
 - Problème : objets encombrants/biens immobiliers.
 - Il n'est pas commode de se rendre quelque part pour prendre possession de la chose.
 - Remise dans la sphère/remise des moyens de possession
 - Exemple : boîte aux lettres
 - P. 194 – Celsus – D. 41, 2, 18, 2
 - Livraison à domicile : possesseur, même en cas d'absence ? **Oui, car dans notre sphère.**
 - Boîte aux lettres : même sans la connaissance de l'arrivée, on est quand même propriétaire
 - → Marge assez large
 - **Moyens de possession : celui qui abandonne l'objet ne donne pas l'objet, mais le moyen d'accès audit objet.**
 - P. 194 – Gaius – D. 41, 1, 9, 6
 - **Art. 922 al. 1 CCS**
 - *Longa manu traditio*
 - P. 194 – Celsus – D. 41, 2, 18, 2
 - On tient compte du fait que la prise de possession est très relative ; on ne touche pas le fond avec le pied, **mais avec le regard**
 - Mécanisme d'extension des formalités
 - P. 195 – Iavolenus D- 46, 3, 79
 - Il faut que la personne à qui doit quelque chose aye un accès direct à la chose.
 - Poser l'argent sur la table et partir : si l'argent est sur la table, le café est déjà payé.
 - *Brevi manu traditio*
 - Il s'agit du mécanisme inverse : on nous « raccourcis » la main.
 - L'idée/contrainte pratique : dans certaines circonstances, il n'est pas justifié de recourir à la manière traditionnelle.
 - Ex : propriétaire d'un appartement qu'on loue à un locataire : le bailleur est le possesseur et le locataire est détenteur (différence avec le droit suisse [possesseur dérivé]). On a envie de vendre au locataire : le locataire devrait nous remettre l'appartement pour qu'on le lui remettre ensuite → pas pratique ; pourquoi lui faire quitter l'appartement pour le lui retransmettre ?
 - **C'est la simple volonté des 2 parties qui transfère la propriété. Le contrat de vente contient un consensus : le vendeur veut se défaire de l'objet ; l'acquéreur veut acquérir l'objet. L'acheteur devient possesseur sans que la chose n'ait été transférée matériellement. C'est donc une entorse à la remise de l'objet classique. (Pp. 195 – 196).**
 - Le constitut possessoire.
 - **P. 196 : différentes règles du fragment :**

- Les donations entre époux étaient interdites ; les romains se méfiaient des grandes émotions possibles entre les conjoints.
- Contrat de bail : permet à la femme de rester dans le fonds, mais à un autre titre.
 - Phase 1 : Mr : / ; Mme : Prop + Poss
 - Phase 2a : Mr : Prop + Poss ; Mme : /
 - Phase 2b : Mr : bailleur ; Mme : locataire
 - Peut-on admettre qu'une personne puisse devenir possesseur sans l'avoir jamais vu ? Oui, car il y a une volonté réciproque.
- L'action en revendication : Mr. veut devenir propriétaire, cependant le propriétaire est toujours possesseur.
 - De manière générale, toute modification de la propriété sans que cela puisse se voir est problématique. Avec le constitut possessoire et la brevi manu traditio, il y a un problème : l'apparence reste la même, ce qui peut poser problème lors de la conclusion d'un contrat. Ce problème peut cependant être résolu avec le registre foncier.
 - En droit moderne : Art. 922 al. 2 CCS : transfert de propriété par la simple volonté est consacré !
 - En droit moderne : Art. 924 al. 1 CCS : L'idée d'une acquisition sans tradition spéciale est acceptée. Pour le constitut possessoire, le propriétaire doit garder une possession à titre spécial.

D. Le maintien de la possession

- Idée de base : corpus et animus ; il y a cependant des cas exceptionnels à examiner, pour trouver les limites de corpus et d'animus.
- Il faut garder à l'idée que la possession est faite pour durer ; les règles pour le maintien de la possession ont donc un aspect conservateur pour la possession.
- Art. 921 CCS : « La possession n'est pas perdue, lorsque l'exercice en est empêché ou interrompu par des faits de nature passagère. » (Exemple : manteau sur un porte-manteau.) Droit autrichien : espoir raisonnable de redevenir possesseur.
- Droit romain : casuistique très riche :
 - P. 199 – Gaius – Inst. IV, 153
 - On a quitté son domicile : en sommes-nous encore possesseur ? Gaius et droit civil : OUI.
 - Cela est vrai même si on partage l'appartement avec une autre personne, même si ladite personne est plus proche de nos affaires.
 - Élément important : a-t-on l'intention de retourner dans l'appartement ? Si oui, on a toujours l'animus possidendi (animo solo).
 - En revanche, si on ne pense plus retourner à notre domicile, on perd la possession (perte de l'animus possidendi) (plus de corpus ni d'animus ; droit suisse : registre foncier empêche ce mécanisme)
 - Le tout a un aspect problématique : si on est assis ici, qui peut savoir ce que l'on a vraiment comme intention ? impossible à dire → faiblesse de la possession ; impossible de savoir si l'on a toujours l'animus possidendi. On peut donc extrapoler.
 - P. 199-200 – Pomponius – D. 41, 2, 25, 2

- Situation : on fait un voyage à la fin des études. On revient et trouve quelqu'un dans notre appartement : qui est possesseur ?
- On a l'animus, mais l'intrus a le corpus ; on ne sait pas si l'intrus a l'animus possidendi.
- Solution avec plusieurs issues :
 - Si on va reprendre l'intrus et que la personne part, pas de problème ;
 - Si on met la personne dehors, on est possesseur ;
 - Si l'intrus nous met à la porte : on perd la possession (perte de corpus, mais pas d'animus)
 - Renonciation à reprendre l'appartement avant même d'essayer de mettre la personne dehors : perte de possession, car on perd l'animus en renonçant à aller « se battre »
 - Le problème est celui de l'apparence au moment où on retourne à son appartement. Pour Pomponius, il n'y a pas ce flottement. C'est là que le fragment de Paul nous aide (cf. infra p. 201).
- P. 200 – Paul – D. 41, 2, 4, 11
 - Comment est-ce que je maintiens la possession ? Animo solo.
- P. 201 – Paul – D. 41, 2, 46
 - Problème entre apparence et juridique : tant que je ne le sais pas, je reste possesseur (conservateur).
 - Animus n'est pas clair, il varie entre court et long terme. Le fait que l'on entre dans l'alpage pour se protéger de la pluie ne justifierait pas une perte de propriété.
 - Laisse une dernière chance de défendre l'objet.

E. La perte de la possession

- Celui qui perd corpus et animus n'est plus possesseur (généralement)
- P. 201 – Paul – D. 41, 2, 3, 6
 - On peut perdre la possession par la simple intention.
 - 2 éléments :
 - 1 : je perds la possession lorsque je perds l'animus (règle générale) ; L'image utilisée est mauvaise : cette idée de conserver corpus mais pas animus est sûrement fautive ; aucun changement de l'extérieur ; changement d'avis répété. → Insécurité pour la possession ; on ne connaît pas l'état d'esprit de la personne.
 - 2 : Il y a une asymétrie entre gain et perte de la possession ;
 - acquisition : animus et corpus
 - perte : par la perte d'un seul des 2 éléments.
 - Correctif : p. 202 – Paul – D. 41, 2, 3, 9
 - Je perds la possession lorsque j'en abandonne le corpus. Condition : je dois aussi abandonner animus.
 - Contraire de D. 41, 2, 3, 6.
 - Pour perdre le fonds, il faut faire un signe extérieur en plus de penser que l'on veut le perdre, ou se faire mettre dehors.
 - Théoriquement : on peut abandonner la possession par l'animus
 - Pratiquement : on doit donner un signe extérieur en plus.
 - Nous devrions signaler la volonté de garder ou pas l'objet.

- P. 202 – Paul – D. 41, 2, 3, 13
 - Règle dure, puis assouplissement de cette dernière.
 - Exception : un esclave en fuite reste la possession de son maître tant que personne n'en prend la possession
 - Vase/bétail : idée de maîtriser ou de pouvoir maîtriser quand on le veut : reste possession tant que l'on peut le retrouver et donc le remaîtriser.
 - La perte de possession ne dépend pas de la prise de possession par quelqu'un d'autre. La perte de la possession ne dépend pas d'une reprise. Il s'agirait juste d'une chose sans maître.
 - Si on égare quelque chose chez soi, on en reste quand même possesseur, à condition de pouvoir le retrouver avec une recherche sérieuse (plus de corpus)
- P. 203 – Gaius – Inst. II, 51
 - On peut perdre la possession si on ne s'en occupe pas. A ce moment-là, on a un délai d'usucapion de 1 an (mobilier) ou 2 ans (immobilier). (partie 1)
 - Si quelqu'un meurt sans héritier : usucapion possible
 - Abandon volontaire : quelqu'un d'autre peut le reprendre
- Acquisition par un tiers :
 - Réponse générale : NON, mais beaucoup d'exceptions.
 - Exceptions :
 - Personnes de la même famille : Pater familias peut autoriser fils/ fille/ esclave d'acquérir la possession pour lui. Dans ce cas, le pater familias doit ratifier l'acquisition ex-post.
 - Droit suisse : Je cuisine et ai oublié le citron ; Enfant va acheter le citron ; mineurs → pas capables d'acquérir la possession ; enfant a la maîtrise corpus, j'ai la maîtrise animus, « ratification » de l'accord.
 - Parents pas d'accord : pas d'animus possidendi → pas de « ratification ».
 - Procuration : personne hors de la famille : je te donne la procuration d'acheter pour moi ; dès que la personne a saisi la chose, j'en deviens possesseur (animus et futur corpus).
 - P. 204 – Paul Sententiae – 5, 2, 2
 - Certains disent qu'il faut une procuration ex-post, d'autres non
 - P. 204 – Paul – D. 41, 2, 5
 - Pécule : ensemble dont le précariste dispose.
 - Interdiction d'acquérir pour quelqu'un d'autre : entrave ; on ne sait pas ce que la personne achète/fait avec le pécule → on peut devenir possesseur de choses dont on ignore l'existence → plus d'animus ni de corpus → comment justifier la théorie de la possession ?
 - J'ai une volonté générale d'animus et corpus possidendi que je délègue à la personne qui a le pécule
 - Notion de possession s'efface.
 - Il est impossible pour le pater familias de suivre tous ce qui se passe en même temps.

F. Propriété

Fonction de la protection de la possession :

- Elle est essentielle → assurance de la possession ; il y a 2 moyens :
 - Action au garder la possession (menacée) ;

- on parle d'interdit possessoire ; on peut obtenir une interdiction de quelqu'un d'envoyer de la fumée sur le terrain, empêcher quelqu'un d'intervenir sur l'objet.
- Action qui permet de récupérer la possession
 - Intérêt restitutoire (on veut que l'objet revienne sous notre domination)

Problèmes de la propriété :

Les juristes romains étaient des praticiens, pas des théoriciens ; il n'y a donc pas de vraie définition de la propriété en droit romain ; elles n'interviennent que bien plus tard. Les grandes prérogatives de la propriété

- Utiliser la chose, d'en disposer, la donner, la détruire, etc.
- Possibilité de repousser les autres (action en négation ; possibilité de se défendre, saisir le juge si nécessaire, etc)
- Possibilité de revendiquer la chose (lorsqu'elle est entre les mains de quelqu'un d'autre)

Il y a en droit romain (comme en contemporain) plusieurs problèmes, comme la possession à plusieurs. Pour la propriété à plusieurs, les romains l'admettaient, car elle était imposée par les faits (le fait du décès de quelqu'un généralement). Ce sont donc des situations de faits qui contraignent à la propriété à plusieurs. 2 grands groupes :

- Propriété collective
L'ensemble de l'objet appartient à tous et en même temps. Lorsque nous sommes dans la situation de propriété collective, tout le monde est propriétaire.
Conséquences : toutes les décisions qui concernent l'objet doivent être prises à l'unanimité. La raison à cela est que tout le monde a le droit d'être protégé dans sa propriété.
- Copropriété
C'est un autre régime, qui est plus nuancé. Dans ce régime, on distingue entre quote-part. S'il y a 3 personnes qui sont propriétaires, chacun est propriétaire d'1/3. Mais on ne peut pas désigner matériellement qui est propriétaire de quoi. Ce sont donc des quotes-parts IDÉELLES ! A ce sujet-là : p. 217 ; Ulpianus – D. 13, 6, 5, 15. – Lorsqu'il s'agit de copropriété, je ne possède pas l'entier de la chose.

On peut tirer 3 règles de ce fragment ;

- Je ne peux pas dire « cette partie-là m'appartient » ; la partie est indéfinie.
- On s'exprime en quotes-parts ; en droit contemporain, on utilise les 1000^{èmes}.
 - 2 situations :
 - On considère la copropriété dans son ensemble et on admet que tous les propriétaires doivent être d'accord (modification sur l'entier)
 - Ils peuvent aussi décider de le faire à la majorité
 - Par rapport à la quote-part individuelle de chacun : il peut vendre ou transmettre à tout instant sa partie → chacun garde une grande liberté sur sa propre part. En revanche, pour la globalité de la propriété, il faut la majorité ou la totalité.

Les pouvoirs du copropriétaire : p. 218 – Iulianus – D. 10, 3, 28 → montre le caractère conservatoire de la propriété. À parts égales, la partie contre la modification l'emporte. Faire valoir son droit : *ius prohibendi*. Il doit être utilisé dès que l'on apprend qu'une modification est requise. Si ce n'est pas fait et qu'une modification est faite, le droit est perdu → il doit être utilisé relativement rapidement, sinon il doit accepter le changement accompli. Une autre possibilité est de demander la dissolution de la copropriété (reprenre sa part).

Problème de division de la copropriété

Comment procède-t-on ?

Plan formel : faire valoir le droit de dissolution ;

Cas simple : accord de tout le monde et le juriste n'est pas intéressé

Désaccord :

- **Actio communi dividendo** :
 - Différentes situations :
 - Partage en nature, que l'on peut partager sans autre (liquide, champs, etc)
 - Partage de l'ombre de la chose → L'argent que l'on peut en tirer ; dédommagement après revente ou rachat des parts aux autres (contre argent)
 - Droit suisse : Propriété par étage (712 a & e CCS). Dans ce cas précis, il est possible de dire ce qui appartient à qui (pas uniquement idéale), à l'exception des parties communes (à nouveau, quotes-parts idéelles)

ACQUISITION DERIVEE

Problème de l'acquisition (dérivée) de la propriété

Dans ce cas, quelqu'un d'autre me transmet la propriété (vente) ou propriété originelle (vente). Possession de l'objet : procession spéciale ; on peut voir l'acquisition. La propriété, par contre, pose problème : on ne peut pas voir qui est propriétaire ou non. Il faudrait que cela soit perceptible depuis l'extérieur. Aujourd'hui, nous utilisons les registres (p. Ex : registre foncier). Dans le droit germain ancien, on giflait les enfants pour qu'ils s'en souviennent. En droit romain, on utilise une petite pièce de théâtre qui permet de visualiser le transfert de la propriété : c'est la **MANCIPIATIO** (p. 222 – Gaius, Inst. – I, 119)

- Vente symbolique : juriste = plus grand récupérateur de tous les temps ; la mancipation N'EST PAS UNE VENTE ; c'est un acte juridique formalisé.
- Citoyens romains uniquement
- Procédure :
 - 5 témoins : assurer la publicité de l'acte. On veut faire savoir que tel et tel acte a été transmis.
 - Peseur : porte une balance et porte un lingot d'or. Il faut s'imaginer que du temps où la monnaie n'était pas frappée, on devait peser le métal avec lequel on payait (bœuf = 1kg bronze, etc). Dès-lors, cette présence est restée.
 - Paroles :
 - Présence de l'acheteur du vendeur et de l'objet du transfert entre les 2. Dorénavant, je vais revendiquer tous les droits de propriété. Il décrit donc sa position et renvoie à l'ordre juridique.
 - Frapper le lingot contre la balance : c'est comme si on utilisait la balance → symbolique (« quasi pretii loco »)
- Si 2 parties ont utilisé la mancipatio : on n'a pas besoin de cause ; le fait de se livrer à cet acte a pour conséquence le transfert de propriété (si on annule un mariage, le fiancé peut garder la dot, il ne doit pas la restituer). Mais si l'aliénateur n'était pas propriétaire, le transfert ne fonctionne pas.

- **MANCIPATIO POUR : BETAÏL, ESCLAVES ET FONDS IMMOBILIERS ! (RES MANCIPI).** Toutes les autres choses sont des « res nec mancipi ». Les choses importantes sur le plan économique sont les res mancipi.
- Lorsqu'il s'agissait d'une vente : 2 actes :
 - Contrat de vente
 - Mancipatio
 - En droit romain, lorsqu'on conclut un contrat : le vendeur doit transmettre la possession, pas la propriété. Mais si le propriétaire nous importune, on est protégé par le contrat.
- Achat d'une res mancipi sans mancipatio : propriété un an plus tard pour meubles et 2 pour immeubles (usucapio).

In Iure Cessio

On utilise le procès devant le prêteur. L'acquéreur attende un « procès fictif » à l'aliénateur, et revendique l'objet. L'aliénateur va rester muet. Devant la non-opposition de l'aliénateur : constatation en droit → nouvel acquéreur devient propriétaire. Dans ce cas-là, il n'y a pas de conflit entre acquéreur et vendeur.

Lorsque le juge fait le jugement en constatation : il ne transfère pas la propriété, mais coupe celle de l'aliénateur et en crée une nouvelle du côté de l'acquéreur. Pourquoi un prêteur ? Question de la publicité → on veut que ce transfert de propriété soit attesté par une autorité judiciaire. En réalité, l'acquéreur veut une action en constatation de droit. Le procès est utilisé d'un commun accord.

Ouvert pour n'importe quel objet.

Cependant, on y a eu recours de moins en moins souvent → procédure relativement lourde. Le simple transfert de l'objet de main en main est beaucoup plus facile.

Traditio

Ce n'est pas un acte formel, ce qui veut dire que les parties peuvent procéder sans être obligés de respecter une forme précise. Les parties peuvent donc procéder librement. **La traditio peut être utilisée pour les res mancipi ou pour les res nec mancipi. On peut aussi l'utiliser entre non-romains → spectre très ouvert.**

C'est un simple transfert matériel, mais cela pose certains problèmes juridiques:

- Vente d'un objet
- Libre consultation d'un objet
- Prêt pour période déterminée.
 - Extérieurement, il se passe toujours la même chose : l'objet change de mains. Mais comment interpréter ce geste ? Sur le plan juridique, les effets sont très différents. Vente : transfert de possession et propriété ; exemple 2 & 3: transfert de la détention. Comment donc interpréter cet acte qui a toujours une portée différente ?
 - Il n'y a pas ce problème avec mancipatio et in iure cessio → il y a un acte formel qu'il n'y a pas pour la traditio.

Le juriste va le résoudre avec la « causa ». La fonction de la causa : La traditio est ou n'est pas accompagné d'une cause. Cette cause est ce qui est convenu en premier (vente, prêt, etc...). La causa est donc essentielle pour savoir quel droit a été transféré.

Cadeau de la grand-mère – donation. La donation est la causa → on devient possesseur et propriétaire → la grand-mère veut le donner et on l'accepte. Même chose pour le contrat de vente ou pour le testament (acte testamentaire est la causa).

On parla généralement de « iusta causa » (acceptée par l'ordre juridique).

Dans le cas où la causa est nulle : possession et propriété ne sont pas transférés. Le transfert dépend de la validité de la causa. Si elle est nulle, le droit n'est pas transféré.

P. 225 – Paul – D. 41, 1, 31, Pr. : Si on transfère d'abord l'objet, on ne transfère pas forcément les droits en même temps.

Les conséquences de cette traditio est qu'à partir de ce moment-là, les modes de transfert vont se multiplier (longa manu traditio ; achat de bien immobilier ; transfert entre absents, transfert entre tiers.

En droit moderne :

- **Solution suisse** : art. 714 al. 1 CCS ; La mise en possession est nécessaire pour le transfert de la propriété mobilière.
 - Tant que l'objet n'est pas matériellement remis, la propriété n'a pas changé.
 - Le plus proche du droit romain.
- **Solution allemande** : § 929 BGB : Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll.
 - Chose mobilière ;
 - Propriétaire doit transmettre la chose à l'acquéreur → transfert de la possession et ipso facto de la propriété ;
 - Allusion à la théorie du contrat → les 2 doivent être d'accord (CAUSA).
 - Allusion au corpus (objet) et à l'animus (accord des personnes)
- **Solution française** : art. 711 CCF: La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaires, et par l'effet des obligations.
 - Succession, donation ou testamentaires : énumération des causes – Causa (romain).
 - Effet des obligations : allusion au contrat de vente (romain).
 - Il ne faut plus transférer l'objet matériellement, par opposition au droit suisse ou au droit allemand (pas romain). C'est en cela que le droit français innove au début du XIX^{ème} siècle.
 - L'acte législatif est un acte conceptuel qui énonce notre volonté. Tout ce qui est contingence matérielle est secondaire. La propriété doit être transmise lorsqu'on veut qu'elle le soit, indépendamment de l'aspect matériel.

Usucapio

Considérations générales :

4 points généraux :

- Pp. 229 ss : L'usucapio est avant tout une manière d'acquérir la propriété par une possession prolongée.
- Le mécanisme de l'usucapio permet de relier la possession à la propriété, en refusant la distinction entre propriété et possession. En effet, il ne faut pas comprendre l'usucapio comme perturbation de la propriété, mais comme un moyen à travers duquel la possession est mise en relation avec la propriété.
- Hormis la propriété au sens strict, l'usucapant est assimilé au propriétaire.
- L'usucapio ne perturbe pas la propriété, c'est une théorie reposant sur des conditions strictes, cumulatives et nécessaires. Ce n'est donc pas un moyen souple, mais un mécanisme strict.

Les 5 conditions de l'usucapio

Dont 4 peuvent être qualifiées d'objectives :

- Res habilis – La chose apte à être usucapée (p. 230)

- Nec vi, ne clam (obtenue par vol ou par force)
- Nec res publicae (routes, voies publiques)
- Nec res sacrae (temples)
- Causa / Titulus – (p. 230)
- Statut de possesseur de l'usucapant – Notion de possession
 - Le simple détenteur ne pouvait valablement devenir usucapant.
 - Contrat-type : location
 - Le statut de possesseur était donc nécessaire.
 - Cette possession doit être paisible (ne pas être interrompue par un jugement définitif, par exemple).
- Tempus
 - Délai de 1 an pour les choses meubles
 - Délai de 2 ans pour les choses immeubles

Et 1 peut être qualifiée de subjective

- Bona Fides (p. 233)
 - Elle est constituée d'un aspect objectif
 - L'usucapant doit agir tel le « bonus vir » (objectivisation à faire avec l'homme bien)
 - Et d'un élément subjectif
 - L'usucapant est-il, dans la situation de fait, de bonne foi ?

Parallèle entre droit romain et droit positif suisse.

Art. 714 al. 2 CCS & Art. 728 al. 1 CCS

Beaucoup de notions de droit romain ont survécu jusque dans le droit actuel. La dénomination en droit suisse est la « prescription acquisitive ».

- Abolition de la cause spécifique
- Elargissement du délai jusqu'à 5 ans pour les meubles et 10 ans pour les immeubles.

Effet de miroir entre le droit romain et sa reprise dans le droit suisse ; Conditions constitutives qui sont semblables.

ACQUISITION ORIGINNAIRE : Acquisition naturelle

P. 237 – Gaius, D. 41, 1, 1, pr.

Occupatio

- Analyse la qualité juridique de l'objet, dans ce cas le fait que l'objet n'appartienne à personne.
- Raison naturelle : on peut donner 2 significations à ce terme :
 - La nature des choses
 - Il est évident dans ce cas qu'on puisse s'approprier la chose.
- Usucapio VS Ocupatio
 - Ocupatio : que si la chose n'a jamais eu de propriétaire.
 - Une chose abandonnée ne peut être acquise par usucapio. Si la chose a été jetée, la personne qui prend l'objet procède par usucapio ; il faut donner une dernière chance à celui qui a jeté l'objet pour tenter de récupérer la possession. Il y a une exception pour les animaux sauvages : on devient propriétaire par ocupatio. Tant que l'animal retourne à la maison : propriétaire. Le prochain qui attrapera l'animal procédera par OCUPATIO.

Les fruits

Produit périodique ou produit frugifère : pour que l'on parle d'un fruit, le frugifère ne doit pas être entamé. Sur le plan juridique : analyses à faire : sort juridique : frugifère et fruit partagent le même propriétaire. Lorsque les 2 se séparent, on considère que le fruit a sa propre existence juridique. On admet que le propriétaire du frugifère sera celui du fruit.

- Fruits agricoles
- Fruits des animaux (petits)
- Fruits du travail (produit) [Revient au propriétaire de l'esclave]
- Minéraux (carrière, mine de sel, etc...)
- L'enfant de l'esclave est-il un fruit ? L'enfant de l'esclave n'est pas un objet de consommation. Ils ne peuvent donc pas être considérés comme des fruits.

Bailleur propriétaire d'un terrain, un paysan loue ses terres. Du blé est semé par le paysan. Tant que le blé est sur pied, il appartient au propriétaire terrien. Cependant, quand le blé est fauché, et qu'il le ramasse, le propriétaire du frugifère devient propriétaire et possesseur. Il faut cependant faire le geste de perception. C'est une forme fictive de traditio. (Paysan doit percevoir pour être propriétaire)

L'usufruitier, simple détention assortie d'un droit de cueillir le blé. Il a le droit de cueillir le blé. Cependant, le propriétaire du frugifère devient propriétaire du fruit une fois le fruit coupé. Il faut cependant faire le geste de perception. (Usufruitier doit percevoir pour être propriétaire)

Usucapant (possesseur de la chose) : de quelle manière devient-il propriétaire du fruit ? Usucapio d'un vignoble : comment devient-on propriétaire ? La situation est différente : Usucapant est possesseur de bonne foi. Il y a donc une solution spéciale pour l'acquisition du fruit : il devient propriétaire immédiatement avec la séparation. Il ne doit donc pas le percevoir physiquement. (Usucapant ne doit pas percevoir pour être propriétaire)

Exemple spécial : vignoble abandonné : on peut usucaper le fond en 730 jours. S'il n'y a pas de jugement, on peut continuer à usucaper le vignoble. Pour les fruits, on ne peut pas procéder comme cela, car si on veut nous intenter un procès, on n'est plus de bonne foi. Or le bonne foi est nécessaire pour usucaper.

Accessio

Il s'agit du phénomène de 2 choses se lient ;

Entre 2 immeubles

Alluvion – p. 240 – Gaius – D. 41, 1, 7, 1

Que se passe-t-il si du sable et de la terre viennent sur un terrain à cause de l'eau ? On en devient propriétaire. C'est un processus lent et imperceptible. C'est pour cela que l'on devient propriétaire de la chose.

Avulsion

Même processus, mais de manière subite (glissement de terrain d'un terrain A sur un terrain B). On ne peut donc pas appliquer la même solution que l'alluvion, le propriétaire ne pouvant aller chercher son terrain. La terre qui a bougé appartient au propriétaire du terrain sur lequel elle a atterri, tant qu'elle ne s'est pas fixée (laps de temps).

Entre un meuble et un immeuble

P. 240 – Gaius – Inst. II, 73

Si un bien meuble est implanté sur un sol, le bien mobilier prendra le sort juridique du bien immeuble.

Si on met un arbre dans un pot sur le sol, il garde son identité

Si on met un arbre directement dans le sol, il prendra l'identité juridique du sol.

Quand du grain s'enracine, le fermier perd la propriété du grain, qui deviendra celle du propriétaire du sol. Un contrat est donc nécessaire pour que le fermier ait le droit de récolter ce qu'il a semé.

« **In suspenso** » : « A » a un sol et « B » du matériel de construction. Si « B » plante son matériel dans le sol de « A », il perdra du temps et le matériel → la propriété de « B » est suspendue jusqu'à la destruction de l'objet. Cela donne à « B » une chance de récupérer ses matériaux.

« **Actio di tigno iuncto** » : « A » devient propriétaire des matériaux qui appartiennent à « B ». On tente de protéger les 2 : « B » a une action pour se défendre, par exemple si « A » prend les matériaux sans autorisation → aller devant le prêteur. Dans ce cas, on voulait aussi protéger « A » → ne pas forcer « A » à détruire son bâtiment ; on évaluait la valeur de la poutre et « A » devait payer le double de la valeur à « B ».

Entre 2 meubles

- Cas dans lequel les 2 choses peuvent être séparées
 - On peut exiger une séparation ou un dédommagement.
- Cas dans lequel les 2 choses sont difficilement séparables
 - Distinction entre partie principale et accessoire.
 - Le principal impose son sort juridique à l'accessoire.
 - C'est le caractère physique qui s'impose, même si la chose la moins importante physiquement a plus de valeur.
- Commixtio : confusion et mélange entre des objets
 - Mélange de solides : facile
 - Mélange de liquides : impossible à faire.
 - P. 242 – Gaius – D. 41, 1, 7, 8.
 - P. 243 – Ulpianus – D. 6, 1, 3, 2
 - Possibilité de revendiquer la propriété.
 - Copropriété ; chacun peut revendiquer sa part, mais aucun ne peut revendiquer l'ensemble.
 - Dernière phrase : Si l'on ne connaît pas la participation exacte de chacun, on peut quand même introduire une action en justice, même si tu ne sais pas sur quelle quantité elle portera.
 - C'est peut-être une règle de procédure.
- Droit suisse :
 - 727 al. 1 CCS – Calcul qui se réfère à la valeur initiale des objets mélangés.
 - 727 al. 2 CCS – La chose accessoire épouse le sort juridique de la chose principale → pas de changement par rapport au droit romain.
 - Problème : possesseur de la chose principale : ☺
 - Al. 3 : demeurent réservées les actions en dommages-intérêts.
- Mélange d'argent – p. 244 – Iavolenus – D. 46, 3, 78
 - « B » vole « A » et paye « C »
 - Si on peut reconnaître l'argent : on considère que « A » reste propriétaire de son argent.
 - « B » paye « C » avec des CHF et « C » n'a que des CHF : « C » devient le propriétaire.
 - Comment protège-t-on « A » ?
 - « B » est un voleur ; « A » peut lui intenter un procès → dommages-intérêts au double de ce que « B » a volé.
- Droit suisse : ATF 221 p. 247ss ou 78 II 244 ; on permet à « A » de s'adresser directement à « C » et non-pas à « B ». L'intérêt de « A » est donc beaucoup mieux protégé.

Spécification

C'est une forme d'acquisition par le travail (p. 244 – Gaius – Inst. II 79). La question est de savoir si le propriétaire de l'objet brut est celui de l'objet dérivé, ou si c'est le spécificateur qui le devient. Gaius donne 2 jurisprudences :

- Sabinien : Le propriétaire qui a fourni la matière première sera celui du produit final.
- Proculien : C'est le spécificateur qui deviendra propriétaire du produit final.

Les 2 solutions ont des avantages et des inconvénients.

- Sabinien :
 - Avantage :
 - Respecte la propriété telle qu'elle était au départ ; continuité de la propriété.
 - Inconvénient :
 - Négligence du travail investi par le spécificateur.
- Proculien :
 - Avantage :
 - Respect du travail investi par le spécificateur.
 - Inconvénient :
 - Bris des règles de la propriété, car quelque chose qui a été contenu initialement dans notre propriété est utilisé comme justification pour briser notre propriété.

Il y a une troisième jurisprudence (Paul). Il va utiliser le critère de la réversibilité ; le processus est-il ou non réversible ? Si il l'est, c'est celui qui a fourni les matériaux qui restera propriétaire. Dans le cas contraire, c'est le spécificateur qui deviendra propriétaire.

Pour montrer les défauts de cette théorie : si Rodin fait une sculpture en bronze, on peut recouler le bronze et obtenir un nouveau bloc de bronze ; Rodin ne serait donc pas propriétaire. Ce n'est pas justifiable, car ce n'est pas le bronze qui a de la valeur (X), mais la sculpture et les formes, qui sont apportées par Rodin (1000X).

Cette solution n'est donc pas toujours acceptable dans tous les cas. Ce problème naît du fait que l'on ne tient pas compte de la valeur des apports accomplis. On ne peut pas répondre par de simples critères juridiques. Il faut introduire une valeur économique, qui existe dans les solutions modernes (art. 726 al. 1 CCS : « Lorsqu'une personne a travaillé ou transformé une matière qui ne lui appartenait pas, la chose nouvelle est acquise à l'ouvrier, si l'industrie est plus précieuse que la matière, sinon, au propriétaire de celle-ci. »). Alinéa 2 : L'ouvrier doit avoir été de bonne foi, sous risque que le juge ne nie son droit à la propriété. L'exemple de Rodin permettrait cependant de demander des dommages et intérêts.

Si on considère que le fournisseur a été volé, il peut intenter une action, avec comme conséquence que le spécificateur devait lui donner le double de la valeur volée.

Le fournisseur peut-il tirer un argument procédural à partir de la propriété ? Les romains disent que le fournisseur n'a plus la propriété ; il ne peut donc plus intenter d'action basée sur la propriété (*rei vindicatio*). Il n'a donc pas l'action en revendication. Intervient ensuite la souplesse du raisonnement. Il n'est plus propriétaire contre sa volonté, mais il l'a été. On lui donne la *rei vindicatio utilis*.

Cet *utilis* est un moyen utilisé pour remettre à quelqu'un une action qu'il ne devrait plus avoir. Si une action ne peut être remise à quelqu'un, on peut « tailler » une action, afin que l'ancien propriétaire puisse faire valoir son ancien droit. Le propriétaire peut donc demander des dommages et intérêts.

Protection de la propriété

Si on a un droit, on doit avoir un moyen de le défendre ; dans le cas contraire, ce n'est qu'un droit symbolique. On distingue 2 formes d'attaque:

- Attaques passives :
 - C'est le cas où quelqu'un devrait faire quelque chose mais ne le fait pas. Exemple : prêt d'un stylo ; on devrait le rendre, mais on le garde ; cela constitue une attaque « passive ». C'est au propriétaire de prendre l'initiative. Il aura une attitude offensive pour faire respecter ses droits. C'est sur la

rei vindicatio.

- Il y a un principe fondamental : La où je trouve la chose, je la revendique. On doit la revendiquer directement. Si on trouve notre chose à Genève, on doit la revendiquer à Genève. C'est inconvenant dans les grandes sociétés.
- Pour la qualification juridique de la *rei vindicatio* : c'est un droit réel. (Possession, propriété, etc.). On peut faire valoir son droit à l'égard de tout le monde. (Dans le cas d'un droit obligationnel : on ne peut faire valoir le droit qu'à l'égard du cocontractant, dans le cas d'un contrat).
- La question est de savoir ce que l'on peut obtenir. On distingue 3 grands buts :
 - Action en constatation : (seuil minimum) (cf. *in iure cessio*) Saisine du juge pour se faire accorder la chose.
 - Action en restitution : on peut obtenir la restitution de l'objet ou de la valeur de ce dernier.
 - Obtenir une évaluation financière de l'objet.

Procédure romaine : procédure formulaire ; elle est organisée en 2 grandes parties :

- Partie 1 : devant le prêteur :
 - Il était le premier magistrat ; surveillait la Haute-Magistrature. A ce titre, il affichait au début de sa période d'activité un programme législatif. On avait donc les édits du prêteur, qui se complétaient avec de nouvelles normes. Au début du 2^{ème} siècle : édit perpétuel du prêteur.
 - Cette fonction intervenait aussi lors de la mise sur les rails de l'affaire. C'est pour que l'affaire soit bien entamée qu'elle était amenée devant le prêteur.
 - Litis contestatio.
 - Formula : contient la démarche que le juge devra suivre pendant la procédure. Ensuite, le prêteur se dessaisit du dossier au profit du juge.
- Partie 2 : devant le juge :
 - Analyse de la formula et organise son activité en fonction de cette dernière.
 - Exemple : p. 247
 - On ne peut forcer à restituer l'objet. C'est donc au juge d'évaluer la valeur de la chose.
 - On doit demander le prix du marché au demandeur ; il indiquera le prix le plus élevé.
 - Le juge condamne le voleur à payer la somme.
 - On peut forcer le débiteur à payer l'argent.
 - On doit convaincre le juge que l'on est propriétaire.
- Attaques actives :
 - Il faut avoir la légitimation active :
 - Il faut être propriétaire ;
 - Problématique, car on doit le prouver pour soi, mais aussi que les propriétaires précédents l'étaient aussi, réaliste si le propriétaire est originaire.

- La personne attaquée doit avoir la légitimation passive.
 - La où je trouve la chose, je la revendique :
 - À qui doit-on s'adresser ?
 - On peut demander la restitution à celui qui a la faculté de restituer.
 - On ne peut pas revendiquer auprès du propriétaire, on doit s'adresser au possesseur.
 - Ce n'est pas pratique → s'adresser directement à celui qui a la chose entre les mains serait plus simple.
 - Droit suisse : mêmes difficultés et problèmes qu'en droit romain.
 - Lorsqu'il s'agit d'un objet, on peut revendiquer l'objet dont on est propriétaire. Quid des fruits ?
 - Il faut se référer à la *litis contestatio*
 - Les fruits perçus avant la *litis contestatio* doivent être rendus à l'ayant-droit ; cf. tableaux pp. 249-250
 - En Suisse, les 3 catégories d'investissement sont maintenues.

I _____
Litis contestatio

IIIIIIII

Protection contre les troubles de la propriété

- Usurpateur (p. 252).
 - Généralement : entre 2 propriétaires mitoyens.
 - Mur entre A & B ; penche du côté de A → désavantage A ; fragment dit que l'on peut intenter une action négatoire → obtenir le constat de la part du juge que B n'a pas le droit d'avoir un mur incliné.
 - Dans un 2^{ème} temps, A peut essayer d'obtenir l'interdit. A peut exiger de B le redressement du mur.
- Immission : toute vie en société veut que A pose un effet sur B.
 - Les immissions 0 n'existent pas, mais il y a un seuil limite à ne pas dépasser.
 - Une pesée des intérêts intervient ; celui de A à faire subir, celui de B à subir.
- L'action publicienne (Protection de l'usucapant).
 - En principe, le propriétaire peut faire valoir une protection de la propriété. Mais l'usucapant ne l'est pas encore
 - Problème de fond : accorde-t-on une protection de la propriété à quelqu'un qui ne l'est pas encore ?
 - Juristes romains : il faut protéger les intérêts → acheminement vers la propriété qui est légitime.
 - Quel moyen utilise-t-on ?
 - Invention d'une nouvelle action – l'*actio publiciana*
 - On recourt à une fiction ; on fait « comme si » l'usucapant était déjà propriétaire.
 - A travers cette fiction, l'usucapant est donc protégé.
 - La condition principale est qu'il soit en *iusta causa* ; il doit donc pouvoir justifier sa possession → produire le contrat de vente du cheval, j'ai une *iusta causa* pour usucaper.
 - Cette action à des limites :
 - Chose volée (hypothèse où l'usucapant a acheté de bonne foi une chose volée). Une chose volée ne peut en principe pas être usucapée. Dans ce

cas, si le propriétaire se retourne contre l'acheteur de bonne foi, l'usucapant ne peut pas s'opposer.

- Propriétaire vendeur se retourne contre l'acheteur ; je suis toujours propriétaire.
 - Actio publiciana est protégée par 3 moyens :
 - Tu ne peux pas vendre une chose et en revendiquer la propriété. On appelle ça une *exceptio iusti dominii*.
 - Exception de la chose vendue et transmise par traditio.
 - *Exceptio doli* : n'existe plus aujourd'hui.

G. Explications complémentaires

Constitut possessoire :

Fragment page 196 ;

1. Madame et Monsieur ; ils ne sont pas mariés. Madame est propriétaire d'un appartement dans lequel elle vit. Elle en a la possession ; Monsieur n'a rien
 2. Madame fait une donation de l'appartement à Monsieur. Transfert de la propriété et de la possession de Madame à Monsieur. Madame n'a plus rien, Monsieur a tout
 3. Madame prend l'appartement en location (contrat de bail). Elle sera donc locataire et sera simple détentrice. Monsieur sera propriétaire et possesseur.
- Il s'agit d'un contrat de bail, mais il peut s'agir d'un autre contrat.
 - Extérieurement, rien ne change. (phase 1 : madame habite l'appartement ; phase 3 : madame habite toujours dans l'appartement). Particularité : transfert totalement invisible, et pourtant Monsieur devient possesseur et propriétaire de l'appartement. La possession est donc transférée sans que l'objet ne le soit.
 - Transfert de possession sans transfert matériel de l'objet.
 - Il faut donc garder le fragment et l'exemple à l'esprit pour comprendre ; en droit suisse, le principe est le même...

Points-clefs sur la « Specificatio »

Specificatio :

- 3 écoles :
 - Proculiens : Spécificateur = propriétaire
 - Sabinien : Propriétaire de la matière première = propriétaire matière transformée.
 - Paul : Si réversible : → Sabinien ; Si non-réversible : Proculiens
- Actions civiles :
 - Rei Vindicatio
 - Rei Vindicatio Utilis
 - Droit de rétention
- Actions subsidiaires :
 - Actio Furti
 - Actio Doli
 - Ces 2 actions sont des actions infâmantes.

Mélange :

- Si plusieurs apports/spécifications
- Copropriété :
 - Quotes-parts
 - Actio Communi Dividundo

Locatio Opéris :

- Contrat d'entreprise
- Actions civiles :
 - Actio Locati
 - Actio Conducti

L'acquisition par prescription – Usucapio

On ne veut pas que possession et propriété soient séparés trop longtemps. On pense qu'il est important de pouvoir se fier aux apparences (relation de confiance, etc.). Pour cette raison, il y a des mécanismes qui relient possession et propriété (usucapio chez les romains). Lorsqu'on a la possession assez longtemps, on devient propriétaire à terme.

L'argument à opposer tout de suite : il arrive souvent qu'une chose appartienne à quelqu'un et qu'elle soit possédée par quelqu'un d'autre (location, etc.). Remède : registre foncier. Cette idée de refuser une séparation définitive est donc intacte, mais n'est souvent pas respectée.

P. 228 – Gaius – D. 41, 3, 1 : le motif invoqué est la sécurité juridique. Cela pose un problème considérable par rapport au droit de propriété. C'est en effet un droit fondamental, et la propriété mérite une protection extrêmement forte. Il faut que le propriétaire soit bien protégé. Or, si on dit que le propriétaire risque de la perdre après un certain délai, on menace ce droit avec l'usucapio. C'est pourquoi Gaius dit qu'il faut laisser un certain laps de temps. **Voilà la justification de l'usucapio.**

En droit romain, on part de cette idée de l'usucapio si toutes les conditions sont respectées ; Délai : biens meubles : 1 an, biens immeubles : 2 ans.

Usucapio = acquisition de la propriété par une possession prolongée.

Usucapio p. 228 – Modestinus – D.41, 3, 3 : possession doit être justifiée ; il faut un certain délai pour pouvoir usucaper. On pourrait donc dire que le résultat de l'usucapion est de parfaire sur le plan juridique quelque chose qui existe sur le plan pratique.

Si l'usucapion n'est pas terminé, on traite avec le futur propriétaire. On est aussi bien protégé que le propriétaire lui-même. La propriété au sens formelle est la seule chose qui manque.

L'usucapion:

- Il doit se passer de manière paisible : on ne doit pas se faire arracher l'objet ou se faire troubler (pendant 365 jours, aucun jugement qui nous prive de notre possession ne doit être intervenu ; le propriétaire doit donc agir très rapidement.). Les droits français et autrichien sont très semblable.
- Il ne doit pas posséder par violence ou vol. Le droit romain admet dans ces cas-là que l'usucapion n'est pas possible. La chose est irrémédiablement exclue de l'usucapion. Tout tiers acquéreur ne peut plus devenir possesseur. Pour usucaper, il faut donc avoir une iusta causa.

Conditions de l'usucapion :

- Res habilis
 - Il faut que ça soit un objet qui se prête à l'usucapion.
 - Les res publica (choses publiques), res sancte (cultes religieux), les choses volées ne s'y prêtent pas.
 - Choses volées : p. 230 – Paulus – D. 41, 3, 4, 12
 - Doit recouvrir la domination de l'objet ;
 - Doit reconnaître l'objet qui a été volé ;
 - Dans la pratique, les choses se déroulent différemment que dans la théorie...
- Avoir la possession
- Avoir un titulus / causa
- Condition du tempus
- Condition de la bona fides (bonne foi). Elle est nécessaire à l'acquisition. Si on apprend ensuite que la chose est à quelqu'un d'autre, on n'est pas obligé de restituer la chose à cette personne.

Chapitre IX - Les Droits Réels Limités

Ils sont divisés en 2 catégories :

- Droits de servitude sur un bien immobilier (prédiales)
- Servitudes attachées à la personne qui en est bénéficiaire.

Servitudes prédiales ont été instaurées en raisons de contraintes de fait ;

- Exemple : on autorise B à passer sur le fond de A
- Exemple : Fonds A & C appartiennent à P1 ; Fond B appartient à P2. Moyen technique : servitude qui permet à P1 d'amener l'eau de A sur C.
- Les fonds dominants sont ceux qui profitent ; ceux qui subissent sont les fonds servants.
- Ce sont des droits réels.
- Servitude disparaît si possesseur disparaît.

Servitude personnelle

- A & B ont 3 enfants ; ils concluent un contrat dans lequel ils disent que si un des 2 meurt, la possession passe à tous les enfants, mais l'usufruit reste du côté du conjoint survivant.
- Dès que l'usufruitier disparaît, il en va de même pour l'usufruit.
- Romains connaissaient la numerus clausus. Il existait un catalogue avec ces droits.

A. Servitudes prédiales :

Principes:

- Premier principe – p. 257
 - Pomponius – D. 8. 1. 15
 - Fond servant doit subir la servitude, mais n'a pas d'obligation.
- Deuxième principe – p. 257
 - P1 rachète le fond de P2. Cela a pour effet que l'on a une servitude sur son propre fond. Du coup, la servitude disparaîtrait → pas de servitude de fonds dominants.
 - Servitude se fait entre 2 fonds distincts.
- Troisième principe – p. 257
 - On peut avoir une servitude d'une servitude.
 - Si A a une servitude sur B, on ne peut pas dire à C qu'il a une servitude sur A.
- Fragment
 - Mur de B ; poutre de la maison de A s'appuie sur le mur et le mur s'effrite ; qui doit le réparer ? A ou B
 - On ne peut normalement pas contraindre B → pas d'action de fait en général. Il y a une autre position dogmatique :
 - La servitude ne consiste pas à refaire le mur, mais à tolérer la poutre. Or, B doit rendre la continuation de la servitude possible. On peut donc l'obliger à refaire le mur.
 - A peut aussi usucaper le mur ; il devra à ce moment-là le réparer lui-même.
 - Considération supplémentaire : quelle est la cause de l'effritement ?

- Si A est responsable → A est fautif → doit répondre aux dommages et intérêts, ou directement refaire le mur.
- Servitudes prédiales :
 - Anciennes servitudes : où on peut passer sur un chemin, aqueduc, paître des animaux ; exploitation d'un gisement.
 - Servitudes qui apparaissent avec la modernisation de la société : pouvoir évacuer l'eau.
- 3 conditions :
 - Etre utile au fond dominant (et pas à une personne – Fragment Paulus p. 259)
 - Rapport de voisinage direct entre le fond A et le fond B. Si on intercale un fond C, la servitude entre A et B disparaît. Cette règle n'est pas absolue.
 - Cause perpétuelle : La servitude du fond servant doit produire une cause qui se prolonge dans le temps (P. 260 – Paulus – D. 8, 2, 28)
- Comment constituer une servitude ?
 - Il faut garder à l'esprit qu'elles sont vraiment importantes dans l'organisation de la vie en société. On a tendance à formaliser les modes de création.
 - La mancipatio peut être utilisée pour créer la servitude.
 - La In iure cessio aussi.
 - Certains ont essayé de créer des servitudes à travers des actes testamentaires, mais les juristes n'étaient pas obligés de les accepter. Cela a ensuite évolué.
 - L'usucapio peut-il être un mode de création de servitude ? Pas en droit romain, car on a besoin de la possession d'une chose. On ne peut pas avoir la possession d'une servitude.
 - Droit moderne : droit autrichien l'autorise
 - Droit suisse : inscrit sur le registre foncier.
 - La traditio n'est pas un moyen
- Extinction de la servitude :
 - Disparition de l'objet.
 - Abandon de 2 ans
 - Voie formelle : in iure cessio
 - Chose hors d'état.

B. Servitudes personnelles :

- Droit réel établi sur une chose d'autrui au profit d'une personne.
- Il est donc attaché à une personne.
- Cela veut dire que la chose est mise au service de la personne → bénéficiaire peut user de la chose, etc.
- 4 types :
 - Usus fructus (usufruit) : droit de tirer les fruits
 - P. 261 – Paul – D. 7, 1, 1
 - D'un côté, le frugifère, de l'autre, le fruit.
 - Frugifère : crée périodiquement les fruits qui sont séparés du frugifère sans en altérer l'état.
 - P. 262 – Celsuis – D. 7, 1, 2
 - Que faire des fruits ? L'usufruitier devient propriétaire ; il peut en faire ce qu'il veut.
 - Quand devient-on propriétaire des fruits ? Quand ils tombent ou quand je les ramasse ? → A la perception.
 - Objet de l'usufruit : meuble ou immeuble.
 - Problèmes à travers la pratique de l'usufruit :

- Souvent : fruits pour le conjoint survivant ; normalement, successions faites de plusieurs biens.
- Un des **problèmes** est l'usufruit sur les consommables. Que se passe-t-il ? Pour détruire la chose, on a besoin du droit de propriété. Le quasi-usufruit est transmis en propriété à l'usufruitier ! On en devient donc propriétaire, avec obligation de restituer la même chose à la fin de l'usufruit.
- Problème de la créance : peut-elle faire l'objet d'un usufruit ? les romains disent oui. Vous avez A, débiteur et B, créancier. A doit 100'000 à B, avec 5% d'intérêts. Peut-on constituer un usufruit sur les 100'000 ? A peut donner les 100'000.- en usufruits, et B conserve les fruits à la place des 5% d'intérêts.
- Droits de l'usufruitier :
 - Droit de tirer le fruit (fruit).
 - Utiliser la chose (outil).
 - Art. 756 CCS : propriétaire des fruits qui arrivent à maturité pendant la période d'usufruit, et avec la séparation. En droit romain, on devient propriétaire à la perception (ramasser le fruit).
- Obligations de l'usufruitier :
 - Sauvegarder la substance du frugifère → ne pas couper le bananier dans le cas d'une bananeraie.
 - Si la chose est endommagée, on a 3 possibilités :
 - Appliquer souvent la *lex Aquilia* : règle la responsabilité civile (art. 41 – 61 CO), dédommager le propriétaire.
 - *Actio doli* en cas de dol
 - *Actio furti* en cas de vol → restituer le double de la valeur.
 - Usufruitier qui a l'objet et le droit ; mise en péril du nu-propriétaire, qui ne sait pas ce qui va arriver à la chose. On a considéré que ce dernier pouvait exiger une caution ou un gage.
 - On procédait par stipulatio (manière orale de s'engager, sous forme de questions-réponses).
- Usus : user, mais pas tirer les fruits
 - Droit d'utiliser la chose, mais pas d'en tirer le fruit.
 - L'*usus* est un droit personnel
 - Pp. 265 – 266 – Paulus – D. 7, 8, 19
 - 2 formes principales :
 - *Habitatio* : droit d'habiter
 - Comme c'est un droit personnel, on est obligé d'habiter soi-même, on ne peut pas déléguer l'habitation.
 - *Operae servorum* : ouvrages d'esclaves ou d'animaux.
 - Les travaux d'esclaves sont à nous ; on ne peut pas prêter l'esclave ou l'animal.
- Superficie :
 - Dans la société romaine, les gens riches ont trop de biens pour s'en occuper ; ils délèguent donc à d'autres personnes. Si une personne veut déléguer l'exploitation d'une partie d'un sol, il faut tenir compte que le droit de superficie cède au droit du sol (les matériaux mis dans le sol prennent l'identité du sol). Là est le problème. Pour donner une sécurité

à cette personne, on recourt au droit de superficie ; **Le superficiaire va devenir possesseur au nom d'autrui des bâtiments qu'il a construits par ses propres moyens.**

- Cela signifie que le superficiaire est à l'abri du propriétaire du sol, car il y a contrat. Si un tiers l'inquiète, le superficiaire peut le défendre, car il est propriétaire au nom d'autrui.
- Problème : durée ; si on construit une maison sur un sol, on doit faire durer le contrat, sinon le superficiaire n'aurait aucun intérêt. En droit suisse, il est d'une très longue durée (99 ans). Les 2 intérêts sont sauvegardés (propriétaire garde la propriété, superficiaire a une sécurité). Si le propriétaire veut vendre, le superficiaire peut l'acheter.
- Juridiquement : contrat de location entre le propriétaire et le superficiaire, et les 2 parties sont liées à très long terme. Avec le contrat, on prévoit également le transfert de la possession au droit d'autrui.
- P. 267 – Ulpianus – D. 43, 18, 1.
- *Ager vectigalis*
 - Contexte historique : construction de l'empire ; avec les conquêtes de l'empire, ce dernier voulait garder les terres en propriété, mais il ne pouvait pas s'en occuper. Il fallait donc trouver d'autres personnes.
 - L'*ager vectigalis* était la solution, il fallait intéresser les personnes à long terme ; Contrat à durée souvent indéterminée, avec garantie de la part de l'état de ne pas le résilier.
 - Droits de l'*ager vectigalis* :
 - Le titulaire doit pouvoir transmettre ses droits aux générations suivantes ou pouvoir le vendre → presque un droit de propriété ; possesseur en nom propre ; on a uniquement exclu un segment du droit de propriété, l'usucapion.
 - Si il y avait une séparation d'un arbre et du sol, il n'y avait pas besoin d'une perception.
 - Droit de faire valoir ses droits de possession → interdits restitutoires et interdits possessoires.
 - L'*ager vectigalis* pourrait être à l'origine de la propriété partagée (Moyen-Âge → 18^{ème} siècle).
 - Seigneur veut garder ses terres → vassaux sont instaurés. Il y a 2 propriétaires : maître (*de iure*) et vassal (*de facto*).

C. Protection des servitudes :

- *Rei vindicatio* – P. 270 → seulement légèrement modifiée.
- « A » saisit le prêteur ; il détermine l'existence ou non du droit.
- Si oui, prêteur demande à « B » s'il l'autorise à passer sur son sol.
- Si oui, fini. Si non, on estime la valeur de la servitude et on condamne « B » à payer.

LIVRE 2

Chapitre X – Droit des obligations

A. Qu'est ce qu'une obligation ?

Un lien juridique entre 2 parties. Débiteur doit fournir une prestation au créancier. Ce lien juridique se présente sous 3 aspects

- Observateur neutre.
- Créancier : créance.
- Débiteur : dette au passif.

L'obligation se distingue du devoir, qui a plus une connotation morale ou civique (devoir conjugal, ne pas causer de tort, etc.)

Il faut différencier l'obligation (où le bailleur doit remettre le bail) du rapport d'obligation (d'où naissent plusieurs obligations juridiques).

I. 3. 13 – Justinien – P. 16 : Cette définition de l'obligation est quasi-similaire à celle du droit moderne, donc sans évolution depuis près de 2'000 ans.

Il faut distinguer les droits réels ; le sujet du droit réel est le propriétaire de ce droit, à l'exclusion de tout tiers. Le contenu est un comportement déterminé. Les sujets sont le créancier et le débiteur.

Cette analyse doit être précisée :

- La force obligatoire : elle consiste en un lien qui se distingue des liaisons d'un autre genre. Elle se distingue par sa nature juridique → Contraignante ; celui qui ne s'y soumet pas peut être puni (procédure d'exécution forcée).
- Les personnes engagées dans une obligation :
 - celui qui exige : le créancier ;
 - l'assujettit : le débiteur, qui se libère par l'accomplissement de son devoir.
- Le contenu de l'obligation : elle doit être clairement déterminée. Les juristes romains avaient 3 contenus ;
 - Dare, le fait de donner ou de transmettre.

Le contenu est l'obligation de fournir un objet ; c'est l'effet qui est recherché dans le Dare, et non-pas le comportement lui-même.

- Facere, un service, un fait

Contient des prestations de service, de tout genre. Ne se concentre pas sur l'effet, mais sur le comportement. Il n'y avait pas de Non-Facere ; il consiste en un comportement précis et voulu, à savoir s'abstenir d'une action. Il peut aussi devenir l'objet juridique.

- Praestare, assurer et garantir la prestation.

Selon son sens, il signifie donner une garantie, se porter garant. Les jurisconsultes emploient ce terme pour la prestation secondaire. Si je cause un dommage, je garantis, j'en répons.

Dans le droit moderne (art. 1101 CC français), le Praestare existe encore.

La définition montre 2 éléments essentiels :

Le lien juridique entre les parties, avec comme moyens l'Actio et l'exécution forcée (poursuite, saisie, etc).

Ce que ne dit pas la définition de Justinien, c'est que l'obligation pouvait avoir son origine dans le *Ius Gentium*.

3 notions :

- Dette (D. 50. 16. 108 : Celui dont on peut exiger de l'argent, même contre son gré)
- Créance : droit du créancier d'exiger quelque chose (Gaius D. 50. 16. 11 : Celui qui peut exiger le paiement de quelque chose)
- Obligation : lien entre créancier et débiteur du point de vue de la personne neutre. Dualité de l'obligation : droit de faire et droit d'exiger la prestation.

D. 44. 7. 51 : Action est le droit de réclamer devant le juge ce qui nous est dû. Le créancier ne pouvait cependant pas se servir comme ça sur le patrimoine du débiteur après ce prononcé. La justice privée était interdite. Le débiteur pouvait encore payer volontairement dans les 30 jours après le jugement condemnatoire. S'il ne paie pas, on entre dans l'exécution forcée. L'état mettait à disposition une procédure, qui, à moyen que le débiteur ne nie devoir quelque chose. L'exécution personnelle était, après ce délai, autorisée → saisine personnelle du débiteur afin de le faire travailler pour nous, jusqu'à ce qu'il ait produit l'équivalence de ce qu'il nous devait.

Nexum : garantie du droit romain archaïque ; à l'origine, droit sur le corps même de l'auteur. Vers -450, le droit d'exécution a pris la forme d'une exécution financière, en enchaînant la personne pour la faire travailler ou la vendre. Pour assurer l'exécution de la promesse, le débiteur acceptait de se soumettre à la promesse. Vers -320, les Nexi pouvaient être forcés à travailler, mais ne pouvaient pas être enchaînés ou maltraités. Finalement, les biens pouvaient être pris puis mis en vente. Les esclaves ne pouvaient pas être recherchés directement.

L'obligation naturelle a des effets secondaires ; son paiement est forcément valable et elle peut être garantie par une caution ou par un gage, ou encore la compensation. Le 4^{ème} effet secondaire est la remise de dette qui est possible avec l'obligation naturelle.

Distinctions et points communs entre le droit des obligations et les droits réels :

- Droit des obligations est un droit relatif ; découle de l'Actio In Personam – Relativité des conventions en droit moderne.
- Droits réels ont un caractère absolu, que l'on peut faire valoir à l'égard de tous (Erga Omnes), un droit de préférence (créancier l'emporte sur tous les autres si créancier réel) ;
- Droit romain : obligation n'est pas cessible. On éteignait l'ancienne obligation et en créait une nouvelle. En droit romain, elles étaient cependant transmissibles en cas de mort.
- Durée de l'obligation est par définition limitée, à l'inverse du droit réel

Divisions et sources des obligations en droit romain – P. 36 : Toute obligation naît d'un contrat ou d'un délit.

Dans le schéma des contrats et institutions de contrats, on trouve 4 espèces de contrats : les contrats formels, les contrats réels, le paiement de l'indu et le contrat de vente.

P. 39 : Il y a des contrats formels et des contrats consensuels. Ils sont créés par l'accord des partis, sans forme particulière.

- Contrats nommés : le mandat, le louage, le contrat de société, la vente.

- Contrats innommés : action spécifique → Actio Praescriptis Verbis (leasing, estimations)
- Causes particulières – Quasi-contrats : restitution de l'indu ; gestion sans mandat.
- Obligations qui reposent sur la volonté d'une personne (quasi-délits). La responsabilité pour les aubergistes des dommages causés dans leurs bars.

On remarque qu'il existe une structure entre contrats, délits, quasi-contrats et quasi-délits.

B. Contrats Formels :

Obligation verbale (stipulatio)

- Contrat oral qui se concluait par l'échange de paroles précises.
- Appelé contrat « verbis ».
- Le promettant était lié dès l'échange des paroles.
- L'accord était un prérequis à la conclusion du contrat.
- Pp. 42ss.
- « Stipulator » posait la question et promettant répondait.
- Avec la stipulation, pas de doute sur le moment où le lien commençait ; tant que pas de réponse, pas de lien.
- Le contenu de l'obligation était entièrement contenu dans l'offre ;
- Impossible de bonifier le contrat.
- **5 conditions formelles** que les parties devaient respecter :
 - Acte oral
 - N'est pas conclu par acte concluant
 - Langue : latin, puis passage à d'autres langues ;
 - L'important était que les parties se comprennent ;
 - Muets et sourds ne pouvaient pas passer de stipulation !
 - Continu
 - Pas de temps mort entre la question et la réponse ; le promettant ne pouvait pas partir pour revenir après → risque de ne plus se rappeler le contenu du contrat.
 - Symétrique
 - Le promettant doit utiliser le même verbe que celui de la question.
 - Promettant devait répondre par l'affirmative.
 - Le fait de répéter le verbe était la meilleure façon de vérifier la volonté de s'engager.
 - Ulpian indique qu'il n'y a pas de problème si on utilise 2 langues différentes, pour peu que les 2 parties se comprennent, même avec l'aide d'un interprète.
 - Passé entre personnes présentes
 - Cette exigence est proche de celle de la continuité (impossible de laisser du temps entre la question et la réponse).
 - Lié aussi à l'exigence d'oralité (pas d'échange de lettre).
 - Engagement personnel du débiteur.
 - C'est le caractère personnel des obligations.
 - On ne peut demander de passer le contrat à sa place (sauf au fils ou à l'esclave pour le Pater Familias).
 - Impossible de promettre des prestations au père d'autrui.
 - Ce sont les seules exceptions.
- **Objets de la stipulation :**
 - Objet déterminé
 - Le juge devait pouvoir vérifier si l'engagement avait été tenu.
 - S'il manquait un élément pour la détermination de l'objet, la stipulation était nulle.

- Objet certain ou incertain
 - L'objet pouvait être un « dare », « facere », « praestare ».
 - Lorsque l'objet était un « facere » ou un « praetare », on ne pouvait pas connaître la valeur objet de l'objet.
 - L'objet était certain dans le cas où le juge ne devait pas se livrer à une estimation.
- Objet possible
 - Impossibilité initiale ou subséquente
 - Si initiale : jamais d'obligation, contrat nul dès l'origine.
 - Si subséquente : le contrat pouvait tout de même produire des effets ; il fallait déterminer qui supportait le risque de disparition de la chose après la conclusion du contrat.
 - Dans la stipulation, le contrat prenait fin s'il devenait impossible à honorer.
 - Si impossibilité n'était que passagère, suspension. Pas extinction de l'obligation.
 - Impossibilité juridique : interdiction de la vente d'objet sacré.
 - Impossibilité de fait : objet détruit.
 - Impossibilité devait être objective (tenir à la nature de la chose ou de l'affaire).
 - Le manque d'argent n'était pas une justification de l'impossibilité de s'exécuter.

Interprétation de la stipulatio : Les règles ne sont utilisées que dans les cas douteux. Il y a 3 règles d'interprétation :

- Dans le doute, on interprète CONTRE celui qui a stipulé.
 - C'est le créancier qui détermine le contenu de l'obligation par sa question.
 - S'il y a un doute, c'est de sa faute.
 - On retenait la compréhension la plus avantageuse pour le débiteur.
- Ce qui est utile ne peut être vicié par ce qui ne l'est pas.
 - Marqué l'histoire ; c'est à partir de ça qu'une partie viciée du contrat n'annule pas le contrat entier.
 - Principe de la nullité partielle du contrat (art. 20 II CO)
- Il y a autant de stipulations que d'objets
 - Afin d'éviter que si un seul objet manquait, toute la stipulation ne soit annulée.

Les règles se sont assouplies sous le développement du commerce et sous l'influence des Grecs. La pratique se modifia ; lorsqu'un document écrit indiquait que la question avait été posée et la réponse faite, les tribunaux renonçaient à exiger la preuve de la stipulation orale. Ils se satisfaisaient du document écrit. Au 5^{ème} siècle, la situation changea, on oublia la stipulation orale, il suffisait que les parties soient parvenues à un accord au même moment, au même endroit. Cette dernière était nulle si quelqu'un prouvait qu'un élément venait à manquer.

Conclusion : D'abord orale, pour ensuite devenir preuve écrite, puis on s'est satisfait de cette preuve écrite, pour ensuite simplifier la procédure comme susmentionné (Moyen-Âge).

Stipulation et objet multiple :

La stipulation devait toujours avoir un objet déterminé. Le contrat n'était alors valable que si on savait exactement envers quoi le contractant s'était engagé. On peut se demander si la

stipulation qui portait sur un objet multiple, plusieurs prestations possibles, était déterminé ou non (Exemples p. 51 Tome II).

Obligation alternative : choix entre 2 prestations à remplir de la part du débiteur, par exemple l'esclave X ou Y.

Le choix appartenait au débiteur ; on pouvait cependant laisser le choix au créancier.

Obligation avec faculté alternative : ne porte que sur un objet, mais le débiteur peut le substituer à un autre objet. L'obligation s'éteint toutefois lorsque l'objet initial disparaît sans sa faute, puisque seul l'objet initial est dû.

L'obligation ne portant que sur un objet, seul le débiteur avait la faculté alternative. Le débiteur pouvait, au début, livrer un objet de piètre qualité. Sous Justinien, il était obligé de livrer de la qualité au moins moyenne.

Droit moderne : art. 84 CO, qui inclut la faculté alternative.

Clause pénale : versation d'un montant si non-exécution.

La règle voulait que l'impossibilité subséquente rende le contrat nul. Dans le contrat avec faculté alternative, il n'y avait pas d'impact sur le contenu de l'obligation. En revanche, si l'objet lui-même devient impossible, l'obligation s'éteignait.

Dans le cas de la clause pénale, si l'esclave mourrait, on pouvait exiger l'argent.

Sur les choses de genre, l'obligation ne s'éteignait pas → du blé reste du blé, du vinaigre, du vinaigre, etc.

Stipulation alternative :

- Impossibilité sans faute :
 - Destruction sans faute, l'obligation portait sur l'autre objet.
 - Si le 2^{ème} objet est aussi détruit sans faute, l'obligation s'éteint.
- Impossibilité fautive :
 - Obligation porte sur l'objet restant.
 - Si les 2 objets sont détruits, l'obligation se transformait en une obligation de payer des dommages et intérêts.

Stipulation et les tiers :

- Droit romain ne connaît pas la représentation, outre le fils ou l'esclave pour le Pater Familias.
- Cas de la stipulation pour autrui et porte-fort : art. 111 et 112 CO.
 - Des situations dans lesquelles les tiers ne sont pas parties au contrat, mais on veut qu'ils en bénéficient.
 - Pour autrui : débiteur s'engage à faire une versation à un tiers : pas d'effet juridique.
 - Porte-fort : cocontractant promet qu'une tierce personne fera la prestation attendue. Cependant, pas d'effet juridique.

Lorsque le tiers prenait directement part à la relation entre le créancier et le débiteur, il le fait par un acte particulier.

- Solidarité (détails dans le livre) :
 - Rapport d'égalité entre plusieurs créanciers et plusieurs débiteurs.
 - Créancier ou débiteur collectif (prestation à faire ensemble)
 - Plusieurs types de solidarité :
 - Solidarité active

- Plusieurs créanciers peuvent chacun exiger l'intégralité de la prestation, que le débiteur peut se défaire envers l'un d'eux seulement et qu'il est ensuite libéré à l'égard de tous.
- Solidarité passive
 - Lorsque le créancier peut rechercher chaque débiteur pour la totalité de la dette (avec le tout dû une seule fois).
 - Il va d'abord passer par le débiteur le plus solvable.
 - Principe présent dans beaucoup de contrats.
 - Rapports externes (débiteurs – créanciers)
 - L'exécution par un débiteur libère les autres (coréalité)
 - Rapports interne (entre débiteurs)
 - Si un paye tout, peut-il se retourner contre les autres pour leur part ?
 - Dans le cadre de la stipulation, non. Le droit de recours n'était possible que dans le cas d'un lien juridique entre les débiteurs.
- Cautionnement :
 - Obtenir une sureté ;
 - 2^{ème} personne s'engage si le débiteur principal ne s'exécute pas.

C. Contrats réels

En droit romain

Points communs entre les trois:

- Accord des parties
- Remise d'une chose réelle

Prêt à la consommation – Mutuum

- C'est un contrat *re* (réel) ;
- Il ne produisait ses effets qu'à partir de la remise de l'objet du contrat à l'autre partie
- **Fonctionnement** :
 - Consiste en la remise d'une somme d'argent ou d'un fongible pour lui permettre de la consommer.
 - Cette personne doit rendre la chose équivalente à la fin du contrat.
- **Conditions** :
 - Accord des parties
 - Etant un contrat réel, il n'était conclu que par le transfert de la propriété des choses prêtées (*datio*)
 - Prêteur devait donc être propriétaire et ait toute capacité pour en disposer.
 - L'objet était une chose fongible (on ne notifie pas le poids, la quantité, etc)
 - Contrat par définition gratuit ! C'est à la base un contrat passé entre amis ! *
- Il ne crée qu'une seule obligation : restituer l'objet du prêt. Toutefois, l'emprunteur devenu propriétaire ne devait pas nécessairement rendre l'objet même, mais devait restituer un identique, de même qualité en même quantité.
- L'obligation du nouveau propriétaire est très lourde, car il suppose tous les risques (perte, vol, etc.). Il devra obligatoirement restituer la même chose à l'échéance.
- **Faiblesse de ce contrat** : on faisait un transfert réel de la chose, mais le prêteur n'était plus propriétaire. Il ne pouvait donc plus la revendiquer !
- * Cependant, il existait aussi **2 prêts commerciaux**.
 - Passer une stipulation et un mutuum
 - Promesse de payer l'intérêt (*stipulatio*).
 - C'était des intérêts conventionnels → Convenus spécifiquement.
 - Dation : Remise de la chose. Sans elle, le prêt n'était pas valable.
 - La stipulation avait tout le temps lieu avant la remise effective. Si le prêteur était malhonnête, il disposait quand même de l'*actio stipulatu* pour demander les intérêts (12% max)
 - Contrat maritime :
 - Le créancier prêtait une somme d'argent à un armateur, dont les marchandises étaient sur le bateau. Il acceptait de n'être remboursé que si le bateau arrivait à bon port. Cependant, il n'y avait pas de limite du taux d'intérêt
- **Prêts simplifiés** :
 - Prêt par *brevi mano traditio* : le prêteur n'est plus en détention de la chose, il remet la propriété de la chose au dépositaire, qui devient propriétaire et possesseur (cf. Tome I)
 - Prêt par délégation : celui qui concède le prêt demande à un des débiteurs de s'exécuter auprès de l'emprunteur.

- L'accord était lié de manière inséparable de la remise d'une chose réelle à l'emprunteur

Prêt à usage – Comoda

- Contrat par lequel le prêteur prêt une chose mobilière à un tiers afin qu'il puisse l'utiliser et la restitue ensuite.
- Remise de la détention d'un corps certain au commodataire à titre gratuit pour son usage, avec obligation de restituer à la fin.
- Commodant (prêteur) répondait de toutes les dépenses liées à l'entretien de la chose.
- Commodataire répondait du dol, de la faute (grave ou simple) et, comme il avait un devoir de garde (custodia), répondait du vol et du dommage causé par un tiers.

Dépôt – Depositum

- Lie le déposant au dépositaire. Le premier remet une chose au second par détention, avec l'obligation pour ce dernier de la garder gratuitement et de la restituer sur simple demande.
- Le dépositaire répondait de la perte volontaire et de la faute grave.
- Répondant répondait du remboursement des dépenses que le dépositaire avait du supporter de par la garde de la chose.
- Si la chose n'est pas remise à la fin du contrat, il acquiert la possession de manière originaire par VOL.
- Parmi les dépôts, les juristes romains en distinguent quatre :
 - Dépôt ordinaire
 - Réponse de la perte avec valeur simple.
 - Dépôt nécessaire (en cas de force majeure [incendie, etc.])
 - Réponse de la perte avec double de la valeur.
 - Dépôt séquestre
 - (cf. formule du séquestre Tome I – Litige sur une chose mobilière entre 2 personnes, qui déposent la chose chez un séquestre)
 - Dépôt irrégulier :
 - Dépôt de choses fongibles auprès d'un tiers dépositaire
 - Proche du Mutuum

Contrat de gage – Pignus

- Débiteur d'une somme d'argent, remise d'une chose mobilière à un tiers en guise de sûreté réelle.
- Remise de la possession de la chose à son créancier en sûreté réelle de notre dette.
- La chose était restituée en cas de paiement ; si la dette n'était pas payée, le gagiste pouvait soit s'approprier la chose soit la vendre et de se payer sur le produit de la vente, en restituant la différence au possesseur de base.

Enrichissement illégitime – Conditio

- Appelé aussi « action en répétition de l'indu » - Art. 72ss CO.
- L'idée principale est que celui qui a acquis une chose de manière injustifiée devait la rendre, ne pouvait pas la garder.
- **2 conditions** principales :
 - Transfert de la propriété de la chose (datio)
 - Effectué sans cause valable.
 - P. 71 Tome II : Extraits fondamentaux.

- **Lien entre *conditio* et *mutuum*** : transfert de la propriété dans les 2 cas. Différence fondamentale : **pas de cause valable pour le transfert** (extrait p. 72).
 - Il y a la **cause nulle**. Exemple : Le paiement d'une prestation a eu lieu alors que le contrat sur lequel se fonde cette remise d'argent est nul.
 - Le propriétaire a une action spéciale : *conditio in debiti*, afin de récupérer la somme versée de manière injustifiée. Il n'agissait pas par *revendicatio*, car il n'a plus la propriété.
 - Il y a la **cause contraire aux mœurs**. Exemple : Tuer quelqu'un. Ce contrat sera nul aussi.
 - Action : *conditio ob turpem causae*. On ne pouvait invoquer cette cause uniquement si on ne savait pas que le contrat était contraire aux mœurs.
- **Conditions de *conditio in debiti*** :
 - Existence d'un négoce entre l'enrichi et l'appauvri.
 - Remise de la propriété de la chose, en principe de l'argent.
 - Absence de cause (quand un contrat est nul ou non-valable)
 - Celui qui remet l'argent doit se trouver dans un état d'erreur excusable (ne pas savoir que l'on ne devait pas d'argent) [Art. 63 CO].

Prêt à la consommation en droit suisse

- Il est traité aux articles **312 – 318 CO**.
- Si on reprend la définition de l'art. 312, c'est un transfert de biens fongibles. A charge de celui-ci de lui en rendre la même quantité de la même qualité.
- Pour qu'en droit suisse il y ait un contrat de prêt à la consommation, une partie DOIT s'être engagée avec un bien fongible.
- **Différence** essentielle entre **droit suisse et droit romain**:
 - Droit suisse : l'accord des parties suffit à la conclusion du contrat
 - Droit romain : le transfert de possession était nécessaire.
- Entre particuliers, les intérêts ne sont pas dus sauf si expression spéciale (art. 313 al. 1 CO)
- En matière commerciale (al. 2), l'emprunteur doit des intérêts de par la loi. Les parties peuvent cependant stipuler que le prêt se fait à titre gratuit.
- Pour éviter l'endettement des emprunteurs, par le **concordat de 1957**, le **taux d'intérêt maximal est de 18%**. Il y a en plus l'**intérêt moratoire, qui est de 5% maximum**.
- Consensus, **pas de forme particulière**.

Crédit à la consommation

- Loi date de 1953 : vise la protection contre l'endettement.
- Art. 1 : un prêteur consent à un consommateur un crédit sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt ou toute autre facilité de paiement.
- Il y a une **forme obligatoire**, à savoir une forme écrite qualifiée, car la loi fait obligation d'insérer des clauses typiques quant aux obligations du consommateur!
 - Si la forme n'est pas respectée, le contrat est absolument nul (art. 11 de la Loi sur le Crédit à la consommation.)

Distinction entre contrat de dépôt et contrat d'entrepôt

- Dans le contrat d'entrepôt, on s'adresse à des professionnels uniquement.
- L'entrepositaire doit donc avoir des infrastructures particulières.

Contrat consensuel – Droit romain et droit suisse

Les jurisconsultes romains n'avaient pas de codes, les Digestes étaient des compilations. Il n'y avait donc pas de théorie de formation du contrat, ils ne s'y intéressaient que lorsque le contrat était parfait. Le consentement entre parties est l'élément de base à chaque fois (p. 126 Tome II). C'est très proche de l'art. 1 CO actuel, concernant la perfection du contrat.

Les jurisconsultes romains n'examinent pas la question de l'offre. Le contrat devient juridiquement intéressant uniquement quand il est parfait (cf. modes de conclusion de contrat).

Le droit moderne analyse, lui, les actes de formation du contrat et leurs portées juridiques. Le contrat se forme par les déclarations des offres et des acceptations. Avant, il y a une période de pourparlers. Cette phase exige déjà une certaine attention (devoir de s'informer, d'informer l'autre, ne pas tromper le cocontractant). Le premier lien de droit se fait avec l'offre ; l'offre est faite en vue d'une acceptation ou d'un refus :

- Entre présents : l'offre doit être acceptée immédiatement, autrement l'offrant n'est plus lié (art. 4 CO).
- Entre absents : lié jusqu'au moment où il peut s'attendre à ne pas recevoir de réponse (art. 5 CO).
- Problème : cas du silence ; que se passe-t-il si le recevant ne répond pas ? RIEN → Art. 6 : le silence vaut réfutation. Il y a cependant certaines exceptions (relations d'affaires depuis longtemps ; réception d'une facture).

L'acceptant doit donc réagir à l'offre pour que le contrat se noue. Cela peut se faire par tous les moyens. Si l'acceptation ne recouvre pas les termes de l'offre, il y a contre-offre et les rôles sont inversés.

Le moment de conclusion du contrat est le moment de l'échange de l'offre et de l'acceptation (art. 1 CO). Cet article reprend des éléments du droit romain, mais s'en détache. Les articles qui décrivent les contrats s'inspirent de textes de Saviny (allemand), qui décrit le contrat de manière assez moderne :

- Pluralité de personnes
- Volonté commune
- Déclaration de la volonté de vouloir une chose
- Régler un rapport de droit

Le contrat est l'accord de plusieurs personnes sur une déclaration de volonté commune destinées à régler leurs rapports de droit. Le contrat devient l'élément principal de l'autonomie de la volonté ! Il y a une gestion individuelle des rapports de droit avec les autres. La liberté contractuelle influence l'ensemble du droit des contrats. Ce principe a cependant une restriction : l'absence de vice (dol, tromperie, crainte fondée)

- 3 applications principales de liberté contractuelle :
 - Liberté de conclure
 - Liberté de forme (art. 11 CO), sauf si la loi ne l'impose (crédit à consommation ou transfert de bien immobilier) ou si les parties veulent elles-mêmes une forme spéciale.
 - Liberté de l'objet, de l'étendue du contrat.

Atténuations de la liberté contractuelle :

- Il peut y avoir une **partie faible**, qui peut être protégée par certaines conventions. Une partie faible est la partie qui n'est pas en mesure de négocier ou de conclure des contrats (Bail, travail, assurance, consommateur).
- **Bonne foi** (art. 2 CC) ; on s'en sert pour combler un contrat lacunaire. Le principe le plus important est celui de la confiance. Les manifestations de

volonté (offres, acceptations) doivent être comprises selon qu'une personne raisonnable aurait donné un certain sens au contrat.

- **Fidélité contractuelle** : Exécution de ce qui a été promis.

Conditions et termes

Les accords et consentements ne sont pas toujours suffisants pour que le contrat soit parfait. Les parties peuvent souhaiter que le contrat ne déploie ses effets qu'après un certain terme ou une certaine condition. Cela vaut pour TOUS les contrats (y compris ceux de droit strict).

Qu'est-ce qu'une condition ? Un élément futur et incertain.

Qu'est-ce qu'un terme ? Un élément futur et certain.

Droit romain

La condition a des effets sur la perfection du contrat. Elle était introduite par la conjonction « si ». Entre la condition et le terme, il y a la condition impropre (« Si le navire est arrivé en Asie »). Elle se rapporte à la fois au présent et au passé. Ne sachant pas si l'élément était réalisé, on considérait le contrat comme parfait.

Les différents types de condition et terme

- Condition
 - Certaine (quand on sait quand examiner si les conditions sont réalisées)
 - Elle est toutefois généralement considérée comme incertaine.
- Condition
 - Positive : si tu fais quelque chose
 - Négative : si tu ne fais pas quelque chose
- Condition
 - Casuelle : se rapporte à un fait lié au hasard ; ne dépend pas de la volonté des parties.
 - Potestative : (non-)réalisation dépend d'une des parties.
- Effets de la condition :
 - Suspensif : suspend la perfection du contrat ; il n'est pas parfait jusqu'à l'avènement de la condition.
 - Résolutoire : Contrat produit immédiatement ses effets ; il est parfait ; les parties doivent s'exécuter jusqu'à l'avènement de la condition, qui résout le contrat.
- Le terme
 - Est toujours relatif à un événement certain.
 - On ne sait pas forcément quand il se réalisera, mais on sait qu'il se réalisera (incertain)
- Si la condition était impossible au moment de la condition du contrat, le contrat est nul.
- Si la condition impossible est liée à un certain terme, on considérait que le contrat était parfait. La condition impossible était la seule chose du contrat qui était annulée.
- On ne pouvait pas se fier aux parties, qui pouvaient faire des erreurs d'interprétation.

Vice de consentement

L'accord des parties doit être libre de tout vice :

- L'erreur : sur un élément essentiel du contrat, elle crée un désaccord et rend le contrat nul. La difficulté est de savoir quand elle est essentielle ou non. Si elle porte sur un détail, le contrat n'est pas nul – p. 148 – Ulpian – 18. 1. 9. Typologie d'erreurs :
 - Erreur sur la quantité (contrat nul)
 - Erreur sur l'objet. Il y a une controverse sur la MATIERE de l'objet. Par exemple, si je vends une table recouverte d'argent, mais que je pensais qu'elle était en argent, les juristes n'avaient pas tous le même avis. La règle générale était que le contrat était nul s'il y avait erreur sur la matière (contrat nul)
 - Erreur *in negotio* : une partie veut faire un prêt, l'autre une donation. Dans ce cas-là, le contrat est nul (contrat nul)
 - Erreur sur la personne (contrat nul)
 - Erreur sur le nom du contrat (contrat NON-nul)

- Dol – Art. 28 CO : mauvaise intention, tromperie. Droit romain : le contrat sous tromperie était valable, car les parties s'étaient entendues sur les termes du contrat.
 - On pouvait intenter l'action *de dolo* pour être dédommagé si les prestations étaient effectuées.
 - Si les prestations n'étaient pas effectuées, il y avait l'*exceptio doli*.
- Crainte fondée – Art. 30 al. 1 CO : danger grave ou imminent... 3 conditions :
 - Menace grave et imminente
 - À l'égard de certains biens (vie, honneur, biens nous appartenant, etc)
 - Illicite (la menace de l'action en justice n'est pas illicite).
 - Gaius : crainte ébranle une personne qui a du caractère.
 - Sanction pénale en droit romain: quadruple de la valeur extorquée.
 - Pour éviter cette condamnation, la personne pouvait restituer l'objet ou le montant qui avait été payé.

D. Contrat de vente

- Contrat par lequel les parties s'échangent de l'argent contre un objet.
- On peut vendre quelque chose qui ne nous appartient pas, il y aura cependant une inexécution contractuelle. On utilisera donc l'*actio empti*.
- Ouvert aux citoyens romains, mais aussi aux étrangers.
- Sa nature repose sur 3 piliers essentiels :
 - Contrat bilatéral parfait (repose sur la bonne foi) – synallagmatique.
 - Un contrat de dépôt n'en est pas un, car les prestations ne sont pas faites dans un rapport d'échange.
 - C'est un contrat qui repose sur la bonne foi.
 - Le juge a une marge d'appréciation pour déterminer ce que chacune des parties devait faire au terme du contrat.
 - C'est un contrat consensuel, la forme de sa conclusion est libre.
- A l'époque, la conclusion et l'exécution étaient simultanées. Puis l'idée de l'échange immédiat s'est assouplie (accord que le prix soit payé plus tard, etc.). Le contrat de vente est devenu un contrat générateur d'obligation.
- On pensait qu'à l'origine, la vente était l'échange de 2 stipulations (transfert de la chose et paiement du prix)

Conditions pour conclure un contrat de vente

L'objet

- L'objet était généralement une chose mobilière ; cependant, cela pouvait être un immeuble ou des droits.
- La chose doit remplir **3 caractéristiques** :
 - Possible :
 - On ne peut pas vendre la lune.
 - On ne peut pas vendre une licorne.
 - **Sanction** de l'impossibilité : Le contrat est **NUL** !
 - Licite
 - La vente en droit romain de choses sacrées est aussi **nulle**, car illicite.
 - Certaine
 - C'est une chose déterminée.
 - Les romains ont eu de la peine à admettre que l'on puisse vendre des choses déterminées uniquement par leur genre. Il fallait donc individualiser la chose à vendre.
 - On peut vendre un héritage.
 - On peut vendre plusieurs objets par le même contrat.
- Déterminer le prix
- **Absence de conditions suspensives** (le contrat serait conclu, mais pas parfait).
- La conclusion du contrat n'a pas d'effet réel (par opposition au droit français).
- Si on sollicite quelqu'un pour qu'il construise quelque chose, c'est un contrat d'entreprise. L'entrepreneur garantit ensuite un résultat. Dans le mandat, le mandataire a une obligation de moyen.
- On pouvait vendre des choses qui allaient exister. Avant que l'objet existe, le contrat n'était pas parfait, car il y avait une condition suspensive.
- Si on vendait un **espoir** (ce que je vais pêcher aujourd'hui), le contrat était **immédiatement parfait**.

Le Prix

- Il devait être exprimé en argent.
- Il devait être vrai. Si les parties n'envisageaient pas réellement un prix ou un prix égal à zéro, il s'agissait d'une donation. Cependant, il était possible de réduire le prix.
- Il devait être certain (objectivement déterminé ou déterminable).

Absence de condition suspensive

- C'est-à-dire lié à un événement futur et incertain.

Les obligations des parties

Les obligations principales

- L'acheteur pouvait faire respecter les obligations du vendeur par l'*actio empti*.
- Obligations du vendeur:
 - Remettre la possession de la chose vendue
 - Vendeur remet la possession libre de la chose. Cela signifie qu'un tiers ne devait pas avoir la possibilité d'empêcher l'acheteur d'en prendre possession.
 - La vente n'entraînait pas le transfert de la propriété ; cela se faisait par usucapion.
 - Moment de l'exécution du contrat.
 - Pas de dol
 - Si le vendeur savait qu'un tiers était le propriétaire, cela était un dol → entraînait sa responsabilité pour d'éventuels dommages et intérêts
 - Pas de faute
 - Ne pas endommager la chose entre la conclusion et l'exécution du contrat. Sinon, il doit en répondre.
 - Obligation de garde
 - Le vendeur était responsable de la bonne conservation de la chose. Il devait veiller sur la chose entre la conclusion et l'exécution du contrat.
- Obligations de l'acheteur, exigibles par l'*actio venditi* :
 - Payer le prix
 - Il suppose le transfert de la propriété de la somme d'argent, qui était ensuite mélangé avec celui de vendeur.
 - L'acheteur pouvait exiger les intérêts moratoires, s'il ne payait pas au moment convenu.
 - L'acheteur devait payer les intérêts et les frais de garde
 - Les risques liés à la disparition de la chose passaient à l'acheteur dès la conclusion du contrat.

Les obligations accessoires

- Garantie contre l'éviction
 - Vendeur est évincé de la propriété car il ne l'a pas.
 - Garantie que l'objet vendu n'est pas à un tiers. Cependant, si un tel tiers intervient, l'acheteur pourra dénoncer l'instance au vendeur en lui demandant de l'assistance au procès. Si on perd la cause, on aura une action en dommages et intérêts contre le vendeur.
- Garantie contre le défaut – **CF MANUEL** :
 - Après l'exécution de la vente, le vendeur répond-il des nouveaux défauts ?

- Oui, si défaut pour une surface plus petite
- Oui, si défaut sur objet immobilier.

E. Responsabilité et risque

Si en droit romain l'obligation du vendeur est de transférer la possession de la chose, en droit suisse, l'obligation du vendeur est de transférer la propriété de la chose.

Attention, il faut distinguer la conclusion du contrat (elle génère des obligations à charge des parties) et l'exécution du contrat. Cette dernière peut intervenir plus tard que la conclusion.

Le transfert d'une res mancipi :

il se fait par mancipatio, un rituel assurant la publicité de la vente. La propriété n'est alors assurée que par l'usucapion (1 an pour les choses mobilières, 2 ans pour les choses immobilières).

Est-il possible de vendre une chose dont on n'est pas propriétaire ? Oui, car le contrat de vente n'est pas d'effet sur la propriété. Il n'assure que la remise de la possession.

Ainsi, l'acheteur doit intenter l'action en dommage et intérêts puisque le vendeur ne peut remettre la chose (vu qu'il ne l'a pas)

Responsabilité de la vente et transfert du risque

La responsabilité : une partie doit supporter l'inexécution de la vente parce qu'on lui implique la responsabilité de l'échec

Si l'une des parties ne remplit pas ses obligations, l'autre peut intenter une actio (empti/venditi).

Par l'actio empti, l'acheteur ne peut obtenir que des dommages et intérêts. Ces derniers sont positifs. Ils remettent l'acheteur dans la situation dans laquelle se trouverait l'acheteur si le contrat avait été correctement exécuté. La faute du vendeur peut prendre la forme d'une négligence, d'un dol, d'une imprudence, d'un cas fortuit.

Lorsqu'il n'y a aucun chef de responsabilité, il s'agit de se tourner vers la règle du risque. Ce risque est selon la règle à charge de l'acheteur dès la perfection du contrat.

Qu'est-ce qu'un risque : le risque est celui lié à la destruction ou à la perte de la chose. Qui doit supporter la diminution du patrimoine, lié à la perte de la chose ? c'est l'acheteur.

Conditions de la règle du transfert de risque à charge de l'acheteur

- Absence de faute
- La vente doit être parfaite : La vente est parfaite lorsqu'il y a un accord des parties sur le prix et l'objet et qu'il n'y a plus aucune condition suspensive. Donc si le contrat de vente n'est pas parfait, la règle du transfert de risque ne s'applique pas.

La même règle existe en droit suisse. Mais elle est considérée comme exorbitante, mettant à la charge de l'acheteur le paiement du prix quand bien même il ne pourra la recevoir.

Quel est donc le sens de cette règle ? A partir de la perfection du contrat de vente, on considère que l'acheteur en est le propriétaire économique quand bien même il n'en est pas le propriétaire juridique. La justification tient donc à la différenciation entre la qualité de propriétaire économique et juridique.

La garantie pour les défauts et la garantie contre l'éviction

Le vendeur a deux obligations accessoires : garantir les défauts et l'éviction.

1. Le principe fondamental en droit archaïque est que l'acheteur doit répondre du défaut car il a l'obligation de vérifier l'état de la chose et est donc sensé accepté le défaut. Toutefois, l'Ancien droit romain connaissait déjà une action.

La solution de Justinien (on passe les solutions intermédiaires) : l'acheteur a l'obligation de vérifier la chose et s'il constate un défaut il a le choix entre deux actions :

- L'action diminutoire : par laquelle l'acheteur demande la diminution du prix payé
 - L'action rédibitoire : elle permet de replacer les parties comme si le contrat n'avait pas été conclu. Qu'en est-il si le prix est payé et la chose transférée et que les parties ne rendent pas les prestations ? On applique les règles d'enrichissement illégitime.
2. La garantie contre l'éviction est la garantie que l'objet n'est pas propriété d'un tiers ou qu'un tiers n'a pas un droit réel limité sur l'objet, l'acheteur peut dénoncer à l'instance le vendeur en lui demandant assistance dans le procès. Si maintenant, le procès est perdu, l'acheteur pourra intenter contre le vendeur l'action en dommages et intérêts (voir le manuel pour les détails)

F. Distinction entre obligation de moyen et de résultat

Différence entre contrat de travail, d'entreprise et mandat :

Mandat :

- Est en général gratuit en droit romain.
- Contient une obligation de moyen
- Mandataire n'est pas soumis à la subordination du mandant.

Contrat de travail :

- Travailleur s'attend à un salaire.
- Contient soit une obligation de moyen soit une obligation de résultat.
- Travailleur est soumis à l'employeur dans son travail. C'est la différence majeure avec d'avec le mandat.

Contrat d'entreprise :

- Entrepreneur a une obligation de résultat.
- Il est indépendant du maître d'ouvrage.

Il y a obligation de résultat pour celui qui est tenu de livrer un corps certains. Dans le contrat de service, l'obligation de faire est une obligation de résultat.

En concluant un contrat d'entreprise, l'exécuteur s'oblige à réaliser ce qu'on appelle l'ouvrage. Cette obligation de résultat comporte généralement aussi une garantie contre le défaut. Le maître d'ouvrage peut demander un dédommagement s'il y a erreur de l'entrepreneur. En amont, on peut demander l'exécution de l'obligation de l'entrepreneur en vue du résultat attendu. Toute obligation qui porte sur un résultat est l'objet du contrat d'entreprise.

L'organisation d'un spectacle pencherait dans le contrat d'entreprise. L'ouvrage peut être matériel ou immatériel.

Il y a obligation de moyen lorsque le débiteur doit fournir un effort de diligence en vue d'un résultat, sans que ce dernier ne soit dû. S'il est tenu de poursuivre un résultat, il n'est cependant pas tenu de l'atteindre. En matière de contrat de service (mandat, travail ou entreprise), l'obligation de faire est un moyen, quand elle concerne une activité diligente en vue d'obtenir le résultat final. Si le résultat n'est pas atteint mais que le débiteur a mis en œuvre toute sa diligence, il y a exécution parfaite. Si le mandataire a correctement travaillé, on ne pourra rien faire contre lui.

C'est à la volonté commune des parties qu'il faut se référer pour savoir si on a affaire à une obligation de moyens ou de résultat. Si la volonté des parties ne permet pas de déterminer cela, il faut se référer à l'aléa. Lorsque l'aléa est trop considérable, qu'on ne peut plus le négliger, on doit considérer qu'il y a une obligation de moyen. Si la diligence suffit à arriver au résultat, on a une obligation de résultat.

G. Contrat de louage

Location conductio

Cela couvre plusieurs contrats en droit moderne. En droit romain, on avait :

- La *conductio rei* (contrat de bail – 253ss CO ou bail à ferme – 275ss CO).
 - La durée du contrat de bail était de 5 ans (un lustre). La mise à disposition se faisait contre loyer.
 - Le *locator* était le bailleur et le *conductor*, le locataire.
- La *locatio operis*
 - Contrat d'entreprise.
 - Le *conductor* (entrepreneur) réalise un ouvrage et le *locator* (maître d'ouvrage) rémunère.
- La *locatio operarum*
 - C'est le contrat de travail (319ss CO).
 - Le *locator* (travailleur) met à disposition sa force de travail auprès du *conductor* (employeur), qui rémunère.

On remarque qu'en droit romain, un seul terme recouvre 3 contrats (*locatio conductio*). Un seul argument plaidait en faveur de la trichotomie : celui qui paie n'est pas toujours la même personne !

Il y a cependant plusieurs arguments CONTRE la trichotomie :

- Le fait qu'ils emploient un seul nom (l'adjonction qui suit n'est apparue qu'au Moyen-Age ; c'est au 19^{ème} qu'on a différencié le contrat de travail, d'entreprise ou de travail) ;
- La structure est la même : échange d'un prix contre autre chose.
- Le contrat de *locatio conductio* est toujours de bonne foi, bilatéral et synallagmatique.
- C'est toujours un même type de prestation ; le *conductor* doit restituer une chose.
- Une même expression économique.

Sur la base de ces arguments, on admet qu'il n'y avait qu'un seul contrat de *locatio conductio*, avec quelques règles différentes pour chacun d'entre eux. Cette théorie a eu des incidences ; en droit français, les rédacteurs du CC ont cru nécessaire de ramener sous un même titre les 3 contrats de *locatio*. Ainsi le titre VIII recouvre les 3 réalités que sont le contrat de travail, de bail et d'entreprise. En Allemagne (19^{ème} siècle), il y a eu un détachement de cette unité, comme en droit suisse, en prévoyant successivement ces 3 contrats.

Contrat de bail :

Le *locator* doit mettre à disposition du locataire une chose louée. Il n'en sera que DETENTEUR, pas POSSESSEUR ! Elle peut être un meuble ou un immeuble. En fonction de la volonté des parties, le contrat porte soit sur une chose *locata*, soit *frutara*. La remise de la chose se fait de manière à ce que le bailleur remette la possession de la chose. Si un tiers intervenait, il ne pouvait utiliser qu'aller voir le bailleur, qui introduisait une action comme un interdit possessoire.

Le bailleur ne devait pas nécessairement être propriétaire ; la sous-location était déjà connue en droit romain.

L'obligation principale du locataire était de payer le loyer, généralement en argent. Il y avait certaines exceptions, comme quand une partie du loyer était payée avec les fruits de la récolte. Certains juristes ont même admis un contrat de bail dans le cas ou 2 fermiers

utilisaient les bœufs de l'autre. Le contrat devait être certain, avec un prix fixé, sans quoi il s'agissait d'un prêt. Il pouvait être réduit, sans tomber dans la lésion.

De plus, le locataire doit restituer l'objet dans un état conforme à l'utilisation normale de l'objet loué.

Le contrat était à durée déterminée ou non. Généralement, il était déterminé pour 5 ans et les parties ne pouvaient généralement pas y mettre fin avant. Il y avait certaines exceptions : si le locataire ne payait pas le loyer (*ius reperendi*). De même, droit d'expulsion si le locataire endommageait la chose par sa faute. A l'échéance du contrat, le contrat prenait fin automatiquement. Si le locataire ne quittait pas les lieux et que le locataire ne s'y opposait pas, il y avait relocation tacite pour une année.

Si le contrat était de durée indéterminée, chacune des parties pouvait y mettre fin à tout moment. Il n'y avait donc pas de sécurité pour le locataire. La grande différence avec le droit moderne est l'existence des termes de préavis.

En principe, il était toujours conclu pour une durée limitée. Il y avait des exceptions : les fonds de la municipalité étaient loués à perpétuité. Le locataire d'un tel fond payait un loyer et le contrat passait à ses héritiers.

Il faut faire la différence entre la responsabilité et les risques : le bailleur répondait de la violation fautive de ses obligations (empêchait de percevoir les fruits, d'utiliser la chose). En cas de violation des obligations du bailleur, le locataire pouvait mettre fin au contrat, ne plus payer le loyer ou exiger l'*actio conducti*.

Le locataire répondait des manquements fautifs : payer le loyer, ne pas endommager la chose louée. En l'absence de faute, c'était la répartition des risques qui réglait le problème. La règle était la suivante : si la chose disparaît après la conclusion du contrat, le bailleur est responsable.

Le principe de la vente qui rompt le bail : le locataire était très mal protégé il pouvait être expulsé en tout temps. Que se passe-t-il si le bailleur vend à un tiers ? Le locataire ne peut rester dans la maison, la vente met fin au contrat de bail (logique → chaque partie pouvait rompre le contrat à chaque moment). Pour se protéger, le locataire disposait souvent d'un pacte adjoint au contrat, qu'il concluait avec le bailleur ; le bailleur s'engageait à faire reprendre la bail par le nouveau propriétaire. Aujourd'hui (art. 261 et 261a CO), la vente ne rompt pas le bail, le locataire reste protégé. Le nouveau propriétaire peut cependant faire valoir un besoin urgent pour lui ou un proche.

Le contrat de travail :

Il était très peu développé, car beaucoup reposait sur la société patriarcale (maître – esclaves, etc). De plus, le mandat était gratuit. Il ne se justifiait donc que dans de rares exceptions : la récolte du blé, le vendanges, etc. C'était un contrat consensuel, de bonne foi et synallagmatique. Le travailleur s'engageait pour une certaine durée contre rémunération. On retrouve en droit moderne les mêmes conditions :

- Travail
- Rapport de subordination
- Certaine durée
- Paiement d'un salaire

La responsabilité de chaque partie dépendait de l'existence d'une faute (*culpa*), avec une grande différence avec le droit moderne : s'il ne pouvait travailler, même à cause d'une maladie grave, il n'avait pas le droit à son salaire.

Contrat d'entreprise :

Le maître d'ouvrage exige la réalisation d'un ouvrage par l'entrepreneur. La réalisation de ce travail se faisait contre rétribution. En principe, l'entrepreneur réalise le travail avec les matériaux du maître d'ouvrage. Ainsi le joaillier auquel on remet de l'or réalise un contrat d'entreprise. Si l'entrepreneur fournissait lui-même les matériaux, on parlait plutôt de contrat de vente.

Le *conductor* devait réaliser le but escompté. Le maître d'ouvrage devait rémunérer. Le prix devait être certain, vrai et payé en argent.

Si l'ouvrage était immatériel (conduire un troupeau), il y a contrat de bail si on prend en location pour son propre intérêt ; il y a contrat d'entreprise si on prend en location dans l'intérêt du cocontractant.

Le *conductor* (entrepreneur) garantit qu'il a toutes les qualifications requises ; il répond donc de toute faute, mais aussi de toute maladresse. Il garantit aussi qu'il prendra soin des matériaux à lui remis (*custodia*). Il est aussi responsable des fautes des tiers (ouvriers). Au moment où le contrat est conclu, la chose à réaliser n'existe pas encore.

Il y a un moment-clé pour la répartition des risques : la remise formelle de l'ouvrage. A l'origine, avant la remise, le risque était à la charge de l'entrepreneur, après, à celle du maître d'ouvrage. Il y eut une modification : après, c'est toujours le maître d'ouvrage. Avant, c'est l'entrepreneur qui en répondait, à moins que le vice ne soit présent à cause d'un vice du sol (marécages, etc.).

H. Contrat de mandat

- Le mandat est réalisé à titre gratuit. En droit suisse, on peut réclamer des honoraires ou des salaires.
- Obligation de moyens → tout mettre en œuvre pour parvenir à son résultat, mais ce dernier reste en dehors du contrat.
- C'est un contrat consensuel (sans forme spécifique) (Paul – D. 17. 1. 1 PR)
- Ce n'est pas un contrat synallagmatique, car la prestation ne va que dans un sens (mandataire mène l'activité promise). C'est donc un contrat bilatéral imparfait.
- C'est un contrat de bonne foi, régi par la confiance. Le juge appréciait avec une grande marge de manœuvre l'exécution des parties.
- En général, conclu dans l'intérêt du mandant (*mea gratia*) ou d'une seule tierce personne (*sua gratia*). Pouvait aussi être conclu dans l'intérêt du mandant ET du mandataire (*mea et tua gratia*), ou pour des tiers. Cependant, il ne pouvait pas être conclu dans l'unique intérêt du mandataire.
- Le conseil n'engageait pas le mandataire. S'il donne un conseil, le mandant reste libre de s'en servir ou pas.
- C'était généralement un contrat conclu entre amis
- Le mandataire mène à bien une activité pour le compte du mandant.
- Mandat – *mandatum* viendrait de *mano datum*, à savoir remettre quelque chose entre les mains de quelqu'un.

OBLIGATIONS :

- Principales pour le mandataire :
 - Obligation de fidélité → suivre les instructions reçues.
 - En droit moderne, on a encore une obligation de diligence.
 - Obligation de rendre compte
 - Le mandat exécuté, le mandataire devait restituer tout ce qu'il avait acquis ou reçu durant l'exécution du mandat. En effet, le droit romain ne connaissait que la représentation indirecte : si on achetait un immeuble, on en devenait propriétaire à la place du mandant. C'est pourquoi le mandataire devait en rendre compte à ce dernier.
 - Si les obligations étaient violées, le mandataire devait réparer le dommage causé. Le mandant disposait de l'*actio mandati directa*. Le mandataire avait une responsabilité pour dol & pour culpa
- Accessoire pour le mandant :
 - Rembourser les frais subis par le mandataire, uniquement s'ils étaient nécessaires pour l'exécution du contrat. Les frais engagés devaient donc l'être de bonne foi.
 - Indemniser le mandataire pour le dommage subi.
 - Accepter de libérer le mandataire ; le mandant devait le décharger de tout ce qui avait été acquis.
 - Payer les honoraires, s'ils avaient été convenus. L'action utilisée était l'*actio extraordinem*.

TYPES D'AFFAIRES : Avocat, architecte, médecin.

- Il peut porter sur un engagement personnel ou professionnel.

DELIMITATIONS

- ≠ *Locatio operis* (contrat d'entreprise) :

- Le *conductor* réalise un ouvrage moyennant une rémunération
- Si on cherche quelqu'un qui accepte de faire quelque chose gratuitement, c'est un mandat.
- ≠ Contrat de travail
 - Rémunération
 - Dépendance entre employeur et travailleur, à l'opposé du mandat.
 - Le travailleur s'oblige à un moyen, tout comme le mandataire.
- ≠ Conseil
 - Celui qui agit la fait aussi gratuitement, le plus souvent il s'agit cependant uniquement d'un conseil. Il est donné sans tenir le conseillé pour responsable de quoi que ce soit.

LA GRATUITE DU MANDAT

- Tous les romains trouvaient indigne de rendre un service de manière payante.
- Le mandat pouvait être considéré comme nul s'il était payant.
- L'avocat était souvent récompensé sur une base volontaire. Les honoraires étaient pour honorer le travail qui venait d'être accompli.
- Il n'y avait cependant pas de raison que le mandataire soit appauvri. Le mandant devait donc prendre les charges du mandataire à sa propre charge. Le caractère de la complète gratuité du mandat doit donc être relativisé.
- Si le contrat de base prévoit une rémunération, le mandataire avait le droit de se faire payer. Cependant, le mandat étant toujours gratuit, il y avait une procédure extraordinaire !

EXCES DE MANDAT

- Le mandataire outrepassa les instructions reçues.
- Dans ce cas, le contrat n'est pas correctement exécuté. Le mandataire ne pouvait pas forcer le mandant à accepter ce qu'il avait acheté dans un tel cas.
- Si le mandataire accepte de prendre la différence de prix à sa charge, le contrat n'est toujours pas exécuté correctement. Il y avait cependant une divergence entre les Sabinieniens (mal exécuté dans son ensemble) et les Proculieniens (estimaient que la personne pouvait être remboursée pour la valeur demandée par le mandant [*actio mandati contraria*]).
- Aujourd'hui, on se rapproche de l'école proculienne. Cela étant, l'obligation de diligence existant, le mandataire pourra dire qu'acquiescer pour une valeur légèrement plus élevée était nécessaire.
- Dans le cas d'un achat pour une somme inférieure, le contrat est valablement exécuté (immeuble pour 80 à la place de 100). Si le mandataire s'exécute valablement, le contrat est valablement exécuté.

EXTINCTION DU CONTRAT

- L'exécution.
- Dès lors que le mandat est généralement entre amis, avec donc un lien de confiance, il s'éteignait si le lien était brisé.
- Le mandat prend fin par la mort d'un des co-contractants. Les juristes romains avaient prévu la possibilité d'un contrat allant post-mortem. Il était cependant très difficile à imaginer, car il engageait les tiers.
- L'arrivée à une date-butoir.
- Le mandat peut être résilié en tout temps, exception faite du moment inopportun.

LE MANDAT DE CREDIT

- Hypothèse : le mandant donne au mandataire l'ordre de prêter de l'argent envers ce tiers : double relation contractuelle : mandant-mandataire (mandat) & tiers-mandataire (*mutuum*-location, qui se conclut par la remise de la chose après l'accord des parties).
 - Si le tiers ne remboursait pas à l'échéance : possibilité du mandataire d'intenter la *condictio*. Si le remboursement ne s'effectue toujours pas, le mandataire pouvait utiliser l'*actio mandati contraria* contre le mandant.

Gestion d'affaire sans mandat

- Gérer les affaires d'autrui sans demander son avis car on n'a pas la possibilité de la faire.
- Parenté entre mandat et gestion sans mandat.
- Obligation EXTRA-contractuelle
- Les juristes romains l'avaient classé parmi les quasi-contrats, car toutes les fois que la gestion était utile au maître, on pouvait présumer qu'il y avait un accord.

CARACTERISTIQUES

- Un acte de gestion (acte de fait ou acte juridique)
- L'acte doit poursuivre les affaires d'autrui, et non pas au gérant.
- Une gestion utile au maître.
- Si ces 3 conditions étaient remplies, l'Edit du Prêteur donnait 2 actions de bonne foi :
 - *Actio negotiorum gestio* : rétrocession du bien obtenu et réparation. Le gérant devait aussi réparer les fautes, car on gère sans aucun accord.
 - *Actio negotiorum gestio contraria* : action de gérant contre le maître, pour obtenir le remboursement des dépenses faites dans le cadre de l'action. Le gérant pouvait obtenir le remboursement des dépenses nécessaires, mais aussi la réparation des dommages subis dans le cadre de l'action.
- Il y avait le principe de la ratification, qui permettait au maître de donner son accord avec un effet rétroactif. On faisait donc comme s'il y avait eu un mandat.

I. Contrat de société (*societas*)

- Société simple (atteindre un but commun)
- Une étude d'avocat est généralement constituée sous la forme d'une société simple. La jurisprudence récente a admis qu'elles pouvaient être constituée sous la forme de SA ou de SARL.
- On pourrait se référer à l'art. 530 CO : 2/plusieurs personnes unissent leurs ressources pour atteindre un but commun. Cette notion est reprise intégralement du droit romain.
- Le contrat de société (*societas*) est soit bilatéral, soit multilatéral. 2 ou plusieurs personnes ont des obligations les unes envers les autres. Les associés ne s'entendent pas pour recevoir quelque chose. C'est une union envers l'extérieur.
- C'est un contrat de bonne foi. L'*actio pro socio* est intentée entre les divers associés entre eux et permet au juge de régler avec un grand pouvoir d'appréciation les divergences.
- Pas un contrat synallagmatique (pas d'échange).
- Contrat consensuel ; un accord entre les parties suffit.
- C'est un contrat de durée ; but commun s'étend dans la durée ou la préparation requiert une certaine durée.
- Ce contrat implique des conditions :
 - 2 ou plusieurs personnes (uniquement des personnes physiques)
 - Union des efforts ou des ressources
 - En vue d'atteindre un but commun. Ce but est la manifestation de l'*animus societatis*.
 - Il faut l'accord des volontés sur les conditions. Comme tout contrat consensuel, l'accord pouvait être tacite. Contrairement au contrat de vente, la volonté doit durer aussi longtemps que dure la société. La *societas* cesse quand la volonté disparaît.
- Autre forme : *consortium ergo non cito* : entre les héritiers, sans part déterminée du patrimoine. La copropriété des biens dans la succession = origine de la société.

Types de sociétés

- Contrat pouvait être conclu entre toute sorte de personnes pour une durée limitée ou non.
- Poursuivre une seule affaire, pour un type d'activité, pour tous les biens (fusion), ou uniquement pour quelques affaires.
- Contrat léonin : c'était interdit, car un associé conserve tous les profits, et les autres associés ne participent qu'aux pertes. Cela se réfère à une fable de Phèdre.
- La société n'a pas de personnalité juridique propre. Comme la SS aujourd'hui, elle ne pouvait pas devenir titulaire de droits ou d'obligations.
- La société s'éteint par la mort d'un des associés. On pouvait cependant prévoir des clauses de continuation, pour autant que la société n'ait pas été faite uniquement en raison de la personnalité des associés.
- La *societas* posait des problèmes du fait de la non-reconnaissance de la représentation directe. Donc, tous les actes des associés ne prenaient effet que pour la personne qui s'était engagée. La personne devait donc retransférer aux autres associés.

Différences entre *societas* et copropriété

- Elles étaient souvent liées. Si 2 ou plusieurs personnes sont propriétaires en commun, cela découlait de la volonté d'agir dans un but commun

- Les relations entre les 2 étaient complexes : Ulpien D. 17. 2. 31
- Obligations des associés :
 - Faire un apport
 - Les associés s'entendent librement pour les apports de chacun
 - Apports en matière, moyens, argent, etc.
 - Le transfert de propriété peut se faire par acte unique ou par actes séparés
 - L'apport en argent pouvait se faire sous la forme d'un accès moindre au bénéfice si on apporte rien
 - Agir pour permettre d'atteindre le but de la société

Etendue de la responsabilité des associés :

- Responsables pour dol, relativement légère.
 - Cependant, c'est TROP léger au sein de la *societas*. Cependant, la *societas* se faisait entre amis, donc cette condamnation était infamante.
- On passe par la suite à une responsabilité pour faute, car on connaît les personnes avec lesquelles on s'allie. On appréciait la faute *in concreto*, par rapport à la gestion que la personne aurait déployée pour ses propres affaires.

Organisation de la société

- Rapports internes
 - L'élément prédominant est la volonté des parties
 - Ils impliquent ce qui est répartition des pertes et des bénéfices. Ces répartitions pouvaient se faire de manière inégale. Il était possible d'exclure quasi-toute participation aux pertes d'un associé, si le travail était extrêmement précieux. Il fallait faire attention à ne pas verser dans une société léonine.
 - En l'absence de précisions dans le contrat de base, la répartition se faisait par tête.
 - Dans la copropriété, c'est fait par rapport à la quote-part.
 - Ces précisions ne devaient pas forcément se faire par écrit, car il s'agit d'un contrat CONSENSUEL !!!
- Rapports externes
 - 2 hypothèses
 - Absence de responsabilité d'un point de vue externe :
 - Un associé pouvait agir au nom de la société. Il passait des contrats avec des tiers et communiquait les résultats aux associés.
 - Quand il y avait une perte, c'étaient les conditions passées avec l'associé qui étaient valables.
 - L'associé pouvait répercuter le risque sur les autres en fonction des clés de répartition adoptées.
 - Responsabilité à l'égard des tiers
 - L'associé qui avait passé un contrat avec un tiers était responsable en vertu du contrat passé.
 - L'associé assumait seul sa responsabilité à l'égard du tiers. D'un point de vue interne, il fallait déterminer si l'associé avait agi de la même façon dans ses propres affaires.
 - Si la faute *in concreto* pouvait être retenue, les coassociés ne répondaient pas

- Si ce n'était pas le cas, il pouvait la partager avec ses coassociés.

La dissolution de la société

- Les causes de la société :
 - 545 CO énumère des causes qui sont reprises explicitement du droit romain
 - Causes liées à la personne
 - La mort (Gaius 3. 162)
 - L'incapacité d'un associé (*capitis diminutio*)
 - Faillite constatée.
 - Causes liées à l'affaire
 - Réalisation du but
 - Causes liées à l'action intentée par les associés
 - *Renunciatio*
 - L'un des associés pouvait en tout temps renoncer au contrat. Comme il en était partie intégrante, cela prenait fin
 - Intenter une action
 - Notamment *pro socio*, intentée par un des associés contre les autres associés. Le fait d'intenter l'action entraînait nécessairement la fin du contrat de société.
- La liquidation proprement dite
 - En l'absence de représentation directe, les relations réciproques devaient être réglées au plus tard au moment de la dissolution. Il fallait intenter l'*actio pro socio*, action de liquidation générale de la société.
 - La particularité de cette action est qu'elle rendait infâme le défenseur qui succombait, avec des pertes de droits civiques ; les associés préféraient donc trouver une entente.
 - Elle permettait de prendre en compte toutes les créances et toutes les dettes en jeu.
 - De plus, on pouvait indemniser pour la responsabilité assumée par l'un ou l'autre des associés.
 - Cela équivalait à une « égalisation » entre les associés.

J. Contrats innomés

- Le cadre juridique romain était étroit, car il y avait une liste des contrats très stricte. Toutefois, la vie économique ne pouvait se satisfaire des ces uniques contrats. Les juristes ont donc introduit une action, sans définir de manière précise à quel contrat cela appartenait (Ulpian D : 14. 7. 2)
- Le contrat innomé est absent de l'Edit du Prêtreur !
- Chaque contrat a besoin d'une convention. S'il n'y a pas de convention nommée, une protection judiciaire persiste ! C'est tout le principe du contrat innomé.
- Systématisation des contrats innomés – Paul:
 - Je donne pour que tu donnes (contrat d'échange – *permutatio*)
 - Je donne pour que tu fasses quelque chose
 - Je fais pour que tu me donnes quelque chose en retour
 - Je fais quelque chose pour que tu fasses quelque chose en retour (contrat estimatoire – manuel).
- Comme il y a des obligations qui s'apparentent à tous ces contrats, le Prêtreur a créé l'*actio praescriptis verbis* qui permettait d'exiger ce à quoi il avait droit (CONTRAT ESTIMATOIRE : TOME II).

K. Les modes d'extinction de l'obligation

- Toute obligation contractuelle tend à ce que le débiteur effectue une prestation (*dare* ou *facere* ou *praestare* [obligation accessoire]).
- Modes d'extinction de l'obligation contractuelle :
 - *Solutio* (exécution), qui est la plus courante et la moins litigieuse.
 - Si contrat formel : respecter les mêmes formes pour l'extinction
 - Si contrat consensuel : pas de respect d'une forme précise
 - Débiteur n'est pas obligé de s'exécuter personnellement, sauf si le créancier s'est adressé à une personne déterminée pour ses compétences.
 - Remise de dette :
 - Le créancier annule la créance
 - Il faut un accord entre le créancier et le débiteur
 - Contrat consensuel : aucune forme particulière
 - Contrat formel : respecter la forme pour remettre la dette et donc éteindre l'obligation.
 - Confusion :
 - Qualité de créancier et débiteur se réunissent en la même personne → l'obligation s'éteint.
 - Compensation :
 - 2 personnes sont débiteurs l'une de l'autre, la dette s'éteint à concurrence du montant le plus faible (je dois 100, il me doit 50, je ne lui dois plus que 50)
 - Aujourd'hui, il faut la déclarer par lettre. On peut aussi déclarer compenser la dette même si la créance soit contestée.
 - Dation en paiement :
 - En principe, on doit s'exécuter conformément au contrat. La dation est l'accord de créancier de libérer le débiteur, afin qu'il s'exécute d'une autre manière que celle définie dans le contrat.
 - Novation :
 - C'est la conclusion d'un nouvel accord qui annihile le premier ; c'est le remplacement d'une obligation par une autre obligation.
 - Elle pouvait avoir lieu quand on modifiait certaines des conditions qui avaient été décidées antérieurement.
 - Elle pouvait avoir lieu par délégation (intervention d'un tiers dans le rapport juridique de base)

L. Introduction à la responsabilité civile

Aujourd'hui, le droit de la responsabilité est une grande partie du droit privé. C'est l'obligation faite à quelqu'un de réparer le dommage causé à quelqu'un d'autre. Les conditions :

- Dommage
- Faute
- Illicéité
- Lien de causalité

C'est un mode de formation des obligations. Si les conditions sont respectées, la personne lésée dispose d'une créance. La responsabilité CIVILE veut que la responsabilité civile ressortit au droit PRIVE. L'obligation qui en découle lie donc forcément des personnes sujettes au droit privé, sur un pied d'égalité.

- Responsabilité civile est engagée si on cause un préjudice à un particulier
- Responsabilité pénale si infraction des prescriptions légales
 - Dans les 2 cas, le responsable répond de ses dommages
 - Il peut y avoir une responsabilité civile sans que la responsabilité pénale soit engagée et vice-versa. Cependant, en principe, l'une engage l'autre.

Responsabilité civile et publique :

- L'état et les autres collectivités sont aussi soumis à la RC quand ils agissent en tant que particuliers. Dans tous les autres cas, leurs responsabilités sont publiques

Responsabilité civile et contractuelle :

- RC au sens strict exclut la responsabilité contractuelle.
- La violation d'une responsabilité contractuelle ne regarde que les co-contractants ; il y a un rapport antérieur à la survenance du préjudice. Ce rapport fait défaut dans le cas de la responsabilité civile ou délictuelle.
- Le RC n'implique que la violation d'un devoir imposé à tout le monde.

Les fondements de la responsabilité civile

- Lorsqu'une personne subit un préjudice, le droit doit déterminer si elle doit tout supporter ou si elle peut rejeter une partie sur un tiers.
- Le point de départ est qu'en principe, chacun supporte son dommage.
- L'évolution des mœurs a atténué la portée de ce principe, de manière à ce que l'exception supplante aujourd'hui la règle.
- Pour qu'un tiers supporte, il faut un chef de responsabilité qui fonde la créance dont bénéficie le lésé ; on connaît 2 chefs :
 - La faute (le fondement réside dans la réprobation morale qui s'attache au comportement de l'auteur).
 - La loi (indépendamment de toute faute, une obligation légale peut faire obligation de réparer un dommage causé).
- L'évolution du système:
 - Origine : réparation du préjudice a obéi à la loi du talion
 - Dissociation entre la responsabilité civile et pénale (droit romain)
 - Introduction d'une clause générale de responsabilité pour faute
 - Les prémices d'une telle clause existent dans la *les aquilia*
 - Introduction par le législateur des responsabilités objectives.
 - Oblige une personne à réparer le préjudice, même s'il n'y a pas de faute.

Les dispositions générales concernant la responsabilité civile sont aux art. 41 à 61 CC

Les conditions de la responsabilité

- Préjudice
 - Intègre le tort moral et le préjudice matériel
- Rapport de causalité
 - Démontrer que c'est l'auteur du dommage qui en est la cause directe.
- Chef de responsabilité
 - Celui qui a causé un dommage ne peut être tenu que s'il réalise un chef de responsabilité
- Illicéité
 - Atteinte aux droits de la victime
 - Implique la violation d'une norme, mais aussi l'absence de motif justificatif.

Types de responsabilité

- Responsabilité aquilienne
 - L'auteur peut être tenu de réparer le dommage car il a commis un acte illicite et imputable à faute.
 - On parle aussi de responsabilité
- Responsabilité objective ou causale :
 - Obligation de réparer le dommage, sans qu'il y ait une faute de l'auteur
 - Responsabilité simple : exemple, celle du détenteur de l'animal, du chef de famille, de l'employeur.
 - Dans tous les cas, il peut être fait abstraction de la faute de l'auteur, car il y a un certain risque
- Responsabilité objective aggravée (responsabilité pour le risque) :
 - Lois spéciales (LCR ; ...)
 - La particularité est qu'elle n'implique pas forcément la violation d'un devoir de diligence.
 - Toutes ces responsabilités ont été introduites par la loi à cause du danger qu'entraînent certaines activités.

Les conditions de la responsabilité civile

- Préjudice : dommage/diminution involontaire de la fortune nette.
- Faute
 - Manquement de la volonté à la diligence par méchanceté ou faiblesse de la volonté. En principe, il faut la capacité de discernement (*bonus vir*).
- Causalité entre la faute et le dommage
 - L'acte conduit-il à la cause naturelle du préjudice ?
 - L'acte constitue-t-il une cause adéquate du préjudice ?
 - Causalité naturelle VS causalité adéquate
 - CF DROIT OBLIGATIONS !
- Illicéité
 - Large : violation d'une norme juridique
 - Moins large : violation d'une norme qui impose un certain comportement
 - Sens étroit : transgression d'une norme de comportement qui empêche de nuire à autrui.

M. Délit en droit romain

Gaius, dans ses institutions, divise les obligations entre les contrats et les délits. Au regard de la *lex aquilia*, il y a les réponses qui expliquent ce qu'il faut pour être puni (287 av. J.-C.). Elle a fondamentalement modifié la donne en matière de réparation des dommages. Lors de l'introduction de cette loi, toutes les lois précédentes ont été abrogées (Ulpien D. 9. 2. 1.).

Les innovations :

- L'estimation du dommage remplace le système selon lequel on établissait un montant fixé par avance.
- La réparation du dommage passe au premier plan. Le dommage concret devient réparable et la sanction a pour but de replacer le lésé dans la situation qui était la sienne avant. La sanction de l'auteur passe donc à l'arrière-plan.
- Opération d'une dissociation entre le régime pénal et le régime civil.

I. Vol et brigandage

Il y a plusieurs définitions dont les plus simples étaient proches des conceptions modernes. Des états de fait qui étaient directement liés à des contrats mal exécutés par une des parties pouvaient tomber sous la définition du vol (usage différent de celui qui était prévu contractuellement, etc.). On peut noter l'intention du voleur de ne pas respecter le contrat conclu. Le vol était sanctionné par l'*actio furti*. On pouvait réclamer une peine pécuniaire portant au double ou au quadruple de la valeur de la chose. Elle n'était pas nécessairement à la disposition du propriétaire de la chose, mais de celui qui avait un intérêt à ce que la chose fût sauvée. Pour récupérer la chose elle-même, le propriétaire avait à sa disposition une action en revendication ou en enrichissement illégitime.

Concernant le brigandage, l'action était d'origine prétorienne, et permettait de porter au quadruple du prix de la chose. Elle pouvait aussi être intentée aux familles des brigands.

II. Les atteintes à l'honneur : les injures

L'outrage peut se faire par *re*, par exemple en giflant quelqu'un, ou *verbis*, par exemple par des insultes. Pour obtenir une réparation, le préteur exigeait que le lésé montre exactement en quoi l'acte incriminé était injurieux, afin que l'autre ne soit pas infamé s'il n'avait rien fait.

L'action pouvait être intentée par le *pater familias* pour les membres de sa famille. Cependant, la femme ne pouvait pas défendre l'homme.

III. La responsabilité aquilienne

Chapitre 1 Lex Aquilia – tuer un esclave ou un quadrupède de troupeau

Le contenu de la Lex Aquilia nous est parvenu par Gaius (D. 9. 2. 2. PR) : celui qui aura tué sans droit sera condamné à donner au propriétaire une valeur équivalente à la plus élevée de l'année précédente.

Ce chapitre est une norme spéciale.

Chapitre 3 Lex Aquilia – tous les autres dommages causés au patrimoine.

Ulpien – D. 9. 2. 27. 5

C'est une pré-clause générale, car il se réfère à tous les dommages à l'exception de ceux traités dans le chapitre 1.

On remarque une formulation énumérative (brûler, briser, rompre) et une formulation générale (si quelqu'un fait un dommage à autrui). C'est sur ce concept que naîtra la clause générale de responsabilité. Cela contient tout le raisonnement juridique : évaluation juridique par la faute et l'illicéité.

Conditions

Ces 2 chapitres contiennent des conditions de base similaires. Il faut donc que plusieurs conditions soient réalisées :

- Dommage (infligé à la chose d'autrui)
- Datum (acte dommageable)
- Lien de causalité
- Iniuria (illicéité)

Le propriétaire de la chose peut intenter une action et exiger une somme d'argent qui varie. Soit la valeur la plus forte de la chose pendant l'année écoulée (chapitre 1), soit la valeur de la chose dans les 30 derniers jours (chapitre 3).

Conditions d'application

Domage

- Tuer un animal ou un esclave (chapitre 1)
- Brûler, briser, rompre (chapitre 3)
 - Il faut distinguer l'objet et l'acte
 - Objet : tout ce qui ne tombe pas spécifiquement dans le chapitre 1. Il suffit donc de déterminer ce qui est inclus dans le chapitre 1.
 - Les animaux doivent être en troupeaux.
 - L'interprétation des objets du chapitre 3 est plus complexes

Acte dommageable (Datum)

- Désigne l'acte qui conduit au dommage
- *Datum* remplace les termes « brûler, léser, rompre ». Cela permet d'étendre les concepts.
- **Chapitre 1** : pour qu'il soit applicable, l'esclave ou la bête doivent être tués. S'ils sont seulement blessés, on applique le chapitre 3.
 - Pour Ulpien, *ocidere* signifie tuer avec une arme ou son corps. Le problème est de savoir ce qui est un acte de tuer ; certains cas sont plus complexes :
 - Celui qui fait peur à un bœuf qui tombe d'une falaise cause la mort du bœuf. A-t-il pour autant commis l'acte de tuer ?
 - La Lex Aquilia fait la différence entre fournir la cause de la mort et *ocidere* à proprement parler. Il en va de même dans les cas de poison. C'est la raison pour laquelle les juristes veulent se libérer de la lettre restrictive de la Lex Aquilia.
 - Les prêteurs accordaient plusieurs actions, qui étaient taillées en fonction du cas d'espèce.
 - Une omission ne peut pas être considérée comme le fait d'avoir tué. On va sanctionner par une action *in factum*. On assiste donc à un glissement entre tuer et donner la cause de la mort.
- **Chapitre 3** : le dommage doit survenir en brûlant, brisant, rompant.
 - Premier moyen d'extension : l'ajout de *quasi*, afin d'étendre le spectre de l'acte dommageable.
 - Si plusieurs personnes ont battu un esclave : *quasituer*. Cela permet de rapprocher divers états de fait.
 - Elargissement de rompre à corrompre, pour faire tomber tout dommage matériel à l'application du chapitre 3.
 - Le type d'acte par lequel on inflige le dommage n'est plus déterminant aujourd'hui.

Causalité

- L'auteur doit produire le dommage par son corps et entraîner une détérioration de l'objet. On emploie le terme *corpore corporei*. En droit réel, on parle de condition sine qua non. Si, sans l'auteur, le dommage se serait quand même produit, il n'y a pas de causalité naturelle. S'il y a causalité, il faut se poser la question de la causalité adéquate.
- En droit romain, cette distinction n'est pas connue. *Corpore corporei* assure un lien direct (fragment p. 199 Tome II).
- Si le dommage ne se produit pas immédiatement : pas d'action directe de la les aquilia, mais on admet une causalité et on admet l'action utile.
- Extension de la causalité.

Illicéité

- In iuria :
 - Il ne suffit pas qu'un dommage soit donné pour qu'il soit réparé. Il doit encore être cause *in iuria* (sans droit). Cette notion n'est pas définie dans la Lex Aquilia.
 - L'illicéité renvoie à un comportement contraire à la loi, à la jurisprudence, à des principes généraux, aux mœurs, etc. Violation d'une règle de l'ordre juridique qui vise à protéger autrui. Une fois que le dommage, l'acte dommageable et la causalité sont établis, on examine Parfois, l'acte commis n'est pas contraire au droit :
 - Légitime défense : ne doit pas être violent si l'attaque ne l'est pas ; proportionnalité.
 - Etat de nécessité : il faut une adéquation entre le bien lésé et le bien préservé.
 - Consentement : si le propriétaire consent au dommage, pas d'illicéité.

Faute

- Sans droit, contraire au droit ou à l'ordre juridique, même si l'auteur ne voulait pas nuire. Violation d'une norme de comportement prescrit par l'ordre juridique. Rapprochement conceptuel entre l'*iniuria* et la faute. L'aspect subjectif revient à déterminer si l'auteur pouvait se rendre compte de son acte et était capable de se déterminer selon son appréciation.
- La Lex Aquilia ne contient pas l'exigence de la faute. Elle instaurait donc ce qu'on appelle une responsabilité objective.
- P. 203 – Fragment

Estimation du dommage

Il faut des critères pour estimer la hauteur du dommage.

- **Chapitre 1 :**
 - Il prévoit que la victime recevra la somme équivalente à la valeur la plus élevée de la chose pendant l'année précédant le dommage. Cela tient particulièrement à la saison (esclave à de la valeur en été et en automne, pour les récoltes).
 - Si l'esclave est blessé mortellement mais meurt plus tard, depuis quand faut-il compter l'année ? Il n'y a pas de réponse, soit par rapport à l'acte dommageable, soit par rapport à la mort.
 - Ulpien D. 9. 2. 21. 2 : C'est l'intérêt à ce que l'esclave ne soit pas tué est déterminant. Cela va donc au-delà de la seule valeur marchande de l'esclave (couvre la valeur qu'avait l'esclave pour le propriétaire).

- **Chapitre 3 :**
 - Période porte sur 30 jours
 - Le calcul se fait de manière prospective (valeur dans les 30 jours après l'acte dommageable). Théoriquement, il y avait déjà la perte de gain ou la perte matérielle.

Réparation du dommage

Les distinctions du droit moderne existaient déjà en droit romain. En cas de mauvaise exécution, le cocontractant se plain généralement du non-respect du contrat. Il peut donc exiger en théorie le respect de l'engagement et donc la réparation du dommage causé. En droit romain classique, la seule solution était la réparation du dommage causé (pas d'exécution forcée du contrat). Apprécié conformément à l'intérêt que l'acheteur avait à recevoir la chose (dommage et intérêts positifs). Cela servait à mettre la partie lésée dans la situation dans laquelle elle se trouverait si le contrat avait été conclu et correctement exécuté.

Dans le domaine extracontractuel, la victime pouvait exiger la réparation par la *lex aquilia* (cf. chapitres 1 & 3). L'ampleur de la réparation changeait d'un dommage à l'autre.

N. La demeure et l'inexécution du contrat

La demeure est quand celui qui doit une prestation ne la fournit pas à temps, et d'inexécution si le créancier ne peut obtenir ou uniquement de manière imparfaite la prestation du débiteur.

En droit romain, on appliquait la *condemnatio pecuniaria* (p. 58 T. I), soit demander non pas l'exécution du contrat, mais le versement d'un certain montant d'argent. Il dépendait ensuite du livreur de livrer la chose à la place de l'argent.

En droit moderne, soit la prestation reste possible soit le débiteur ne peut plus s'exécuter. Selon 119 I COS, l'impossibilité éteint l'action ; toutefois, l'extinction dépend d'une condition : l'impossibilité ne doit pas être imputable au débiteur.

I. L'engagement par stipulation

La formule principale montre bien le principe de la *condemnatio pecuniaria*. Son avantage principal est sa simplicité ; l'inconvénient principal était la rigidité. Un problème important se posait par exemple si, après la stipulation, la prestation devenait impossible par la faute du débiteur. Une solution a ensuite été trouvée : si c'est à cause du débiteur que la chose n'a pas été donnée, l'obligation sera perpétuée.

A. La faute du débiteur d'avoir causé la demeure

La demeure pouvait concerner une somme d'argent à payer, une obligation de *dare* (d'une chose certaine) ou une obligation portant sur une chose incertaine. Pour la plupart des obligations de payer une somme d'argent ou de *dare*, la demeure n'avait pas d'influence sur le *quantum*. Le montant de la dette restait inchangé et le créancier ne pouvait pas faire valoir d'intérêts moratoires.

La demeure fautive avait comme effet non seulement de maintenir l'obligation, mais aussi de provoquer le passage du risque du côté du débiteur en demeure.

Cependant, il y avait certaines exceptions, notamment pour le dépôt : si la chose aurait péri de toute façon, le dépositaire en demeure était libéré.

B. La faute du débiteur pour l'inexécution du contrat

Pour que cette dernière soit imputable, les juristes exigeaient que le débiteur l'ait commise personnellement.

Si ce dernier s'est engagé par la stipulation à un *dare*, il n'avait aucune obligation d'entretenir l'esclave et ne répondait pas de son infirmité. En revanche, s'il avait aussi promis un *facere*, par exemple de veiller sur la santé de l'esclave jusqu'à l'exécution du contrat, il répondait de la moins-value de l'esclave.

Le promettant répondait envers son créancier seulement si, au moment de la stipulation ou ultérieurement, la chose lui appartenait en propre. Si elle appartenait à un autre, le promettant était libéré, à condition de ne pas être en demeure.

C. L'effet de la demeure et de l'inexécution de la stipulation : *perpetuari obligationem*

La faute du débiteur perpétue l'obligation. Cela signifie que le débiteur continue à devoir la prestation, Si elle est toujours possible, la situation est simple : le créancier pourra contraindre son débiteur à s'exécuter.

2. L'engagement par des contrats de bonne foi

A. La demeure du débiteur

Les juristes se demandent quand la demeure se produit : au terme fixé par les parties ou seulement quand le créancier met le débiteur en demeure en réclamant la prestation ? En droit romain, si aucun terme n'est fixé, elle est en principe exigible à tout moment. Pour les

effets de la demeure dans les contrats de bonne foi, ils font passer le risque pour la chose du côté du débiteur.

B. La demeure du créancier

La demeure se produit selon les mêmes règles que celle du débiteur. Il répond uniquement du dol, mais pas de la faute. Même si le créancier est en demeure, le débiteur devait fournir la prestation. Cependant, si la chose venait à disparaître, le débiteur est libéré de son obligation.

Conséquemment, le débiteur qui a offert sa prestation peut se faire indemniser des frais que le refus du créancier lui causent.

C. Les critères généraux de la responsabilité contractuelle

La responsabilité était exprimée par le *praestare*. L'obligation de *praestare* naît toujours en rapport avec une obligation qui peut être un *dare* ou un *facere*. Les 2 critères principaux pour la responsabilité contractuelle étaient déjà le dol (intention) ou la faute (négligence/manque de diligence). On distingue différents degrés de faute : *culpa lata* (grosse négligence), *culpa levis*, *culpa levissima* (écart très mince du comportement diligent).

Le fait que le cocontractant exécute le contrat avec une diligence moindre peut remettre en cause des éléments essentiels du consensus ; pour empêcher ça, les stipulations entre les parties tendant à les libérer de leur responsabilité pour dol ou faute grave sont interdites.

Culpa in concreto : on se réfère au contractant lui-même pour mesurer s'il a commis une faute.

Culpa in abstracto : on prend comme étalon un tiers, qui appartienne au même milieu professionnel et avec un niveau semblable.

Si certaines modalités n'étaient pas respectées, le bailleur avait le choix entre la *lex aquilia* (extra-contractuelle) ou l'*actio locati*, qui est l'action contractuelle du bailleur.

III. La custodia

C'est une obligation de garde ; il s'agit généralement d'une action subsidiaire, attachée à une principale. Celui qui devait *custodiam praestare* répondait de tous les événements, sauf s'ils étaient irrésistibles, de force majeure ou un cas fortuit. La situation était différente lorsque le gardien était en demeure ou si le dommage s'était produit par sa faute.

A. Le détermination concrète de la responsabilité contractuelle

Les contrats de bonne foi conféraient à la *fides* un rôle central. Ulpien distingue 3 catégories de responsabilité contractuelle : celle limitée au dol, celle portant sur dol et faute et celle régie par dol, faute & diligence.

Les parties à un contrat de location étaient en principe soumises à un régime de responsabilité pour faute, mais qu'ils pouvaient y déroger conventionnellement.

Si les 2 parties tirent un avantage du contrat, les 2 parties répondent de leur faute ; si une seule partie en tire un avantage, l'autre répond seulement du dol. Cela ne s'applique cependant pas à tous les contrats. Le mandataire est soumis à un régime de responsabilité pour faute.

B. Le droit de rétention et les impenses

Dans l'ordre juridique romain, le droit de rétention est prévu pour différents types de contrat, sans que les jurisconsultes aient élaboré une véritable théorie en la matière. Cette question se posait notamment dans le contrat de louage : si le locataire n'avait pas payé, le bailleur pouvait exiger que le locataire mette en gage certains de ses biens en les gardant dans le bien locatif.

Concernant les impenses nécessaires, le dépositaire pouvait les faire valoir, par exemple s'il s'agissait de soins médicaux d'un esclave mis en dépôt. De même, le commodataire qui avait des impenses nécessaires pouvait retenir la chose jusqu'à remboursement des frais par le commodant.

O. L'extinction de l'obligation contractuelle

I. La *solutio*

C'est l'extinction de l'obligation. Le terme *solutio* était un terme générique. Si la partie débitrice s'était engagée par un mode formel, elle se libérait généralement par un mode formel, généralement un jugement.

Le terme *solutio* se référait davantage à la substance de l'obligation qu'à son mode de libération. Par conséquent, toute personne capable pouvait en principe procéder à la *solutio*.

II. La *datio en paiement*

On ne pouvait pas remplacer une somme d'argent par une prestation en nature. Par conséquent, le créancier pouvait refuser un *aliud*. S'il acceptait une autre chose à la place de celle qui lui était due, on parlait d'une *datio in solutum*, d'une dation en paiement, qui avait comme effet d'éteindre l'obligation et de libérer le débiteur.

Par rapport à la dation en paiement, un des problèmes discutés par la jurisprudence concernait l'éviction. Le juriste Marcianus défendait le fait que, dans ce cas, l'obligation du débiteur subsistait. Il pensait que le créancier avait subordonné son accord pour la dation à la condition que la chose transmise fût exempte de tout défaut juridique. Si cette condition n'était pas remplie, la dation ne déployait aucun effet et l'obligation restait intacte.

III. La remise de dette

Le débiteur et le créancier convenaient entre eux que l'obligation devait s'éteindre. Pour les obligations d'un contrat consensuel et informel, le simple accord était requis. Si le débiteur s'était engagé *verbis* (par des paroles solennellement prononcées, par exemple la *stipulatio*, seul un échange formel de paroles pouvait éteindre l'obligation.

IV. La confusion

Le débiteur et le créancier sont la même personne

V. La compensation

Pour qu'une compensation puisse s'opérer, deux personnes doivent être réciproquement débiteurs et créanciers. Gaius distinguait 3 formes : les jugements de bonne foi, le banquier et l'acheteur de bonne foi.

Les jugements de bonne foi : le juge était libre d'accorder la compensation qui résultait du même rapport juridique, mais que, généralement, on considérait qu'il était convenable de la faire.

Pour le banquier, la compensation était obligatoire. Si le banquier était créancier de 20 et débiteur de 10, son action à l'encontre de son client ne pouvait porter que sur les 10, le reste étant compensé.

La même solution était retenue pour l'acheteur de bonne foi.

La compensation se fait uniquement entre bien de même genre et de même nature.

VI. La novation et la délégation

La novation a comme effet d'anéantir une obligation pour en faire naître une nouvelle à sa place. Gaius mentionne 2 cas de figure : soit une des deux parties à l'obligation est remplacée, soit les mêmes parties modifient les conditions contractuelles.

A. La novation des conditions et du terme

On parle de novation lorsque non pas l'obligation elle-même, mais des éléments qui l'entourent subissent une modification.

B. La novation de personnes : la délégation

On peut imaginer 3 figures de remplacement de personnes : le changement du débiteur, ou du créancier, ou des deux. Ce dernier cas, qui est sans doute le plus intéressant, suppose que la même personne soit créancier et débiteur (Exemple : A se libère par novation en transférant la dette de son débiteur B à son créancier C).

C. Les exigences formelles

La novation est opérée par une *stipulatio*, qui était la forme usuelle pour ce type d'opération, à côté de celle *litteris*, qui était moins courante. Dans un fragment d'Ulpien, la novation est décrite comme la translation d'une obligation préexistante en une obligation conclue oralement.

Quand à la délégation, les conditions de forme sont proches de celles de la novation.

D. L'intention

L'intention est souvent mentionnée comme importante. Si les parties voulaient remplacer l'obligation de donner le fond par l'obligation de payer une somme correspondant à sa valeur, la deuxième obligation remplaçait la première. Sinon, les 2 obligations existaient indépendamment une de l'autre.

P. Responsabilité aquilienne :

Chapitre 1 :

Si quelqu'un a occis illicitement l'esclave, homme ou femme, d'autrui, ou une pièce de son bétail, qu'il soit condamné à en payer au propriétaire la somme maximale atteinte cette année et le double si le défendeur ne s'avoue pas coupable.

Chapitre 3 :

Si quelqu'un a causé un dommage à la chose d'autrui, à savoir s'il l'a brûlée, brisée ou rompue illicitement, qu'il soit condamné à payer au propriétaire la valeur maximale qu'avait la chose dans les trente jours précédents.

En mettant la réparation au 1^{er} plan, la Lex Aquila opère une séparation nette entre les volets civil et pénal de l'acte dommageable. Elle ne concerne que la réparation civile. Toutes les lois précédentes sur le même sujet sont abrogées. La Lex Aquila s'approche passablement de l'art. 41 CO.

	Chapitre 1	Chapitre 3
Objet	Esclave ou animal à 4 pattes en troupeau tué	Dommage de brûler, briser ou rompre
Degré	Norme spécifique : Uniquement tuer et contre un certain groupe d'animaux	Norme générale réglant tous les cas sauf ceux du chapitre 1
Réparation	Prix le plus élevé durant l'année qui précède le dommage	Prix le plus élevé dans les 30 jours qui précède le dommage

- **En fait : le dommage infligé (*damnum datum*) :**
 - Dommage (*damnum*) : par interprétation téléologique, le dommage ne s'est plus limité aux 3 verbes mais aussi à toute autre forme plus variée.
 - Acte dommageable (*datum*) : terme générique pour désigner toutes les formes d'activités qui provoquent un dommage.
 - Tuer : en cas de mise à mort, les modalités d'agir les plus diverses tombent sous le coup de la Lex Aquila.
 - Brûler, briser, rompre : la Lex Aquila visait toute forme de rupture dommageable d'un corps.
 - Corrompre : utilisé pour étendre le champ d'application de la Lex Aquila à toute forme de détérioration matérielle.
 - Quasi tuer, briser, rompre : terme d'extension. Si plusieurs personnes avaient battu à mort un esclave, on considérerait que chacun l'avait quasi tué, en considérant que chacun avait contribué de façon partielle à sa mort. Utilisé pour élargir par analogie le champ d'application de la Lex Aquila, il a surtout joué un rôle par rapport à la causalité.
 - Rapport de causalité entre l'acte et le dommage : l'acte de l'auteur doit avoir été la cause du dommage subi par le lésé. La Lex Aquila suggère un rapport de causalité direct. Dans le cas classique, l'auteur touchait avec son corps ou un instrument la victime ont le corps était immédiatement blessé.
- **En droit : l'évaluation juridique (*iniuria*) :**
 - Illécitité : un droit a-t-il été violé ? Au juge d'en décider, au moyen de certains critères comme la force majeure, la crainte fondée, la légitime défense, etc. On se demande surtout si l'état de fait comporte une violation de l'ordre juridique. L'illécitité conduit le juge à se demander si l'acte en question a porté atteinte à une norme de l'ordre juridique.
 - Faute : ne pas prévoir ce qu'un homme diligent aurait pu prévoir ou à ne pas avertir à temps les personnes qui pourraient subir un dommage. L'auteur qui a agi sans dol ou faute ne subissait pas la sanction de la Lex Aquila. La faute exige du juge de vérifier le comportement de la personne pour savoir si elle aurait dû agir autrement.
 - Calcul du dommage : pour accorder un dédommagement, il fallait en principe un dommage matériel. Alors seulement, certains dommages indirects pouvaient être intégrés dans le calcul. Pour être pris en compte, le dommage doit être à la fois certain et calculable. Tous les éléments ayant rendu l'esclave plus précieux au cours de l'année précédente devaient entrer dans le calcul des dommages-intérêts.
- **Actions** : *Actio legis Aquilae* (application stricte), *actio utilis* (dommage indirect), *actio in factum* (dommage purement économique), *cautio damni infecti* (dommage hypothétique).