

LES SOURCES DU DROIT

1. L'ordre juridique romain. La vie selon les normes (lois + coutumes) qui règlent les rapports. Deux couches de normes : le droit civil: formé par droit de la cité et le ius gentium: pour tous les peuples, au-delà des frontières.

Fondement du droit civil et du "jus gentium". Le droit civil repose sur volonté particulière de cité. Le ius gentium découle de la raison naturelle (philosophique): l'homme reconnaît des normes inscrite en lui par sa nature et qui sont universelles.

L'interdépendance de l'ordre juridique et du niveau de civilisation : "Là où il y a une société, il y a un droit". Le droit est inséparable de la société et il est aussi ancien qu'elle. Problème: origine du droit introuvable, car se perd dans les mythes et les légendes. On peut affirmer que la genèse du droit est liée à la genèse des sources du droit. Lorsque ces normes manquent, la société est encore dans un état primitif. Pour les juristes romains, Rome dans une première phase était gouvernée de la main dominatrice des rois. "Même aux origines de notre cité, le peuple commença à agir sans loi certaine, ni droit particulier et tout était gouverné par la main toute puissante des rois". La codification des Douze Tables marque le début de la République et une nouvelle étape dans l'histoire de Rome: le peuple vit selon lois données à lui-même. On faisait remonter tout le droit civil et la procédure privée de cette codification.

En même temps que les Douze Tables et le droit civil, les actions de lois sont nées pour que les hommes puissent débattre entre eux de leurs droits.

Les formes de ces actions devaient être certaines et solennelles pour qu'elles ne varient pas selon les peuples = actions légitimes. Trois naissances simultanées: Douze Tables => droit civil => legis actiones. Mais on connaissait des lois antérieures à celles des Douze Tables: les leges regiae. Leur sens est énigmatique. Elles contiennent, en effet, un mélange de normes sacrales, de rites formaliste et tabous. "Si quelqu'un tue délibérément un homme libre, il sera déclaré meurtrier (parricide)". => La loi ne prévoit aucune sanction: déclare que auteur d'un homicide = parricide: => vengeance toujours possible. Homicide par négligence : "Si la lance a échappé de la main plutôt qu'elle n'a été jetée, un bouc doit être offert". Le sang du bouc payait pour le sang versé par l'auteur du délit. Du sang doit couler pour expier le sang versé => pas de sanction juridique mais demande comportement spécifique. Avec les Douze Tables on abandonne ce monde primitif. Le droit met alors le fait normatif immédiatement en rapport avec la sanction qui en forme la conséquence juridique. La vengeance est réduite ou remplacée par des peines correspondant en nature et en proportion au délit commis. Il n'y a plus d'élément extra-juridique. Le coupable et victime liés par un lien juridique: pacte ou payer dédommagement. Pour assurer ces normes: force contraignante réglé minutieusement par la loi même.

2. Les deux couches de normes: le droit civil et le droit universel. Deux couches selon Gaius: Le droit civil, propre à chaque peuple et le droit universel, commun.

L'interpénétration de ces 2 couches est pour les juristes de cette époque, une vérité évidente. L'Empire illustre cette situation: différents peuples gardent leur droit à l'intérieur du droit universel. "Le droit civil est celui qui ne s'écarte pas totalement du droit naturel et du droit universel, sans leur être cependant asservi. Ainsi, ajouter ou retrancher quelque chose au droit commun, c'est établir un droit particulier à un peuple, c'est-à-dire un droit civil".

Droit civil + Droit universel = unité.

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

Droit civil	Droit universel
issu du droit formaliste = jus Quiritium	plus jeune plus élastique modélé par le prêteur et la jurisprudence

Tension entre ces deux pôles qui est une source du développement du droit romain.

Droit civil et droit universel se complètent.

Le Jus gentium: règle les rapport entre les étrangers ; les rapport des étrangers avec citoyens romains + ouverture aux citoyens eux-mêmes car = membre de la communauté humaine. Des institutions fondamentales (comme les contrats) qui reposent sur la bonne foi sont attribuées au ius gentium, tout en

étant incorporées au droit civil. Au cours des siècles, la distance entre ces deux couches se comble en faveur du *ius gentium*. Le droit universel s'assimilera même au droit romain (simplifié).

Notion de base du droit privé: la bonne foi.

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

Pour les Anciens: bonus vir = un bon agriculteur et paysan expérimenté. (Cf. Caton).

Caton: nomination d'un bonus vir comme arbitre et expert. Ex. Location, vente.

Cf. Horace: "L'homme de bien est celui qui respecte les conseils de ses ancêtres, qui observent les lois et les préceptes de droit". Cicéron est contre cette attitude figée et propose une acception éthique universelle qui oblige l'homme en tant qu'homme: "l'homme de bien est celui qui se rend utile autant qu'il le peut, ne nuit à personne à moins qu'on ne le provoque injustement" = presque art. 2 du CC: "Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi.

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

Définitions de Droit: *Ius a justitia appellatum* - Ulpien, III siècle; *Ius est ars boni et aequi* - Celsus, II siècle; *Iustitia*: honeste vivere; *alterum non laedere*; *suum cuique tribuere*. Distinction entre la civil law et la common law; le droit privé romain est accepté comme un droit commun européen. Ex. influence droit romain: la lésion, art. 185 CO. Origine: constitution des empereurs Diocécien et Maximilien, 285 après J. C. Trois périodes: Droit archaïque, 509 Av. J. C. – I siècle; Droit classique: 1 siècle à 284; droit post-classique: 284 à 1453.

LES SOURCES DE DROIT ROMAIN

Sources matérielles: ensemble des faits, besoins et idées qui ont présidé à l'adoption d'une norme ou d'un ensemble de normes. Sources formelles: inventaire des sources les plus importantes selon Gaius: - lois; plébiscites; sénatus-consultes; constitutions impériales; édits émanant de ceux qui sont pourvus du droit de les promulguer; réponses des jurisconsultes.

1. Base coutumière. Trois groupes selon Gaius: sources légales: lois, plébiscites, constitutions impériales. Edits des magistrats: ceux des prêteurs. Responsa: avis de droit des jurisconsultes.

Le droit coutumier n'est pas sur la liste, car faut distinguer entre le droit coutumier originaire, non écrit, et les différentes sources du droit écrit. La couche du droit coutumier se rétrécit sous influence 1. Des sources écrites, lois et senatus consultes. 2. Des constitutions impériales. 3. Effet du travail jurisprudentiel.

Le droit a une nouvelle consistance et une structure scientifique

La coutume des anciens s'oublie puisque trouve le droit dans les responsa.

Déjà du temps de Cicéron: nouvelle théorie: on pense que le droit est aussi formé de la coutume, l'ancienneté donnant force par la volonté de tous sans la nécessité d'une loi écrite. Les juristes classiques élevèrent la coutume au rang de source créative de même droit que les sources législatives. Mais seulement fonctions subsidiaires: Si il n'existent pas de lois écrites => coutume et moeurs

=> cas les plus proches => droit en usage à Rome.

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

abrogation	non-usage	volonté du législateur
------------	-----------	------------------------

Comparaison avec art. 1 CC

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

Existence d'une coutume de droit reconnue lorsque:

Longévité de la règle, confirmée par usage constant.

Acceptation de la règle en tant que règle de droit incontestée => légitimité normative.

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

Les Douze Tables : elles sont la première grande législation face au droit civil coutumier. En 451 av J-C, lutte Plébéiens/Patriciens => esprit d'apaisement et de conciliation. Souci pratique, pas systématisée.

Contenu: sommation en justice et exécution ; problèmes concernant la famille

problèmes de succession ; rapports créancier /débiteur ; problèmes entre fonds et maisons voisines ; usucapion (délicate) ; délits contre la personne, les biens familiaux ; funérailles régies par droit sacré.

Ordre peu cohérent => aucune intention de codifier et systématiser. Les Douze Tables sont intégrées dans droit coutumier mais donnent nouvelle forme stable de l'écrit. Très vite, prépondérance des Douze Tables comme => source de droit par excellence => absorbèrent le droit coutumier.

Peu de législations dans le droit privé ; une quarantaine ; les plus importantes:

lex Aquilia : endommagement illicite ; lex Cincia: donation entre époux ; lex Laetoria: protection des mineurs de 15 ans ; lex Aelia Sentia: affranchissement ; les leges rogatae. Elles furent votées par le peuple aux comices + ensuite plébiscites dictées par l'opportunisme et politique du moment.

Les leges Papiae Poppeae et les leges juliae furent dernières lois votées par le peuple:

vaste réforme du mariage et de la famille => fin de ce type de loi. Forum : □ place où se réunissait un peuple libre.

Les senatus - consultes et constitutions impériales

Durant l'Empire, législation aux mains de l'Empereur, soit directement par les constitutions, soit indirectement par les Senatus - consultes. Mais le Sénat fut vite écrasé par autorité de l'Empereur.

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

D'abord, les édits des magistrats furent une □ source authentique du droit, puisque c'étaient les principes de l'exercice du mandat d'un magistrat. Principes proclamés in contione (plus tard affichage). L'édit le plus déterminant était l'édit des préteurs chargés de la juridiction en matière de droit privé. La charte de juridiction comprenait la liste des actions + les conditions pour lesquelles le préteur accordait sa protection.

Elaboration des édits = oeuvre des juristes qui entouraient le préteur. R) Reproduction de l'édit des prédécesseurs par le nouveau préteur: seul quelques modifications.

Avec le temps, l'édit devient une forme immuable et traditionnelle => juridiction stable => confiance possible dans juridiction. □ Cicéron parle de lex annua => aucun changement brusque. Hadrien (138)

confie la rédaction définitive de l'Edit: **edictum perpetuum** à Salvius Julianus, célèbre juriste => transformation en source de droit authentique. Fonction de l'édit des préteurs : adapter l'ancien droit civil aux nouveaux besoins d'une société plus évoluée (auxquels le droit privé devrait faire face). Papinien: droit prétorien = introduit par les préteurs pour appuyer, suppléer, corriger le droit civil suivant l'utilité publique.

Fonction du préteur - Pouvoir et rôle du préteur : ouvrir ou fermer les voies de la procédure (puisqu'il détermine conditions de l'exercice des actions). Ecarter le formalisme rigide du droit civil => dégager les intérêts réels des parties. Introduire le critère de bonne foi dans les contrats. Poursuivre l'abus de droit par l'actio doli. Empêcher tout comportement dolosif par l'exception pour dol. Compétence du préteur : aller au-delà du droit civil: accorder une action sur la seule base des faits allégués si ils dignes de protection. Modifier ancienne action du droit civil => élargir conditions de base. Riche gamme d'actions => centre

de gravitation du droit privé : juridiction du préteur et de l'Edit => restructuration du droit par les actions. Droit + action = unité indissociable.

Structure de l'Edit : selon ordre de la procédure: 1. Sommation en justice + actions qui la garantissent d'abord procédure ordinaire, puis procédure extraordinaire 2. Exécution + annexes concernant actions spéciales (ex: édiliciennes). Répartition selon la pratique, pas selon systématisation, division selon critères de droit moderne. R) Edit = Règlement qui émanait d'un magistrat et qui demeurait en vigueur durant toute sa magistrature.

La jurisprudence, les "responsa prudentium"

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

Juristes - issus du collège des Pontifes, ordre professionnel à part: aristocratique et élitaire : □ rhéteurs, avocats du barreau, politiciens. Fidèles à l'ancienne pratique pontificale des consultations sans demander de rémunération.

Jeunes adeptes les entouraient et apprenaient leur métier dans la pratique judiciaire.

Opposition rhéteur/jurisconsultes

Partisans de la nouvelle rhétorique	Jurisconsultes d'antique lignée
Servius Sulpicius	Quintus Mucius
Rhétorique passionnelle et fourbe Agilité à changer de front. Procédure = instrument efficace dans les joutes rhétoriques.	Jurisprudence consolidée par une méthode pas empruntée aux arts hellénistiques. Noble place pour un praticien: succéder à l'autorité héréditaire des pontifes.
But: convaincre, prêter sa parole à n'importe quelle partie.	But: trouver le droit tel qu'il existe conforme à la justice et à l'équité.

De plus en plus, juristes cèdent le champ des plaidoiries aux rhéteurs.

Se libèrent des affaires de routine et de la rédaction des actes juridiques □ □ scribes.

Activité : élaborer les responsa sollicités pour des cas concrets et publiés dans recueils = littérature juridique = spécialité des juristes.

=> s'imposent par leur autorité et leur compétence = création d'une tradition jurisprudentielle et casuistique qui caractérise tout le droit romain.

Inutile réforme - réforme de la vie judiciaire jamais abouti à codification de type hellénistique. Auguste vise un compromis entre l'ancienne tradition républicaine d'une jurisprudence indépendante et le nouveau régime impérial de type centralisateur.

Réorganise la pratique des responsa qui pouvait émettre □ avis munis de son autorité. Privilège pour un groupe restreint des jurisconsultes de haute qualité => gagne leur adhésion et leur collaboration au nouveau régime du Principat => sauvegarde la jurisprudence romaine fondée sur la casuistique.

Avis de droit, responsa : jouissent d'une telle autorité qui sont une □ véritable source de droit, très généralement admise.

LA GENESE DE LA JURISPRUDENCE ROMAINE EN TANT QUE SCIENCE DU DROIT -

"Jurisprudence = connaissance des choses divines et humaines et la science du juste et de l'injuste"- Ulpian ; "Le droit est l'art du bon et du juste" – Celsus => conception de la jurisprudence romaine élevée au rang de science = mérite des jurisconsultes d'avoir créé une vraie science du droit. Placée parmi les sciences pratiques: = le travail du juriste d'examiner les cas concrets et de les évaluer du point de vue juridique.

L'apport du juriste : il dispose de la science du juste et de l'injuste. Il enregistre et mémorise les règles mais en plus il les formule et les applique avec méthode et rigueur. La jurisprudence = l'art du bien et de l'équitable, puisqu'elle évalue les intérêts, ce qui exige une compétence scientifique et une finesse inventive.

Etablir le droit en tant que domaine autonome se présentant sous un aspect formel cohérent. Développer une méthode reposant sur des principes stables, permettant de vérifier les conséquences juridiques.

Systematiser la pensée juridique pour en garantir la cohésion en règles, principes et institutions de droit. Au Ve siècle déjà, les prémisses scientifiques étaient en place. Le collège des Pontifes avait établi un ordre stable et sûr entre les dieux et la cité et entre les hommes dans la cité. Les pontifes ont créé le langage, les formules rituelles conformes au *fas* et au *jus*

pour assurer bons rapports avec puissances divines pour garantir paix de la cité = langage formaliste. Les pontifes ont donné aux institutions de base leur forme juridique; ils ont fixé les conséquences des actes juridiques, ont déterminé le sens exact des paroles et décidé de leur efficacité. Ils ont transposé les règles formelles du droit sacré aux institutions de droit privé, tout en séparant le *fas* et le *jus*. Leur autorité était incontestable. Mutation possible grâce à la confrontation de la jurisprudence avec la philosophie grecque et le modèle de science qui lui était approprié. La jurisprudence avait alors besoin d'un fondement rationnel.

A. La jurisprudence romaine et les sciences hellénistiques.

L'ampleur de la pénétration des sciences hellénistiques et de leur méthode dialectique dans le monde romain n'égale jamais celle de la période de la philosophie grecque. C'est l'aspect pratique qui intéressait les Romains. Tout devait servir à l'action et à la politique. L'éthique stoïcienne se transformait en une sorte de code de comportement des milieux intellectuels romains. Structure systématique et conceptuelle des arts hellénistiques + utilisation des définitions et divisions; la topique obtenait la préférence, car très proche de la méthode casuistique qui argumente par *pro* et *contra* pour trouver solution adéquate.

□ La rhétorique proposait une nouvelle doctrine d'interprétation => défendre avec souplesse les différents points de vue d'interprétation. Cicéron: concrétisation de ces tendances dans différentes tentatives de restructuration de la science juridique. Grand projet de Cicéron: droit civil transformé en une "ars".

LA VOIE PROPRE DE LA JURISPRUDENCE ROMAINE - Changement avec la définition de Cicéron du *jus civile*. Ouverture du droit vers le domaine des valeurs éthiques universelles de juristes classiques. Droit axé sur la justice et l'impartialité (dans affaires et procès) Le formalisme disparaît. Belles règles formulées par la philosophie stoïcienne le remplacent: les *ius praecepta*. Elles expriment les grands principes des 3 domaines du droit privé: Droit des personnes liées à une vie honnête. Droit délictuel fondé sur la défense de léser autrui. Le droit contractuel est dirigé par le devoir de donner à chacun son dû. Les juristes s'inspiraient de idéologie et de l'éthique des grands courants philosophiques. Mais ils s'opposaient à une systématisation dialectique de la jurisprudence. Car pour eux, l'ordre social, ordre contraignant devait se fonder sur des sources positives pour s'imposer et non sur de vagues idéologies, ou des doctrines spéculatives. Mais s'en servaient là où utile: pour formuler des définitions; pour établir des règles; pour procéder à une division logique - cf. Labéon. Les juristes n'avaient donc pas oublié tout le savoir scientifique, issu de la philosophie et des sciences hellénistiques. Mais, pour eux, droit = leur propre domaine: c'était l'8e discipline des arts libérales. Conséquence: casuistique. La science juridique romaine restait enracinée dans la casuistique = base du raisonnement juridique, puisque c'est dans le cas concret que le droit est mis à l'épreuve (Cicéron). 1. Fondement de la casuistique. Les responsa reposent sur la distinction entre fait et droit. Les faits n'étaient pas examinés par les jurisconsultes, mais présumés comme fondement et prémisses de la question juridique. Les responsa résument le cas de façon la plus condensée possible = concentré des éléments nécessaires => Les responsa donnent une sentence courte et brève, = souvent un seul argument. Les cas (réduits à un austère diagramme) se transmutent en règles abstraites que on peut réinvestir dans de nouveaux cas semblables = tissu dense de règles et de jurisprudence. Casuistique de 2e degré: les faits concrets épurés retiennent les éléments juridiques nécessaires pour justifier la conséquence juridique. Il n'y a plus de contexte social: - pas le nom des parties; pas le rang social; pas la valeur effective du litige; appellation générique: vendeur, locataire; un Titius, un esclave: discussion purement juridique.

La littérature formée par ces responsa porte des titres caractéristiques: **Quaestiones – problèmes; Sententia – sentences; Opiniones - avis de droit** = marque du caractère casuistique. Orientation vers les cas concrets demeure, même lorsque jurisconsultes entreprennent le commentaire des sources légales ou édictales (Ier s). Volonté: non la systématisation des normes, mais la concrétisation des normes dans des cas concrets. L'orientation de la jurisprudence reste la même: elle va du cas vers la règle et elle délimite la règle en fonction du cas. Illustration de Paul: "La règle définit en bref l'essence d'une chose. On ne déduit pas le droit de la règle mais on forme la règle selon le droit qui existe. Par la règle on retient un résumé bref des choses et, une sorte d'exposé des faits qui perd son utilité dès qu'il est altéré";

témoignage de la cristallisation de différentes tendances méthodologiques dans les règles juridiques => priorité à la règle casuistique subordonnée au jus et réadaptée à chaque application fait des solutions casuistiques. Application de ces règles. Elles encadrent les actions: sujets de toute discussion juridique. Elles délimitent leur champ d'application, structurent leur contenu et évaluent leurs fonctions. Dans ce tissu de règles, formation de quelques "noeuds" résistants qui se sont imposés comme des règles autoritaires et normatives. Les juristes ne les admettaient qu'avec précaution, puisqu'elles coupaient court à une discussion. Forme: dictum, adage => Contenu: immuable qui dans le concret les rendait fausses ou inexacts. Exemples: personne ne peut décéder laissant son héritage en partie aux héritiers institués, en partie aux héritiers légaux ; personne ne peut stipuler pour autrui. La règle catonienne définit que tout legs qui n'aurait pas produit effet, si le testateur était mort aussitôt après avoir fait son testament, resterait sans valeur, quel que soit le moment du décès du testateur. Règles exprimaient une vérité dogmatique, objective = désignées comme des *regulae juris* ou des *regulae juris civilis* : □ règles casuistiques (= vrai corps jurisprudentiel). Règles qui résument une institution en donnant sa définition. Ce sont des règles qui permettaient de ranger et de classer les institutions de droit (utiles comme point d'orientation dans le développement de la casuistique). Ces règles figuraient dans la littérature didactique des institutions: les plus connues les *Institutiones* de Gaius. Attention: ne pas schématiser pensée juridique romaine, ni sa méthode, ni ses règles; car jurisprudence toujours en mouvement, jamais figée ni dans une *stare decisis* aveugle, ni dans des déductions *more geometrico*, ni dans une conceptualisation outrée.

La casuistique évolutive a donné au droit romain sa vitalité. HISTORIQUE DE LA JURISPRUDENCE ROMAINE. Jurisprudence élevée à dignité de science. Elle repose sur une tradition élaborée par les jurisconsultes à travers les générations. => langage objectif, précis et libre de toute émotion. Juristes partagent le sentiment d'être liés les uns aux autres par une même tradition.

=> respect mutuel => sens de la coopération => solidarité. Nouvelle solution fait référence aux opinions précédemment énoncées => citations => reprises => critiques=> confirmations des opinions => Tissage de tout un réseau jurisprudentiel. Certes nuances personnelles des juristes, mais = nuances inhérentes à la même disposition, véritables antagonismes méthodologiques.

Historique de cette jurisprudence: du III^e s. Av. J-C au IV^e siècle

a) La période des *veteres*, les anciens juristes: II^e au I^e. Trois représentants vénérables: Publius Mucius Scaevola, Brutus et Manilius. Cicéron nous renseigne sur l'esprit qui animait cette génération de juristes. Ils ont façonné une jurisprudence autonome (pas convertis à rhétorique et philosophie). Plus de formalisme stricte mais jurisprudence fonde le droit sur l'équité, la bonne foi et l'honnêteté. Ouverture du débat entre jurisprudence et rhétorique grâce aux *veteres*. => nouvelle éthique du droit, centrée sur le *bonus vir*. Mais le □ *jus civile in artem redactum* : transformation en science hellénistique du *jus civile* (Cicéron). Ils poursuivent leur propre cheminement dans la casuistique et profitent des nouvelles possibilités: dialectique et sciences hellénistiques.

1) M. Porcius Cato Censorius (234 - 149 av. J-C); 2) Quintus Mucius Scaevola, pontifex (140-82 av. J-C); 3) C. Aquilius(? - 44 av. J-C); 4) Arcus Tullius Cicéron (106-43 av. J-C.); 5) Servius Sulpicius (? - 43 av. J-C)

b) La jurisprudence classique (I^e et II^e siècle. Ap. J-C: = Principat)

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

2. La jurisprudence à l'époque des Antonins : Hadrien, Marc-Aurèle = époque classique. Époque la plus brillante de l'histoire de Rome => apogée de la jurisprudence

Empereurs entourés d'excellents juristes: tâches importantes dans administration.

Riche littérature jurisprudentielle Fin des disputes des écoles. => la qualité de l'*ars boni et aequi* et maîtrise de la technique juridique. a) Priscus (150 ap. J.C.); b) Celsus (100 ap. J.C.); c) Julianus (II^es

ap. J.C.) ; d) Pomponius (II e s ap. J.C.) ; e) Quintus Cervidius Scaevola (IIIe s ap. J.C.) ; f) Gaius (II e s ap. J.C.)

3. La jurisprudence à l'époque des Empereurs Sévères: Septime Sévère, Caracalla, Sévère Alexandre = époque postclassique.... Les juristes occupent charges les plus importantes dans l'administration: Direction des chancelleries ; Siège au Conseil de l'Empereur ; Place du préfet de la garde: couronnement d'une carrière (investi de juridiction impériale, conseiller de Empereur dans affaires judiciaires, possibilité de le remplacer comme dernière instance de recours). Riche travail littéraire des juristes, grands commentaires sur l'Edit et sur le jus civile, recueils traditionnels des quaestiones, responsa, institutiones. Digeste de Justinien = source principale de cette littérature. Juristes = personnalités de haut rang et de haut niveau. Effort: préserver héritage du droit romain. Oeuvre de synthèse. Affaiblissement dans l'analyse juridique

Quelques chef-d'oeuvres: □ libri responsorum de Papinien ; a) Papinien (212 ap. J.C.)

b) Paul (200 ap. J.C.) ; c) Ulpien (224 ap. J.C.) ; d) Modestin (244)

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

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

A) L'extension du droit vulgaire. Après l'examen de l'efficacité concrète de tout ordre juridique, on remarque qu'il s'émousse dans la vie quotidienne, car il subit les influences des différents milieux. Tout en adhérant au même droit, des pratiques propres s'établissent: coutumes, usages. Loin des grands centres juridiques, le droit est figé dans la routine et traditions locales. Le droit du Grand Empire n'y a pas échappé.

Jurisconsulte Julien déjà confronté aux courants coutumiers. Il les accepte, mais rappelle que si coutume imprécise : référence au droit en usage à Rome

Cependant, le droit romain reste omniprésent, (traces dans le monde entier). Malgré cette omniprésence, des éléments "vulgaires" s'accumulent à l'intérieur de ce droit, éléments qualifiés de vulgo dicta, de réglée simplifiées par les juristes.

Changement définitif au IVe siècle: langage juridique supplanté par une rhétorique bornée et servile. Maîtrise du droit classique se perd, malgré apparente autorité des oeuvres classiques. Mais ces oeuvres sont reproduites et recopiées, sous forme abrégée de: * épitomés ; * florilèges ; * libri singulares ; * extraits deviennent des oeuvres courantes . Sous Valentinien III et Théodose II: mesures draconiennes: établit liste des juristes possibles de citer devant les tribunaux: Paul, Ulpien, Modestin, Papinien, Gaius + juristes cités par ces derniers. Si aucune doctrine majoritaire => opinion de Papinien décisive.

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

C) La codification sous l'Empereur Justinien

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

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

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

3. **Unité du droit romain**. Le droit romain devait stabiliser le nouvel ordre politique et la paix de l'Empire. Restauration du droit romain aboutit à la codification : des constitutions impériales en un Codex legum ; de la jurisprudence classique en un Codex Juris ; du Manuel des institutions de Gaius dans les Institutiones.

Codification possible grâce à la réforme des études et de la science du droit par l'étroite collaboration des professeurs et des juristes praticiens, présidés par Tribonien.

A) La réforme du droit et la réforme des études juridiques

Empire d'Orient, porteur de la culture greco-hellénistique, fut moins exposé aux invasions et => réussit à maintenir ses grands centres d'études et ses Hautes écoles de lettres, de rhétorique et de philosophie. Parmi les écoles de droit: Beyrouth. Constantinople (= nouvelle Rome) : école fondée par Théosode II. Ces 2 écoles jouissaient de la faveur impériale. Leurs diplômes = haute distinction, mais surtout une condition indispensable pour faire carrière dans la haute administration ou pour devenir avocat dans les hauts tribunaux. Enseignement du droit : Organisé selon un plan d'étude axé sur l'exégèse des textes classiques : □ écoles classiques: discussion entre juristes ; grâce à cette approche philologico-interprétative, textes acquièrent une valeur normative. Renaissance de la jurisprudence sous la forme d'une science littéraire, exégétique. Son but: conserver et restaurer les écrits classiques. Les professeurs de droit jouissaient d'une grande réputation et étaient rétribués par l'Empereur lui-même.

L'oeuvre de codification sous Justinien.

En 528, Justinien convoque une commission de 10 membres composée de hauts fonctionnaires de l'administration dont Tribonien. Triboni est le vrai moteur de toute l'oeuvre de codification. Nouveau code des constitutions impériales déjà promulgué en 529 + première version du Code Justinianus. Pour la compilation de l'immense oeuvre jurisprudentielle romaine dans la Constitution Deo Auctore en 530: Tribonien choisi comme président d'une commission, décide lui-même du choix de ses collaborateurs.

Le talent d'organisation, l'enthousiasme et la fougue de la commission et de son président après 3 ans de travaux: Les Digestes (en vigueur le 30 déc. 533) = 2e oeuvre de codification. La Théorie de Friedrich Bluhme explique le mieux la rapidité et l'efficacité du travail des compilateurs: Les textes divisés en 4 , dénommés selon les sources prépondérantes. 1. Les livres de Sabinus 2. Les extraits des commentaires sur l'édit 3. Les quaestiones et les responsa de Papinien, Paul et Ulpian. 4. Un agglomérat de textes divers : □ division des écrits étudiés et examinés dans les Hautes écoles.

La commission divisée en 3 groupes. Ainsi a été réalisée l'impressionnante codification du droit jurisprudentiel romain. Encouragé, l'Empereur s'empara des Institutions de Gaius pour les intégrer à la codification Travail exécuté par 2 professeurs (Theophilus et Dorothus) sous direction de Tribonien. Réédition améliorée du Code des lois impériales: par une petite commission sous la présidence de Tribonien(540). => Grande codification du Code des Digestes et des Institutions étaient terminée: Une oeuvre séculaire destinée à la grande politique justinienne de restauration et d'unification du droit de l'Empire romain. Le rêve de Justinien réalisé mais n'a guère vécu hors de Byzance. Cependant, son destin juridique allait dépasser toute attente puisque cette oeuvre devait resurgir au Moyen Age et devenir le livre Saint dont jusqu'à nos jours les grandes codifications occidentales se sont inspirées.

DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE

Le problème historique du statut personnel et familial

Persona- Pas d'équivalent en droit romain du mot "personne" comme sujet de droit, terme moderne.

"Persona" = mot récent (□masque) = rôle des parties dans un procès:

persona actoris = demandeur ; persona rei = défendeur : engagement personnel

ex: persona heredis = tenir la place de l'héritier... Persona : jamais signification abstraite de sujet de droits et d'obligations du droit moderne.

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

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

PEREGRINUS, l'étranger. Vient du dehors => hors de la communauté, □immigrant => aucun statut propre dans la cité. Doit chercher un abri = un patron, patronus qui protège et assiste de son aide paternelle. Ouverture des frontières (-IVe), Romains en contact avec Etrusques, colonies grecques et Carthage. Intensification des rapports commerciaux, culturels => respect mutuel et reconnaissance au citoyen étranger d'un statut propre. Création d'une nouvelle magistrature pour litiges étrangers/citoyens ou entre étrangers. A la tête de cette magistrature: le praetor peregrinus (celui qui dit le droit entre citoyens et pérégrins). Il régularisa la présence des pérégrins à Rome par l'octroi de la même protection juridique que citoyens romains (-242).

B. La conception moderne de la personne en tant que sujet de droit.

L'article 11 CCS sur la conception moderne de la personnalité est différente de la □conception antique.

"1. Tout personne jouit des droits civils. 2. En conséquence, chacun a, dans les limites de la loi, une aptitude égale à devenir sujet de droits et d'obligations". Vise l'homme en tant que personne individuelle, comme sujet de droit, apte à exercer des droits et à contacter des obligations. => pas de rapport constitutif entre l'homme et la société. La société reconnaît, elle ne crée pas le statut juridique.

La personne précède la société et l'Etat. L'origine de la nouvelle conception = rationalisme: homme raisonnable et libre => homme = sujet autonome de ses actions, indépendamment des liens sociaux. La société se construit à partir des sujets individuels, libres et égaux qui s'unissent dans le contrat social.

Le contrat social = fonction d'unir la société civile c.a.d. l'Etat.

Il présuppose que homme-citoyen y adhère librement. L'Etat garantit le statut de la personne libre. Il le reconnaît et le protège : □art. 27 CCS: "1. Nul ne peut, même partiellement, renoncer à la jouissance ou à l'exercice des droits civils. 2. Nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois et aux moeurs". Complément: art. 28 al. 1 CCS: "Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe".

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

LA FAMILLE ROMAINE

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

A. **La famille gentilienne, la "gens"**. Lacunaire, peu certaine. Mythes, légendes □□texte + fouilles. Episode de enlèvement des Sabines => influence directe des peuples voisins. Dernier rois: Tarquinius => influence étrusque.

Première organisation familiale : la gens = regroupait les familles patriciennes descendant d'un ancêtre commun. Clans = gens + ses partisans et clients

politique autonome. Les membres d'une gens ont le même nom: romen gentile.

Certaines gentes d'□ascendance divine => culte de famille propre.

Evolution de la gens : Elle perd de son influence politique et de son prestige social (-451) = temps des Douze Table. Restent 2 privilèges juridiques: Un droit de succession subsidiaire et un droit de tutelle (accordée en dernier lieu après les agnats).

Nouvelle famille, dominée par principe patriarcal = unité ferme sous son caput (chef) et pater familias.

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

garantir la protection de la communauté familiale. Vocation autarcique : chacun des membres intégré dans une unité sociale, économique et religieuse.

Familia pecuniaque = la communauté sous la puissance unique du pater familias :

parents, enfants, esclaves ; bétails, biens ; autarcie primitive (souvent agricole, car liens internes de cité lâches).

La famille agnatique. 1. L'agnation renforce la structure fermée de la famille = ne sont parents que ceux qui se trouvent sous la même puissance paternelle ou s'y trouvaient lorsque le pater familias vivait encore. 2. les liens du sang ne sont pas suffisants pour créer la parenté, puisque celle-ci se constitue que du côté masculin. Quand la femme entre dans famille du mari (in manu), elle perd les liens de parenté avec sa famille d'origine. Parenté de sang = lien moral et social : il ne confère pas droits de succession et droit de tutelle. L'étendue du principe d'agnation – l'ensemble des agnats = famille y compris parenté latérale. Bien que à la mort du père de famille, chacun des agnats paternels forment leur famille, ils continuent à être considérés comme étant de la famille = même maison, même souche. Epoque archaïque : grande famille sur terres communes = réalité sociale et juridique. Puis : famille particulière sous le pater familias qui seul régnait dans la maison. Famille = vivants + ancêtres : culte, vénération. Ils veillent sur la famille, comme des manes favorables ou maléfiqes, ombres des parents (cf. rites familiaux) :
□ conservation des masques dans le tablinium. Etanchéité de la famille agnatique : liens si resserrés
□ que le droit de la cité n'y pénètre que difficilement. Traditions propres, coutumes vénérées et droit sacré de la famille : □ mesure, discipline + protection, sûreté. Le périmètre de la domus est saint, il marque les limites du refuge familial d'où l'on ne peut être arraché.

au lie maison = lieu privilégié à l'abri des poursuites judiciaires. La quaestio lance licioque = perquisition à domicile pour cause de vol montre les difficultés qui se posaient si on voulait franchir le seuil d'une maison avec un intention hostile. Une telle personne devait se présenter nue pour offrir un sacrifice avant de poursuivre perquisition. Car si trouve objet volé, sacrifice = apaisement pour les divinités familiales

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

a. "**Reconnaissance**" de l'enfant. Prendre dans ses bras signifie que l'□ enfant est accepté et reconnu pour descendant naturel et légitime. Le père ne peut plus l'abandonner, ni l'exposer. L'enfant est membre de la famille

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

c. **Statut de l'enfant** : faible parce que soumis à la puissance d'un autre : □ pas la jouissance de la capacité d'exercer des droits en son propre nom. Dépendance du pater familias : □ autorisation des actes juridiques accomplis par ses enfants. Peculium donné par le père au fils dès que capable de gérer ses affaires : travailler à son compte.

Mais ces biens = toujours patrimoine familial : □ pater familias pouvait en dernier ressort en disposer.

3. **L'adoption et l'emancipation** : vocation autarcique : perpétuer la famille de génération en génération = devoir sacré puisque le culte familial doit perdurer.

Si le père n'a pas de fils né de lui , il □ cherche un successeur ailleurs et le fait entrer dans sa famille par un acte juridique : adrogatio et adoptio.

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

b. **L'adoption, "adoptio"** (plus récente). Les lois des Douze Table prévoient que le fils de famille donné par 3 fois in mancipium (donné en service à une autre famille) sort de la patria potestas qui s'éteignait définitivement. Les juristes forment un nouveau type d'adoption : permission d'exécuter ces 2 mancipations d'un seul trait. La 3^e mancipation libère le fils de sa famille d'origine et le soumet à la nouvelle puissance de l'acquéreur. Pour donner à cet acte le plein sens d'une adoption, il faut un □ acte ultérieur pour reconnaître à cette puissance acquise, la puissance paternelle. Cet acte se déroulait devant

le magistrat où le père adoptif prétendait que l'enfant reçu était son propre enfant. L'ancien père ne contestant pas cette affirmation, le magistrat adjugeait l'enfant à son nouveau père adoptif.

c. **L'emancipation, "emancipatio"**. Se fonde sur la Loi des Douze Tables et exige l'exécution de 3 mancipations pour extinction de la patria potestas. Voies à l'affranchissement ouvertes. Le fils, alors sous puissance d'un tiers, est mancipé à titre fiduciaire, avec l'accord du père. Le tiers ne peut pas l'affranchir lui-même, puisque cet acte est réservé au pater familias (qui a le droit de succession et de tuelle). Le tiers remancipe le fils à son père qui peut alors l'affranchir. Pater familias a la position respectée du père ayant libéré son fils du pater familias manumissor. Création de l'adoption et de l'émancipation = tournant dans l'évolution de la famille : les liens se desserrent, fils et fille peuvent sortir de la famille du vivant de leur père. L'utilité de l'adoption : assurer continuation de la famille. L'utilité d'émancipation : éviter le morcellement des biens de famille par succession. Le pater familias peut limiter la succession à un seul fils et émanciper les autres. Il peut accorder à ceux-ci une partie de ses biens par des donations ou des legs. Emancipation : □ répudiation, abandon des enfants. Les membres expulsés ne perdaient pas leur lien de parenté.

4. Le régime paternel dans la famille romaine :

a. **esprit terrien et rural**. Le pouvoir du pater familias est imprégné des idéaux d'une aristocratie rurale ; lente urbanisation. Choix des noms : Primus, Secundus, Quintus : recensement des membres de la famille. Surnoms : Fabius (fève), Cicero (pois chiche) : vie des champs

b. **rapport père/fils** : étroits et même affectueux dans l'attitude de discipline, de respect, de piété du fils envers son père. Le père se charge de l'éducation du fils (filles avec mater familias). Cf. zèle de Caton l'Ancien, Paul-Émile plus tard Cicéron...

Les enfants sont élevés dans tradition propre à leur famille, dans l'orgueil et les vertus familiales et dans le respect de la res publica, de la vie publique. Dès 16 ans, l'éducation familiale terminée, apprentissage de la vie publique sous conduite d'une personnalité connue de la République. La vie familiale et ses traditions se modifièrent peu : discipline, fidélité, piété = critères prédominants.

5. **La tutelle et la curatelle, tutela et cura**. Disparition du pater familias ; indépendance des membres de la famille ; protection et assistance pour les plus jeunes. Le tuteur reprend la position du pater familias et exerce d'une certaine manière la puissance paternelle. Cependant, le pupille a un statut juridique, sui juris. La puissance du tuteur est vis avec potestas : patria potestas unilatérale et absolue = puissance protectrice dans l'intérêt de celui qui y est soumis.

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

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

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

curator prodigi : gestion des biens et des affaires ; curator prodigi des mineurs : capables d'exercer leurs droits, □ plus besoin d'autorisation formelle. Curator : seconder son protégé et lui donner son

consentement (de façon non formelle, souvent après l'acte) ; mission délicate. Rapports curateur /assisté réglés par la gestion d'affaires, negotiorum gestio. Pas d'action spéciale prévue.

Le mariage : Le mariage cum manu et sine manu. Le mariage cum manu : perte des liens agnatiques avec sa famille d'origine et entrée sous la puissance du mari. Nouveau statut : dans la manus, entre les mains du mari. Séparation (tôt) de la puissance maritale et de la patria potestas □□position particulière de la femme au sein de la famille.

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

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

Mariage sine manu : le mariage cum manu tombe en désuétude. La femme garde son propre statut et n'entre plus sous la manu du mari. Elle □reste sous puissance son pater familias, □ou si sui iuris, obtient un statut autonome du mari. Les romains n'ont jamais eu intention de transformer le mariage en une institution de droit. Ils règlent que les points qui touchent vie sociale et demandent un règlement juridique. Les juristes romains ne parlent ni de contrat ni d'échange de consentement. Ils se fondent sur l'affectio maritalis, sur la volonté durable de vivre comme mari et femme pour créer l'union conjugale : □liaisons passagères et extraconjugales.

Formation du mariage : l'acte juridique est la volonté et la conscience de vivre en union conjugale et de constituer une communauté familiale. Le mariage a la forme d'un contrat consensuel en droit canon + droit naturel du XVIIIe.

2. Les conditions et la conclusion du mariage

a. Les conditions du mariage : devoir des époux de vivre dans une union conjugale monogame. Conclusion valable du mariage si : les partenaires, pubères et capables, devaient jouir du jus conubii = droit de contracter un mariage valable selon les règles juridiques romaines. Le mariage était prohibé entre parents jusqu'au 3e degré

Maintien stricte du principe de la monogamie. Sinon infamie => déchéance des droits civiques. Le consentement au mariage des 2 partenaires est requis, du moins partiellement.

b. La conclusion du mariage. Célébration du mariage. Acte juridique qui fait passer le pouvoir au mari. Célébration des noces: fête joyeuse. Les fiançailles donnent déjà lieu à une journée de grande fête. Les fiancés échangent la promesse de mariage avec l'assentiment de leur père respectif et devant des amis témoins. Le fiancé remet un anneau de fer doré ou un anneau d'or à la fiancée = geste symbolique : □coemptio primitive c'est-à-dire transfert du pouvoir marital. La journée du mariage plus fastueuse. La fête commence par un sacrifice aux dieux. On explore les auspices d'un mariage annoncé heureux. Les futurs époux expriment volonté de se marier: Ubi tu Gaius ego Gaia, ubi tu Gaia, ego Gaius. Les témoins apposent leur cachet sur le contrat de mariage. La fête continue. On se rend à la maison des mariés <=> Caractère prosaïque des actes juridiques, liés à la conclusion du mariage cum manu.

L'acte juridique s'effectue par: la coemptio = mancipation de la puissance maritale au futur mari. L'usus = acquisition de la puissance maritale par la vie commune (automatique si les 2 partenaires vivent ensemble sans interruption durant une année) : la confarreatio, réservée aux familles patriciennes et au mariage de certains prêtres.

= non seulement la femme entre dans la famille de son époux, mais aussi elle s'associe aux sacra et aux manes de sa nouvelle famille.

Mariage sine manu

CUM MANU	SINE MANU
Femme assujettie à la puissance du mari	Femme garde son propre statut, étant sui iuris ou restant sous la puissance de son pater

	familias = mariage libre
--	-----------------------------

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

3. le regime matrimonial et la dot.

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

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

c. la dot, dos. Au début, dot joue un rôle primordial. Elle consiste en l'affectation d'un certain patrimoine au mari, dans le but de payer des charges provenant de l'entretien de la femme et des enfants. La dot revient au mari selon l'adage: la dot doit être là où se trouvent les charges du mariage. Deuxième fonction s'ajoute: dot assure l'entretien de la femme après la dissolution du mariage: mort du mari ou divorce. Obligation des héritiers ou du mari divorcé de la restituer à la femme. Pouvoir limité du mari dans sa disposition des apports de la femme. Même si dans propriété du mari, les apports sont considérés comme des biens appartenant à la femme mariée: patrimoine de la res uxoria. Si le mari employait des ressources puisées dans la dot, le résultat des opérations revenait obligatoirement à la dot. Lors de la dissolution du mariage, la femme peut exercer l'actio rei exoriatæ pour exiger la restitution de la dot. Le juge doit statuer selon ce qui lui semble le mieux et le plus équitable! Mais faveur contrebalancée par un règlement concernant les retenues accordées au mari et aux héritiers: En cas de culpabilité de la femme, le mari pouvait retenir un certain pourcentage de la dot: Retentio propter liberos: un sixième de la dot pour chaque enfant, à concurrence de la moitié de la dot. Retentio propter mores: un sixième de la dot pour le mari en cas d'adultère de la femme, et un huitième pour des causes mineures. D'autres retenues de nature générale: a) Propter impensas : dépenses faites pour l'administration des biens dotaux ; b) Propter res amotas : montant de la valeur des choses que la femme avait soustraites au mari en raison du divorce ; c) Propter res donatus: montant de la valeur des choses données à la femme par son mari pour les donations non valables, pour autant qu'elle les possède encore. Le mari répondait de la perte et de l'endommagement des biens dotaux, en cas de dol et de négligence. En cas de décès de la femme et si pacte dotal pas de solutions particulières ; la dot reste en général au mari.

d. les donations entre époux, donationes inter virum et uxorem. Donations entre époux nulles, car on admettait pas qu'un partenaire puisse s'enrichir aux dépens de l'autre.

Interdiction qui ne concerne ni les cadeaux particuliers, ni les donations nécessaire à l'entretien de la femme + nombreuses exception. Au IV^e siècle, les donations du mari à sa femme enfin admises. Elles étaient avant tout destinées à l'entretien de la femme et des enfants après la dissolution du mariage: mort du mari ou divorce dont la femme pas la cause.

4. La dissolution du mariage par divorce.

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

répudier sa femme. Du côté du mari, il n'y a pas de forme prescrite, mais rupture clairement exprimée. Si répudiation: "va-t-en", "prends tes affaires". Envoi d'une lettre invitant l'autre conjoint à quitter la maison en emportant ce qui lui appartenait. Du côté de la femme, pour divorcer, suffisait de quitter le domicile commun dans l'intention de ne plus y revenir. Fin du mariage : □ déclaration du divorce = cessation de la vie commune : □ signe que l'affectio maritalis n'existe plus. Si mariage cum manu, pour libérer la femme de la puissance du mari: recours à une remancipation par laquelle la femme rentrait dans l'ancienne puissance du pater familias. Si elle voulait devenir libre et sui juris, une personne interposée prenait la femme en mancipatio, puis lui rendait son indépendance, par une manumissio.

5. Le statut social de la femme dans la famille. Sur le plan juridique, statut de la femme dans l'ancienne famille agnatique = fille de famille. Mais réellement, la mater familias, la matrona occupe une place privilégiée par rapport à celle d'autres cultures: grecque, gauloise, germanique. Certes, tout le pouvoir dans la main du pater familias. De toute façon, les relations des personnes à l'écart de la vie publique échappent aux formules abstraites du droit ; 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. Elle élève les enfants et occupe une place éminente dans les affaires familiales. Exemples de femmes qui sont entrées dans l'histoire: Aurélia, mère de César ; Attia, mère d'Auguste ; Livie, épouse d'Auguste, première femme à avoir porté le titre d'impératrice et à avoir exercé une influence considérable dans les affaires de la Cour et de l'Empire.

Haute - République et Principat: Mariage cum manu = institution oubliée. Mariage libre : sur le plan juridique, cette forme du mariage couronne ce que la femme avait obtenu en pratique: une position libre et indépendante. Peut librement conclure son mariage. Si elle est sui juris, peut remettre sa propre dot au mari. On accorde à la femme veuve ou divorcée l'assistance d'un tuteur qui exerce la tutela mulierum = acte de courtoisie, accompli par un ami qui la conseille et l'aide.

Ier siècle de l'Empire : Mouvement d'émancipation sociale de la femme

accès à la vie mondaine, intellectuelle, artistique ; participation au monde des affaires, acceptée au jeu sportifs : □ □ domaine inaccessible: vie publique et carrière politique

Pourtant, grand rôle à la cour dans les intrigues et les rivalités entre les familles influentes. Evolution des mœurs : germe de certains excès dangereux compromettant l'institution familiale et la structure de la société romaine. Stabilité du mariage s'effondre. La politique, l'argent, des motifs passionnels s'y mêlent. Divorces fréquents, remariages nombreux. Libéralisation des mœurs tend à tourner au libertinage. Législation d'Auguste. Dans la grande réforme qui aurait dû rétablir la société désorientée par les crises extérieures et intérieures. Restauration de la religion, restauration des ordres sénatoriaux, équestres. Restauration de toute l'administration de l'Empire. Réforme contre les divorces faciles, les mariages désordonnés, la vie de célibataire et l'aversion à procréer. Réglementation du mariage et de la famille privant les coupables de toute prétention à la succession ou considérant leur mariage défendu comme nul et non avenue. La lex Julia de adulteriis: interdit le mariage de la femme adultère avec son complice. La lex Julia de ordinibus maritalibus: essaie de rétablir le respect de l'institution du mariage en rendant impossible sa conclusion avec les gens infâmes: courtisanes, proxénètes, acteurs. La lex Papia Poppaea: Les hommes entre 25 et 60 ans et les femmes entre 20 et 50 ans devaient être mariés: même les veufs et divorcés Femmes: bref délai: 2 ans après mort de leur mari et 18 mois après divorce. Procréation favorisée : célibataires et couples sans enfants: désavantages dans les droits de succession. Pas de sanction pour couples avec 3 enfants légitimes.

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

La capacité civile. Deux aspects: jouissance des droits civils : qui est porteur des droits subjectifs et des devoirs juridiques ?; et capacité d'exercer des droits et d'assumer des responsabilités : quelles sont les conditions pour que la personne puisse valablement s'engager par ses propres actes et volontés?

La jouissance des droits de la personne libre en droit moderne: jouissance des droits civils = capacité de chaque personne d'être sujet de droits et d'obligations. Définition étrangère à l'esprit romain qui définit l'homme selon son statut : **d'homme libre (Servi ; Liberi : ingenuus ; et libertinus : cives romanus, latinus et dediciorum numero) ; de membre de la famille : sui iuris ; et alieni iuris : in potestate, in manu, in mancipio ; de citoyen : cives romani ; et peregrini : ordinaire et dédictices. Le cumul de ces 3 statuts = capacité juridique entière**

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

b. La perte de la jouissance des droits civils. Jouissance des droits civils prend fin avec la mort. Inexistence de l'institution de la déclaration d'absence (35 - 38 CC). Perte graduelle. Il faut être libre, citoyen et père de famille pour jouir de la personnalité juridique. La perte de la jouissance des droits civils varie selon les statuts juridiques.

Fils de famille: libre + citoyen , mais pas position du pater familias. Etre libre et perdre la citoyenneté : pas libre : □ disparaît de la communauté des personnes aptes à être sujets de droit. Diminution graduelle de la personnalité = capitis deminutio (on n'est plus de la communauté et la communauté se voit diminuée d'une tête).

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

Reflet de la structure de l'ordre juridique romain centré sur la communauté qui seule confère à l'homme la jouissance des droits. Il n'est pas concevable que toute personne dispose d'une capacité juridique liée directement à sa nature d'être humain. La capacité de l'exercice des droits civils selon le droit moderne est la capacité d'exercer un droit (= de produire par ses actes des effets juridiques) ; elle présuppose la jouissance des droits civils. La capacité civile exige la capacité de prévoir les conséquences juridiques de son comportement et d'en assumer la responsabilité : de discernement: âge + développement de la personne. Droit romain : la capacité d'exercer ces droits et d'assumer des obligations est conditionnée par le statut personnel du particulier. Deux problèmes : les limites objectives tracées par les conditions des statuts juridiques: le statut alieni juris des personnes soumises à d'autres : esclaves, membres de la famille, et le statut sui iuris des personnes autonomes et libres. La capacité subjective de celui qui agit: il doit être capable de mesurer les conséquences de son comportement, de décider librement et en toute connaissance de cause (jouissance des facultés mentales + maturité du caractère)

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

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

b. la capacité d'exercice du fils et de la fille de la famille. En dépit de leur statut libre, ils sont soumis à la puissance de leur père, tant qu'ils vivent en famille sans être émancipés. Possibilité d'exercer des droits mais engagements fort risqués: Fils : aucun bien sur lequel les créanciers puissent se satisfaire. Accord ou caution du pater familias. Octroi d'un peculium. Responsabilité du père engagée. Plus tard,

responsabilité du père dans les affaires de son fils s'il en avait lui-même profité. Accord de certaines actions aux créanciers: *adjecticiae qualitatis*, dirigées directement contre le père. La fille de famille non est admise aux affaires et ne peut pas s'obliger. Il n'y a pas de capacité délictuelle pour fils et fille : pas de régime noxal. Le *pater familias* s'expose lui-même à l'action du lésé : il abandonne le délinquant au lésé.

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

d. les conditions subjectives de l'exercice des droits. Capacité d'exercer des droits : aptitude à participer à la vie juridique: responsable de son comportement libre et voulu. Faculté de se rendre compte des effets juridiques que ses agissements entraînent. En droit moderne : la capacité d'exercer des droits civils (art. 13 CC) exige deux conditions : le discernement et la majorité. En droit romain, il n'existe pas un règlement pas aussi élaboré, mais même fondements: capacité de discernement et majorité. Capacité de discernement : de la majorité de la personnalité : certaines étapes: enfance, adolescence, âge adulte. L'enfant devenu adolescent (après 7^e année) : *toga praetexta*. Pubère : rang des citoyens adultes (14 - 17 ans). Actes solennels célèbrent l'accès au statut civique, à la majorité: *toga virile*, inscrit sur les listes des citoyens romains au forum. Cérémonie = *tirocinium fori*. Enfance, adolescence, âge adulte = critères pour différenciation de la capacité civile: les mineurs :

a) Enfance, *infans qui fori non potest*: celui qui ne sait pas employer les paroles indispensables à l'exercice des droits civils : jusqu'à 7 ans. Les enfants ne peuvent ni acquérir un droit, ni d'obliger par des actes juridiques, ni commettre un délit parce qu'ils sont incapables de discernement. Ils jouissent de droits à condition que cette jouissance ne dépende pas d'une de leurs activités: héritier ; acquérir la propriété par mélange. Pour le reste, le tuteur défend intérêts de enfant.

b) Impubères *infantia majores*: 14 ans pour les garçons, 12 ans pour les filles. À la puberté ils peuvent exercer un droit pour autant qu'il s'agisse d'une acquisition à titre gratuit ou d'une acquisition n'impliquant pas de charge. Sinon, autorisation du tuteur indispensable; sans elle, les actes conclus sont en suspens, le partenaire attend l'approbation ou refus du tuteur (Au Moyen Age = *negotium claudicans* affaire boîteuse). Obligations délictuelles assumées par le mineur, puisqu'on suppose le degré de discernement suffisant pour comprendre les conséquences de leurs actes. Les majeurs < 25 ans et en raison de leur inexpérience, protection spéciale prévue par la loi *Laetoria* : *minores viginti quinque annis*. Mineurs *sui juris* < 25 ans : protection spéciale du prêteur: *exceptio legis Laetoriae*, exception qui suspend la demande du créancier lorsque celui-ci a profité de l'inexpérience du protégé. Si prestation accomplie, le jeune homme reçoit pleine restitution de ses biens = rétablissement de la situation inférieure.

c) Personnes à la capacité restreinte: malades atteints de folie et les prodiges, les malades mentaux sous curatelle, si incapables de s'engager par des contrats et si incapables de disposer de leurs biens. Pas responsables de leurs actes délictuels, sauf lors de leurs moments de lucidité. Prodiges sous curatelle : capacité de contracter retirée. Ils sont responsables de leurs délits

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

a. les esclaves. Bien que l'esclavage ait été ressenti comme injustice, elle n'a jamais véritablement été remise en question. Inconcevable que seule la nature rationnelle de l'homme et sa dignité confère à toute personne la capacité juridique. Etre considéré comme une personne *sui juris* impliqueit l'appartenance à une communauté qui conférerait un statut juridique reconnu. Antiquité gréco-romaine: notion de statut juridique tiré de l'expérience par la famille, la gens, le clan et la cité.

L'individu isolé est ignoré. Seule la communauté est considérée, et donc ses membres qui la constituent. D'ailleurs, communautés emboîtées les unes dans les autres = chaîne qui aboutit à la cité, polis, peuple libre qui confère à chacun de ses membres le statut de droit et la capacité juridique. Hors de cette chaîne, aucun salut social possible.

Grande rigidité de l'Antiquité devant les peuples non civilisés, incapables de former une cité, jugés inférieurs et barbares. Comme incapacité de se donner un ordre juridique et social propre : nécessité d'être soumis à leur roi, chef ou tyran. Pas la liberté des Romains. Menés par leurs maîtres = Attitude qui

permis de tolérer l'esclavage. Première réaction: le stoïcisme. Sa conception d'un humanisme universel ; injustice - postulat de la reconnaissance de la liberté de chaque homme. L'écho de cette nouvelle conception se répand dans la pensée juridique: en faveur de la liberté comme statut naturel de l'homme. L'homme naît libre et toute restriction à sa liberté doit être justifiée. L'esclave ne peut se justifier = état contre nature. Position de Platon et Aristote: certains hommes nés pour servir et ayant besoin d'un maître. Cependant, impossible de renverser la perspective traditionnelle et de formuler un programme de libération des hommes. Le Portique a développé une éthique à tendance individualiste. Le problème de la liberté, □ du comportement humain, interiorisé et personnel. Est libre celui qui se domine et ne se révolte pas contre le destin. Ce n'est pas le statut extérieur qui procure la liberté. Etre libre = se libérer de ses passions et des instincts aveugles, accepter son sort.. **La source de l'esclavage.** Conquêtes de la guerre. Vaincu à la merci du vainqueur. Les citoyens vaincus = prisonniers de guerre, plus de foyer, plus de droits puisque plus de cité ; ils pouvaient être vendus comme esclaves. Devenaient esclaves de celui qui les capturaient. Avec les grandes conquêtes, accroissement des masses serviles. Campagnes de César : 1 million. Forme d'esclavage touche une large couche de la population qui est considérée comme hors-la-loi et qui pourtant joue un grand rôle dans le maintien de la société antique. **On est aussi esclave par la naissance** : celui qui naît de même esclave, est esclave. La □liberté est un □droit inné mais elle est reçue de la société. L'esclave n'est pas membre d'aucune société. Si les juristes ont renoncé à considérer l'enfant né d'une esclave comme une chose frugifère, ils ne lui ont pas donné le statut d'homme libre. Le maître de la mère esclave possède l'enfant. Le statut du débiteur non solvable ou du condamné ne doit pas être considéré comme une source authentique d'esclavage. Celui qui est couvert de dettes dépend de son créancier, mais cette dépendance est clairement déterminée et le débiteur peut s'en libérer. Même s'il est adjugé au créancier en tant que 'addictus, il reste libre et garde son patrimoine. Règles sur l'exécution = rien que moyen forçant le débiteur de s'acquitter de sa dette. La loi Poetelia interdit de mettre aux chaînes un débiteur non solvable (à moins que commis délit); sinon aucun changement de fond. La perte de liberté pour certains délits graves : desertion : vendu trans Tiberim à l'étranger, puisque citoyen romain ne pouvait pas être réduit à l'esclavage à Rome. Le statut social de l'esclavage. Aspects contradictoires et grands changements à travers les siècles. Mais la Summa divisio qui répartit les êtres selon les catégories d'hommes libres et d'esclaves, jamais remise en question. Dans la Rome agraire, l'esclave est intégré au sein de la famille paysanne. Il y travaille comme valeur ou serf. Mais vit dans la maison et est admis à la table du maître. Avec l'expansion de la République (II e - I e av. J.C.) : changements profonds: détérioration de la condition servile. Dispersés dans les latifundia où = main d'oeuvre peu aimée des Romains. Disparition des relations maître – esclave. Organisation calculée (cf. traité de Caton et Varron) : tout est réglé avec rigueur, même les rations alimentaires : □bétail. Esclave = bien précieux = valeur économique qu'on protège : □les ménager. A côté des esclaves, autre groupe d'hommes encore plus exposés à l'exploitation : ouvriers agricoles libres peu soignés par le maître – entrepreneur : travaux pénibles et dangereux, La grande masse: petit groupe privilégié : servi urbani ou familiares = personnel d'administration d'une famille ou d'une grande maison : tabularii : surveillants des colons ; custodes : percepteurs des redevances ; dispensatores : les économes ; arcarii : caissiers ; tabellarii : porteurs de messages. Autres professions plus estimées : médecin, éducateur, intendant. Prestige exceptionnel des esclaves qualifiés de la famille de l'Empereur. Révoltes d'esclaves au Ier av. J.C. Mais insurrections sans conséquence durable parce que esclaves ne formaient pas une classe unie et solidaire : une envie : rentrer chez soi et être libre.

Le statut juridique de l'esclave 1. **L'esclave comme chose : "res Mancipi"**. Esclave = bien des plus importants du patrimoine familial. Considéré comme une res Mancipi comme les chevaux, mulets et ânes. Font partie des choses qui forment les moyens d'investissement et de travail. 2. **L'esclave comme personne: "persona alieni juris"**. Totalement soumis à son maître dans la vie sociales. Ses actes, aucune incidence juridique directe. Son mariage (si permis par maître) = cohabitation, union de fait respectée toutefois par les moeurs. La religion ne le rejette pas. L'esclave participe au droit sacré: cultes serviles tolérés. Certains collèges réunissent hommes libres et esclaves, puisque les dieux ne connaissent pas de barrière entre les 2 groupes sociaux. L'esclave peut s'obliger par des vota et prêter serment. Protection et assistance du maître seulement. Si bienveillance ou amitié : esclaves dévouées et confiants. Attention : lois et intervention des Senatus consultes nécessaires pour supprimer les abus : des châtements corporels de l'abandon des esclaves malades, de la mise à mort ... Silaniuanum (Senatus

consulte) : Si le maître est tué par un esclave : □ tous les esclaves de la maison sont mis à mort. 3. **L'esclave comme aide dans la vie commerciale** : le peculium. Indépendance relative pour certains esclaves, une fois dotés par leur maître d'un peculium, petit capital pour exercer leur propre activité. Biens faisaient plus directement partie du patrimoine du maître: gestion de l'esclave pour lui-même. Mais besoin de l'appui du maître pour créer des rapports de droit. Le créancier peut pas poursuivre l'esclave en justice : □ action directe contre le maître. Responsabilité du maître limitée au peculium fixé au moment de l'engagement de l'action. Statut de semi-indépendance stimulait activité de esclave et augmentait le rendement au bénéfice du maître. 4. **L'esclavage, institution de droit ou institution sociale ?** L'esclavage n'est lié ni à une phase particulière de l'histoire, ni à une forme d'organisation sociale spécifique : il est latent dans toutes les sociétés, à toutes les époques. Deux principes : liberté et dignité de l'homme. Exclusion de l'individu de la communauté de droit, conséquence d'une discrimination sociale. Assujettissement unilatéral d'une personne à une autre, état de fait qui échappe au contrôle du droit. L'exclusion de l'esclave de la communauté de droit . Capacité civile implique l'appartenance à une cité ou à un peuple. L'esclavage est l' assujettissement unilatéral et absolu à un maître. Vide juridique comblé par l'assujettissement à la volonté du dominus qui exerce son pouvoir sur esclave = chose. L'esclave est réduit à qualité de res : □ rapport de propriété avec le maître, c'est-à-dire plein pouvoir de l'uti, frui, habere, possidere. Le régime juridique de propriété est appliqué pour combler le vide juridique. L'esclave est privé de son état de personne, rangé parmi les objets, les res mancipi. **L'esclavage n'a jamais été véritable institution de droit.** Les jurisconsultes la dénoncèrent comme un statut contre nature, puisqu'il reposait sur une discrimination camouflée par un ordre de droit trop faible pour empêcher l'injustice: l'asservissement de l'homme par l'homme.

b. Les affranchis et les clients. Affranchis = groupe important de la population + rôle considérable dans la société.. Par affranchissement, l'esclave obtient la liberté et la citoyenneté romaine (quelques exceptions). Affranchissement accordé en prime de leur activité qui a permis de racheter leur liberté grâce au peculium ou accordé comme récompense à la fin de la vie du maître. Couche de gens actifs et entrepreneurs : petit métier ou tâches accomplies pour le patron. Liés à ancien maître et à sa famille : □ respect + obéissance dont portent le nom et continuent à rendre service. Fin République + Principat - restriction de son octroi selon le nombre et l'âge par lex Fufia Canina et la lex Aelia Sentia.

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

DROITS RÉELS - la chose comme objet de possession et de propriété

Définition : droit qui confère à son titulaire, à l'exclusion de toute autre personne, la maîtrise totale ou partielle sur une chose ». C'est le rapport particulier qui lie une personne à une chose (ius in res). L'objet du droit réel est la chose. La nature du rapport : élément de pur fait ; élément de droit. Différence entre droits réels et obligations : la nature du lien, dans les droits réels, a un caractère absolu ; dans le droit des obligations a un caractère relatif.

1. Définition juridique de la chose (res corpus) : une chose est une portion délimitée et impersonnelle de l'univers matériel, susceptible de la maîtrise humaine. a. la définition juridique des choses : Le terme chose doit juridiquement pouvoir mettre en évidence : la maîtrise de droit : les droits réels ; la maîtrise de fait : la possession. Dès lors, le mot chose rapporte un fait et acquiert une valeur normative et désigne la chose tant qu'elle est soumise aux critères juridiques (qui lui donnent un sens particulier). **2. Classification des choses.** Deux critères développés par les jurisconsultes **pour la classification des choses : les choses doivent être utiles** = biens et moyens aptes à satisfaire les besoins et les intérêts des particuliers. **Les choses doivent être maîtrisables** = objet de domination de fait dans une possession ; de droit dans la propriété. □ Une chose qui échappe à la domination de l'homme ne peut devenir objet de possession, ni d'un droit réel. **Les choses comme objets utiles** - distinction des choses qui par l'effet du **commerce (in commercio)**, peuvent entrer dans un **patrimoine privé: res in commercio, choses dans le commerce**, qui comprennent les **res in nostro**

patrimonio, cela veut dire, les choses appartenant aux individus, et **les choses hors du commerce**, ayant des buts non commerciales, exclus du patrimoine privé : **res extra commercium, choses hors du commerce**. Dans les choses extra commercium, il faut distinguer celles qui sont **res extra nostrum patrimonium**, choses en dehors du patrimoine privé. Ce sont des biens qui ne sont pas intégrés au patrimoine individuel parce qu'ils sont destinés à des fins (utiles) qui les situent au-delà des intérêts privés et individuels. Il faut distinguer deux catégories : **1. Res divini juris** : destinées au domaine sacré, **les choses sacrées** qui ont été consacrées par un acte de dédicace publique : temples, objets de culte ; **les choses religieuses**, dédiés aux dieux inférieurs par des particuliers : tombeaux, cimetières ; **les choses saintes**, mises sous la protection spéciale des dieux par une cérémonie religieuse : murs, portes, ville. **2. Res publicae humani juris** : choses publiques relevant du droit humani. 3. Res publicae in pecunia populi : choses destinées à des fonctions publiques, appartenant à l'Etat et constituant les moyens adéquats pour accomplir les tâches nécessaires. 4. Res publicae in publico usu : choses servant à l'usage commun public: rues, places . 5. Res communes omnium : choses communes à tous: air, eau d'un fleuve, mer. **Les choses comme objet maîtrisables**. Pour devenir chose au sens juridique, il faut que les objets entrent sous notre domination. Il faut pouvoir les approprier, les maîtriser, les utiliser, les consommer. Qualités nécessaires des choses : tangibles, délimitées, singulières. Chose idéale et chose corporelle, séparée et individuelle : il y a **des choses incorporelles** et donc des **choses corporelles** = point d'orientation pour déterminer d'autres catégories. a) choses corporelles et choses incorporelles. Matérialité exigée pour rendre possible une domination extérieure, une maîtrise effective qui devient le support des droits réels ou de la possession. La maîtrise effective est étendue aux choses incorporelles dans la mesure où elles peuvent se prêter à une domination effective par des droits réels ou par la possession. En effet, sans être tangibles, elles sont pourtant maîtrisables (succession, usufruit, obligations). Elles sont en outre délimitées, singulières et ont une valeur réelle. **Choses fongibles** et choses **non-fongibles**. Distinction qui concerne le caractère singulier de la chose : fongibles : choses dont les qualités individuelles sont peut importantes. Choses qui peuvent être remplacée par une autre de même nature, comme les produits agricoles et les produits industriels. c) Choses non- fongibles : immeubles ; objets faits sur mesure ; produits artisanaux ; oeuvres d'art. Distinction fongible/ non - fongible : distinction **chose de genre et d'espèce**.

Fongible / Non-fongible	Genre / Espèce
Critère fondé sur la nature de l'objet: remplaçable ou non	Critère fondé sur l'intention individuelle des intéressés. Si l'objet désigné de façon générique = pas individualiser ; <input type="checkbox"/> choses qui correspondent aux qualités génériques exigées

Choses consommables et choses non-consommables. Distinction qui concerne l'usage qu'on peut en faire. Non – consommable : choses qui permettent un usage durable : maisons, bijou. Consommable : choses destinées à être consommées par l'usage direct : vin, huile, blé. Consommable au sens large : choses qui s'usent par l'usage, mais la consommation est leur destination propre : vêtements, machines R) Argent se consomme économiquement par le paiement. **Choses simples et choses composées**. Distinction qui permet de structurer le régime juridique des choses composées, qui différencie les parties composantes selon l'intensité de la cohésion qui les lie à l'intérieur de la chose même. Simples - choses qui forment une unité naturelle dans laquelle on ne peut distinguer les parties séparables. Composée - choses qui contiennent plusieurs parties, qui pourraient avoir une existence et une indépendance propres. Mais elles ont perdu en étant liées les unes aux autres. a) Corpus ex contingentibus : parties composantes solidement rattachées; corps composé par des éléments contigus : tuiles, pierres d'un édifice. b) Corpus ex distantibus - chose collective composée de plusieurs corps matériellement séparés : mouton, livre = unité qui garde son entité propre (troupeau) = choses séparées qui peuvent appartenir à différents propriétaires. (mouton). **Choses indivisibles et choses divisibles**. Indivisibles : choses qui forment une unité insécable. Elles ne peuvent être séparées sans être détruites : animal, instrument, plante. Divisibles : choses d'une nature homogène qui se divisent pour obtenir des parties de même nature que l'ensemble. Elles forment de nouvelles choses indépendantes : liquides, étoffe, fonds. Importance de la distinction lorsqu'une chose appartient à plusieurs propriétaires. Si chose divisible : partage en nature. Si chose

indivisible : compensation. f) **Chose principale** et **chose accessoire**. Accessoire - choses, objets mobiliers qui sont affectés à l'usage et au service durable d'une chose principale: conduite d'eau, installations d'un magasin. Selon l'usage, peuvent être considérées comme unité. Le transfert de la chose principale entraîne celui de la chose accessoire. A part réservées dans un inventaire. **Fruits et produits d'une chose, fructus et reditus. Choses frugifères** - Fruits : pommes, raisin, bois. Produits périodiques, conformes à la nature de la chose frugifère. La chose frugifère reste intacte en les produisant. Fruits : exploitation du gravier d'un fleuve. Produits qui ne diminuent que peu sensiblement la substance de la chose frugifère. Fruits civils - revenus réguliers d'un fermage, d'une location ou d'une servitude. **Res mancipi et res nec mancipi**. Distinction qui se réfère au mode d'acquisition. Res mancipi - l'acquisition doit s'effectuer selon la mancipatio ou l'in jure cessio. Res mancipi = biens fondamentaux d'une société rurale : ferme, fonds, servitudes prédiales, esclaves, bête = tout ce qui est indispensable à l'exploitation du domaine rural.

L'aliénation des biens exige une certaine publicité - soit par la présence des témoins, soit par l'intervention du prêteur dans l'in jure cessio. Res nec mancipi. Formalisme de la mancipatio pas nécessaire. Cette distinction perdit de son importance avec l'urbanisation progressive de la société romaine et le développement de son activité commerciale au-delà des frontières. Supprimée sous Justinien, aucune trace en droit moderne. Distinction remplacée par celle entre meubles et immeubles. **Meubles et immeubles**, res mobiles et res immobiliers. Nouvelle distinction : rôle important dans le règlement de la possession, de son acquisition et de son transfert. Meuble - Chose qui peut être emportée ou transmise de main en main. Immeuble - Chose qui est fixée dans le sol et ne peut être déplacée sans la destruction de sa substance.

La maîtrise de fait de la chose : la possession. La maîtrise de droit de la chose : la propriété et les droits réels limites. Distinction entre la maîtrise qui relève des droits réels et la maîtrise qui relève de la possession. Dans la langue courante (latin et français), ces notions se confondent souvent. **La manière de maîtriser les choses : la maîtrise de fait : la possession.** Impossible de réduire la possession à une définition. "Possession" est dérivée de la position de celui qui est sur un siège : □ occupée. La possession : □ celui qui s'asseyant sur une chaise l'occupe pleinement. Mais l'occupation signifie plus qu'une simple présence = domination (potis - sessio), maîtrise effective de la chose. Art. 919 CC : "**Celui qui a la maîtrise effective de la chose en a la possession**". CCF, art. 2228 : La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui le tient ou qui l'exerce en notre nom ». La possession implique la notion de force, □ ordre. Régime juridique qui définit les différents stades de la possession : acquisition, exercice, protection, perte. Deux domaines qui contribuèrent à la formation de règles précises: **a) la maîtrise de fait avec l'usus** : usage de la chose. Selon les Douze Tables : toute personne qui a exercé l'usus pendant un certain délai, paisiblement et sans interruption devient propriétaire. □ L'usus devient un moyen pour acquérir la propriété civile = possessio civilis. **b) Possessiones**, les possessions foncières. Ces terres, gagnées lors des conquêtes et mises à dispositions des citoyens) = propriété du peuple romain. Pour les cultiver sans que la possession ne soit troublée, il faut un régime de possession : □ création d'une protection fondée uniquement sur le fait de la possession. Protection du prêteur dès que la possession remplit certaines conditions. Mais une possession acquise clandestinement, par violence, par les armes ne peut être protégée.

Différentiation entre possession et propriété : la possession et la propriété. Possession : rapport extérieur, fait/force, maîtrise effective ; propriété : rapport intérieur, légitimation, maîtrise de droit ; complémentarité : en général, le propriétaire est possesseur (la possession est le pouvoir légitimé par la propriété) ; la possession mène à la propriété par **occupation, usucapion, traditio** (transfert), **présomption de propriété** (preuve diabolica). Le droit de la propriété accorde et dépasse un droit, **c'est la maîtrise effective**. Formule lors de la revendication d'une chose: j'affirme que la chose est à moi selon le droit que doivent respecter tous les citoyens romains. **Ex iure Quiritium meum esse aio**. Meum esse aio + geste saisissant la chose = appartenance immédiate : □ exclusion de tout tiers. Ex iure Quiritium = statut juridique de cette appartenance qui est de l'ordre du droit. La propriété confère au propriétaire un pouvoir illimité. Le dominus peut disposer librement de la chose. La propriété se déploie dans les relations familiales, sociales et publiques. Le propriétaire est précédé du pater familias qui domine la maison. Lorsqu'il s'agit de déterminer un pouvoir dans l'intérêt de la famille, le pater familias intervient.

Les pouvoirs de droits réels doivent s'exercer d'une façon civile. Il existent des limites impératives: bonnes mœurs ; droits de voisinage ; droit public. Au centre de ce régime, le particulier s'affirme comme un individu. Plus il est détaché du fond social, plus les traits du dominus apparaissent grâce à la stylisation juridique. Dans la conception moderne : le propriétaire a un pouvoir subjectif et individuel; sa volonté est déterminante. □ Dans la conception romaine : la propriété sert à créer un ordre distributif des choses et des biens. *Meum esse* = les choses appartiennent à leur dominus conformément à l'ordre de la cité, sans faire aucune allusion à la volonté et au pouvoir du propriétaire. Le régime romain de la propriété a conservé pour un premier temps une ancienne marque du *patrimonium* et du *dominium* (= maison dominée par le maître). Contenu de la propriété est formée par ces pouvoirs. Les juristes romains décrivent la propriété comme un ensemble de pouvoirs typiques : user, utiliser, récolter les fruits, avoir, posséder. Certes, ils acceptent que la propriété ouvre un espace à la volonté individuelle. Naissance des droits réels limités conçus comme des droits sur la chose d'autrui. Le propriétaire peut renoncer à l'un de ses pouvoirs contenu dans la propriété en faveur d'un autre qui acquiert un pouvoir immédiat limité sur la chose = un véritable droit réel. La limitation de ce type de droit réel concerne uniquement le contenu : il ne donne pas le plein pouvoir de la propriété, mais une partie : un *uti*, un *frui*, un *habere*, un *possidere*, un pouvoir séparé de la propriété et limité en son exercice. Le créancier qui possède une chose en gage ne peut pas la vendre.

La distinction entre possession et propriété : les fonctions de la possession à l'égard de la propriété. a. le rapport possession – propriété. Citations : "La propriété n'a rien en commun avec la possession..." ; "La possession est de l'ordre du fait, non de l'ordre de droit...". Un propriétaire qui ne possède pas la chose peut toujours exiger du possesseur non-propriétaire qu'il la remette en sa possession, la possession étant un élément de pouvoir lié au droit de propriété. Inconcevable de séparer possession et propriété durablement parce qu'un droit de la propriété qui ne peut plus se réaliser dans le fait extérieur de la possession est un droit vide et vain ; une possession solidement établie pour une durée illimitée équivaldrait en fait à un droit de propriété.

Propriété et possession se complètent ; modèle de base sur lequel se fondent toutes les règles de la propriété - possession. **Différentes fonctions de la possession.** Le fait de la possession assume différentes fonctions par rapport au droit de la propriété. **a) Occupatio** : la possession naturelle se transformant immédiatement en propriété. Unité naturelle entre la possession et la propriété. Cas rares de l'appropriation directe et extérieure des choses sans maîtres : **occupatio**. La possession et la propriété se rejoignent naturellement dans la main de celui qui s'empare de la chose et en devient propriétaire. **b) la possession civile : *possessio civilis*** se transformant en propriété par l'*usucapio* (acquisition par prescription). *Usucapio* = conséquence du principe : propriété et possession se complètent ; *occupatio* repose sur un ordre naturel ; *usucapio* est une création du droit civil. Règle : Le non - possesseur perd son droit de propriété parce qu'il ne rétablit plus la possession.. Le possesseur acquiert le droit de propriété par le fait de sa possession. Conditions précises ; délai déterminé ; cause justifiant cette possession : une vente, un legs, une donation. Tout possesseur ayant reçu une chose d'un non propriétaire (vendue sans autorisation) peut devenir propriétaire par *usucapio*. L'*usucapio* aboutit à la propriété civile = *possessio civilis*. **c) traditio - la remise de la possession dans le transfert de la propriété.** Base du transfert: Remise de la possession de l'aliénateur à l'acquéreur. Condition de validité: cause valable : donation ; vente ; prêt. Passage du droit au moment où l'aliénateur remet la chose entre les mains de l'acquéreur, où il cède sa place à celui qui l'occupe. **d) la possession et sa défense de la propriété dans le procès en revendication – présomption de propriété (*prova diabolica*).** Deux personnes se disputent la propriété, le possesseur est privilégié : il peut garder la chose en attendant que le demandeur prouve qu'il est propriétaire. Le droit moderne va plus loin : présomption de propriété du possesseur. Fardeau de la preuve incombe au demandeur. En droit romain : simple décharge de la preuve. Possession = indice du droit = aspect extérieur de la propriété. On peut donc présumer que le droit à cette possession correspond à la possession. Cette présomption peut être réfutée; dès lors elle s'efface devant le droit véritable. Importance pratique de cette présomption. La possession étant de fait plus facile à prouver qu'un droit, facilite la défense de la propriété.

Structure de la possession (*corpus, animus*). **Corpus : maîtrise effective sur la chose ; animus : volonté de posséder la chose. La structure de la possession : animus et corpus.** Les juristes romains ont approfondi la notion de maîtrise extérieure de la chose en distinguant deux éléments : un élément intentionnel : la maîtrise effective de la chose est l'expression d'une volonté de la dominer ; et un élément matériel exprimé par la relation de contact corporel entre la chose et son possesseur. Les 2 éléments sont liés. **a. L'élément intentionnel dans le fait de la possession.** Cette volonté anime le fait de la possession et lui donne une dimension intérieure : *animus possidendi*. Si celle-ci manque, il ne reste que le geste extérieur de tenir une chose entre ses mains ou d'occuper une place : il n'y a plus de possession. Présence continue de la volonté n'est pas nécessaire. Il suffit qu'elle subsiste d'une manière virtuelle, puisqu'on ne peut exiger qu'à chaque instant le possesseur ait conscience de posséder la chose. **b. L'élément extérieur corporel dans le fait de la possession.** Rapport extérieur, le *corpus*, le contact corporel entre la chose et le possédant = l'élément le plus caractéristique de la possession. *Animus* = élément

intentionnel, spirituel qui s'incorpore dans le fait extérieur de la possession. Ce lien est très souple car il est soumis aux variations de l'usage quotidien. En droit moderne : l'animus est-il indispensable au fait de la possession ? L'élément objectif de puissance extérieure est-il suffisant à lui seul ? La loi n'y répond pas. On sépare à tort ces 2 éléments comme si l'un pouvait se concevoir indépendamment de l'autre.

Le problème devient encore plus difficile lorsque l'on veut insérer ces théories dans un contexte historique. La tradition romaniste privilégie l'élément intentionnel ; la tradition germanique insiste sur l'élément extérieur objectif. Marque d'une polémique qui a préoccupé l'École Historique du XIXe. Aucune théorie de la possession chez les juristes romains : Mais une riche casuistique aux différentes réponses. D'ailleurs c'est dans les cas concrets de la possession qu'ils ont utilisé les éléments d'animus et de corpus comme points de repère.

Division en fonction de l'animus (la personne du possesseur) : a) la possession en nom propre (suo nome) et la possession pour autrui (alieno nome). Deux genres de possesseurs qui exercent la maîtrise de fait sur la chose. Possession exercée par celui qui possède la chose pour lui-même, en son propre nom : suo nomine possidere, possesseur en propre. Possession exercée par celui qui possède pour quelqu'un d'autre et au nom d'un autre : alieno nomine possidere, possesseur pour autrui. **a. la possession en nom propre (suo nomine : possession originaire) – propriétaire, possesseur de Bonne foi, possesseur de mauvaise foi.** Il utilise la chose dans son propre intérêt. Il repousse toute ingérence. Il ne reconnaît à personne le droit d'exiger de lui de restituer la chose. Sa volonté (animus) est à l'origine de la possession. En principe, le propriétaire lui-même jouit de cette possession. Cas particuliers : propriétaire par la voie de l'usucapion possède aussi en nom propre. Son exercice de la possession est celui du propriétaire. Celui qui n'a aucun droit à la possession, mais exerce néanmoins ce pouvoir en son nom propre, dans son propre intérêt, est prêt à défendre sa possession contre tout tiers. Le possesseur de mauvaise foi possède en nom propre, puisque la possession ne concerne que la maîtrise et la volonté. Les juristes romains sont hostiles à un partage de la possession en nom propre en copossession parce que contraire à la nature de la possession. **b. le possesseur au nom d'autrui – alieno nome, possesseur dérivé.** Un groupe privilégié exerce une maîtrise effective au nom d'autrui, mais plus forte que celle des simples détenteurs : c'est le possesseur. Ils ont la capacité de défendre eux-mêmes leur maîtrise de fait, au moins vis-à-vis des tiers et parfois même contre ceux qui leur ont confié la possession. 1) **détenteur.** C'est un possesseur au nom d'autrui. Il n'a pas le titre de possesseur, car avoir une chose entre les mains et savoir qu'on l'a reçue d'autrui tout en étant prêt à la rendre = simple fait passager. In possessione esse = pure situation de fait sans conséquence définitive :

Locataire, mandataire, dépositaire, commodataire. On pourrait dire que le possesseur en nom propre exerce sa possession à travers la détention de celui qui exerce une possession au nom du premiers. Ex. de possesseurs naturels : dépositaire, fermier, locataire, commodataire, usufruitier, mandataire, possesseur alieni iuris. 2) **Détenteurs qualifiés – possesseurs d'interdicta : a) le séquestre.** Il garde en sa possession une chose litigieuse (remise avec l'accord des parties) pour la durée du procès ou de l'arbitrage. Le séquestre doit pouvoir défendre la chose pendant ce temps contre tout tiers et même contre les parties en litige. Il exerce la possession au nom d'autrui, mais indépendamment de ceux qui lui ont confié cette possession. **b) le créancier gagiste.** Il possède une chose du débiteur comme sûreté réelle de sa créance. Son intérêt particulier à la conservation de cette chose est plus fort que celui du débiteur. **c) le cas du precariste.** Les patriciens, grands possesseurs de terres, donnaient des fonds aux clients. Pour protéger les clients de tout tiers, on donnait le pouvoir de se défendre au precariste même. Naturellement, celui-ci ne pouvait pas se défendre contre son propre patron (client) mais il pouvait repousser toute ingérence des tiers en son propre nom de precariste. **d) la possession des terres tributaires de l'ager vectigalis et de l'emphyteusis.** La propriété de ses terres appartenait formellement au peuple romain ou à l'Empereur qui les concédaient aux particuliers pour une durée illimitée. Tant que les possesseurs et les héritiers payaient la redevance convenue, ils étaient protégés de toute déposssession. d. la division de la possession en droit moderne.

Division en fonction du corpus : Selon que le possesseur exerce une maîtrise directe ou indirecte (par l'intermédiaire d'une autre personne), sur la chose, on distingue les possesseurs médiats des possesseurs immédiats. Le possesseur médiate (propriétaire, possesseur de bonne foi, possesseur de mauvaise foi), est celui qui n'a pas la chose en mains, mais la maîtrise effective est exercée par un tiers au nom du possesseur médiate. Le possesseur immédiats (propriétaire, possesseur de bonne foi, possesseur de mauvaise foi), possède pour lui-même, de la même façon que celui qui possède pour le compte d'autrui, c'est-à-dire, alieno nomine.

La structure de la possession en droit moderne : Le CCS distingue la maîtrise effective de la chose selon le degré de volonté en introduisant les termes de possesseur originaire et de possesseur dérivé. (cf. art. 920 CCS). **I - la possession originaire**. Posséder à titre de propriétaire = se comporter comme un propriétaire. Aucune nuance entre : la volonté de celui qui est véritablement propriétaire ; la volonté de l'homme qui croit de bonne foi être propriétaire sans pourtant l'être. ; la volonté de celui qui sait ne pas l'être. A chaque fois, le possesseur veut posséder la chose en propre, de façon originaire.

II - la possession dérivée. Le possesseur dérivé est celui auquel la possession est conférée, soit dans le cadre d'un droit réel limité : usufruit d'un verger, soit dans un rapport de droit personnel : location. Rôle du rapport de droit : il est exigé pour déterminer concrètement la volonté subjective du possesseur, non pour fonder une base objective de sa possession. On attend du possesseur dérivé qu'il se sache locataire ou dépositaire et qu'il accepte de restituer la chose remise dans ce rapport concret.

La conscience et la volonté de posséder déterminent le possesseur dérivé à posséder la chose pour autrui. La possession du possesseur originaire et celle du possesseur dérivé se complètent. Les deux sont considérés comme possesseurs et protégées par le droit moderne. Le possesseur dérivé n'est pas qu'un simple détenteur : c'est un possesseur privilégié romain, muni de ses propres **interdits possessoires**.

Le fondement de la possession : la possession justifiée par une cause, *possessio ex justa causa*; la possession non vicieuse, *justa possessio*. La nécessité d'intégrer le fait de la maîtrise effective dans l'ordre juridique romain : examiner le fondement de la possession qui la justifie. Analyse en vue des fonctions principales de la possession et des moyens de sa protection. **a. la possession justifiée par une cause civile**, *ex justa causa possession - possessio civilis*. Possession signifie le pouvoir de la maîtrise effective, légitimée directement par le droit de propriété. Pour fonder cette possession : recours aux causes qui permettent de posséder la chose en vertu du *Jus Quiritium* de prétendre : *meum esse ex jure Quiritium*. Les parties doivent invoquer une cause d'acquisition légitimant leur position comme dans l'ancienne procédure de revendication : *pro emptore* - comme acheteur ; *pro denato* - comme donation *pro dote* - comme dot ; *pro legato* - comme legs ; *pro soluto* - comme exécution *pro derelicto* - comme chose abandonnée ; *pro herede* - comme héritier. Besoin des jurisconsultes de qualifier la possession par la cause d'acquisition en tant que pouvoir découlant directement du droit de la propriété. La jouissance de la propriété civile est simultanée à l'exercice de la possession civile Le moyen pour défendre la possession est le droit. Cas de l'usucapion : grâce au titre (*justa causa*), la possession de l'usucapant conduit à l'acquisition de ce droit. Pendant l'usucapio, le possesseur jouit déjà d'une protection semblable à celle du propriétaire. **b) la possession non vicieuse est la justa possessio ; L'interdit possessoire : possessio ad interdicta** - Comme on pouvait établir une possession indépendamment du droit de possession, on a soumis la possession à un règlement propre à empêcher que la situation ne dégénère. Les préteurs ont créé une sorte de procédure administrative protégeant, en cas de litige, la possession non vicieuse du dernier possesseur. Cette protection par interdit est provisoire, car elle ne concernait que le fait de la possession et pas son fondement juridique. Conditions de l'octroi de la protection par interdit - Celui qui avait acquis la possession de son adversaire par violence - *nec vi* ; clandestinement - *nec clam* ; à titre de *precarium* - *nec precario alter ab altero possidetis*, était exclu de la protection. Premier examen sommaire de l'état de possession : contrôle du préteur de l'acquisition du fait de la possession. Celui qui ne tombe pas sous les critères d'exclusion pouvait se défendre contre toute attaque de tiers grâce à la *justa possessio* (=> *possessio ad interdicta*: ouvre la voie des interdits). **La possession ad interdicta revient au propriétaire qui possède lui-même la chose et à tout possesseur en nom propre** : même le possesseur de mauvaise foi (pour autant que pas en face de celui qu'il a dépossédé), et à quelques possesseurs au nom d'autrui (privilégiés)

L'acquisition, le maintien et la perte de possession - Les limites de la possession, celles de la maîtrise effective sont définies par le caractère d'une société, les circonstances extérieures et l'entourage social. C'est seulement à la fin de l'ère classique que la structure de la possession selon *animus* et *corpus* s'impose pleinement. Les juristes classique ne considéraient pas le *corpus* et l'*animus* comme les composantes intrinsèques de la possession, mais comme des critères propres à qualifier certaines situations particulières de possession sous l'angle de son maintien et de son acquisition. L'école proculienne n'utilise pas l'expression "posséder par sa volonté" mais plutôt "possession retenue par la volonté" ou "possession que la volonté fait commencer". Les expressions réservées à des cas où, le fait extérieur de la maîtrise affaibli, seul un recours à la volonté du possesseur pouvait déterminer à qui revenait la possession (cf. terres inaccessibles en hiver). C'est le même problème lorsque un objet qui se trouve déjà dans la sphère du possesseur, avant même que ce dernier ne veuille l'acquérir. Deux cas: Le possesseur d'un fond qui sait qu'un trésor y est enfoui sans en connaître le lieu exact. Un objet remis à un dépositaire qui veut en acquérir la possession pour lui-même. Est-ce que la possession est acquise par la seule volonté, vu que l'objet est déjà chez celui qui veut l'obtenir? Faut-il mettre la chose sous garde ou la déplacer comme le prétendent les Sabinien ?... Fin de la controverse : *animus* et *corpus* = les 2 éléments constitutifs de la possession. Cette corrélation a été faite par le juriste Paul. Au même moment, on établit la différenciation entre l'acquisition originaire de l'acquisition dérivée de la

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

L'acquisition originaire se fait directement par l'appréhension de la chose, indépendamment d'un possesseur antérieur. L'acquisition dérivée se fonde sur le passage de la possession d'un possesseur antérieur à un possesseur postérieur. Toutefois, le double emploi des termes "originaire" et "dérivé" provoque une certaine confusion entre l'état de la possession selon la volonté du possesseur, l'acquisition de la possession, selon le mode d'acquisition. Il faut établir une distinction pour grouper les problèmes et pour mieux saisir la structure de l'acquisition de la possession. **a. l'acquisition originaire de la possession** – Règle - L'élément corporel, geste de s'emparer de la chose est à la fois acte et signe de la maîtrise effective que le possesseur crée d'une façon originaire par sa propre force et sa propre volonté, sans le concours de qui que ce soit. Animus et corpus = unité indissoluble. Sens de l'élément corporel qui joue un rôle essentiel. L'élément corporel doit être apte à exprimer la domination sur la chose : occupation physique de la chose, sens manifeste de la volonté de l'acquéreur de posséder la chose : pour lui-même, en son propre intérêt. Variation de l'intensité du lien corporel exigé : pied sur un fonds dans les régions cultivées et urbanisées. Construction d'un mur ou enclos préférable dans d'autres situations. Importance de l'intention de prendre possession. Un acte physique doit l'exprimer par une appréhension corporelle. Celui qui nie avoir la chose en dépôt, alors qu'elle est chez lui, n'est pas possesseur originaire. Il est possesseur, lorsqu'il cache la chose ailleurs où il la garde exclusivement pour lui-même. Discorde entre l'Ecole proculienne et l'Ecole sabinienne : l'école proculienne : le changement de l'animus fait acquérir la possession de l'objet déposé au dépositaire - voleur. Ecole Sabinienne : le déplacement de l'objet en un nouvel endroit. Paul se rallie à cette conception : la possession doit être liée à une manifestation extérieure de l'animus : intention d'acquérir la possession. P. ex., l'acquisition d'un trésor caché dans un fonds, sans que le possesseur du fonds ne puisse indiquer l'endroit exact où il se trouve, Proculus: Ce qui manque à la possession naturelle, l'intention le comble. L'acquéreur ne devient possesseur que lorsqu'il le détermine et le prend sous sa garde. Le geste extérieur doit être accompagné par une volonté réelle effective, sinon geste n'est rien qu'un mouvement naturel. Le possesseur doit pouvoir émettre un acte de volonté dont il est conscient : ni fou, ni enfant : il faut la □ capacité de discernement. Exception : un pupille mineur qui a la capacité de discernement est donc capable de former une volonté possessoire : □ controversé. Le pupille doit être autorisé par son tuteur à posséder parce que le droit prédomine dans la possession. □ Le fait de posséder est un acte juridique qui exige la capacité civile ou l'autorisation d'un tuteur. Ofilius, Nerva, Paul : la possession relève essentiellement de l'ordre des faits : □ pour maîtriser un objet, il faut être capable de discernement : qualité du pupille.

b. Le transfert de la possession : l'acquisition dérivée de la possession. C'est le cas le plus fréquent de l'acquisition: possession passe de main en main : □ le possesseur postérieur obtient sa possession du possesseur antérieur. Distinction entre le transfert de la possession et de l'acquisition originaire

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

La chose n'est jamais libre à l'acquisition d'un tiers. Simple changement de possesseur.

Mode du passage : mode de la tradition corporelle : acte de la remise : tradens. L'aliénateur manifeste en même temps son intention de transférer et de renoncer à la chose. L'acquéreur (accipiens) exprime sa volonté de prendre en possession la chose.

Difficultés possible de cette remise matérielle : transfert d'un immeuble lointain dont l'accès est difficile ; transfert de meubles difficiles à porter. Modes de transfert de possession allégés : tradition corporelle par contact n'est plus nécessaire. Traditions simplifiées, parfaites sans le passage de la chose de main en main, sont les suivantes : tradition de la chose dans la sphère de puissance du possesseur ou par la remise des moyens de possession. **La longa manu traditio** : transfert par la longue main, le transfert per visum,

par désignation ; **la brevis manu traditio** : transfert par la courte main ; le *constitutum* : le *constitut possessoire*. a) les traditions simplifiées en droit romain ; **1. la tradition par la remise dans la sphère de puissance de l'acquéreur ou par la remise des moyens de possession**. Pas de tradition de main en main, mais une remise de la chose entre absents: le tradens dépose la chose dans la maison de l'accipiens sans qu'il soit présent. Celsus : le transfert est achevé dès que la chose est entre les murs de la maison : □ dans sa sphère de domination. Idem lorsque le tradens donne au nouveau possesseur les moyens pour entrer en possession : clés d'un dépôt.

Papinien : remise des clés devant le dépôt. **2. la longa manu traditio** : le transfert de la possession par la désignation, le transfert *per visum*, et accessible à l'acquéreur. Les 2 parties s'entendent d'un commun accord sur le transfert de la possession. Le tradens déclare sa volonté de transmettre la possession libre. En même temps, du haut de la tour, le tradens montre au nouveau possesseur l'emplacement exact du fonds. Si celui-ci est accessible et ouvert la possession passe aussitôt de l'un à l'autre : accès possible. Textes de références : Javolenus et Paul p. 158. **3. la brevis manu traditio**: le transfert de la possession par la courte main, cela veut dire, par la seule volonté (*animus solo*). Avantage : éviter une reprise matérielle de l'objet à transférer. Le possesseur détenteur à titre de prêt, location ou dépôt, peut garder la chose directement comme possesseur originaire. Mais il s'agit d'une vraie tradition; l'aller et le retour entre les partenaires ne se réalise cependant que fictivement. Le transfert ne s'est pas effectivement réalisé, la chose n'en est pas moins considérée comme transférée. Ulpian : si quelqu'un achète la chose déposée chez lui ou remise en *commodat* ou en *gage*, cette chose est considérée comme transférée si elle reste chez lui après l'achat. **4. Le *constitutum possessorium*** : le *constitut possessoire* - Transfert sans tradition de main en main. La chose reste dans la main du possesseur originaire antérieur qui désormais la tient comme possesseur dérivé. Il ne serait, en effet, pas raisonnable que quelqu'un rende la chose qu'elle donne pour la voir instantanément de retour à titre de locataire. Les sources ne nous disent pas si les juristes se contentaient de la pure volonté de posséder pour autrui sans qualification ultérieure suffisait. Nécessité de fonder cette volonté sur un rapport concret comme l'*usufruit*, la location; = certainement la solution. Car sinon, la seule volonté de posséder pour autrui => le *constitut possessoire* (= mode de transfert) : □ la représentation dans l'acquisition de la possession.

Comparaison avec le droit moderne – les transferts (traditions) simplifiées. Ces transferts supposaient un accord préalable des parties. On retrouve la même idée en droit moderne, où la théorie parle de transfert de la possession ouverte, plus généralement dans la figure du **contrat possessoire**. Le transfert peut s'effectuer par un pur accord sous certaines conditions. Les parties s'entendent sur le passage, sans la présence de l'objet et sans le transfert matériel. Il suffit que l'acquéreur ait accès directe à la chose ; le transférant la cède d'un commun accord. Au moment de l'accord (= *contrat possessoire*) la possession passe immédiatement à l'acquéreur. Survivance de la *longa manu traditio* : rendue plus simple, puisque même plus de rapport extérieur *per visum*. (cf. art. 922 al. 2 CCS). La *brevis manu traditio* - Pas de règlement explicite, puisque pose aucun problème. Réalisation : à l'aide du *contrat possessoire*, □ le possesseur dérivé a la possession originaire de la chose, par la volonté du possesseur antérieur. *Constitut possessoire* : Particularité : art. 924 al. 1 CCS : "La possession peut s'acquérir sans tradition, lorsqu'un tiers ou l'aliénateur lui-même demeure en possession de la chose à titre spécial". L'aliénateur garde la chose à titre spécial : locataire, prêteur, dépositaire. Le simple changement de volonté ne suffit pas à créer un *constitut possessoire* : il manque au titre spécial.

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

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

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

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

La perte de la possession. On perd la possession aut corporel, soit en perdant l'élément corporel - le rapport extérieur de domination aut animo, soit en perdant l'élément intentionnel - la volonté de posséder. La perte est volontaire ou □ perte involontaire ... **a) l'abandon volontaire de la possession** - La volonté d'abandonner doit être exprimée en termes clairs et précis, sinon sans conséquences. On peut perdre la possession par la seule intention, quoiqu'on ne puisse l'acquérir ainsi. **b) la perte involontaire de la possession.** Le fait extérieur de la domination et l'affaiblissement de l'élément corporel de la possession sont considérés. **Perte d'un bien meuble** - une chose est perdue si la possibilité de la reprendre en main n'est plus possible, les choses restent en notre possession pour autant que nous puissions les reprendre à tout instant. Vêtements déposés sur un banc restent dans la custodia du possesseur, à condition que indice suffisant que la chose va être reprise. Chose égarée : on connaît l'endroit où la chose se trouve, sans pourtant savoir exactement où on l'a déposée. Tant que l'on peut dominer l'endroit, où l'on a égaré la chose et d'y maintenir la surveillance, la chose n'est pas perdue. **Perte d'un immeuble** - On peut prendre possession d'un fonds d'autrui sans violence lorsque la possession est vacante, soit parce que le propriétaire est négligent, soit parce qu'il est décédé sans héritier, soit parce qu'il est absent depuis longtemps. La maîtrise extérieure se dissout et se perd, même si le possesseur ne veut pas abandonner sa possession. Un tiers peut s'emparer sans formalité de cette chose.

La protection de la possession - En cas de tentative de dépossession : 1.° défense passive : repousser l'attaque ; 2.° défense active : reprendre la chose in ipso congressu, dans le même acte. Juristes classiques : il est permis de repousser la force par la force : vim vi repellere licet (926 al. 1 CCS). Ce droit est une application concrète de la légitime défense qui s'étend à la possession considérée comme une sphère personnelle et protégée à l'égal de la personne même. Les moyens de défense doivent être proportionnels à l'attaque subie et ne servir qu'à repousser l'adversaire conformément aux règles de la légitime défense. Repousser une attaque inclut nécessairement le pouvoir d'expulser l'envahisseur et de lui enlever par la force ce qu'il veut emporter. Les interdits n'empêchent pas le rétablissement de l'état de possession antérieur par une reprise offensive de la chose perdue. Le possesseur dépossédé peut chasser le possesseur qui lui a enlevé la chose à condition qu'il ne recoure pas aux armes. Evolution : époque postclassique. Suppression de toute force et violence ouverte. Problème de la protection immédiate de la possession : conditions : l'expulsion de l'usurpateur doit être engagée immédiatement et la reprise de la chose spoliée n'est permise que pour autant qu'elle ait eu lieu lors de cette confrontation. Le rapport immédiat entre l'attaque et la reprise offensive devient le seul critère restreignant son recours, jadis accompli par les exceptions (II art. 926 al. 2 CCS).

En cas de dépossession : Tout trouble de la possession doit être prohibé, pour que la maîtrise effective puisse être assurée; même au possesseur de mauvaise foi mais provisoirement bien sûr. Elaboration de la procédure de la protection possessoire auprès du prêteur. Le danger des règlements de compte personnels disparaît. Les situations socialement néfastes où chacun se fait justice à soi-même également. Cette protection provisoire ne présume en rien du jugement définitif de la protection pétitoire. La procédure possessoire sert de phase préparatoire au procès pétitoire de la revendication, phase durant laquelle on détermine laquelle des parties en litige a la possession. Cette partie est le défendeur et donc déchargée du fardeau de la preuve du droit à la possession, preuve qui incombe au demandeur non possesseur.

a. la protection de la possession par les interdits, interdicta (interdicere = interdire). La possession établie jouit d'une protection particulière, accordée par le prêteur au possesseur dépossédé ou troublé dans sa possession. Deux interdits généraux ... **a) en cas de possession d'un immeuble : interdictum uti possidetis.** Si le possesseur a été troublé dans sa possession ou même dépossédé, il peut demander au prêteur de lui octroyer un interdit qui le défende contre tout acte de violence. Fonction conservatrice de

l'interdit. Rien ne doit être entrepris contre l'état actuel des choses. Tout recours à la violence est prohibé. Double tranchant de l'interdit. Il s'adresse au 2 adversaires en interdisant tout acte de violence contre celui dont la possession s'avère en dernier lieu non-vicieuse. Fonction récupératoire de l'interdit : possesseur actuel vicieux, devra rendre à l'autre. **b) en cas de possession d'un meuble : interdictum utrubi.** Cet interdit vient en aide à celui qui a possédé la chose durant la plus grande partie de l'année précédent le conflit.

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

Exceptio vitiosae possessionis = pivot du système de la protection de la possession. L'interdit défend à condition que le possesseur ne tombe pas sous le coup de l'exception pour possession vicieuse. Deux conditions de l'exception qui permettent l'adversaire de bloquer l'ordre du prêteur si l'adversaire allègue: le demandeur lui a enlevé la possession préalablement par des moyens injustifiés (vi, clam, precarium). Rien n'empêche alors le spolié de recourir lui-même à la force pour défendre sa possession ou pour reprendre à son tour la chose au spoliateur. Exceptio vitiosae possessionis accorde une petite place à l'autodéfense ; elle répond au besoin : nul droit ne peut supprimer l'autodéfense légitime.

La propriété. La structure de la propriété : aux origines, c'est un droit relatif : le juge pouvait attribuer à l'un ou à l'autre des prétendants ; legis actio per sacramentum in rem, ancien droit romain. Avec le temps, devient un droit absolu : une chose appartient à quelqu'un en propre dans le sens que, selon le droit, sa volonté est décisive pour la totalité des rapports : meum esse ex jure Quiritium exprime l'appartenance de la chose à son dominus. Le juge constate l'existence du pouvoir exclusif sur la chose : les actions sont la reivindicatio et la procédure formulaire.

Approche essentiellement différente en droit moderne. Terminologie, formule

MODERNE	ROMAINE
Analyse du droit subjectif du propriétaire Analyse de sa libre volonté Analyse de son pouvoir total sur la chose	développe pouvoir concrètement dans le procédé du transfert de la propriété de la chose et dans le procédé de la défense de la propriété de la chose

Les deux types [de protection] de la propriété : propriété civile – réservée aux citoyens : dominum ex iure quiritum ; transfert par mancipatio. propriété prétorienne : in bonis esse ; ouverte à tous ; exigence de bonne fois et juste titre ; transfert par traditio ; protégée par l'action publicienne.

La fonction de la propriété : meum esse ex jure Quiritium : appartenance de la chose selon un ordre de droit objectif. La propriété est un droit privé et individuel. L'Etat ne s'y immisce pas, il garantit l'efficacité de l'ordre. Donc l'acquisition de la propriété se fonde sur des éléments privés et individuels : sur l'**occupatio**, c'est-à-dire sur la prise de possession unilatérale et individuelle lorsque l'objet saisi est encore une **res nullius** ; sur la **traditio**, c'est-à-dire le transfert de la chose de main en main et la volonté commune des partenaires de transférer la propriété en vertu d'une cause privée, lorsque l'objet appartient déjà à quelqu'un. Quelques implications idéologiques et philosophiques

Cicéron : La propriété a acquis une fonction ordonnatrice, en stabilisant les fondements politiques de la res publica, en assurant la concorde sociale entre les classes, en assurant l'équité dans les rapports entre les particuliers, en donnant la priorité à la liberté et à la sécurité de l'individu. Rôle et caractéristiques : elle assure **une stabilité des fondements politiques de la République**, dans la mesure où elle garantissait la paix sociale entre les classes. La propriété avait donc une **fonction ordonnatrice**. Elle

crée un ordre distributif des choses et des biens. Noyau de la propriété = appartenance exclusive des biens au particulier. L'apport juridique et idéologique des jurisconsultes romains à la conception de propriété. La formule : propriété = jus fruendi, utendi, abutendi s'est développée en droit commun, en particulier en droit rationaliste du XVIIIe, car elle exprime la propriété comme un pouvoir absolu et total : □or, l'arbitraire □est une conception romaine.

Contenu du droit de la propriété : 3 pouvoirs représentatifs de la propriété : le pouvoir d'utiliser la chose et d'en disposer librement, soit par des dispositions de fait : utiliser, modifier, consommer, détruire ; soit par des dispositions de droit : transférer, abandonner. Le pouvoir de repousser toute ingérence de la part des tiers au moyen d'une action: soit par l'actio negatoria, contre celui qui prétend avoir un droit sur la chose, soit par des actions pénales, si un tiers endommage la chose. Le pouvoir de revendiquer la chose de tout tiers qui la posséderait sans être au bénéfice d'un droit à la possession. La propriété donne au propriétaire le pouvoir de jouir pleinement de la chose Les limites de la propriété romaines (voisinage, ordre public, bonnes moeurs) sont extérieures et ne touchent pas au noyau de la propriété. Autres formules pour définir la propriété. Les terres provinciales et l'ager publicus font parties du patrimoine du peuple romain. Donc celui qui en profite, les exploite, ne peut pas être un propriétaire selon le droit civil. On évite l'expression "propriété", dominum, et on remplace par la description des pouvoirs accordés au propriétaire : uti, frui, habere, possidere. Procédé romain : concrétiser les pouvoirs contenus dans la propriété au lieu de former un concept unitaire.

Propriété collective (Ercto non cito et condominium)

La propriété collective : la propriété commune en indivision et la propriété par quotes-parts. Contexte historique : la colonisation des terres italiennes : régime foncier dominé par la propriété collective ; la □propriété individuelle très limitée - Douze Tables : patrimoine = famille + bétail, aucune référence aux terres. Au temps de Cicéron : l'ager compascus = pâturages communs, possession de la gens, du clan ou de la curia. Légende : Romulus, fondateur de Rome distribua à chaque citoyen deux jugera, le **heredium**, un petit bout de terre, insuffisant pour nourrir une famille, complété par les champs de la commune et les grands pâturages. D'ailleurs, les res sua, les biens individuels, biens de la famille = objets d'usage propre au particulier. Puis, le régime des biens se développe en faveur de la propriété individuelle dont dispose le pater familias, le détenteur exclusif du patrimoine familial. 1. la propriété commune ou en indivision, la propriété en main commune. La **societas ercto non cito** (sans avoir partagé) ne connaît aucune répartition des biens entre ses membres. Le tout appartient aux enfants = tous les cohéritiers qui continuent de vivre d'un commun accord sur les terres ; ils □exercent le droit de propriété en main commune. La communauté ercto non cito se forme juste après le décès du pater familias et se compose des membres de la famille. Elle dure aussi longtemps que ses membres n'en exigent pas la séparation. Le principe de l'indivision et la gestion en main commune exige l'unanimité des décisions concernant les biens. Trait individualiste : un membre du consortium est alors présumé avoir recueilli l'autorisation de tous les membres. Les communautaires peuvent exiger à tout moment la séparation des biens. Si aucun accord, action en partage : **actio familiae erciscundae** = le juge autorise de diviser les biens familiaux en attribuant à chaque membre une part égale. Si quelques membres veulent continuer la vie en commun, ils sont libres de recréer une nouvelle société : □une telle communauté se crée parfois en dehors des rapports familiaux = confrérie désireuse d'exploiter en commun des terres ou d'autres biens. Cette forme hybride est vite tombée en désuétude. Car un régime de propriété commune si peu organisé ne peut survivre qu'en s'appuyant sur une communauté mieux structurée, soit naturelle (famille), soit conventionnelle (confrérie, société).

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

La copropriété : le condominium. La copropriété a une forme plus rationnelle et juridiquement plus transparente que la propriété en indivision. La structure en quotes-parts clarifie les rapports entre les copropriétaires, en tant que propriétaires individuels de leur part et en tant que propriétaires communautaires du tout. a. **la notion de copropriété** = forme de propriété collective : chaque propriétaire a un droit de propriété matériellement sur la chose entière, idéalement sur une quote-part seulement. Conséquences : La copropriété ne permet pas de localiser des parts déterminées

(matériellement). La quote-part est une partie idéale, calculable en fonction du tout : 1/2, 1/3... Rapports réglés ; extension matérielle sur la chose entière est soumise à un règlement communautaire ; chacun se réserve le droit de disposer individuellement de sa quote-part. b. **Les pouvoirs du copropriétaire.** Dans les limites de sa quote-part, le copropriétaire peut user de son plein droit : vendre, donner en usufruit, hypothéquer. Ses pouvoirs sont limités dès qu'il veut agir sur la chose entière, s'entendre avec les autres copropriétaires ; ceux-ci peuvent lui opposer un **jus prohibendi** : droit de s'opposer même physiquement à la mise en oeuvre des dispositions prises sans leur accord. S'ils ne s'opposent pas, ils ne peuvent pas obliger le copropriétaire à rétablir la situation antérieure. Désaccord total : dissoudre la copropriété et réclamer une indemnisation. c. la division de la copropriété. La copropriété est plutôt considérée comme un état provisoire où le particulier garde la plus grande liberté possible : toujours possible de partager matériellement la chose : action en partage, **actio communi dividundo**. 1. partage en nature. Le juge attribue à chacun une partie de la chose correspondant à sa quote-part idéale et équilibre les quotes-parts par des compensations mutuelles. Il évalue les pertes et les dépenses : distinguer entre les dépenses nécessaires, utiles et voluptuaires. 2. partage en quotes-parts idéales. Le juge offre la chose à l'un des copropriétaires, tandis que les autres reçoivent des soultes correspondant à leur quote-part. Sinon, le juge ordonne la vente aux enchères de la chose et le produit est réparti entre les copropriétaires. d. la copropriété en droit moderne, en particulier son application à la propriété par étages. Plus grande importance de la copropriété ; favorise la concentration des moyens économiques d'investissement et de production. Nouvelle fonction dans le domaine de l'habitat : la propriété par étages ; facilite la construction et l'acquisition d'appartements et de locaux commerciaux. Art. 712a à 712 t CCS : Propriété par étages = forme spéciale de copropriété ; propriétaire un droit exclusif d'usage, d'installation et d'administration dans la partie qui lui est attribuée. Evite toute dissolution arbitraire de la copropriété.

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

Acquisition originaire de la propriété (unilateral) : encore aucun droit de propriété ou nouvelle chose, nouvelle forme. Modes naturels d'acquisition de la propriété = suivent les principes imposés par la nature des choses, sont universellement reconnus. Solutions pratiques au sens commun

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

2. Acquisition de trésors - un trésor est un objet mobilier précieux, dont on ne connaît pas le propriétaire et qui est entreposé dans un lieu tenu secret depuis la nuit des temps. Deux options possibles : accessio – propriétaire du fonds ; occupatio – celui qui trouve. Au début, le droit de propriété advenait soit au propriétaire du fonds, soit à celui qui l'avait trouvé. Hadrien donna la propriété pour la moitié au propriétaire et au découvreur ; si le trésor se trouve sur un fonds imprial, il revient au fisc. Solution suisse, art. 723 II CC : solution proche de celle d'Hadrien.

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

impossible : □ restitution au propriétaire des fruits non consommés. **L'usufruitier ou le fermier-locataire** : L'acquisition des fruits par ceux-ci, qui n'est habilité qu'à prendre les fruits (aucun droit sur la chose fructifère), ne se fonde pas sur la séparation même. La chose ne lui appartient pas : □ ce mode d'acquisition ne peut pas être un simple prolongement de la propriété. Acte ultérieur d'approbation : la perception.

4. Création d'une nouvelle propriété en supplantant d'autres : l'accessio, la commixtio ou mélange, la specificatio

a) accessio : l'accession = Fait naturel : chose s'attache à une autre chose = une nouvelle unité.

Problème lorsque les 2 choses appartiennent à des propriétaires différents. Trois types d'accessio :

l'accessio d'un immeuble à un immeuble ; l'accessio d'un immeuble à un meuble ; l'accessio d'un meuble à un meuble

1. l'accessio de 2 immeubles : alluvions et avulsion. Alluvions : dépôts fluviaux deviennent partie intégrante du fonds ; ils appartiennent au propriétaire du sol. Avulsion : la terre d'un champ emportée se fixe sur un autre terrain. Les parties emportées appartiennent au fonds auquel elles se sont adjointes.

2. l'accessio d'un meuble à un immeuble : Toute implantation devient partie du fonds dès qu'elle est enracinée. Tous les matériaux utilisés pour aménager le sol sont absorbés par celui-ci. Condition : liés de façon durable et appartenir au propriétaire du sol. Règle : superficies solo cedit : la superficie cède au sol : la construction s'ajoute au sol. Exception : propriété des matériaux (briques) d'un bâtiment construit sur le sol d'autrui. Les matériaux appartiennent à leur propriétaire primitif, mais la propriété est en suspens jusqu'à ce que la démolition les libère. Toutefois : actio de tigno juncto, action de la poutre ajoutée permet au propriétaire des matériaux d'exiger le double de la valeur des matériaux perdus = dédommagement forfaitaire dû indépendamment de la bonne ou mauvaise foi de celui qui avait employé les matériaux. Le droit de superficie remplace en quelque sorte l'inexistence de la propriété par étages en droit romain. Elle autorise la construction sur le sol, de sorte que le constructeur garde un droit réel d'usage sur ce qu'il a construit d'une façon durable, si le propriétaire du sol lui a accordé ce droit.

3. l'accessio de 2 meubles : la chose composée (adjuncto) = propriété de la chose composée dont les composants proviennent de différentes personnes. Règle : Si la partie ajoutée est détachable sans détruire l'ensemble, le propriétaire de cette chose peut exiger du possesseur de l'ensemble : la séparation de ce qui lui appartient. Si la chose contient des parties devenues inséparables : la propriété suit l'élément principal. La partie principale n'est pas déterminée par la valeur, mais par son caractère à rendre la chose indépendante et lui conférer une nature apte à devenir l'objet d'une revendication.

On ne peut revendiquer la teinture (grande valeur) sans la laine, ni l'écriture sans le parchemin.

Solution de Justinien : attribuer l'oeuvre à l'artiste (peinture), et dédommager le propriétaire du cadre et de la toile.

b) commixtio, confusio : le mélange. Mélange de liquides ou de corps solides appartenant à 2 propriétaires différents. Règle : Si une séparation des mélanges est possible, l'état de la propriété reste le même. Les différents corps gardent leur propre consistance. Si les éléments forment une nouvelle chose, les parties ont perdu leur entité propre : □ plus de propriété séparée. Chacun reçoit un quote-part correspondant à la valeur de ce qu'il avait mis dans le mélange. Cas particulier : le mélange non voulu : La solution de la copropriété : pour séparer cette chose nouvelle, sans parties pro diviso, il faut recourir à l'actio communi dividundo, action en partage. Si la nouvelle chose est de même nature que les éléments mélangés (mélange de vins) : revendication des parties mélangées pro rata ponderis, proportionnelle au poids, puisque la chose est toujours divisible. Droit Suisse : Quelques modifications sur le critère des frais pour une éventuelle séparation. Règle de l'adjonction art. 727 CC : lorsque les parties mélangées peuvent être considérées comme une chose secondaire ajoutée à une chose principale. Mélange d'argent : pouvoir abstrait d'acquisition : □ mélange de quotes-parts appartenant à différents propriétaires. L'argent = une somme qui appartient à celui qui la reçoit et la mélange avec son propre argent. L'argent s'additionne dans la main celui qui le possède, de sorte que les espèces reçues ne peuvent plus être identifiées. Si des pièces de monnaie sont payées à l'insu de leur maître ou malgré lui, elles restent dans la propriété de celui-ci. Si elles se sont mêlées de manière à ne pouvoir être reconnues, elles appartiennent à celui qui les a reçues. = Raisonement de droit romain, suivi par le Tribunal Fédéral .

c) specificatio : la specification = Production d'une chose nouvelle par la transformation de matériaux qui appartiennent à autrui. A qui faut-il attribuer la chose? A celui qui est l'auteur de la nouvelle chose?

Ou à celui auquel appartenait les métaux? Tout dépend de la chose elle-même et des facteurs qui la composent. 1. deux conceptions : conception matérialiste de l'Ecole stoïcienne et conception hylemorphiste de l'Académie (Aristote) Conception matérialiste : la matière. Conception : toute nouvelle chose n'est que la matière nouvellement transformée. Règles de l'Ecole des Sabinien Primauté de la matière : la nouvelle chose appartient à celui qui est propriétaire de la matière.

Conception hylemorphiste : la forme. Conception : la forme est l'élément constitutif puisqu'elle confère à la chose son essence. Règle de l'Ecole des Proculiens. Prééminence à la forme : Celui qui a formé la nouvelle chose en est le propriétaire. 2. Solution des juristes classiques : Paul. Si une chose est réductible à son état primitif, la chose appartient au propriétaire de la matière. Si cela n'est plus possible, la chose reste dans la propriété de son spécificateur. Cette media sententia prévaut sous Justinien = la solution définitive. Mais cette réglementation reste une analyse trop statique. D'autres juristes : Pomponius ont essayé de trouver un critère subjectif qui déterminerait pour qui déterminerait pour qui l'objet nouveau a été créé, mais ils n'ont pas réussi à trouver le facteur décisif pour l'attribution de la propriété.

Droit moderne. Balance : La valeur de la matière transformée. Le travail consacré à la transformation R) Seule la volonté de l'acquéreur de s'emparer du mélange ou de l'objet transformé peut produire une acquisition originaire. Le pur fait naturel du mélange ne produit aucun effet. Art. 726 CCS : D) les conséquences ultérieures de l'accession de la confusion, du mélange et de la spécification. Gains et pertes dus à l'acquisition naturelle (l'un est favorisé) doivent être rééquilibrés. Il faut d'abord distinguer les cas de bonne ou mauvaise foi de l'acquéreur. Si mauvaise foi, l'acquéreur a provoqué le changement de propriété en sa faveur = valeur. Actio furti dédommager le lésé + peine prévue par l'actio furti Si bonne foi : Celui qui a perdu sa propriété (acquisition naturelle) peut se protéger au moyen d'un droit de rétention = peut garder la chose jusqu'à ce que le nouveau propriétaire lui en donne la contre-valeur. Celui qui a perdu la propriété et la possession : action spéciale assimilée à la revendication lui permet sans être propriétaire de se faire rembourser ce qu'il a perdu.

Possesseur défendeur de bonne foi	Possesseur défendeur de mauvaise foi
1. A PROPOS DES FRUITS Avant la litis contestatio ou litispendance (avant le procès)	
Fruits perçus de bonne foi, ils appartiennent au possesseur	Restitution par le possesseur de mauvaise foi des fruits perçus, ou dédommagement au propriétaire pour les fruits que celui-ci aurait dû ou pu percevoir.
APRES LA LITIS CONTESTATIO OU LITISPENDANCE (après le procès : bonne ou mauvaise foi sans importance)	
Obligation de restituer les fruits ou dédommagement pour ceux qui auraient dû ou pu être perçus. Les fruits encore possédés sont à restituer.	Obligation de restituer les fruits ou dédommagement pour ceux qui auraient dû ou pu être perçus. Les fruits encore possédés sont à restituer.
2. A PROPOS DES DEPENSES NECESSAIRES, UTILES ET VOLUPTUAIRES	
Pour les dépenses NECESSAIRES □□entretien de la chose il peut se faire rembourser	Pour les dépenses NECESSAIRES que le propriétaire aurait aussi dû faire il y a remboursement.
Pour les dépenses UTILES □□augmentent la valeur de la chose il y a remboursement	Pour les dépenses UTILES, il n'y a pas de remboursement mais le droit d'enlever ce qui a été ajouté pour autant que la partie ajoutée soit séparable.
Pour les dépenses VOLUPTUAIRES □□ornements il n'y a pas de remboursement mais le possesseur dispose du jus tollendi, s'il a un intérêt justifié.	Pour les dépenses VOLUPTUAIRES même solution que pour les dépenses utiles.
3. A PROPOS DE LA DETERIORATION DE LA CHOSE POUR CAS FORTUIT OU EN CAS DE FORCE MAJEURE	
Avant la litis contestatio ou litispendance	
	Responsabilité pour culpa et négligence selon la lex

	Aquilia en cas de vol responsabilité pour cas fortuit et force majeure.
Après la litis contestatio ou litispendance	
Responsabilité pour culpa	Responsabilité pour culpa selon certains juristes aussi pour cas fortuit et force majeure.

Transfert et acquisition dérivée de la propriété - Par l'acquisition originaire : le propriétaire acquiert le droit de propriété d'une façon unilatérale, étant lui-même à l'origine de son droit. Par l'acquisition dérivée : le droit résulte du transfert de la propriété de l'un à l'autre. L'image du transfert matériel des choses aide à saisir le passage du droit de l'un à l'autre : droit du transférant se tait pour renaître chez l'acquéreur. Extinction du droit et naissance du nouveau droit. a. **l'acquisition de la propriété fondée sur l'acte juridique de la mancipatio** ; définition de la mancipatio = l'acte juridique formalisé au moyen de paroles et de gestes solennels par lequel l'acquéreur saisit de la main la chose que le propriétaire veut aliéner. Mot : mancipatio = acte concret de prendre quelque chose par la main. Conditions de transfert - Tout acte de transfert d'un droit absolu doit se concentrer sur 2 points essentiels : Le moment du passage : Idéal = transfert instantané, de manière à éviter toute phase intermédiaire (= vide de droit). La publicité de l'acte de passage. Le transfert de propriété intéresse chacun, puisque ce droit est absolu c'est-à-dire opposable à tout tiers. La mancipatio répond à ses 2 exigences. Procédure de l'acquisition. Deux gestes solennels combinés. L'acquéreur prend l'objet dans sa main = marque l'appartenance de la chose. L'acquéreur frappe simultanément de l'autre main, qui tient le lingot, la balance, et exécute le geste du paiement = marque que la prise de l'objet repose sur le paiement. La mancipatio revêt un sens plus général et plus ancien que la venditio ou la emptio-venditio. La mancipatio correspond à un acte unilatéral (échange de prestations), exécuté par celui qui acquiert un droit, et toléré par celui qui perd son droit. La mancipatio pour la vente. Légère modification pour les actes de disposition : testament, émancipation, coemptio. Formalisme rigoureux. La forme crée l'effet juridique du transfert de la propriété. Sans l'observation des règles formelles ces actes sont nuls. La forme sépare nettement l'acte de transfert de toute motivation ultérieure. Le formalisme ne laisse pénétrer aucun motif-matériel des parties. L'intention de l'aliénation n'apparaît pas. Mode abstrait de transfert de la propriété. Conséquences- Un père de famille transfère à son futur gendre, en guise de dot pour sa fille, un fonds par la voie d'une mancipatio, celui-ci devient propriétaire du fonds dès que la mancipation est exécutée, et ceci indépendamment de l'intention du transfert. Si mariage annulé, gendre garde fonds, pas d'action possible. b. **l'in jure cessio, la cession en justice.** L'in jure cessio = autre mode de transfert. Structure issue de l'ancienne legis actio en revendication, transformée en un acte non litigieux destiné à céder le droit à un autre. Procédure : nouvelle forme de publicité fondée sur un acte notifié et ratifié par l'autorité publique : sous les yeux du magistrat. Celui qui veut transférer la chose à l'autre ne s'oppose pas à la revendication du partenaire et le prêteur adjuge la chose au nouvel acquéreur qui en devient le propriétaire. Besoin accru de publicité est mieux assuré par l'autorité du prêteur que par les quelques témoins assistant à la mancipatio. Ce procédé sert à aliéner toutes sortes de choses res mancipi et res nec mancipi ; des droits : servitudes, usufruit, héritage pourvu qu'ils puissent faire l'objet d'une procédure revendicatoire. ; c. **l'acquisition de la propriété par un acte non formel : le transfert par traditio** . Traditio = mode de transfert plus souple. La traditio était d'abord réservée aux res nec mancipi, puis devient la mode principale de l'acquisition dérivée de la propriété. Caractéristique- Acte simple et direct, dépouillé de tout formalisme ; structure : a) **La remise matérielle de la chose donnée, achetée, léguée par le transfert de la possession.** Ce passage du droit consiste en un acte juridique concret qui donne à la remise matérielle de la chose le caractère d'un transfert de droit ; le vendeur transfère la propriété en remettant l'objet à l'acheteur... b) **La cause du transfert de la propriété**, qui motive et justifie le passage du droit lié au transfert de la possession. **La cause du passage du droit est l'achat-vente.** La tradition contient une fin déterminée, elle ne transfère pas la propriété tout court, mais elle le fait pour cause de vente, donation, dot, legs. Tradition garde un caractère résolument concret, acte de disposition générale = une livraison dans le cadre d'une vente, donation, dot, legs, exigeant le BUT concret qui justifie le transfert ; c) **La validité du transfert** - le transfert n'est valable que si la cause justificative l'est aussi. Si la cause est nulle, la tradition est sans effet et perd sa raison d'être. **Exception : solvendi causa** : pour se libérer de la dette. Ce titre s'est développé dans le cadre de la stipulation et de l'obligation créée par le legs. Pour qu'il y ait passage de la propriété : il suffit que le transférant veuille se libérer de sa dette, et

que l'acquéreur veuille l'accepter à titre de solution. Raison probable : l'acte de paiement solvendi causa = acte autonome, propre à faire passer la propriété de la chose, quand bien même la stipulation ou le legs ne sont pas valables. **d) l'acquisition par prescription : l' usucapio.**

Usucapion et prescription acquisitive - Le principe de l'usucapion. Entre acquisition originaire et dérivée, vise à protéger tant le possesseur qui se croit propriétaire que l'intérêt commun. Principe : propriété et possession ne peuvent être séparés pour une durée illimitée. Une possession durable : pouvoir du propriétaire. Un pur droit de propriété, séparé définitivement de la possession, devient vain. Buts : l'intérêt de celui qui a la chose entre les mains, qui la conserve et l'utilise mérite une meilleure protection que le propriétaire qui a abandonné la chose. L'intérêt commun : une scission durable entre la possession et une propriété crée un état juridique flou entre possession et propriété.

Définition de l'usucapion: Usucapion = l'acquisition de la propriété par une possession continue pendant un délai défini par la loi. La possession continue et ininterrompue = base de l'usucapion. Délais : système archaïque repris par les Douze Tables prévoit des délais très courts : une année pour les meubles, deux années pour les immeubles. La chose volée ne se prête pas à l'usucapion : être toujours en mesure de citer celui de qui on avait acquis la chose = premier règlement valable pour la petite enceinte de la Rome ancienne, mais insoutenable lorsque Rome se transforma en un centre mondial. Ajustement : élargir le temps nécessaire pour accomplir l'usucapion (inconcevable de changer les Douze Tables). Ajouter d'autres conditions restrictives sans modifier les délais évite de prolonger un état juridiquement incertain. b. les conditions d'exercice de l'usucapion : 5 conditions du nouveau système : **4 conditions objectives : Res habilis : chose apte à l'usucapion ; Possessio : possession (originaire) ; Titulus : cause justifiant la possession ; Tempus : délai, et une condition subjective : bonne foi.** Bona fides : bonne foi. Ces conditions ont une fonction spécifique intégrée dans la structure de l'usucapion. Structure repose sur une acquisition originaire de la propriété par le moyen d'une possession qualifiée. Les qualifications concernent soit les conditions objectives et subjectives de l'acquisition de la possession, soit la durée de la possession jusqu'à expiration du délai. **1. res habilis (chose apte à l'usucapion) ;** Exclues : res publicae : choses publiques ; res religiosae, sacrae et sanctae : choses dédiées au culte et à la religion. Toute chose qui a fait l'objet d'un vol ou s'il s'agit d'un immeuble d'une occupation clandestine ou violente. Pour qu'une chose volée redevienne apte à être acquise par prescription, il faut qu'elle retombe directement dans la puissance du propriétaire. Rentrer en possession de la chose volée : reconnaître la chose comme le bien authentique

2. nécessité de la possession originaire, non vicieuse. Seule la possession originaire mène à l'usucapion. Elle ne doit souffrir d'aucun défaut : sont exclues les possession acquises vi : par force ; clam : clandestinement ; precario : à titre précaire ; 3. la cause, causa ; le titre, titulus. Acquisition de la possession doit être fondée sur une cause ou sur un titre. Le possesseur doit se référer à un acte juridique par lequel il a obtenu la chose et qui confère à sa possession le sceau de l'approbation juridique. Cas normal : un tel acte transfère la possession et la propriété. Cas particulier: **l'acquéreur ne devient pas propriétaire lorsque l'acte ne peut pas déployer ses effets** (le transférant ne peut pas disposer de la chose **ou le mode de transfert ne correspond pas à la chose transférée**). Mais la possession reste acquise. L'acte sert au moins à justifier une possession non vicieuse. Bien que le transfert de droit ait échoué, il justifie l'usucapion, puisque cette acquisition de la possession s'effectue sous un des titres reconnus : pro emptore, pro date, pro legato, pro soluto ...Titre putatif. Titre introduit pour assouplir le système des causes objectives justifiant la possession. Dans quelques cas extrêmes : la conviction inébranlable du possesseur d'avoir reçu cette possession en vertu d'un titre valable, même s'il manque, suffit. Je possède une chose que je crois faussement avoir été achetée par mon esclave ou par le défunt. L'ignorance est tolérable dans l'ignorance du fait d'autrui. Derrière le titre d'acquisition faux, un titre de fond pro suo est admis : la volonté de posséder pour soi-même suffit, puisque derrière un titre d'achat putatif, il existe toujours la volonté vraie de posséder pour soi-même. Mais la plupart des juristes ont rejeté le dédoublement des titres qui mêlent les conditions objectives à la condition subjective de bonne foi. **4. le tempus** (les délais pour exercer l'usucapion). Le délai introduit par les Douze Tables reste inchangé : un an pour les meubles ; deux ans pour les immeubles. La perte de la possession interrompt l'usucapion, celle-ci doit commencer à nouveau. L'usucapant continue de plus son usucapion jusqu'au moment où il est condamné à restituer la chose. Les faits extérieurs : vol, expulsion, captivité mènent à perte de la propriété. Location : usucapion continue, l'usucapant garde la possession; le locataire =

détenteur. Mort : l'héritier peut se mettre à la place de l'usucapant : *successio in possessionem* et achever l'usucapion. L'*accessio temporio* = règle générale qui permet à l'acquéreur d'une chose de bénéficier de la fraction du délai déjà échoué chez l'aliénateur = cumul au profit de l'acquéreur d'une chose de bénéficier de la fraction du délai déjà échoué chez l'aliénateur = cumul au profit de l'acquéreur. Les juristes ne la connaissent pas; règle généralisée sous Justinien (art. 941 CCS). **5. Bona fides, la bonne foi.** L'usucapant doit être convaincu que sa possession n'entame le droit de personne et qu'on ne peut lui reprocher d'usurper le droit de quiconque. Fondement de la conviction : croyance subjective de l'usucapant et arguments objectifs qui prouvent que dans la même situation chacun aurait eu la même conviction. Deux éléments de la bonne foi : un élément subjectif de connaissance : la foi, la fides, la conviction de ne violer le droit de personne ; un élément objectif, de valeur morale : la conviction doit se fonder sur des arguments dignes d'un honnête homme, d'un *bonus vir*. La bonne foi doit se concrétiser pour devenir un critère effectif et pratique. La bonne foi représente la conviction d'avoir reçu la chose de son propriétaire ou d'une personne autorisée à l'aliéner, comme un procureur-gérant ou un tuteur. Cette conviction doit se fonder sur des circonstances objectivement justifiées. Celui qui se trouve en face d'un homme présentant l'aspect d'un pubère, bien qu'il ne soit encore que pupille. La bonne foi ou la mauvaise foi dépendent si l'usucapant sait ou ignore que sa possession entame le droit d'autrui. L'acquisition de cette possession lui soit imputable comme un comportement conforme ou contraire à la conduite d'un *bonus vir*. Celui qui possède une chose *res mancipi* en vertu d'une simple tradition (\square *mancipatio*). Celui qui s'est emparé d'une chose abandonnée (*res derelicta*). Celui qui s'est emparé d'une chose appartenant à une succession vacante (*pro herede*) : c'est un possesseur de mauvaise foi. Soit il possède en parfaite entente avec l'ancien propriétaire qui la lui a transférée, soit il possède sans au moins aller à l'encontre de la volonté de celui qui l'a abandonnée, ni contre celle des héritiers qui ne la réclament plus. Condition de bonne foi exigée qu'au début de l'usucapion. Si des faits ultérieurs viennent à ébranler la conviction de l'acquéreur de sa \square mauvaise foi, l'usucapion se poursuit néanmoins. Règle qui montre la rigueur de la pensée juridique romaine qui distingue clairement le moment de l'acquisition de la possession de l'usucapant (titre + bonne foi) de l'état ultérieur de la possession (durée + possession originale).

Protection de l'usucapant durant l'usucapio : celui qui possède est présumé propriétaire. Procédure : **Action publicienne, propriété pretorienne.** L'action publicienne permet de reconnaître à l'usucapant une protection similaire à celle du propriétaire civil (*in bonis esse*), mais assurée par le préteur sur la base de son impérium. On peut ainsi être propriétaire *ex iurum quiritum*, ou propriétaire pretorien (*in bonis esse*). Ce qui fait dire à Gaius que la propriété est double (*duplex dominium*), civile et/ou pretorienne. A l'échéance du délai, le propriétaire à la double protection : *plenum ius*. Avec le temps, disparaît la propriété quiritaire, il ne reste que la civile qui devient une propriété *erga omnes* moins un : le propriétaire. Offensivement, **l'action publicienne** peut être intenté contre tout tiers (67 av. J. C.) : *actio publicienne* avec la fiction *anno possedisset*. Le propriétaire civil est un principe plus fort que l'usucapant sauf : ***replicatio rei venditae et traditae*** de l'usucapant contre le propriétaire (***reivindicatio***) qui invoque le fait qu'il est propriétaire civil (***exceptio iusti domini***).

L'évolution de l'usucapio : Origine de la prescription acquisitive : *longi temporis praescriptio* développée pour les fonds provinciaux. Elle se substitue sous Justinien à l'usucapion pour les fonds. Délai élargi : 5 ans pour les immeubles entre présents ; 20 ans pour les immeubles entre absents.

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

L'usucapion en droit moderne : Droit des meubles en droit Suisse > art. 728 al. 1 CCS : "Celui qui de bonne foi, à titre de propriétaire, paisiblement et sans interruption, a possédé pendant 5 ans la chose d'autrui en devient propriétaire par prescription". Simplification : abolition de la cause spécifique remplacée par croire de bonne foi le propriétaire ; élargissement du délai jusqu'à 5 ans pour les meubles, 10 ans pour les immeubles. Art. 934 CCS : Une chose volée reste exposée à l'action en restitution

accordée au possesseur dessaisi pendant 5 ans : □ 5 ans de l'usucapion : □ chose volée redevient res habilis. Acquisition par prescription s'est restreinte en droit Suisse : cas restants : l'appropriation d'une chose perdue, considéré de bonne foi comme une res nullius, n'appartenant à personne. L'acquisition d'une chose transférée sans titre valable à un acquéreur de bonne foi. L'acquisition d'une chose dans le cadre d'une succession que le défunt aurait dû restituer. Pour l'usucapion des meubles : art. 714 al. 2 CCS : l'acquisition de la possession de bonne foi confère directement à l'acquéreur, sous certaines conditions la propriété. Ressemblance : art. 714 al. 2 CC et usucapion

DROIT ROMAIN	DROIT MODERNE
possession titre bonne foi res habilis	possession cause valable de transfert (vente, donation, legs) bonne foi si enlevée à son 1er possesseur contre sa volonté, il peut la réclamer pendant 5 ans (934.a CCS)

Les effets de l'usucapion et de l'acquisition de bonne foi sont différents en droit romain et en droit moderne/

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

Le droit romain ne connaît pas la règle de l'art. 933 CCS qui complète l'art 714: "L'acquéreur de bonne foi auquel une chose mobilière est transférée à titre de propriété ou d'autre droit réel par celui auquel elle avait été confiée, doit être maintenu dans son acquisition, même si l'auteur du transfert n'avait pas l'autorisation de l'opérer" ← □ la vieille saisine germanique. Une telle solution impensable en droit romain. Le possesseur intermédiaire = simple détenteur à l'aide duquel le possesseur et propriétaire exerce lui-même la possession originaire. Si le détenteur transmet la chose sans accord = abus de confiance : □ chose transférée = res furtiva, inapte à l'usucapion.

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

A. "Rei vindicatio" : la protection offensive de la propriété. But de l'action en revendication : **action de la reivindicatio** - est dirigée contre quiconque possède la chose d'autrui sans avoir une justification. Cette action a 3 objectifs: **constatation de la propriété civile** : caractère de droit absolu ; droit réel, ius in rem ; droit de suite (faire valoir son droit à l'égard de tout tiers) ; **restitution ou paiement (alternative)** de la chose à son propriétaire de la part du possesseur non propriétaire) ; évaluation de la valeur de la chose et condamnation à payer une somme d'argent si possesseur ne veut pas la restituer. Dans le procès romain, pas de condamnation à la restitution, mais condamnation à payer son équivalent en argent. R) C'est propriétaire qui estime la chose (forcément plus), bien que déclare sous serment la valeur réelle => pression sur le non possesseur. Mais le possesseur a toujours possibilité de restituer => pas de condamnation. C'est le cas général.

B. La protection défensive : usurpation d'un droit : actio negatoria. Troubles de la possession : interdits possessoires. Dans la légitimation active, le demandeur est un propriétaire non possesseur, il doit prouver son droit de propriété. Pas de bonne foi en droit romain => reconstitution entièrement la

chaîne d'acquisition de la chose (de l'un à l'autre) jusqu'à une acquisition originaire. Dans la protection passive, le défendeur = possesseur non propriétaire. Il est protégé par l'**actio negatoria** et les **interdits possessoires**. Ex: - possesseurs protégés par un interdit: précariste, séquestre, créancier-gagiste et emphytéote.

La variation de la formule de l'action publicienne : probablement œuvre de P. Publicius (67 av. JC), contenait une fiction de possession durant une année ou deux ans, selon qu'il s'agissait d'un meuble ou d'un immeuble. La formule était similaire à celle de la reivindicatio : (1) Si le demandeur a acheté un esclave de bonne foi et que celui-ci lui a été transféré, s'il avait possédé durant une année, s'il semble qu'il serait devenu propriétaire de l'esclave dont il s'agit en vertu du droit des Quirites, (2) et s'il n'est pas restitué, alors il faut que (3) le juge condamne le défendeur à payer au demandeur le montant de ce que la chose vaudra, si cela ne s'avère pas, qu'il l'absolve. Par la fiction qui repose sur le fait que le demandeur serait devenu propriétaire après seulement du délai de l'usucapion, le demandeur pouvait se comporter comme l'aurait fait le propriétaire civil en obtenant soit la restitution de la chose, soit le paiement de sa valeur estimée. Les parties au procès : le demandeur : celui qui se prétend propriétaire ; celui qui n'a plus la possession de la chose ; le défendeur : celui qui possède la chose revendiquée : possession effective ou ad interdicta , puis même detentio.

La protection de l'usucapant : action Publicienne. Un possesseur en train d'usucaper perd la chose : embarras, parce que pas encore propriétaire pas droit de défense. L'action Publicienne comble cette lacune (1er s. av. J.C). C'est une □action en revendication + fiction = présume le délai, usucapion achevée. Il suffit de prouver que l'acquisition de la chose en vertu d'une justa causa + avoir été de bonne foi : confère le droit de propriété. Il n'y a pas de protection si un défendeur = propriétaire selon le droit civil (soit parce que la chose a été enlevée et récupérée entretemps, soit parce qu'il a gardé la propriété civile gardée, en ayant transféré chose par une tradition et pas par une mancipatio). Le défendeur peut opposer au demandeur l'exception du **juste propriétaire** selon le droit civil. Dans le premier cas, le défendeur = vainqueur, puisque le droit à la propriété (fondé sur la fiction d'avoir achevé l'usucapion et d'être propriétaire) disparaît devant la position solide du vrai propriétaire (même si de bonne foi et s'il s'agit chose volée acquise par un tiers). Dans le second cas : comment le défendeur peut-il alléguer un droit de propriété, s'il ne peut le maintenir qu'avec un manque de forme lors de vente ou transfert? Si le demandeur est lui-même cet acheteur, le défendeur réplique l'exceptio justis dominii par l'exceptio rei venditae et traditae, Si la chose est acquise par un tiers auquel le propriétaire l'avait vendue, le demandeur oppose l'exceptio doli : □plus de défense du nu-propriétaire. La possession de bonne foi plus forte que le droit de la propriété civile : si le droit de propriété est matériellement vide s'il ne représente qu'un nudum jus, un droit civil nu. Position de l'usucapant si forte que la □propriété, provisoire qu'après l'achèvement de l'usucapion, devient propriété définitive.

La preuve et son fardeau : La preuve incombe à celui qui allègue, non à celui qui nie - CC 8. Prouver la propriété : prouver que l'on a reçu la chose d'un propriétaire ou que l'on est soi-même propriétaire originaire = probatio diabolica domini. Simplification de la preuve : prouver l'usucapion.

Cas particulier: fictus possessor - revendication contre le possesseur fictif (dolus pro possessionis est). S'il s'est débarrassé de la possession de manière frauduleuse ou si se présente au procès (en défendeur) sans avoir la possession (dans les deux cas pour nuire au demandeur) => il est présumé possesseur et subit les conséquences de la condamnation.

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

La protection contre les troubles dans l'exercice de la propriété

a) contre l'usurpateur d'un droit réel limité (chemin de passage...). Le propriétaire peut intenter une action négative ou négatoire, par laquelle il nie l'existence de ce prétendu droit. ; b) "immissions": les immissions. Le propriétaire d'un fonds peut s'opposer aux nuisances dues à un usage excessif des fonds voisins. Préjudice direct: ébranlement du terrain par des constructions, racines ou plantes..

Préjudice indirect: fumée, odeur, bruit... Préjudices doivent dépasser mesure du supportable. Evaluation par rapport à victime mais sans exagération. Evaluation des intérêts en présence selon la situation concrète et usages locaux. Différentiation: Auteur de l'immission prétend être dans son droit et exploite

légitimement sa propriété => voisins: recourir à action négative + demande un retour à situation normale. Auteur de l'immission ne prétend pas être dans son droit => c'est un dérangement. => voisins: essayer de prohiber ce dérangement par un interdit (accordé par le préteur).

Les droits réels limites - 1. Les servitudes prédiales et les servitudes personnelles

Les servitudes prédiales sont des droits réels limités qui portent sur un immeuble (fonds servant), en faveur d'un autre fonds (fonds dominant). Distinction entre servitudes rustiques et urbaines.

Les servitudes personnelles : créées au profit d'une personne déterminée à laquelle elles procurent l'usage ou les avantages de certains biens. Elles réservent l'usage ou le profit de certaines choses à une personne déterminée, sans que celle-ci n'en reçoive la propriété. L'usufruit et le droit d'habitation trouvent leur champ d'application dans la vie personnelle et familiale.

Les gages et l'hypothèque : pignus datum, pignus conventum.

Autres droits réels limités, plus tardifs : superficies, ager vectigalis et emphytéose.

Domaines des servitudes : l'utilisation des terres et de l'habitat : les servitudes foncières, servitudes ou iura praediorum. Caractéristiques des servitudes foncières - elles sont conçues sous forme de charges imposées sur un fonds : elles obligent le propriétaire à tolérer certains actes d'usages ou s'abstenir d'un certain usage du fonds en faveur du propriétaire du fonds voisins.

Caractéristiques des servitudes : iura in re aliena, droit limité sur la chose d'autrui. Un propriétaire ne peut créer ou maintenir un droit réel limité sur sa propre chose puisqu'une telle restriction se dissout dans le droit souverain de propriété. Le propriétaire peut en revanche restreindre partiellement sa domination en faveur d'un autre auquel il cède un pouvoir particulier, directement relié à la chose.

Le droit réel limité = une charge qui pèse sur la chose et qui réduit le pouvoir absolu du propriétaire.

1. Théorie du démembrement (doctrine allemande). Les servitudes = sorte de pouvoir partiel résultant d'un démembrement des pouvoirs réunis dans la totalité de la propriété. Le tout se décompose en fractions que l'on peut rendre autonomes sous forme de servitudes. Le droit germanique ne connaît pas la propriété comme un droit uniforme, mais comme un complexe de pouvoirs organisés selon les différentes formes de la saisine. Plus de différence entre propriété et droits réels limités. Rapport entre les 2 : rapport qui unit la partie au tout. 2. Théorie romaniste (Suisse). Les droits réels limités = une charge imposée à la propriété restreignant le pouvoir total de propriété. Servitudes = restrictions à un pouvoir initialement uni et total. C'est la conception romaine classique. Propriété unie et totale, au pouvoir illimité, mais limitable par les droits réels. Seul un nombre limité de droits réels est admis :

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

Les trois conditions à la création d'une servitude : **Utilitas** : utilité, le fonds servant doit être utile au fonds dominant. La conduite d'eau imposée au fonds servant doit servir à l'emploi du fonds dominant. L'avantage purement personnel n'est pas imposable. Le droit moderne Suisse admet des servitudes en faveur de l'intérêt personnel du propriétaire du fonds dominant. **Vicinitas** : voisinage, les fonds doivent être voisins. Si entre le fonds dominant et le fonds servant s'intercale un fonds médian, qui empêche l'exercice de la servitude, celle-ci s'éteint. Le fonds servant n'est plus voisin du fonds dominant pour autant qu'on se rétablit pas le droit de passage sur le fonds médian. **Perpetua causa** : existence durable. L'exercice de la servitude doit être constitué pour un temps illimité même si elle peut être entrecoupée passagèrement.

Les quatre règles des servitudes prédiales : 1.° **Aucune servitude ne peut pas grever sa propre chose.** 2.° **Une servitude ne consiste jamais en un devoir de faire quelque chose.** Le propriétaire renonce à une certaine jouissance de la chose en faveur d'un autre fonds. Devoirs passifs : supporter l'exercice du droit réel limité ; ne rien entreprendre pour empêcher cet exercice.. On ne peut ni créer ni maintenir pour soi-même une servitude sur son propre fonds. Celui qui a la propriété n'a plus de pouvoir séparé d'usage et d'usufruit. 3.° **Il ne peut y avoir une servitude sur une servitude.** Une servitude est toujours liée au fonds dominant auquel elle est utile. 4.° **Incessibilité et indivisibilité de la servitude.**

Toutes ces règles sont dépassées par le droit moderne. Le droit moderne connaît la servitude créée par le propriétaire lui-même sur l'un de ses propres fonds (art. 733 CCS). Mais cette servitude est un droit réel purement formel (inscrit au Registre Foncier). Une servitude sur une autre servitude est admise s'il s'agit d'un usufruit établi sur une servitude prédiiale. Exception de la règle : une servitude ne peut obliger à exécuter des actes positifs : art. 730 al. 2 CCS. Il accepte qu'une obligation de faire soit accessoirement rattachée à une servitude. Les romains acceptaient cette dérogation pour le cas de la servitude *oneris ferendi* : entretenir, réparer un mur d'appui utilisé par le propriétaire du fonds dominant.

Distinctions : il existe deux types de servitudes

a) **Les servitudes rurales concernant les domaines de campagne** : *jura praediorum rusticorum*. chemin pédestre ou équestre à travers un fonds (*iter*) ; libre passage pour y conduire les troupeaux chemin carrossable (*via*) ; les conduites d'eau.

Les servitudes prédiales - les servitudes prédiales sont établies sur un fonds (servant) au profit d'un autre fonds (dominant). La charge de servitude grève le fonds servant au bénéfice du fonds dominant. Elle doit être assurée par le propriétaire de ce dernier. Les servitudes sur les édifices urbains : *jura praediorum urbanorum*. Le droit de faire couler l'eau de pluie sur le fonds voisin ; de faire porter les traverses par les murs mitoyens ; d'appuyer les constructions contre les murs mitoyens ; interdiction de construire plus haut que les voisins et de leur cacher la vue.

Modes de constitution des servitudes

La constitution d'un droit aussi incisif opposable au propriétaire et à tout tiers : □ mode de constitution formel : publicité. Publicité accomplie par la **mancipatio** pour les fonds italiques pour les servitudes rurales (*res mancipi*). Publicité accomplie par **l'in jure cessio** : mode solennelle de cession du droit pour les autres servitudes. L'*adiudicatio* : quand elle est créée par le juge au moment du partage d'une communauté indivise. Le *legatum per vindicationem* : création de servitudes admises lorsque fondées sur des actes formels : testament, legs. Mais en principe, la constitution non formelle de servitude n'est pas valable (sauf, les servitudes par accord contractuel dans certains cas). L'acquisition des servitudes par usucapion est interdite. Fin de l'époque classique : *longi temporis praescriptio* et *traditio* et *patientia* (celle-ci par Justinien).

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

Protection des servitudes (moyens de droit). Les servitudes ce sont des droits opposables à tout tiers sanctionnés par une action réelle ; force l'adversaire à reconnaître et à confesser qu'une servitude est imposée sur son fonds. Le demandeur exige d'être reconnu dans son droit de servitude qui est absolu et opposable à tout tiers. Si la servitude existe, le juge impose au défendeur une promesse sous forme de caution de ne plus troubler le demandeur dans l'exercice de son droit, de rétablir la situation antérieure et de permettre à nouveau l'exercice du droit de servitude. En cas de pertes, le demandeur exige en plus une indemnisation. Si le défendeur s'oppose à l'arbitrage du juge, il est condamné à payer une somme d'argent au demandeur. La protection des servitudes positives : la **vindicatio servitutis ou actio confessoria** est identique à la *reivindicatio*; elle suit son modèle : elle est intentée pour **revendiquer une servitude**, pour se faire indemniser, pour obtenir la *cautio non amplius turbando*. La protection des servitudes négatives. Les servitudes négatives invitent le propriétaire à s'abstenir de certains actes. Ex. : ne pas surélever un mur. Le demandeur prétend que son adversaire viole la servitude en faisant ce qui lui est défendu de faire = *actio negatoria*; **l'actio negatoria** est intentée pour revendiquer une servitude négative, pour faire nier l'existence de la servitude, pour assurer un exercice civil de servitude, pour se faire indemniser. **Les interdits** : de *itinere actuque privato* ; de *aqua cottidiana et estiva*.

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

Les servitudes personnelles a. usus, fructus

a) définition de l'usufruit = le droit de jouissance de la chose et de ses fruits sans en altérer la substance. Pouvoir de faire usage des choses. Pouvoir de percevoir les fruits tout en préservant la substance de l'objet. Ce droit disparaît en même temps que la chose. Ce droit est strictement personnel : on ne peut le

céder à autrui, ni le transmettre à ses héritiers. Souvent, il appartient au bénéficiaire jusqu'à sa mort. L'usufruitier peut toutefois vendre les fruits ou louer son usufruit à un autre.

b) l'objet de l'usufruit. L'usufruit s'étend aux immeubles et aux meubles: troupeaux, esclaves.

Avant : choses incorporelles : créance, choses consommables n'étaient pas susceptibles d'usufruit.

Le testateur ne pouvait pas léguer l'usufruit de tous ses biens. Réforme : l'usufruit de toute chose fait partie du patrimoine : argent et chose consommable donc aussi. Cas particulier : choses consommées au 1er usage. On attaque la substance dès qu'on en jouit. Régime spécial du "quasi-usufruit".

L'usufruitier peut en profiter en disposant même de leur substance, mais il doit promettre la restitution de la chose en quantité et en qualité identique une fois l'usufruit terminé. Règle spéciale pour les biens collectifs : troupeaux, forêt. L'usufruitier doit conserver la substance de ces choses et se contenter de l'excédent qu'elles produisent.

Application à la créance : l'usufruitier peut réaliser une créance mise à sa disposition et de jouir du capital ainsi obtenu. Il doit le rembourser au terme de l'usufruit. Norme : restreint l'usufruit d'une créance au cas où l'usufruitier est lui-même débiteur. Le droit d'usufruit le dispense alors de payer les intérêts puisque ceux-ci représentent les intérêts du capital. D'autres juristes : acceptent même que l'usufruit d'une créance soit accordé à des tiers qui disposent donc des intérêts payables par le débiteur.

c) le contenu du droit de l'usufruit. Tout usage de la chose et la perception des fruits pourvu qu'il préserve sa substance. La jouissance de la chose inclut indistinctement l'uti et le frui : indissociable

user de la chose percevoir les fruits L'usufruitier n'est qu'un détenteur. La possession originaire est retenue par le nu-propriétaire. L'usufruitier acquiert les fruits lors de la perception (contact) :

□ possesseur de bonne foi acquiert les fruits au moment où ils se séparent de la chose frugifère.

Le propriétaire doit tolérer leur perception, même si l'usufruitier récolte ce qu'un autre a semé.

En droit Suisse – Le fructus, les fruits tombent directement dans la propriété de l'usufruitier. Aucun rapport obligationnel entre l'usufruitier et le propriétaire puisque droit réel limité. Le propriétaire garde la propriété de l'usufruit, mais ce n'est qu'un droit nu, puisqu'il n'en a plus l'usage. Si l'usufruit s'éteint, il peut reprendre la chose par le moyen de la revendication. Ne peut pas intervenir durant l'exercice de l'usufruit, sauf si endommagement. Personne ne peut s'opposer à la vente de la chose hypothéquée, bien qu'elle soit grevée d'un usufruit.

Cautio usufructoria = la promesse du bon usage de la chose assurée par des cautions ou des gages : □ stipulation. Le propriétaire peut exiger des dédommagements si l'usufruitier abuse de son droit.

L'usufruitier promet : faire usage de la chose de façon honnête, veiller à son entretien, entreprendre les réparations courantes, assumer la responsabilité des dommages causés intentionnellement par des faits positifs et ceux résultant d'une omission ou d'une négligence et restituer la chose en bon état.

se soumettre à l'arbitrage d'un bon vir si la chose est détériorée.

Le propriétaire promet : de ne pas modifier la chose d'une façon désavantageuse.

L'usus, l'usage : l'habitat, l'habitation; les operae, les services. L'usus donne un droit personnel à l'usage d'une chose sans accorder le droit à la perception des fruits. Habitat, champ, forêt, usage d'une maison, operae, services particuliers, esclaves, animaux. Interprétation extensive. L'usage de la maison permet à l'usager d'y loger sa famille. En général, ces droits sont constitués par des legs intégrés au testament. Ils sont strictement personnels et accordés à un seul titulaire.

Les autres iura in re aliena : l'ager vectigalis, l'emphyteuse et le droit de superficie.

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

a) le droit de superficie. Besoins accrus des cités et de la ville de Rome de l'institution de la superficie, parce qu'elle permet de mieux utiliser le sol constructible, d'accroître la densité des constructions et de mettre les terrains publics à disposition de la population. Les premières superficies : les boutiques et baraques des marchands, artisans, banquiers se trouvaient au bord des forums et s'établissaient sur des places que l'État leur accordait contre un solarium. Le droit de superficie était également concédé sur le sol privé entre des parties privées. Le contrat de la locatio conductio (= fermage sans délai).

Il règle les rapports entre le propriétaire du sol et le superficiaire. Toutefois, ce contrat ne correspond pas aux véritables intentions des parties: garder et utiliser ce qu'elles ont construit sur le sol d'autrui, quitte à

payer une redevance. Le superficiaire utilise sa propre construction pour laquelle le propriétaire du sol ne lui cède que l'emplacement. Mais selon la règle superficies solo cedit (ce qui est fixé à la surface appartient au propriétaire du sol) cette construction appartient au propriétaire du même sol. Cet état de droit réel fait du superficiaire un possesseur alieno nomine, au nom d'autrui, bien qu'il ait élevé lui-même la construction qu'il utilise.

Autre règlement ← état durable de la superficie. Des moyens adéquats sont créés pour protéger le superficiaire contre les tiers et contre le propriétaire du sol. Deux moyens de protection grâce à l'Edit du prêteur: au niveau de la possession, moyen qui protège le fait de l'utilisation ; au niveau du droit réel, une action de type réel est accordée au superficiaire : □revendication. Contre les tiers: protégé contre tout trouble de la jouissance du sol et l'action réelle lui permet de reprendre la chose en cas de perte. Contre le propriétaire du sol: exception pour dol, lorsque le propriétaire recourt à une revendication injuste. La position du superficiaire ressemble à celle du propriétaire qui peut (selon certains juristes) usucaper, aliéner ou charger ce droit d'une hypothèque. La constitution du droit de superficie n'est pas liée au contrat de location: aussi possible par vente ou donation.

b) **l'ager vectigalis, l'emphytéose.** Contexte : application à certaines terres cultivables appartenant au peuple romain, l'ager publicus, à d'autres cités ou villes du régime de l'ager vectigalis. Ces terres sont cédées à des particuliers et à leurs héritiers pour une durée illimitée, lesquels ne peuvent en être dépossédés tant qu'ils paient la redevance convenue. Protection du fermier - interdit de loco publico fruendo - action réelle contre tout possesseur : □propriétaire sans l'être véritablement. L'emphytéose d'origine orientale. Les empereurs organisent leurs domaines à long terme. Emphytéose = moyen de politique agricole, d'étendre les plantations, d'améliorer la culture des terres, de défricher des terres. Appliqué en province d'Afrique, dans les provinces occidentales, même en Italie (IIIe et IVe). Le contrat d'emphytéose accorde alors un droit réel spécifique sur les terres d'autrui. Caractéristiques de l'emphytéose : transmissible entre vivants et par succession. Peut être mis en gage. Si aliénation : 2% de la valeur des terres vendues reviennent au propriétaire.

Il s'éteint avec le retard de 3 ans de payer la redevance. Extension : 1. Au Moyen Age. Développement de la doctrine de la double propriété : dominium utile de celui qui utilise directement la chose ; dominium directum de celui qui met les terres à disposition = Système féodal de la double propriété répartie entre le suzerain et ses feudataires. 2. En droit moderne. Contexte : extension des grandes agglomérations urbaines, pénurie de sol, nécessité de construire des logements à loyer modéré. Révision détaillée du droit de superficie. Rapport entre le propriétaire du sol, le superficiaire et les tiers sont clarifiés aux art. 779 à 779 I. Droit de superficie = servitude, mais = droit distinct et permanent, c'est-à-dire indépendant d'un fonds dominant ou d'une personne déterminée. Caractéristiques : peut être immatriculé au Registre Foncier ; cessible entre vivants ; transmissible par succession aux héritiers. La superficie limite la jouissance du sol en obligeant le propriétaire à accepter qu'un tiers érige des constructions sur son fonds et en acquière la propriété pour la durée convenue dans le contrat de superficie (max. 100 ans). Si le contrat n'est pas renouvelé, le propriétaire du sol acquiert la propriété des constructions érigées. Il doit cependant l'indemniser équitablement. Superficiaire exécute périodiquement une contre-prestation : paiement = rente de sol. Le superficiaire jouit de tous les droits conférés par la propriété. Il peut en disposer librement, peut les transférer et peut les constituer en gage immobilier.

DROIT DES OBLIGATIONS

Institutes, III, XIII : définition de Papinien : **obligatio est juris vinculum que necessitate adstringimur alicujus rei solvendae, secundum nostrae civitatis jura.** L'obligation est un lien juridique par la nécessité duquel nous sommes liés à payer une chose à quelqu'un en vertu des droits de notre cité. Le principe : nexum & exécution forcée ; avec le temps, le nexum est compris dans la notion d'obligation (contrainte patrimoniale): la dette (schuld), et le droit de l'exiger (actio): procédure d'exécution forcée en vertu de l'actio judicati (garantie - haftung).

Selon la définition de Celse, **l'action est le droit de réclamer devant la justice ce qui nous est dû.** L'action est un moyen de pression sur le débiteur (conséquences défavorables du jugement + conséquences de son exécution : plus graves que le sacrifice de l'exécution de la prestation due)

Exception : développement d'une figure d'obligation affaiblie sans action formelle, mais qui laisse au débiteur le choix de l'accomplir à son gré. C'est une obligation naturelle puisqu'il y manque la contrainte juridique. L'obligation naturelle comporte le debitum, la dette, sans contenir die Haftung, la garantie : les obligations assumées par les alieni iuris ; celles auxquelles on pouvait opposer une exception permanente – les fils de famille sui iuris lorsqu'il pouvait opposer l'exceptio senatusconsulti Macedoniani ; les obligations iuris gentium fondées sur la fides.

Paul, dans un texte du Digeste, indique la prestation en tant que **contenu de l'obligation : la substance des obligations ne consiste pas à nous rendre propriétaires d'une chose ou tributaires d'une servitude, mais à astreindre un tiers à nous donner, ou à nous faire quelque chose ou à répondre envers nous de quelque chose.**

Dare : d'un point de vue juridique, transférer la propriété quiritaire à autrui ou un droit réel limité. La dation est accomplie lorsque elle a produit l'effet de transfert ; le destinataire a obtenu l'objet que le débiteur devait lui procurer.

Facere : sens positif ou négatif : rendre ou ne pas rendre, faire ou ne pas faire quelque chose
Sens plus large de facere = comportement général incluant avant tout les prestations de services de tous genres. Obligation concentrée sur le faire = objet de l'obligation.

Non facere. Il n'y a pas de catégorie autonome. Certes, aucun contenu matériel, mais un comportement précis et voulu donc peut être l'objet d'un devoir, d'une obligation.

S'abstenir d'une action : omission ; tolérer l'action d'un tiers intervenant : il rentre dans catégorie du facere. Le non facere comme pur "non agir"

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

Praestere : terme plus large qui implique une garantie pour l'obtention d'un résultat : une prestation matérielle dont on peut demander l'exécution. L'obligation de praestare est subsidiaire à une obligation de dare ou de facere : le vendeur doit livrer la chose vendue (facere), en garantir certaines qualités (praestare) ; le voiturier se charge d'effectuer le transport d'une chose fragile (facere) et s'engage à agir avec diligence (praestare) ; le dépositaire est obligé de restituer la chose déposée (facere) et assure au déposant qu'il ne rendra pas impossible la restitution en détruisant dolosivement la chose (dolum praestare = s'engage à ne pas commettre acte de mauvaise foi).

L'exécution ne libère le débiteur que si elle a été effectuée dans le respect des devoirs de praestare qui la concernent.

dolum praestare = assurer le créancier de l'absence d'un dol

diligentiam praestare = assurer de l'absence de négligence

casum praestare (répondre pour un cas fortuit) = assurer le risque.

Le contenu de l'obligation a été analysé par Paul. Il compare l'obligation et les droits réels pour en relever l'essence.

1 – Caractère relatif de l'obligation :

Droit réel : le titulaire dispose d'un pouvoir absolu (erga omnes) et exclusif sur la chose, qui lui confère un droit de suite et, en droit moderne, un droit de préférence.

Conséquence directe : "la chose est mienne". Cela vaut aussi pour le droit réel limité

Obligation : elle se réalise entre 2 parties déterminées : elle est toujours personnelle et elle crée un rapport personnel entre le créancier et le débiteur

DEBITEUR	CREANCIER
Situation passive qui l'oblige à une	Situation active qui ne lui procure aucune

prestation au bénéfice du créancier	jouissance de l'objet de la prestation (car elle dépend de activité du débiteur : exécuter ou payer)
-------------------------------------	--

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

2 - L'incessibilité de l'obligation découle également du caractère relatif de l'obligation. Si l'on peut céder un droit réel, d'un point de vue strictement juridique, la créance n'inclut aucun droit subjectif à proprement parler, c'est-à-dire d'aucun pouvoir concret, si ce n'est l'action que peut exercer le créancier.

Economiquement, la créance fait partie du patrimoine; mais elle n'enrichit pas concrètement le créancier par un apport effectif. La dette + la créance font partie du patrimoine ; ils représentent une valeur économique.

Dans langage juridique romain : obligation = nomen

Nomen = postes inscrits dans les livres de recette et de dépenses

Nomen = remises d'argent à titre de prêt formulées avec l'indication du nomen du débiteur.

Nomen = créance (= sens technique)

Pomponius oppose les biens que quelqu'un a réellement dans sa fortune et les biens qui consistent en créances ce qui fait la nature hybride la créance. D'un point de vue objective représente une valeur économique, mais, d'un point de vue subjective, elle reste fondée sur la confiance du créancier en l'exécution de sa prestation par le débiteur.

Conséquence : incessibilité de la créance. Il est impossible de transmettre une créance comme un objet concret. Exception : la succession implique le transfert de tout le patrimoine du de cujus que les héritiers reprennent à titre universel en se substituant à lui.

Le transfert d'une créance d'un créancier à un autre pas possible, parce que la nature particulière de la dette dépend toujours du débiteur.

Pour que la créance passe à un autre créancier le débiteur doit lui promettre ce qu'il avait promis à l'ancien. Novatio : il appartient au débiteur d'accomplir la nouvelle promesse qui le libère de l'ancien créancier qui l'engage envers le nouveau.

Sinon à la place de la novatio, moyens procéduraux : le créancier peut demander l'exécution de la part du débiteur pour en faire profiter le tiers auquel il veut transférer la créance. Il le nommera représentant en l'autorisant à agir à son compte : procurator in rem suam - procureur dans son propre intérêt.

Cession de créance en droit moderne plus difficile : art. 164 al. 1 CO, malgré l'introduction (Moyen Age) des papiers - valeurs qui a facilité la circulation des créances, mais sans en changer la nature. Transfert :
 mode particulier visant à procurer l'action contre le débiteur.

Droit naturel nationaliste + codifications modernes : créance = droit subjectif transférable et autonome, qui investit le créancier d'un pouvoir juridique garanti par la loi.

Savigny : créance = maîtrise sur la personne du débiteur. Maîtrise possible que par le moyen de l'action.

Brinz : obligation = un assujettissement du débiteur au créancier qui se résout par une exécution forcée. Le contenu juridique de la créance reste lié à l'action.

3 – Une durée, par défintion, limitée des obligations – un droit réel ne s'éteint pas (caractère perpétuel); par contre, le paiement ou la prestation éteint l'obligation

LES SOURCES DES OBLIGATIONS

Les sources découlent des actes et des fait que les obligations engendrent.

CO : Formation des obligations : 3 types

Les obligations résultant d'un contrat

Les obligations résultant d'actes illicites

Les obligations résultant de l'enrichissement illégitime

Autres types prévus directement par la loi

gestion d'affaires
legs

INSTITUTES DE GAIUS

Deux sources d'obligations : les **Contrats** et les **Délits**

Délits : atteinte portée au bien juridique d'autrui ; aucune division, mais énumération des différentes espèces qui ont un fondement dans le jus civil : vol ou brigandage ; dommage à une chose ; injure à autrui. Les crimes étaient punis par l'Etat (parricide, haute trahison, falsification ...).

Contrats : toute source d'obligation impliquant l'accord des parties est un contrat.

Contrat réel - si la remise nécessaire d'une chose (remise d'une possession ou de la propriété d'une chose), s'ajoute à l'accord entre les parties. Ce sont le mutuum (prêt à la consommation), le commodatum (prêt à l'usage), le depositum (le dépôt) et le pignus (contrat de gage).

Contrats verbis (formalistas) - l'accord prend la forme d'une promesse solennelle orale formulée sous la forme de questions et réponse. C'est la sponsio et la stipulatio.

Contrats litteris : l'accord prend la forme écrite. C'est la forme prédominante en droit classique sous l'influence grecque pour la vente d'immeubles, les donations, la constitution de la dot.

Contrat consensuel - l'accord entre les parties suffit à produire des obligations. Ce sont, selon Gaius, l'emptio venditio (contrat de vente), la locatio conductio (contrat de bail, de travail et d'entreprise), le mandatum (contrat de mandat), et la societas (contrat de société).

Tous ces contrats sont des **contrats nommés**, par ce qu'ils disposaient d'une sanction (une action), mentionnée dans l'édit du préteur.

Les **contrats innomés** sont des conventions synallagmatiques, en nombre limité, qui sont sanctionnées par trois types d'action. Paul distingue quatre types de contrats innomés.

Avec le temps, apparaît un règlement procédural introduit par la lex silia et la lex calpurnia

Ce sont des lois qui créent un nouveau mode d'actio : legis actio per condictionem

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

Nouveauté de l'action per condictionem : la cause formelle sur laquelle le demandeur devait fonder sa demande n'est plus requise dans les contrats non formalistes (re, consensu, innomés); la mention de l'objet de la demande : restitution ou paiement de la chose ou de la somme d'argent suffit, ce qui va entraîner une évolution dans les contrats.

Comparaison de l'action per condictionem et de la sponsio

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

Conséquences de la conditio : en greffant l'obligation directement sur l'objet de la demande, il suffit de prouver qu'un objet à rendre ou à donner se trouve effectivement dans le patrimoine du défendeur.

Changement provoqué par l'intégration de la nouvelle éthique du juste et de l'équitable : bonus vir. **La bonne foi** - cette nouvelle éthique se concrétisa dans la notion de bonne foi = fondement et mesure des devoirs et des droits qui engagent réciproquement débiteurs et créanciers.

Témoignage de Scevola par Cicéron : grande force des actions dotées d'un ex fide bona. Etendue de la bonne foi dans : tutelles ; contrats de société ; mandats ; ventes ; locations

= base de la vie sociale.

Bonne foi est la nouvelle base de la conclusion des contrats consensuels

Bonne foi est le critère des devoirs et des obligations contractuelles : donner et faire en vertu de la bonne foi. Le contrat est rendu efficace non plus par des signes et des actes extérieurs, mais par le consentement même, la volonté intérieure du bonus vir qui s'engage sur la base de la bonne foi (pas de volonté pure, mais engagée et honnête).

Limite du système consensuel des contrats : le consentement général qui englobe n'importe quel contenu licite et fidèle aux moeurs. Le consentement crée un rapport contractuel valable que s'il se réfère à des buts spécifiques pré donnés.

Fin du IIIe publication d'une sorte de paraphrase des Institutes de Gaius : Libri rerum cottidianarum sive aureorum. Comme Gaius : les obligations résultent d'un contrat ou d'un délit (ex contractu et ex delictu). Mais en plus : une série de sources ne peuvent pas être intégrées dans une seule classification, car chacune se forme selon ses règles propres (ex varis causarum figuris) : gestion d'affaires (modèle du mandat) ; tutelle ; legs obligationnel ; paiement de l'indu (sur le modèle du prêt à consommation).

Les contrats réels comprennent en plus le prêt de consommation, le mutuum. Les contrats de prêt à l'usage : commodatum ; dépôt : depositum ; nantissement : pignus.

Modification de la notion de contrat réel.

AVANT	APRES
Obligation naît de la chose. Contrat ne produit qu'une obligation: transférer la propriété de la chose à restituer	Contrat réel est un contrat pour la conclusion duquel une chose est nécessairement remise. Remise = une tradition transférant la propriété une remise en possession une détention Du contrat résultent toutes les obligations. Obligations qui dans le cas du commodat, dépôt, nantissement peuvent être à la charge des 2 parties

Compilation des Institutes sous Justinien : reprise des Libri aureorum

Au lieu des sources non classifiées mais analogues au contrat et aux délits dans leurs effets (ex varis causarum figuris), elles sont adjointes aux 2 genres traditionnels : ex contractu, quasi ex contractu, ex maleficio, quasi ex maleficio.

Sources produisant des effets analogues à ceux d'un contrat : les obligations résultent d'un fait licite et donnent lieu à une action rei persécutoire Elles se forment "comme si elles provenaient d'un contrat" – quasi ex contractu. Obligations sanctionnées par une action pénale privée, bien que pas dues à un délit. Elles se forment "comme si elles provenaient d'un délit" – quasi ex maleficio. Caractère commun : sanctionnées par les actions prétoriennes ; pas d'acte délictuel ; faute légère ; responsabilité pour la faute d'autrui (vol commis par membres de l'équipage d'un navire : commandant assume).

Libri aureorum	Institutes de Justinien
Ces obligations naissent d'un fait individualisé par la seule connotation négative de n'être ni délit, ni contrat.	Expressions concernent plus les effets. Elles définissent directement des sources d'obligations.

Analogie avec contrat et délit concerne leurs effets : "comme si ..."	Ces obligations se forment comme un contrat ou comme un délit.
---	--

Notion de contrat et de pacte d'après Ulpien, Digeste :

Distinction entre conventiones, conventions, contractus, contrats, pacta, pactes.

Conventions : les accords donnant lieu à des actions (contrats nommés et inommés), et les conventions qui ne donnaient lieu qu'à une exception. Convention : acte par lequel deux personnes s'accordent sur un acte, c'est-à-dire, comme ceux qui viennent de plusieurs endroits sur un même lieu, ils conviennent. Tout accord, de quelque nature qu'il soit, selon Ulpiano.

Les conventions qui donnent lieu à une action ne sont plus de simples conventions, mais passent dans le nom propre du contrat : bail à loyer, prêt à l'usage, dépôt ... Ce sont les contrats propres ou contrats nommés. Ces contrats ont pour but agere, gerere ou contrahere ; ce sont des accords bilatéraux, donc synallagmatiques. Chaque contrat a besoin d'un accord sous-jacent (conventio), pour être valable. Lorsque telle convention ne passe pas dans un contrat, elle est même ainsi protégée juridiquement. Ces conventions ayant une cause sont appelées contrats innommés. La cause est la justification de l'accord (car, implicitement, il y a un avantage de part et d'autre). Les actions des contrats innommés : actio praescriptio verbis, actio aestimatoria, actio in factum.

Les pactes – les pactes nus : lorsqu'il n'y a aucune cause qui sous-tend l'obligation, celle-ci ne peut pas être établie par la convention ; donc, d'un pacte nu ne naît pas d'obligation (ni d'actio), mais il naît une exception – exceptio pacti conventi. Les pactes adjoints – ce sont des pactes compris dans les actions, accessoires aux contrats ; on applique toujours la même règle que d'un pacte ne naît pas d'action, mais il bénéficie de l'action du contrat. Les pactes prétoriens – sanctionnés par une action in factum du prêteur – le constitum et les recepta ; les pactes légitimes – leur force obligatoire était garantie par une constitution impériale.

Au Moyen Âge on créa les pacta vestita, accords desquels pouvait déduire plusieurs obligations en justice, et les pacta nuda, ou accords où les obligations n'étaient que naturelles.

A cette époque on considéra que tous les pactes doivent être obligatoires : pacta sunt servanda.

Au XVIII^e siècle triompha la liberté contractuelle.

Les obligations verbis – LA SPONSIO ET LA STIPULATION

La sponsio est la forme la plus ancienne de contrat verbis, accomplie in iure – agere per sponsionem -, sanctionnée par une action, l'actio sponsio poenalis. Le stipulator : Centum mihi dare spondesne ?... Le promissor : spondeo (formule pour les citoyens romains). Si le promissor est un pérégrin, le verbe : fidepromittis ? Fidepromitto

La stipulation, aussi nommée verborum obligatio, est une obligation qui naît de l'accomplissement strict de la forme orale. Conservation de son caractère de contrat strict et verbal exigeant des paroles selon la formule prévue selon l'échange de question et réponse du stipulator (celui qui se faisait promettre), et du promissor (celui qui se fait promettre). La question et la réponse forment une unité d'actes devant se succéder immédiatement. Les deux parties doivent être présentes. Il y a autant de stipulation que d'objets (tot stipulationes quot res) : chaque chose promise dans une stipulation fait l'objet d'une stipulation particulière.

La stipulation oblige le débiteur en créant un rapport obligationnel de nature unilatérale et stricte dans lequel, le devoir du débiteur correspond exactement au droit du créancier.

Donc, conditions : **acte oral, continu, symétrique, entre présents / engagement personnel.**

Exception : la représentation du paterfamilias par son esclave ou par le fils de famille.

Objet de la stipulation : **un objet déterminé** (si l'objet n'est pas déterminé, la stipulation est nulle); **un objet certain** [dare : *condictio certae rei*; *condictio certae creditae pecuniae*], **ou incertain** (un *facere, praestare* : *actio in stipulatio*) ; **un objet possible** : il n'y a pas d'obligation à promettre l'impossible (*culpa in contrahendo*, impossibilité initial qui entraîne 'invalidité de la stipulation). Il pouvait toutefois avoir une **impossibilité subséquente** à la stipulation (*perpetuatio obligationis*); dans ce cas-ci, l'impossibilité pouvait être de fait ou de droit, objective ou subjective. La **cause** de la stipulation peut être formellement causale ou formellement abstraite, matériellement causale ou matériellement abstraite.

Règles d'interprétation : **in dubio contra stipulatorem** – dans le doute, la solution la plus défavorable au stipulant ; **utile per inutile non vitiatur** – ce qui est valable n'est pas vicié par les parties non valables de la stipulation (nullité partielle) ; **tot stipulationes quot res sunt** – il y a autant de stipulations que de choses

"Tout le blé que voici" : la stipulation valable car objet suffisamment déterminé

Si l'expression reste générique et si tout élément individuel fait défaut, la stipulation est nulle.

Prestation certaine ou incertaine : prestation déterminée ou indéterminée

"Certaine et incertaine" se rapporte à une prestation préalablement déterminée :

prestations de choses fongibles ou non fongibles qui sont l'objet d'une obligation de donner : certain ; prestation consistant en un travail ou un service (*facere, praestare*) : incertain parce que juge doit évaluer ultérieurement la valeur chiffrable du travail.

L'objet de la stipulation doit être possible et licite

Règles : art. 20 al. 1 CO - Le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs. ; art. 119 al. 1 CO - L'obligation s'éteint lorsque l'exécution en devient impossible par suite de circonstances non imputables au débiteur. Elles n'envisagent que les hypothèses où la prestation est impossible de façon définitive et absolue.

Impossibilité temporaire - entraîne ni la nullité, ni l'extinction de la stipulation, mais suspend ses effets durant la période où son exécution est impossible. Emploi du verbe *cessare*)

L'assouplissement des règles classiques de la stipulation – Sous l'influence hellénique, le contrat de *stipulatio* devint pratiquement un contrat écrit. Par la suite, le terme désignera aussi la quittance elle-même. Selon Justinien, on retenait donc par une fiction que la stipulation avait été faite oralement.

La stipulation et l'objet multiple : la stipulation alternative et la stipulation avec faculté alternative

a) **Stipulation alternative** – la stipulation peut contenir plusieurs objets, offerts à choix et créant une obligation alternative. Qui a le droit de choisir?

Art. 72 CO : Si le contraire ne résulte pas de l'affaire, le choix appartient au **débiteur** lorsque son obligation s'étend à plusieurs prestations, mais qu'il ne peut être tenu que de l'une d'elles.

Origine : Promesse conçue ainsi : C : Promets-tu de me donner l'esclave Stichus ou l'esclave Pamphilius? D : Je le promets. Le débiteur a le droit de choisir entre les 2 esclaves mentionnés. Si le créancier veut avoir ce droit: C : Promets-tu de me donner parmi les esclaves Stichus et Pamphilius celui que je choisirai? Il doit le manifester expressément dans sa question.

b) **Stipulation portant sur une chose de genre** : la stipulation est relativement certaine, mais le débiteur devait individualiser le contenu de la prestation au moment de la livraison. **L'objet déterminé par son genre** - Art. 71 CO : La chose due n'est déterminée que par son genre. L'exécution ne peut avoir lieu qu'après que la chose ait été individualisée.

Le débiteur est lié par les expressions du créancier dans la stipulation. Il a les possibilités de choix que mots lui accordent.

c) **Stipulation avec faculté alternative** - Obligation alternative à objets multiples : faculté alternative. Elle porte sur un seul objet, mais elle donne **au débiteur** la possibilité de se libérer en substituant l'objet dû par un autre déterminé à l'avance (*una res in obligatione, duae un*

solutione – une chose en obligation, deux dans le paiement). Conséquence : si une des prestations devient impossible, l'obligation alternative ne s'éteint pas, puisque l'autre prestation reste due. Dans l'obligation avec faculté alternative, la disparition de l'objet fait disparaître l'obligation, puisque un seul objet est dû. La faculté s'éteint en même temps, puisqu'elle ne concerne pas l'obligation, mais l'exécution. Dans la pratique : obligation alternative : dans l'impossibilité, le créancier peut prétendre à la prestation restante encore possible. Faculté alternative : dans l'impossibilité, le créancier ne peut prétendre qu'aux dommages intérêts et le débiteur garde son droit de se libérer en exécutant l'autre prestation.

d) Stipulation assortie d'une clause pénale : il y a à nouveau deux choses dues, mais l'une après l'autre et non les deux ensemble comme dans la stipulation alternative. Si l'on ne livre pas Sticchus, il faut payer une peine conventionnelle d'un montant déterminé. Ex. : Si tu ne me donnes pas Sticchus, promets-tu de me donner 1000 ? Le créancier ne pouvait exiger les 1000 lorsque le créancier était en demeure pour Sticchus.

La stipulation pour autrui et le porte-fort sont interdits

Règle : l'obligation du promissior naît des paroles prononcées par le stipulator. Les sujets engagés : le stipulator et le promissior. Conséquences : impossible de faire entrer un tiers dans le rapport contractuel sans qu'il collabore activement. Toute promesse faite en faveur d'un tiers, ou toute personne ayant pour objet la prestation d'un tiers est nulle. La stipulation pour autrui (art. 112 CO) n'est pas admise en droit romain – alteri stipulari nemo potest. Le porte-fort (art. 111 CO) non plus. La mention du tiers dans la stipulation : a) Promets-tu de donner à Titius? = L'obligation du débiteur envers un tiers est impossible parce que le tiers ne participe pas activement et que le créancier (qui participe) ne veut pas être le destinataire : Stipulation nulle. Exception : Tiers = fils ou esclave du créancier. Dans ce cas-ci, le créancier devient titulaire de la créance. Le créancier peut se faire promettre du débiteur qu'il s'engage envers lui-même à fournir une prestation en faveur du tiers : nulle parce qu'une action ne peut être intentée que par celui qui y a un intérêt propre. b) Promets-tu de me donner a moi ainsi qu'à Titius? = fusion d'une stipulation ordinaire (valable) avec une stipulation pour autrui (nulle). Elle fait naître qu'une seule obligation. Mention de Titius nulle. c) Promets-tu de me donner ou de donner à Titius? = Stipulation valable. Mais seul le stipulator devient créancier. Le tiers = adjectus solutinis causa : personne ajoutée pour le paiement. Le débiteur paie indifféremment au créancier ou au tiers. Seule le créancier peut agir contre lui.

L'exclusion de la stipulation pour autrui s'étend à tous les genres de contrats.

Toutefois, l'art. 112 al. 1 CO "celui qui, agissant en son propre nom, a stipulé une obligation en faveur d'un tiers, a le droit exiger l'exécution au profit d'un tiers", repose sur idée : celui qui se fait promettre une prestation doit avoir un intérêt propre à son exécution. Or, en droit romain c'est la seule exception à la règle : les cas où l'exécution d'une prestation est également avantageuse pour le débiteur à ce que le tiers exécute la prestation (dans le cas du porte fort), ou un intérêt particulier du créancier à ce que le tiers la reçoive (dans le cas de la stipulation pour autrui). P. ex., quelqu'un qui a commencé à administrer une tutelle et a cédé l'administration à son co-tuteur et s'est fait promettre la stipulation rem pupilli salvam fore ». Autre ex. : quelqu'un promets de faire une insula et se fait promettre de quelqu'un d'autre que la maison soit faite pour le stipulant.

La solidarite active ou passive - manière usuelle de faire participer un tiers aux effets d'une stipulation, le tiers occupant une place propre qui le rend créancier ou débiteur (supplémentaire). Modalité de l'adstipulatio : Elle exige la présence des 3 personnes.

Le tiers demande au débiteur de lui donner la même chose. C : Promets-tu de me donner 10 sesterces? D : Je le promets T : Promets-tu de me donner la même chose? D : Je te le promets Créancier et tiers deviennent tous deux créanciers du débiteur pour la même prestation.

Débiteur peut payer à sa convenance toute la dette à l'un des 2.

Solidarité active - situation des créanciers : chacun a le droit de demander le paiement intégral de sa créance (art. 150 al. 1 CO) ; le paiement effectué en faveur de l'un des créanciers libère le débiteur vis-à-vis de tous les autres (art. 150 al.2 CO). **Solidarité passive concerne les débiteurs**. Chaque codébiteur est tenu pour le tout envers le créancier, et le paiement de l'un deux libère tous les autres (art. 143 et ss. CO). Forme de la solidarité passive: C : Promettez-vous de me donner 10 sesterces? D1 et D2 : Nous le promettons. **Principe de corréalité** régit la solidarité entre les codébiteurs. Principe : l'obligation solidaire ne crée qu'un **seul et unique lien** qui, une fois éteint, ne laisse plus rien subsister. En cas d'inexécution, le créancier doit très bien choisir le débiteur contre lequel il veut intenter une action, car il épuise entièrement son droit dans le premier procès.

Remarque : □ Obligation solidaire issue d'un contrat consensuel de bonne foi : le créancier peut agir contre tous les codébiteurs, l'un après l'autre, jusqu'à son entière satisfaction, puisque cette forme de solidarité implique autant de liens juridiques que de débiteurs (solutionskonkurrenz).

Le cautionnement - permet au créancier d'obtenir une sûreté en ce sens qu'il obtient qu'une deuxième personne s'engage aux côtés du débiteur pour payer la dette si celui-ci ne la paie pas. Le créancier dispose donc d'une garantie supplémentaire ; l'art. 492 al. 1 CO dispose le suivant : « Le cautionnement est un contrat par lequel une personne s'engage envers le créancier à garantir le paiement de la dette contractée par le débiteur ». On dit qu'il s'agit d'une sûreté personnelle (patrimoine d'une personne), par rapport aux sûretés réelles (produit de la vente d'une chose garantissant le paiement).

Le cautionnement de droit romain demande une stipulation : la caution promet au créancier de garantir l'exécution de la dette du débiteur. Il existe □ deux formes de stipulation :

La sponsio (le sponsor), réservée aux citoyens romains : la caution s'engage en prononçant le verbe spondere (spondeo). La sponsio crée ainsi une obligation solidaire de la caution, à côté du débiteur. Le débiteur promet. Le créancier demande à la caution de promettre. La caution promet. Elle est accessoire et intransmissible aux héritiers.

La fide promissio, accessible aux étrangers : Me promets-tu sur ta foi la même chose?

Je te le promets. Le recours à la foi engagée lie l'étranger et les citoyens sans distinction.

Ces deux formes sont adaptées qu'aux obligations nées d'un contrat verbal. Elle est accessoire et intransmissible aux héritiers. Ce sont des actions simultanées à la stipulatio, dans un premier temps.

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

Divergence et convergence de la sponsio avec la fideiussio

1. Sponsio - La règle fondamentale concerne l'accessorité de la caution à la dette principale.

Caution et débiteur sont liés au créancier par un rapport de solidarité qui, pour les obligations nées d'une stipulation, revêtait la forme spéciale et stricte de la corréalité. Le créancier choisit

soit d'agir contre le débiteur, soit directement contre la caution (engagée à côté et non pas derrière le débiteur). Justinien octroie à la caution le bénéfice de discussion – le □ créancier recherche d'abord le débiteur. Ce bénéfice ôte au cautionnement sa valeur pratique.

Toutefois, la coutume exige que le créancier ait sommé en vain le débiteur avant de poursuivre la caution. De fait et après Justinien, de droit, la caution assume une responsabilité subsidiaire.

2. fidejusso – La caution crée une solidarité totale et le créancier peut demander le paiement intégral au débiteur principal ou à l'une des cautions. Dans le cautionnement par Sponsio, chacune caution est tenue à concurrence d'une quote-part du montant total.

Créancier doit intenter une action contre chaque garant.

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

L'obligation soumise aux clauses spéciales de la condition et du terme

Condition suspensive = un événement futur et incertain auquel les effets de la stipulation sont subordonnés.

Modèle général : C : Promets-tu de me donner l'esclave Stichus, si Antoine devient Consul?

D : Je le donnerai.

Condition casuelle = un événement qui a lieu uniquement par hasard ou par la volonté d'un tiers.

Condition potestative = un événement qui dépend de l'intervention de l'une ou de l'autre des parties au contrat. Elle réside dans la volonté de l'une des parties.

Condition impropre (aujourd'hui)

C : Promets-tu de me donner 100 si le navire est arrivé d'Asie?

D : Je le promets

La condition se rapporte au présent ou au passé. Au moment du contrat, événement condition a déjà eu lieu. Il n'est ni futur ni incertain, mais les parties ignorent s'il s'est réalisé ou non.

La révélation de l'événement = la condition (art. 151 CO : "un événement incertain").

Un emploi spécial de la condition suspensive potestative : la stipulation pénale

Elle assure d'une façon indirecte l'exécution d'une convention : débiteur promet une somme d'argent à titre de peine en cas d'inexécution du contrat. Condition suspensive, négative, potestative. Suspensive : la somme promise est due après l'inexécution. Négative : condition repose sur le non-accomplissement de la prestation. Potestative : la non-exécution dépend du débiteur lui-même.

Somme promise : dommages - intérêts pour inexécution. Régime de la stipulation pénale : art. 160 al. 1 CO : "Lorsque la peine a été stipulée en vue de l'inexécution ... du contrat, le créancier ne peut, sauf convention contraire, demander que l'exécution de la peine convenu".

Le créancier doit se contenter de demander l'exécution, respectivement les dommages - intérêts de l'inexécution, tandis que le débiteur dispose de la faculté alternative de pouvoir se libérer en offrant la peine stipulée.

Possibilité d'ajouter à la stipulation pénale, une autre stipulation ; elles s'enchaînent mais restent séparées. La 1e contient la stipulation pure et simple. La 2e contient la promesse de la peine.

C : Promets-tu de me donner l'esclave Stichus? Si tu ne me le donnes pas, promets-tu de me donner 100?

D : Je le promets.

En cas d'inexécution, le créancier ne peut exiger que la peine convenue.

La condition de la stipulation pénale peut envisager la situation où la prestation ne serait pas exécutée au moment et au lieu prévu.

C : Promets-tu de me donner 100, si tu ne me donnes pas jusqu'aux calendes de juillet les livres que tu me dois en vertu du testament de L.T.?

D : Je le promets

Effet cumulatif : le créancier peut continuer à exiger la remise des livres en sus de l'acquiescement de la peine : art. 160 al. 2 CO

Variante intéressante de la stipulation pénale : elle permet d'insérer le fait ou une prestation en faveur d'un tiers.

Prestation garantie par le débiteur en cas d'inexécution de la promesse.

C : Promets-tu de me donner 100, si Titius ne me donne pas l'esclave Stichus?

D : Oui, je le promets.

C : Promets-tu de me donner 100, si tu ne donnes pas l'esclave Stichus à Titius?

D : Oui, je le promets.

Le créancier ne peut qu'exiger la peine promise en cas d'inexécution.

Remarque : Combinaison d'une condition potestative et d'une stipulation en faveur d'un tiers ou de celle ayant pour objet la prestation d'un tiers. Toute stipulation pénale est rattachée à obligation principale par un rapport d'accessorité : sauf la stipulation pour un tiers.

Accessorité : accessorité de la caution et de l'obligation solidaire : le rapport obligationnel préexistant et la stipulation pénale lient les mêmes parties.

Sinon, les mêmes principes : nullité de l'obligation accessoire en cas de nullité de l'obligation principale.

Le défendeur - débiteur qui répond de l'inexécution de l'obligation accessoire, peut opposer les exceptions fondées sur le rapport principal.

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

Différenciation : terme / condition. Le contenu et non pas la forme est déterminant

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

Terme : Mort de quelqu'un = événement certain – est un terme; même si énoncé : "Si Paul meurt". Mais "si Paul meurt cette année" = condition.

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

Effets du terme et de la condition sur le rapport obligationnel. La doctrine du dies cedens (temps qui commence) et la doctrine du dies veniens (temps qui s'accomplit).

Le temps commence : la prestation commence à être due. Le temps s'accomplit : le jour est advenu où l'exécution de la prestation est exigible. Stipulation pure et simple : le temps commence et s'accomplit au moment de la stipulation.

Stipulation à terme : le temps commence mais ne s'accomplit pas encore. Stipulation conditionnelle : temps ne commence ni ne s'accomplit pendant toute la période où la condition est en suspens.

Conséquences – Le terme en général est en faveur du débiteur.

Le créancier ne peut exiger l'exécution, ni poursuivre le débiteur avant l'échéance du terme.

Le débiteur peut exécuter son obligation avant l'échéance, mais après ne peut plus en exiger la restitution. Une stipulation pure et simple peut donner lieu à une obligation à terme si la nature de la prestation due l'exige.

L'obligation de donner quelque chose en un lieu certain implique un terme de par sa nature même. Toutefois, des difficultés d'exécution subjectives ne produisent aucun terme.

Le développement d'une pratique de l'interprétation à travers une casuistique riche et nuancée.

Les principes généraux ont été utilisés par les juristes. Tot stipulationes quot res (autant de stipulations que d'objets). Si plusieurs objets cumulés dans une stipulation, ils y figurent comme des objets séparés : on compte autant d'objets que de stipulations.

Attention : il faut déterminer ce qui forme une unité d'objets et ce qui est un objet individuel.

un legs qui contient plusieurs objets forme une unité ; ensemble des esclaves qui appartiennent à un sujet forme une unité. La règle s'applique seulement lorsqu'il y a une juxtaposition d'objets. Ex. : Débiteur promet 4 chevaux déterminés formant un quadrigé, sans savoir que l'un d'eux est déjà mort au moment de la promesse. Stipulation nulle, car porte sur une prestation impossible. En revanche, si chaque cheval est considéré individuellement, affaire = 4 stipulations dont 3 valables et 1 nulle. La prestation doit résulter de paroles expresses, tandis que l'obligation subsidiaire de praestare se déduit de la nature même de la principale. Si l'esclave que j'ai stipulé est mort sans que le débiteur ne l'ait soigné, dans le cas de stipulation, on ne tient compte que de la faute comme comportement actif et non comme simple omission du débiteur. Dans quelle mesure le promissor est tenu d'une obligation subsidiaire de praestare en plus de l'obligation de dare? La garantie de l'exécution de l'obligation implique l'obligation subsidiaire de s'abstenir de tout acte qui rendrait impossible la dation de la chose. Cependant, si l'obligation de praestare impose un devoir positif d'intervenir dans l'exécution, elle se transforme en une obligation de faire.

Or l'obligation de faire appartient au domaine des obligations principales qui ne peuvent pas naître lorsque les termes de la stipulation ne la mentionnent pas expressément. La stipulation doit être interprétée dans le sens le plus favorable au débiteur. Le doute profite à ce dernier, vu que c'est le stipulant qui détermine le contenu de l'acte. Le promissor en est réduit à y adhérer sans objection. On doit considérer les circonstances de la naissance du lien obligationnel comme omises si les paroles n'ont rien mentionné expressément; on interprétera le tout en faveur du débiteur parce que le créancier avait une large liberté dans la formulation des paroles. En matière de stipulation, quand on demande ce qui a été négocié, le doute est contre le créancier stipulant.

Causes de l'impossibilité d'exécution ; cause juridique ; esclave affranchi ; cause naturelle ; esclave mort

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

Impossibilité naturelle - Règlement selon le type de l'objet et de l'obligation . Que pour des obligations dont l'objet est un corps certain et individuellement déterminé ou déterminé par un genre susceptible de périr entièrement (20 amphores de vin de année 97).

Si l'objet appartient à "un genre limité" (100 oeufs de poule), ce genre ne périt pas.

Si l'impossibilité frappe l'une des prestations d'une obligation alternative, l'autre est toujours due.

Les effets des contrats consensuels

Le contenu des prestations des contrats de bonne foi : donner - faire, dare - facere

Toutes les formules des actions de bonne foi déterminent le contenu de la prestation par le dare - facere. Le dare - facere ne spécifie pas les prestations (vente, location mandat), mais englobe indifféremment tout ce que les parties se doivent en vertu d'un contrat particulier.

Le dare - facere est dans la formule qui indique le comportement dû pour l'accomplissement du but déterminé par le contrat selon la bonne foi. Cette délimitation générique pose un problème concernant la nature de la prestation dans les contrats de bonne foi.

Le débiteur doit devenir actif, soit uniquement en vue du résultat voulu - transfert de la chose -, soit en fournissant une activité réalisant un but précis – ouvrage - soit en vue d'un simple service à rendre – travail -, en faisant abstraction du but à atteindre.

Division entre les obligations de résultat et celles de moyens en droit moderne selon le rôle que le but de la prestation joue dans la structure de l'obligation.

OBLIGATION DE RESULTAT

Le but en fait partie, car il s'identifie avec la prestation due et l'achève : Ex. : l'obligation d'un entrepreneur de fournir une prestation

OBLIGATION DE MOYEN

Si le débiteur s'est engagé à exécuter l'activité appropriée au but, il n'est en revanche pas tenu d'assurer la réalisation de ce dernier.

Ex. : contrat de travail : l'ouvrier doit fournir une activité.

Obligation de résultat - L'obligation de l'entrepreneur dans un contrat d'entreprise. But : fournir l'ouvrage, à savoir un produit manufacturé. Objet de l'obligation : le résultat du travail et non le travail comme tel, de manière que l'exécution de la prestation promise intervient au moment de la livraison. **Obligation de moyens.** Contrat de travail : l'ouvrier doit fournir une activité. Il s'engage à mettre son énergie au service du patron. But du travail est déterminé par le patron. Les juristes se rendent bien compte de la différence entre dare et facere.

Obligation intermédiaires dont le but à atteindre détermine les moyens, sans faire partie intégrante de l'obligation. Obligation de médecin qui n'est pas engagé à guérir le malade, mais qui doit oeuvrer dans ce but. Il est ainsi responsable si l'exécution de sa prestation n'est pas conforme au résultat voulu.

L'obligation de non facere a une structure sui generis. Son inexécution consiste dans le seul fait de la contravention : le débiteur y contrevient en effectuant les actes interdits.

Obligation de s'abstenir de faire concurrence (340 CO) ... b. la réciprocité et l'interdépendance des obligations dans les contrats consensuels : la bonne foi

Caractéristique des contrats consensuels de bonne foi : leur structure bilatérale qui rend les deux parties cocontractantes à la fois créancières et débitrices. Les prestations et les contre-prestations se conditionnent mutuellement : l'une est la raison d'être de l'autre et chacune constitue la cause de l'autre (chaque partenaire offre sa prestation pour obtenir celle de l'autre). Conséquences : les deux obligations naissent conjointement. Bilatéralité parfaite

Elle ne se manifeste que dans les deux contrats d'échanges et en un sens particulier dans la société. Bilatéralité imparfaite

Les autres contrats consensuels (mandat, dépôt, commodat, nantissement).

Au moment de la conclusion du contrat une seule partie est obligée; cependant, l'exécution du contrat peut comporter des obligations à la charge de l'autre cocontractant. Conclusion d'un contrat de mandat ne naît que de l'obligation du mandataire d'exécuter l'activité dont il a été chargé. Mais si cette exécution occasionne des dépenses, une obligation de remboursement naît à la charge du mandant.

Structure des actions - Les contrats bilatéraux parfaits donnent naissance à 2 actions adaptées à la situation contractuelle de chaque partie. actio venditi et actio empti - pour vendeur et acheteur ; actio locati et actio conducti - pour bailleur et locataire - actio pro socio est unique, car la situation contractuelle de toutes les parties est la même.

Les contrats bilatéraux imparfaits ne produisent qu'une action en faveur de la partie que le contrat rend créancière - actio mandati du mandant. Cependant, si des obligations naissent pour l'autre partie, elle peut utiliser la même action en sa faveur, comme action contraire

actio mandati contraria du mandataire.

Les contrats qui prévoient de rendre une chose – commodat, dépôt : La bilatéralité engendre un droit de rétention qui autorise une des parties à retenir la chose due si l'autre n'offre pas sa prestation alors qu'elle peut le faire.

Les divers contrats consensuels

1. La vente, emptio – venditio : contrat synallagmatique, de bonne foi (ex fide bona »), et consensu. Conditions de validité : consentement sur merx (meuble/immeuble/droit), et prix. Conditions : un objet, merx : possible, licite, et certaine.

a. Les origines de la vente romaine. Définition : La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à payer le prix. Historique. Jusqu'au III^e siècle avant J.C. Mancipatio : chose échangée contre son prix + acte solennel. Echange simultané + formule + geste ; pas d'obligation créée. Dans un premier temps : deux stipulations réciproques pour l'échange obligationnel ; le vendeur promet de donner ; l'acheteur promet de payer. Mais chaque stipulation reste autonome et indépendante: pas de rapport réciproque.

Développement jurisprudentiel de l'emptio-venditio. □ La vente se dégage de la forme lourde de la mancipatio. L'essentiel du contrat se focalise sur l'accord quant à l'échange de la chose et au prix convenu. L'accord précède l'échange. Le vendeur doit utiliser la forme de la mancipatio pour effectuer le transfert : □ il a l'obligation de le faire! L'acheteur doit s'acquitter de son paiement. Conséquences : comme l'obligation du vendeur consiste en un faire, la vente est valable, même si la chose transférée n'appartient pas au vendeur et donc qu'il ne peut pas procurer la propriété à l'acheteur. L'acheteur est exposé au risque de l'éviction, si le tiers propriétaire exerce une action en revendication contre lui. L'obligatio auctoritas protège l'acheteur. Elle oblige l'aliénateur de la chose (vendeur) à prendre fait et cause pour l'acquéreur dans le procès en revendication intenté par un tiers et à payer à l'acheteur le double du prix s'il perd. La mancipatio perd peu à peu sa nature d'acte d'échange et devient simplement un mode de transfert de propriété. Le geste formel devient symbolique.

L'obligatio auctoris (fondée sur le lien entre la mancipatio et le paiement formel du prix) perd son fondement.

Nouvelle structure de la vente composée par l'accord des parties sur l'échange de la chose et de son prix de la mancipatio et du paiement du prix en tant qu'actes d'exécution de ce qui est convenu. Cette forme de vente est également appliquée aux échanges par simple tradition autonome par rapport au paiement du prix et n'incluant aucune garantie contre l'éviction.

Cette forme de vente est ouverte au res nec mancipi. Elle est accessible aux étrangers et aux citoyens romains trop paresseux pour recourir au formalisme de la mancipatio.

Les obligations nées du contrat de vente. Le contrat de vente repose sur l'accord des parties et est soumis au régime de la bonne foi. Il devient un contrat appartenant à l'ordre juridique romain et au jus gentium. Le régime d'obligations est complexe mais souple. Distinction :

obligations principales : corps du contrat ; obligations secondaires : garantissent le bon déroulement de l'opération de l'échange.

L'obligation principale de l'acheteur : payer le prix (pretium dare) ; payer les intérêts moratoires (si faute dans la demeure) ; payer les frais de garde (actio venditi).

Le prix – pretium : en argent ; verum ; certum ; iustum. Chacun peut marchander, mais le prix ne pas être inférieur à la moitié.

La vente engendre une seule obligation à la charge de l'acheteur : payer le prix (argent). L'échange de 2 marchandises représente un troc soumis au régime des contrats innommés. Règle assouplie : une partie du prix peut être remplacée par des prestations en nature. Le prix doit être réel. La vente est nulle si le prix est dérisoire ou gratuit, car dissimule une donation. Mais la vente est valable, si quelqu'un vend à un prix réduit à titre de donation. Aucun critère n'est établi pour délimiter le juste prix. La laesio enormis sous Dioclétien. Elle permet au vendeur le droit d'invalider le contrat si le prix est inférieur à la moitié de la valeur de la chose; et si l'acheteur ne veut pas payer la différence à concurrence du prix complet.

Les obligations du vendeur - Il doit exécuter la prestation caractéristique du contrat: livrer la chose à l'acheteur. Simple tradition pour l'achat de res nec mancipi. Mancipatio pour transférer des res mancipi. **Le vendeur accomplit son devoir en transférant la possession paisible de la chose libre de tout danger d'éviction d'un tiers** (vacuum possessionem tradere). **Il garantit à l'acheteur une possession durable de la chose vendue.** Le vendeur est obligé d'exécuter l'acte nécessaire au transfert de la propriété en faisant abstraction de son résultat : l'acquisition de la propriété de la part de l'acheteur. De toute façon, celui-ci est protégé de l'éviction. Dans la pratique, même pour le transfert des res mancipi, la tradition suffit. Plus simple que la mancipatio, elle suffit pour mettre l'acheteur dans la position d'un usucapant. Celui-ci acquiert après l'écoulement d'un certain délai, la propriété civile et jouit de la protection de l'action publicienne. La vente inclut le vaste rayon des objets mais aussi le domaine des droits non transmissibles naturellement. On utilise (à la place d'une tradition ou d'une mancipatio) la cession par laquelle un usufruit ou une servitude sont créés.

La vente des choses futures – Choses futures sans risques – Existence assurée, contrat pur et imple ; Emptio rei sperate – chose esperée (dans un délai prévisible) ; prix en principe par unité de mesure – contrat sous condition suspensive. Emptio spei : simple espoir (contrat aléatoire) ; prix global ou forfaitaire.

On peut conclure un contrat pour un objet déterminé qui n'existe pas encore. Il suffit qu'il existe à la livraison. Le contrat est valable pourvu que l'existence future de l'objet ne soit pas mis en doute (blé non moissonné). Le contrat est soumis à une condition suspensive lorsque l'objet vendu risque de ne pas exister (blé non encore semé). □ La vente ne développe ses effets que si la chose en question existe réellement. Le contrat est valable pour la vente d'objet dont l'existence est aléatoire : pêche, loterie, assurances. L'acheteur court le risque de ne rien obtenir, car il achète une chance.

Les obligations accessoires du vendeur : les garanties contre les vices cachés et les garanties contre l'éviction. Les obligations accessoires découlent des obligations principales mais n'en font pas partie : les contractants sont libres de modifier ces dispositions, (explicitement toutefois). Le principe en droit antique contre les défauts : caveat emptor : l'acheteur doit supporter seul le risque du défaut (il doit être vigilant). Exception : de modo agri : limitée à la vente d'immeuble par mancipatio ; limitée au défaut de contenance : conséquence : condamnation au double de la différence.

Les garanties contre l'éviction. Le vendeur s'engage envers l'acheteur, victime d'une action en justice, de le garantir contre l'éviction : la perte du procès. Jusqu'à la fin du I^{er} siècle après J.C. cette obligation n'est pas incluse dans le contrat mais est prévue à part. Le vendeur promet une somme d'argent en cas d'éviction. Sauf en cas de mancipatio : obligatio auctoris.

La promesse (stipulation conditionnelle) porte sur le paiement. Au début du II^e siècle après J.C. La garantie contre l'éviction est considérée comme un effet naturel et direct de la vente.

Aspect moderne : le vendeur doit indemniser l'acheteur dans la mesure de son intérêt pour la propriété de la chose, même si le prix n'a pas encore été payé. □ On tient compte de toutes les circonstances du cas : tantôt en faveur de l'acheteur, tantôt en faveur du vendeur. Les cas d'éviction partielle sont couverts : chose grevée d'un droit réel limité. Le vendeur doit assumer la responsabilité objective indépendante de toute culpabilité, si l'acheteur vient à être levé.

Toutefois, le lésé ne dispose de l'action d'éviction que s'il a dûment attiré l'attention du vendeur sur le procès qui le menace.

Les garanties contre les vices cachés et les actions édiliciennes. Elles se sont développées dans le cadre de l'**actio empti**. L'usage voulait, lors de la conclusion du contrat, que l'on complète les stipulations de garantie contre l'éviction, par une promesse garantissant certaines qualités de l'objet vendu : **les dicta** et les **promissa**. But : distinguer les qualités promises des boniments du vendeur. L'esclave est beau, l'esclave sait lire. Le vendeur doit révéler les défauts qui font

obstacle à l'emploi de la chose. Il garantit l'absence de défaut qui matériellement ou juridiquement enlèvent à la chose soit sa valeur, soit sont utilité prévue, ou qui les diminuent dans une notable mesure (197 CO). Il répond des défauts, même s'il les ignore, mais leur connaissance modifie l'étendue du dédommagement. La responsabilité pour ces défauts donne lieu à une *actio empti* : l'acheteur obtient soit une diminution du prix, soit en cas de faute du vendeur, une indemnité pour les dommages produits par les défauts eux-mêmes. **En droit classique : *actio empti* – limitée à la fraude (*dolus malus*) et aux assurances (*dicta*) : intérêt représenté par l'absence du défaut. L'*actio stipulati* : seulement si stipulation pour vice caché (*promissa*) ; limitée au cas où effectivement stipulé ; limité aux immeubles, esclaves, animaux ; généralement jointe à la *stipulatio duplae* : intérêt représenté par l'absence du défaut.** Au I^{er} siècle, l'**édit des édiles** donnent une nouvelle base à ce régime lacunaire. Dans un premier temps pour l'achat de bétail et d'esclaves puis pour l'achat de tout meuble.

Selon cet édit, le vendeur s'oblige à assurer l'acheteur : contre l'existence de vices physiques, juridiques ou moraux, qui sont précisés et qui empêchent l'emploi usuel de l'objet. Des qualités particulières que le vendeur a explicitement garanties et promises à l'acheteur.

Les "vices - rédhibitoires" = défauts de la chose figurent aussi dans l'édit des édiles. Deux voies de droit au choix de l'acheteur déçu : l'***actio redhibitoria***. Elle aboutit à la résolution du contrat de vente et au retour des prestations fournies. L'action ***quantum minoris***, action minutoire. L'acheteur peut obtenir une réduction du prix, proportionnelle à la diminution de la valeur de la chose provoquée par le vice. Elle se prescrit par une année dès la conclusion du contrat. Les garanties contre les vices cachés (édit), *vitia latentia* : le vendeur ne répond pas des défauts dont l'acheteur aurait dû s'apercevoir lui-même en examinant la chose avec une attention suffisante (200.2 CO). Le recours aux actions rédhibitoires et minutoires n'empêche pas l'acheteur de prétendre à des dommages-intérêts, *actio empti*.

L'obligation générale de *purgari dolo malo* - C'est une obligation générale imposée au vendeur qui lui impose d'être "net de toute fraude" = règle de réserve. Elle sert à maintenir la sanction de certains comportements contraires à la bonne foi, lorsque le jeu des pactes adjoints fait douter qu'ils soient devenus licites.

La responsabilité et le risque - La vente consensuelle se sépare entre la conclusion du contrat (détermination de la chose à livrer et du prix à payer) et l'exécution des obligations réciproques (le paiement du prix et la livraison de la chose). Entre ces deux phases, beaucoup de temps peut s'écouler. Pendant ce temps, la chose reste aux mains du vendeur. Mais la chose peut disparaître malgré la bonne foi du vendeur ou être détruite de façon fortuite. ***Periculum est emptoris perfecta emptio***, le risque est à la charge de l'acheteur dès la perfection du contrat. Le vendeur en cas de perte est libéré de son obligation de livrer. L'acheteur reste obligé de payer le prix et ceci sans pouvoir exiger une contre-prestation. Principe : Les avantages et les désavantages passent à l'acheteur dès la conclusion du contrat. Le passage du risque s'effectue au moment de la conclusion du contrat. La question de savoir si la vente est parfaite; imparfaite : charge du vendeur. En principe, l'acheteur n'a plus qu'à prendre l'objet de vente en livraison. Exceptions : Si les parties ont ajouté au contrat une condition suspensive et soumis à la vente à un essai de la chose ou à l'arrivée de la chose à bon port. Si la chose vendue au poids, à la pièce ou à la mesure n'est pas encore spécifiée ou individualisée. Si l'objet n'est pas encore prêt à être livré et se trouve mêlé aux biens du vendeur.

Origines de la manière de régler les risques - Les juristes ont essayé d'assimiler la vente consensuelle à la vente au comptant (forme la plus usuelle), □ peut-être point de référence : l'échange des prestations est simultané : □ aucun risque à craindre. Déduction de la règle : *periculum est emptoris* : les risques incombent toujours à celui qui est en retard par rapport à l'exécution instantanée et simultanée. Dès que la chose est prête à être livrée, la phase d'aliénation commence : l'□ acheteur responsable.

Droit moderne - Le risque est à la charge de celui qui détient la chose et qui, de ce fait en est le plus proche. De plus, le principe *periculum est emptoris* contredit la structure synallagmatique du contrat : si

le vendeur devient libre de la livraison : □surveillance sur la chose, prendre soin de la chose, la sauvegarder du vol. Compensation - Mais la custodia est limitée par les forces auxquelles on ne peut pas résister. Les pactes adjoints à la vente - Pour s'adapter à des besoins particuliers, les parties formulent des pactes adjoints. **In diem addictio**, adjudication à terme - Il permet au vendeur de résilier le contrat, si avant une date fixée, un autre acheteur offre un prix plus élevé.

Lex commissoria, pacte comissoire - Il autorise le vendeur à faire résilier le contrat, si le prix n'est pas payé à échéance. Le vendeur peut résoudre le contrat : □condition résolutoire de la vente. **Pactum displicentiae**, vente à l'essai - Elle réserve à l'acheteur la possibilité de résoudre le contrat avant une date fixée, si la chose lui déplaît.

2. Le louage, location - conductio

Le verbe locare s'applique à toute une série de contrats ; locare + complément objet de la chose louée + adjectif verbal (= activité du conductor sur la chose) ; servum curandum, soigner un esclave ; locare vitulos pascendos, mener des veaux au pâturage. Il existe aussi le contrat de transport : locare vinum de Campania ad Romam transportandum
colonnas transportandas.

La désignation **locatio- conductio** s'applique à toute demande d'usage de la chose ou de prestation de service contre rémunération (locatio). Les contrats de locatio conductio se divisent en locatio-conductio rei – contrat de bail, locatio conductum operarum (opera indéterminé, louage de services) – contrat de travail, et locatio-conductum operis (operis faciendi, déterminé) – contrat d'entreprise. Unité ou trichotomie ? La structure est la même : c'est un contrat de consensus, synallagmatique et de bonne foi, car il est sanctionné par une action de bonne foi. Ce sont les pandectistes qui ont fait la distinction entre ses trois contrats de locatio-conductio, mais elle correspond au Code suisse : le contrat de bail (253 ss CO), le contrat de travail (319 ss CO), et le contrat d'entreprise (363 ss CO) .

Définition de la locatio – conductio – c'est un contrat par lequel une personne s'engage à procurer à une autre soit la jouissance d'une chose quelconque, soit la prestation de services de tous genres moyennant rémunération. La rémunération (**merces** = □**prix**) donne au contrat un caractère strictement bilatéral : la locatio - conductio sont deux prestations principales qui s'échangent dans le contrat.

a) **Locatio rei, location de la chose : le bail, louage de la chose.** Le bailleur s'oblige à céder l'usage d'une chose au preneur moyennant un loyer (253 CO). Le locator doit mettre à disposition du conductor une chose en bon état (remise de la detentio). La chose est louée utenda c'est-à-dire pour une utilisation conforme à sa destination économique. Le conductor peut en user : res locata (usage) – contrat de bail; fructus locata (usage et fruits) – contrat de bail à ferme. Le conductor doit payer au locator le prix – merces : prévu en argent, verum et certum (c'est-à-dire, vrai, autrement il s'agit d'une donation), et certum, c'est-à-dire, objectivement déterminé et déterminable. Le locator défend le conductor contre les tiers, puisque celui-ci n'est que le détenteur. Le conductor répond de la perte et de la détérioration fautive de la chose, à la suite d'un usage non conforme à sa nature ou aux clauses spécifiques du contrat (négligence et maladresse incluses). Autrement, le locator doit payer les dépenses liées à l'**existence** de la chose. La durée d'utilisation dépend de la convention entre les cocontractants – lustrum, cinq ans. Le ius migrandum/ius repellendi ce sont des droits qui au locator soit de mettre fin prématurément au contrat, soit d'expulser le conductor, en cas de violation des règles de la bonne foi. Si, à la fin du contrat, le conductor n'expulse pas le conductor, le contrat se renouvelle tacitement. Les parties peuvent aussi prévoir dans leur accord une période déterminée comprenant le cas échéant une prolongation tacite. A l'expiration du contrat, il rend la chose en bon état. Note : l'ager vectigalis : les fonds appartenant au municipium, ager publicus, sont loués à perpétuité ; l'emphytéose, c'est aussi un bail perpétuel, sur les terres de l'empereur.

Répartition des risques : **règle du periculum locatoris** : le locator répond du danger qui menace immédiatement l'**existence** de la chose donnée en location, et le risque de la vis maior, soit un

événement auquel on ne peut pas résister ; le locataire répond des risques qui proviennent de l'usage et de l'utilisation de la chose elle-même. L'actio conducti et l'actio locati permettent d'obtenir des dommages intérêts du conductor et du locator.

Le louage d'un droit est une variante de locatio. Le titulaire d'un droit d'habitation peut habitationem facere. L'usufruitier peut louer la jouissance de la chose. **La vente rompt le contrat de locatio-conductio (art. 261 CO)**. Pour se protéger, le conductor peut passer un pacte avec le locator pour la prolongation du contrat malgré la vente.

b) **Locatio conductio operarum** : le contrat de travail - louage de services ; consensus, bilatéral parfait.

Le locator (travailleur) s'engage à fournir son activité, ou services (operae), pour un certain temps au conductor (employeur), en échange d'une rémunération (merces). Le salaire devait consister en argent et être verum. A Rome, l'homme libre qui loue son travail en échange d'une merces est un mercenarius. Il est placé au même niveau que l'esclave de celui auprès duquel il se met au service. Domaines agricoles : main-d'oeuvre libre et esclaves travaillent côte à côte. Les travailleurs au service des artisans citadins sont mieux lotis.

Les contrats de travail sont rédigés par écrit selon des modèles types.

Deux éléments caractérisent les rapports ouvriers/patrons : le travailleur ne travaille pas comme ouvrier indépendant, mais sous contrôle du patron qui l'embauche et qui lui fournit du travail qu'il doit exécuter selon ses ordres. Le travail n'est pas évalué en fonction du résultat, mais du temps que l'ouvrier y consacre.

Répartition des risques : **Periculum conductoris** : si l'ouvrier, en raison d'une maladie, ne peut pas travailler, il perd immédiatement la possibilité d'exiger sa rémunération. Si l'arrêt du travail ne dépend pas de lui, il touche intégralement son salaire.

La locatio operarum n'est utilisée que par les manœuvres. Le médecin ne loue pas son travail, il prend en louage l'esclave d'autrui pour le soigner. Les professions libérales se servent du mandat : gratuité ; honoraires possibles. L'avocat romain ne possède pas d'action civile ou prétorienne contre son client pour les obtenir. Il a une possibilité de recours extra ordinem devant les Cours de justices de l'administration impériale, à part le juriste qui ne travaille pas pour une rémunération = service rendu à la communauté.

c) **Locatio conductio operis** – opera déterminé – c'est le **contrat d'entreprise**. Le contrat d'entreprise est le contrat par lequel le conductor (entrepreneur) s'oblige à exécuter un ouvrage (opus), ou à mener à bien une activité (soigner un malade), à un locator (maître d'ouvrage), moyennant une rémunération (un prix certum, verum et en argent). L'objet du contrat n'existe pas au moment de la conclusion de celui-ci, car sa production en est le but, le résultat. La locatio conductio operis est utilisée par les professionnels indépendants

Il s'agit de l'ouvrage de grande maçonnerie aux travaux de menuiserie. L'activité du conductor a un caractère professionnel. Il doit s'exécuter selon les règles techniques régissant chaque type de prestation. Il répond de l'inexécution, du retard fautif (culpa), de la maladresse professionnelle (imperitia), de la mauvaise exécution et des dommages que celle-ci a causé à la chose livrée par le locator. La remise d'une chose est nécessaire = transformation d'une matière qui lui a été fournie. Le conductor répond aussi des matériaux qui lui sont confiés (custodia). S'il engage des travailleurs, il répond de la faute des travailleurs. Lors de la locatio operis, la construction d'un bâtiment exige que le maître mette le terrain à la disposition de l'entrepreneur. Quel est le type de contrat lorsque le joaillier fournit simultanément l'or et la fabrication de la bague? La plupart du temps, il s'agit d'une vente.

Répartition des risques à l'époque classique : avant l'adprobatio, ou remise de la chose para le conductor, le risque est supporté par le locator (periculum locatoris), à moins que l'acte ne se trouvât dans la sphère d'influence du conductor (entrepreneur). Repris par le CO art. 376 et ss

3. Contrat de mandat, mandatum, et la gestion d'affaires

S'applique à toute demande d'activité ou de prestation de service contre sans rémunération (mandat). C'est le contrat par lequel le mandataire s'engage à gérer l'affaire dont il est chargé ou à rendre les services qu'il a promis.. Le mandant met son affaire entre les mains (manum datum) d'un autre qui s'oblige à exécuter le mandat personnellement, sans pouvoir le déléguer à un tiers. Cependant, le mandat et le mandataire peuvent être liés par des intérêts mixtes : le mandataire trouve aussi un intérêt au mandat : □Mandatarius in rem suam. C'est un contrat **consensuel, bilatéral imparfait** (l'obligation principale était celle du mandataire ; obligation accessoire de rémunérer les frais subis par le mandataire pour exécuter le mandat), de **bonne foi** (contrat gouverné par la fides), et **inter amicos** (il existe un climat de confiance entre le mandant et le mandataire). Contrat de mea gratia (dans l'intérêt du mandant, dominus); ou de sua gratia (dans l'intérêt d'un tiers) : faire des démarches pour un autre. Champ d'application : gérer une ou des affaires ; accomplir des actes juridiques ; administrer des biens. Caractéristiques : À la différence d'un contrat de locatio-conductio, le mandataire n'est pas obligé d'un résultat. Il se fait à titre gratuit, mais la gratuité n'empêche pas au mandataire de demander des honoraires par la procédure extra ordinem.

Il existe deux actions pour régler les différends: actio directa mandati et l'actio contraria. Les obligations du mandataire : le mandataire doit exécuter le mandat. A l'origine sa responsabilité se limitait à une **responsabilité pour dol** en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution. Mais il existe aussi la **responsabilité pour culpa** (faute). Effet : **ignominia**, le marque d'infamie en raison de la violation du rapport de confiance. Au I siècle, le mandataire répond de sa faute. Les obligations du mandant : le mandant doit **rembourser les frais et réparer le dommages subi** par le mandataire. **Accepter de libérer le mandataire et payer les honoraires convenus**. Fin du mandat : le mandat s'éteint avec la mort d'un des partenaires.

Il est révocable par le mandant à condition qu'il rembourse au mandataire les frais que ce retrait implique. Si le mandat présente un intérêt pour le mandataire, le mandant ne peut pas le révoquer. Le mandataire peut toujours renoncer au mandat s'il n'a pas encore commencé l'exécution et que cette inexécution cause aucun préjudice au mandat.

Cas particulier : le **mandatum qualificatum (mandat qualifié), ou mandatum pecuniae credendae - mandat de crédit**. Le mandant donne l'ordre à son mandataire de prêter une somme d'argent à un tiers qui, par ce crédit, devient le débiteur du mandataire. C'est ce que l'on appelle l'ordre de crédit. Si l'emprunteur ne peut plus restituer le prêt (mutuum) au mandataire, celui-ci peut se retourner contre le mandant pour réclamer son argent : actio mandati contraria. Ainsi le mandataire garantit le remboursement du prêt accordé au tiers.

La gestion d'affaires sans mandat, negotarium gestio. Définition : c'est un quasi-contrat auquel le régime du contrat est appliqué. Caractéristiques : c'est un **acte de gestion** ; il s'agit de la **gestion des affaires d'autrui** ; c'est une **gestion utile pour le maître**. Le maître est censé accepter l'aide du gérant de sorte que la gestion fait naître un rapport obligationnel qui crée des devoirs analogues à ceux du mandat. Limitations pour éviter des immixtion dans les affaires d'autrui. Deux actions de bonne foi : **actio negotiorum gestorum**, action de gestion d'affaires : le maître contre le gérant. Action contraire : **judicium contrarium**, le gérant contre le maître. Ces actions appartiennent au groupe des judicia bonae fidei, des actions de bonne foi. Elles trouvent leur source dans la gestion elle-même.

Comme il s'agit d'un quasi-contrat, les éléments du mandat s'appliquent par analogie.

Différences : le rapport obligationnel entre le gérant et le maître commencent au moment où le gérant a commencé son activité. Pour produire ses effets et accorder des droits au gérant, il faut que son activité soit utile au maître, au moins au début. Le gérant poursuit la gestion des affaires du maître (entreprise de sa propre initiative) jusqu'au bout conformément aux intérêts et aux intentions présumables du maître. Les actes du gérant sont appréciés plus rigoureusement, car celui-ci se mêle des affaires d'un tiers : responsabilité plus lourde soumise au régime de la faute. Le maître rembourse et indemnise le gérant

comme dans le mandat. Une gestion inutile ne fait naître aucune obligation. L'approbation du maître l'engage comme dans un mandat : la ratification est assimilée au mandat.

Le procurateur : la gérance d'affaire lui est souvent confiée. Le procurateur est un homme de confiance, un ancien esclave auquel le maître donne une procuration c'est-à-dire le pouvoir de gérer certaines affaires pour son compte ou l'administration de l'ensemble de ses biens, partout et toujours ou en un lieu déterminé. Cette procuration l'autorise, mais ne l'oblige pas, à gérer les affaires. La gestion fait partie de la procuration. Toute discussion sur l'utilité de la gestion perd son sens par la présence de la procuration. Le gérant répond de sa faute.

4. La societas (société simple). Définition : c'est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun (art. 530 CO). C'est un contrat multilatéral, de bonne foi, consensus, de durée - consentement des partenaires, explicite ou tacite, qui doit se maintenir pendant toute la durée de la société. Conditions : **plusieurs personnes ; union des efforts et des ressources dans un but commun ; dans une durée ; et selon l'accord des volontés.**

Origine : consortium ercto non cito, ou communauté héréditaire ; propriété commune entre des héritiers (ercto non cito).

Types de sociétés : distinction en fonction du but commun. Une seule affaire : unitius negotii. Société pour quelques affaires : societas negotiationis alicui (par ex., pour le prélèvement des impôts). Un type d'activité : société à but économique défini soit de commerce, soit exercice d'une industrie. Société générale de revenus, d'acquisition et d'épargne.

La societas leonina est nulle.

En droit romain, la société n'a pas de personnalité propre (exception : societas vectigalis).

Différence entre societas et communio : présence ou non de l'affectio societas. En droit moderne, les associés d'une société simple sont plutôt propriétaires en main commune – art. 652 CC.

Les obligations des associés : les associés peuvent s'entendre librement pour déterminer les apports de chacun. Le contrat contient un règlement sur **la nature et le montant des apports** concernant tantôt des sommes **d'argent** ; tantôt des **biens matériels** ; tantôt même du **travail**.

Organosation de la société : une clause générale doit **régler proportionnellement le partage des bénéfices et des pertes entre les associés (CO 533). A défaut d'une telle clause, chaque associé est censé y participer pour une part égale.** En l'absence de responsabilité à l'égard des tiers : les associés donnent pouvoir à l'un d'eux pour agir pour le compte de la société. En cas de responsabilité à l'égard d'un tiers, l'associé qui avait commis une faute par dol, culpa in abstracto, custodia, était lui seul responsable. Malgré la responsabilité générale limitée au dol, les prestations spéciales dues par un associé restent soumises au régime du contrat le plus proche ; si un associé doit une prestation technique, sa responsabilité est régie par les règles du contrat de louage. Si un dommage est causé à la chose commune, le régime de la responsabilité pour cet acte illicite (ou responsabilité aquilienne est appliqué).

La dissolution de la société (art. 545 CO) : **la mort de l'un des associés; la réalisation du but de la société ; la dénonciation par un des membres : le fait d'intenter l'actio pro socio.** Un associé n'a aucun moyen pour forcer son associé à faire quelque chose. S'il a une raison de s'en plaindre, il peut dénoncer le contrat et exiger le partage. Si l'accord est impossible : l'action pro socio, mène automatiquement à la dissolution de la société, car aucune action peut être intenté tant que dure la société. Au cours de cette action, on détermine les responsabilités de chacun et on liquide les dettes et les créances sous forme d'une condamnation solde. Il faut éviter la condamnation qui rend ignominiosus.

Liquidation : actio pro socio : elle permet de faire exécuter la promesse de faire un apport ; de prendre en compte toutes les créances et les dettes ; d'indemniser pour la responsabilité (ce qui permet une égalisation des frais consentis).

Pour une adiudicatio de la propriété, il faut recourir à l'actio communi dividundo. L'actio pro socio et l'actio communi dividundo peuvent être accessoires.