

Manuel de droit romain

Patrick Vassart



bruylant

Manuel de droit romain

Patrick Vassart



bruylant

Manuel de droit romain

Patrick Vassart



bruylant

Pour toute information sur nos fonds et nos nouveautés dans votre domaine de spécialisation, consultez nos sites web via www.larciergroup.com.

© Groupe Larcier s.a., 2015

Éditions Bruylant

Rue des Minimes, 39 • B-1000 Bruxelles

EAN : 978- 978-2-8027-5014-7

Cette version numérique de l'ouvrage a été réalisée par Nord Compo pour le Groupe Larcier. Nous vous remercions de respecter la propriété littéraire et artistique. Le « photoco-pillage » menace l'avenir du livre.

« Ils mettent la chance en doute mais comptent le courage au nombre des certitudes. »

Tacite, La Germanie, XXX, 2

« fortunam inter dubia, virtutem inter certa numerare. »

Avant-propos

Ce manuel, destiné en priorité à des étudiants de première année en droit, est une incitation à partager un étonnement : une cité que la légende dit avoir été fondée par un petit groupe* de jeunes en révolte, trop turbulents au regard de leurs voisins pour en recevoir l'hospitalité, s'est attachée à l'épanouissement de la jeunesse de notre droit.

Un juriste en devenir ne risque-t-il pas de voir altérée son incertaine vocation s'il se voit obligé d'accepter le legs, a priori poussiéreux, de textes transmis par les parchemins et papyrus qui ont survécu au naufrage de la plus grande partie des sources antiques ? Ou, du moins, de suggérer poliment et prudemment de délaissier l'herbier de si fragiles supports aux soins de bibliothécaires qui méritent le même respect qu'un philatéliste à l'ère du triomphe du courriel ? À chacun ses collections, et nul n'est tenu de visiter un musée d'histoire naturelle ou d'archéologie pour réussir l'examen préalable à la délivrance d'un permis de conduire. À moins qu'un zeste de curiosité ne conduise notre futur juriste à franchir la porte de l'une de ces bibliothèques et à se demander pourquoi ces vieux manuscrits font l'objet d'une hygrométrie aussi scrupuleuse que s'il s'agissait de conserver de grands crus classés...

Y a-t-il une lettre cachée ? Qui nous donnerait à lire et à considérer les termes de ce paradoxe : comment La société romaine ¹, marquée, à l'intérieur, de telles inégalités de conditions individuelles, à l'extérieur, d'un impérialisme qui constitue la trame de son histoire, a-t-elle pu faire éclore et léguer à la postérité une innovation aussi improbable que la norme juridique ? Un manuel ne suffira pas à répondre à cette question mais peut soutenir une expérience proposée en introduction aux études en sciences juridiques. Cette dernière expression, aujourd'hui en concurrence avec le mot « droit » lorsqu'il s'agit d'envisager le cycle d'études – à partir de legal sciences

■

en anglais (langue dont les termes abstraits sont si imprégnés de leur origine latine), le mot « science » devant être entendu en l'occurrence au sens du mot latin scientia

■

ou « savoir », comme dans la devise de l'Université Libre de Bruxelles *Scientia vincere tenebras* – de nature à troubler initialement des lecteurs moins férus de sciences exactes que de sciences humaines, renvoie au versant juridique de l'histoire dont les normes de droit positif sont le produit : animée par la conviction de la valeur pédagogique de l'explication historique – plus précisément généalogique – l'expérience consiste à donner à lire des textes du Code civil belge comme un palimpseste ou parchemin dont les manuscrits successifs ont été recouverts par des strates de libellés plus récents ayant abouti aux normes aujourd'hui en vigueur. Sans que le texte original et des versions intermédiaires n'aient pu être complètement effacées et ne puissent au contraire être restituées au point de permettre la redécouverte des archétypes ou premières occurrences des figures juridiques qui animent le droit civil contemporain.

Encore convient-il de procéder à certains choix et de ne pas confondre archéologie et tourisme : de même qu'un archéologue ne pourra procéder à des fouilles que sur un seul site la fois, n'explorerons-nous qu'un seul recueil de textes du droit civil : le Code civil belge dans son édition de l'année contemporaine de l'enseignement dont il sera le matériau brut. Enseignement dispensé à des étudiants de première année en droit à l'Université de Mons – ville au nom bien latin ! – dans la province du Hainaut, riche de quatre cents sites gallo-romains, chaque villa pouvant ressusciter une facette de la vie de nos lointains prédécesseurs comme tout Code civil national contemporain peut témoigner du fécond héritage juridique dont nous leur sommes redevables.

1. * Il serait anachronique de parler de « bande urbaine »...

Selon le simple et beau titre d'un recueil d'études de Paul Veyne.

Sommaire

AVANT-PROPOS

INTRODUCTION

SECTION 1 Le droit romain – droits objectif, subjectif ou positif

SECTION 2 Le droit romain et son histoire

SECTION 3 Distinction fondamentale : le droit public et le droit privé

PARTIE I LES PERSONNES

SECTION 1 Notion

SECTION 2 Capacité de jouissance et capacité d'exercice

SECTION 3 La personnalité en droit romain

SECTION 4 Début et fin de la personnalité en droit romain

SECTION 5 Capitis deminutio ou réduction de personnalité

SECTION 6 Capacité d'exercice

SECTION 7 Capacité des personnes morales

SECTION 8 Les droits subjectifs

PARTIE II LES BIENS

SECTION 1 Notion

SECTION 2 Le patrimoine

SECTION 3 Classifications des biens

PARTIE III LES DROITS RÉELS

SECTION 1 Introduction

SECTION 2 La possession et la détention

SECTION 3 Le droit de propriété

SECTION 4 L'usufruit, l'usage, l'habitation

SECTION 5 Les servitudes prédiales

SECTION 6 L'emphytéose et la superficie

SECTION 7 Le gage et l'hypothèque

PARTIE IV LES DROITS DE CRÉANCE (LES OBLIGATIONS)

SECTION 1 Introduction

SECTION 2 Les sources des obligations

SECTION 3 La théorie générale des obligations

SECTION 4 Les principaux contrats

Introduction

Section 1

Le droit romain – droits objectif, subjectif ou positif

Le droit romain désigne l'ensemble des règles de droit qui ont gouverné la vie en société des personnes physiques (les individus) et morales (de droit public : l'État – la res publica ; de droit privé : les universitates personarum ou rerum) soumises au pouvoir politique romain pendant plus de deux mille ans : depuis la fondation légendaire de la ville de Rome le 21 avril 753 a.C. jusqu'à la fin de l'Empire byzantin en 1453 p.C.

Durant le premier millénaire, ce pouvoir politique est effectivement centralisé à Rome. En 330 p.C., la capitale de l'Empire est transférée à Byzance, rebaptisée Constantinople (ἡ Κωνσταντινóπολις : la ville de – l'empereur – Constantin ; il s'agit actuellement d'Istanbul, dénomination également d'origine grecque : εἰς τὴν πόλιν signifie « dans la ville » et évoque le mouvement du voyageur qui s'y rend).

Au cours du second millénaire, même après la perte de tout pouvoir politique sur la ville de Rome (déposition de l'empereur Romulus Augustulus en 476 p.C., reprise militairement par les généraux de l'empereur Justinien en 538, sans toutefois que l'administration byzantine ne puisse y être effectivement instaurée), les Byzantins se désigneront toujours comme les « Romains » – οἱ Ῥωμαῖοι en attribuant leur identité à l'origine romaine de leur empire. Durant plus de deux millénaires, le droit romain se développe et évolue donc dans le cadre de la continuité d'un même État, au point de vue du droit sinon de la géographie.

La notion de droit reçoit deux acceptions principales :

Droit objectif : ensemble des règles régissant la vie des personnes physiques et morales en société (cf. « law »). Ces règles confèrent des droits subjectifs et des devoirs dont le droit objectif constitue le catalogue. E.g. la Faculté et les études de droit se réfèrent à la notion de droit objectif.

Droit subjectif : prérogative attribuée à une personne et reconnue par le droit objectif (cf. « right »). E.g. le droit de s'inscrire à la Faculté de droit et d'y entreprendre des études est un droit subjectif.

Un seul mot est utilisé en latin pour les deux notions : ius. Il s'applique tant au droit objectif, tel le ius ciuile ou droit civil propre à l'ensemble des citoyens romains, qu'à tel ou tel droit subjectif, tel le ius suffragii ou droit de vote d'un citoyen romain.

Le droit positif désigne le droit objectif en vigueur et appliqué à tel moment à tel endroit. Il change constamment : ainsi le Moniteur belge (recueil officiel quotidien du droit positif de l'État belge et de ses entités fédérées) publie-t-il, chaque jour ouvrable, de nouvelles lois (État fédéral) ou ordonnances (Région bruxelloise), de nouveaux décrets (Régions wallonne ou flamande), ou, au minimum, de nouveaux arrêtés d'application des lois, ordonnances et décrets en vigueur. Tout recueil de législation, tout code se doit de préciser la date à laquelle les textes qu'il réunit sont en vigueur (e.g. législation en vigueur le 1er janvier 2015 : ainsi l'éditeur est-il certain que ce jour-là – férié – le code n'a pas dû faire l'objet d'une mise à jour...).

Comme l'a écrit le philosophe présocratique Héraclite (sans songer prioritairement au droit...), « on n'entre jamais deux fois dans le même fleuve » : si l'eau (le droit positif) s'écoule et se renouvelle continuellement, en revanche le fleuve et ses rives (le droit objectif) demeurent. Nous étudierons le droit objectif, car il est le noyau et le commun dénominateur des normes dont le droit positif ne constitue qu'un instantané.

Section 2

Le droit romain et son histoire

1.DÉFINITION DU DROIT ROMAIN

C'est l'ensemble des règles qui ont gouverné les citoyens romains au sein de leur État, sous les régimes successifs de la Royauté, de la République et de l'Empire, ainsi que leurs relations avec les sujets de l'État qui ne bénéficiaient pas de la citoyenneté romaine. Le droit romain ainsi envisagé est un droit objectif, étudié au point de vue de sa formation et de son évolution jusqu'à son apogée formel à l'époque de la codification réalisée sous l'autorité de l'empereur Justinien (entre 528 et 534 p.C.).

Pourquoi le droit romain n'est-il traditionnellement pas enseigné sous l'angle du droit positif arrêté à une date choisie de façon discrétionnaire, en fonction, par exemple, d'événements historiques particulièrement importants (e.g. les ides de Mars : date de l'assassinat de Jules César le 15 mars 44 a.C.) ? Parce que les sources recueillies (les textes juridiques conservés) ne permettent une connaissance globale du droit positif à une date déterminée qu'à partir du règne de Justinien 1er (527-565 p.C.), alors même que la période la plus créative du droit romain s'étend de la seconde moitié du deuxième siècle avant notre ère à la première moitié du troisième siècle de notre ère (période dite du « droit classique »).

2.LIMITES CHRONOLOGIQUES DU DROIT ROMAIN

A. Les origines de Rome

Selon une chronologie établie par l'écrivain Varron et adoptée par les historiens antiques (notamment Tite-Live et Denys d'Halicarnasse), qui en reconnaissent le caractère légendaire, la ville de Rome aurait été fondée le 21 avril 753 a.C. par Romulus et Rémus : ainsi les Romains datent-ils les années depuis la fondation de leur capitale, *ab Urbe condita*, littéralement « depuis que la Ville a été fondée » (e.g. César a été assassiné en l'an 709 de Rome).

Si l'existence même de Rome, son développement, la croissance de son territoire, son organisation sociale et son mode de vie au cours des quatre premiers siècles sont bien attestés et documentés par l'archéologie moderne, son histoire événementielle reste par contre tributaire de la tardiveté des sources écrites : les grands historiens grecs des 5^e (Hérodote, Thucydide) et 4^e (Xénophon) siècles avant notre ère n'en témoignent pas et les premiers historiens romains (plus exactement des poètes ou des annalistes) n'apparaissent qu'au 3^e siècle avant notre ère.

C'est dire la fragilité et la limite des moyens dont pouvaient disposer, au tournant de notre ère, des historiens comme Denys (en grec) et Tite-Live (en latin) lorsqu'ils entreprennent de reconstituer l'histoire de Rome depuis ses origines : il s'agit avant tout d'une histoire légendaire, en ce sens qu'elle est jalonnée de *legenda* (expression de latin médiéval ; les anciens parlaient de *fabulae*) ou événements qui doivent être lus et rapportés, ou qu'il convient de rapporter si l'on veut comprendre l'édification de la puissance romaine à la lumière d'une tentative d'explication enchaînant causes et effets.

Tite-Live – dont l'œuvre est sobrement intitulée *ab Urbe condita* : « à partir de la fondation de la Ville (éternelle) » – explique clairement (dans la préface au premier livre) le sens que revêt l'histoire des origines de Rome telle que la tradition l'a véhiculée avec une grande mais invérifiable précision :

« Quant aux événements qui ont précédé immédiatement la fondation de Rome ou ont devancé la pensée même de sa fondation, à ces traditions embellies par des légendes poétiques plutôt que fondées sur des documents authentiques, je n'ai l'intention ni de les garantir ni de les démentir. On accorde aux anciens la permission de mêler le merveilleux aux actions humaines pour rendre l'origine des villes plus vénérable ; et d'ailleurs, si jamais on doit reconnaître à une nation le droit de sanctifier son origine et de la rattacher à une intervention des dieux, la gloire militaire de Rome est assez grande pour que, quand elle attribue sa naissance et celle de son fondateur au dieu Mars de préférence à tout autre, le genre humain accepte cette prétention sans difficulté, tout comme il accepte son autorité. »

Ainsi la légende des origines est-elle convoquée pour conférer des lettres de noblesse à l'impérialisme romain et peut-elle intéresser les juristes dans la mesure où elle inscrit la naissance du droit romain dans une ambivalence qui caractérisera toute son évolution : la norme juridique, appelée à désamorcer le recours à la violence en cas de différend, est généralement elle-même issue de rapports de force...

Le plus lointain ancêtre des Romains aurait été Énée, héros troyen (fils d'une déesse, Vénus, et d'un mortel, Anchise), mais simple « réfugié politique » lorsqu'il aborde le Latium, après une longue errance suite à la prise et à la destruction de Troie par la coalition des rois grecs venus laver l'affront de l'enlèvement d'Hélène par Pâris, enlèvement qui n'était lui-même qu'un avatar du défi trouvant son origine dans l'épisode de la Pomme de Discorde. D'abord bien accueilli par le roi Latinus dont il épouse la fille Lavinia, il doit cependant guerroyer contre un prétendant évincé, Turnus, avant de pouvoir faire souche en fondant la ville de Lavinium. Son fils, Iulus ou Ascagne, fonde à son tour une ville, Albe-la-Longue ¹, où lui succèdent treize rois.

Le dernier d'entre eux est Amulius, un usurpateur qui chasse l'héritier légitime, son frère aîné Numitor, dont il assassine les fils et veut priver la fille, Rhea Silvia, de toute descendance en lui imposant de devenir vestale (prêtresse du culte de Vesta). Elle met cependant au monde des jumeaux, dont elle attribue la paternité au dieu Mars. Amulius ordonne qu'ils soient noyés dans le Tibre. Mais le berceau, posé sur une nappe du fleuve en crue, n'est pas emporté lorsque l'eau

se retire... Une louve est attirée par les cris des enfants et les nourrit jusqu'à ce que le berger Faustulus les recueille et les confie à son épouse, Acca Larentia, qui les élève. Arrivés en âge de combattre, les jumeaux ourdissent un complot, tuent Amulius et rétablissent leur grand-père sur le trône d'Albe.

Romulus et Rémus ne restent cependant pas à Albe (les Albains le souhaitaient-ils d'ailleurs ?), mais désirent fonder une ville à l'endroit où ils avaient été recueillis. Qui donc y régnera ? Impossible d'invoquer un droit d'aînesse entre jumeaux... Il faut dès lors que les dieux protecteurs des lieux les départagent et seul le recours aux augures ² peut indiquer la préférence divine. Rémus, le premier, aperçoit six vautours ; le double s'en présente à Romulus : faut-il faire prévaloir l'antériorité ou le nombre ? Romulus prend l'initiative, trace le sillon et élève une muraille délimitant la nouvelle ville. Par bravade, Rémus la franchit d'un saut : Romulus le tue et proclame « ainsi en ira-t-il dorénavant de quiconque franchira mon enceinte », fondant son pouvoir sur un fratricide et la première règle de droit sur le mode ultime de coercition...

La ville commence dans le dénuement et les fondateurs doivent avant tout pourvoir à la mixité de leur cité. Considérés comme une bande de brigands, ils sont éconduits de chaque cité voisine où ils formulent une demande collective en mariage. Ils doivent dès lors recourir à la ruse : ils invitent leurs voisins sabins à assister aux jeux qu'ils organisent ; à peine les spectateurs installés, c'est l'enlèvement des Sabines...

Outrés d'une telle violation des lois de l'hospitalité ³, les Sabins se mobilisent et déclarent la guerre. C'est à l'intercession des Sabines qu'il y est rapidement mis fin : elles s'interposent entre leurs parents et leurs maris (jusqu'à une époque avancée de l'empire byzantin, le mariage romain constitue un fait et non un acte juridique : v. infra) et la paix est aussitôt rétablie, le roi des Sabins, Titus Tatius, étant appelé à régner de concert avec Romulus. Au décès de ce dernier se pose, pour la première fois, la question de la succession.

Romulus s'était entouré d'un conseil de cent sénateurs ⁴ : le Sénat exerce l'interregnum en confiant le pouvoir, à tour de rôle, à l'un de ses membres, chaque fois pour cinq jours, chargé de prendre les auspices pour y repérer un signe divin indiquant qui devrait être désigné roi. Lorsque la designatio intervient, le candidat désigné ou designatus obtient la creatio ou pouvoir de convoquer (rogatio) l'assemblée des comices curiates, composée de trente curies soit dix pour chacune des tribus ⁵ qui constituaient initialement la population

romaine : celles-ci sont appelées à approuver la désignation et votent par acclamatio la lex curiata de imperio qui confère au roi le pouvoir ou imperium. Le roi prend à son tour les auspices pour être certain que les dieux confirment leur choix : c'est l'inauguratio qui fonde l'aspect religieux du règne, annoncé comme « faste » (fas qualifie tout ce qui est permis par les dieux et, en particulier, les jours propices à l'action). Romains et Sabins vivent désormais en si bonne entente que le deuxième roi de Rome est un Sabin : Numa Pompilius.

Ce dernier, beaucoup plus pacifique que son prédécesseur, entreprend de remplacer, comme fondements de la nouvelle cité, la violence et les armes par le droit, les lois et les bonnes mœurs. Il s'avère très doué pour conjurer la crainte des forces surnaturelles en établissant une forme de dialogue, voire de connivence avec Jupiter. ⁶ Aussi instaure-t-il le culte et les rites propres aux premiers Romains et, ceux-ci étant encore passablement frustes, invoque l'autorité de la nymphe Égérie, avec laquelle il dit se retirer la nuit en colloque singulier. Un culte est notamment instauré en faveur d'une nouvelle déesse : Fides ou la Bonne Foi, la main droite se voyant conférer un caractère sacré (les Romains sont à l'origine de la symbolique de la poignée de main scellant un accord).

Le troisième roi, Tullus Hostilius, est cependant d'humeur plus guerrière et la solidarité fraternelle demeure étrangère aux Romains : à la rivalité d'Amulius et Numitor, puis de Romulus et Rémus, succède celle de Rome et d'Albe-la-Longue, encore capitale du Latium : c'est l'épisode du duel des frères triplés (« trigemini ») Horaces (romains) avec les frères triplés Curiaces (albains). Pour limiter les dommages de guerre, les deux cités concluent le premier traité dont Rome ait gardé le souvenir : la cité dont les champions seront vainqueurs exercera sur l'autre une autorité incontestée. L'un des Horaces finit par l'emporter. Le roi d'Albe, Mettius Fufetius, s'incline de mauvaise grâce et tente de susciter une coalition contre les Romains. Ayant ainsi violé le traité, il est exécuté ⁷ et toute la population albaine est transplantée à Rome, Albe étant rasée. Voyons-y plus de sagesse que de cruauté : seul le roi adverse paie de sa vie le manquement à la parole donnée tandis que deux populations réunies ne se feront plus la guerre.

Le quatrième roi, Ancus Martius, petit-fils de Numa, s'efforce de réunir les qualités de ses trois prédécesseurs et passe, selon la tradition, pour avoir instauré les rites de la guerre « pieuse et juste » : lorsque Rome est appelée à faire valoir une prétention légitime envers ses voisins, une requête doit leur être

formellement notifiée par un ambassadeur – le pater patratus qui préside le collège des diplomates appelés « féciaux » – et ce n'est qu'à défaut de satisfaction donnée à cette requête et en accord avec les sénateurs que la guerre peut être déclarée.

À l'alternance des rois romains et sabins succède la période des trois rois étrusques (la période de domination étrusque sur Rome est effectivement bien attestée par l'archéologie). Tarquin l'Ancien aurait été le premier à faire acte de candidature au trône et à mener une campagne électorale en vue de sa propre élection. Sous son règne s'impose la pratique de recourir aux augures et de prendre les auspices avant toute décision importante en politique intérieure et extérieure. Son épouse, la reine Tanaquil, est elle-même experte en interprétation des présages : ainsi prédit-elle un si grand avenir à un enfant esclave dénommé Servius Tullius que ce dernier est élevé dans la famille royale et devient le gendre du roi.

Quelle qu'ait pu être la condition personnelle de Servius, le message légendaire est évident : à Rome, tout est possible et le statut individuel n'est pas intangible, comme l'illustrera l'évolution de la notion de personnalité juridique (capacité de droit et de fait de l'individu : v. infra). Cette rapide élévation déplaît cependant aux fils d'Ancus Martius, laissés pour compte, qui complotent et assassinent Tarquin. Sa mort est toutefois dissimulée pendant quelques jours, le temps pour Tanaquil et Servius d'organiser un interim au terme duquel ce dernier succède, du seul consentement du Sénat et donc, contrairement à ses prédécesseurs, sans être élu (« acclamé ») par les citoyens.

Servius Tullius aurait été un roi non seulement bâtisseur – la muraille dont il entoure la ville la délimitera jusqu'à la fin de la république –, mais surtout réformateur.

Avant sa réforme administrative, la cité et les citoyens auraient été répartis administrativement par Romulus en trois tribus composées chacune de dix curies. Leurs assemblées – les comices curiates – étaient composées des seuls patriciens ou patres, descendants des fondateurs ou assimilés (tels les patriciens d'Albe), en âge de porter les armes, et étaient appelées à élire le roi, à décider de la guerre ou de la paix, à autoriser une adoption ou à constater un testament. Seuls leurs membres, en principe égaux en droit, avaient les droits et les devoirs du citoyen, chacun d'eux étant ciuis et miles : c'est le régime du citoyen-soldat. Cette égalité théorique paraît déjà dépassée lors de l'avènement de Servius, dans

la mesure où, d'une part, des inégalités de fortune sont apparues entre patriciens, et, d'autre part, la population de la ville s'est fortement accrue de plébéiens, immigrés à Rome encore privés de droits et de devoirs politiques, ainsi que de droits civils.

Sur la base du lieu de résidence, Servius remplace les trois tribus primitives par quatre tribus urbaines et dix-sept tribus rurales, y incorporant les plébéiens. Ces derniers deviennent donc citoyens et peuvent ainsi bénéficier du *ius militiae* (droit de servir dans l'armée) et du *ius tributum* (droit de payer des impôts).

Les droits ainsi généralisés sont cependant aussitôt différenciés par un second critère de répartition des citoyens, sur une base capacitaire ou censitaire : en fonction de son patrimoine (qui conditionne sa capacité à pourvoir personnellement à son équipement de légionnaire), chaque citoyen est versé dans l'une des cinq classes dégressives (la première réunit les citoyens ayant un patrimoine de 100 000 as) servant à la fixation de la base d'imposition et de l'affectation militaire. Chaque classe est elle-même subdivisée en centuriae. En dessous d'un patrimoine de 11 000 as, le citoyen est hors classe et, dès lors, ne paie pas d'impôt, n'effectue pas de service militaire et ne participe aux votes dans les assemblées appelées « comices centuriates » que pour un nombre très réduit de voix (u. infra).

Le sénat n'est, sous la royauté, que l'assemblée des anciens, dont les membres, nommés par le roi, assurent l'interrègne, proposent aux comices et ratifient l'élection de son successeur et le conseillent en toutes matières, mais ne légifèrent pas plus que lui ni que les comices : sauf peut-être en matière religieuse (où des « lois royales » écrites auraient pu fixer les rites à observer), le seul mode de formation du droit, sous la royauté, est la *consuetudo* ou coutume. Il s'agit de comportements dont le respect cohérent et continu par la majorité des citoyens indique le caractère pertinent et contraignant pour l'organisation de la vie en société.

Ce *mos maiorum* ou usage respecté par le plus grand nombre s'impose avec une telle évidence qu'il ne paraît pas nécessaire de le fixer par écrit (ce dont la valeur ajoutée serait d'ailleurs faible dans une société encore peu alphabétisée...) : le meurtre, l'incendie volontaire, la trahison de la cité, la violence entre citoyens, l'inceste sont prohibés de façon immémoriale. La connaissance et l'expression précises de règles coutumières plus détaillées sont laissées à l'expertise des pontifes.

Fixer à une époque de droit coutumier la réforme administrative si précise attribuée à Servius Tullius suggère dès lors un anachronisme : aussi est-il préférable d'évoquer à propos de la République le processus électoral ainsi mis en place, en ne faisant remonter à des temps plus anciens qu'un processus d'organisation de l'armée. La réforme judiciaire qui lui est également attribuée a pu, quant à elle, remonter effectivement à son époque. Avant Servius, le roi tranchait seul tous les procès, dans le cadre d'une procédure à forte connotation religieuse et exclusivement orale : chaque partie affirme solennellement sa prétention et prête serment devant le roi. Ce dernier examine les faits du litige et condamne comme parjure le plaideur qu'il estime avoir tort.

L'accroissement de la population a dû provoquer un surcroît de tâches judiciaires pour le roi et expliquerait la nécessité d'introduire une *ordo iudiciorum priuatorum* ou organisation des procès privés en deux phases : le roi est encore le seul magistrat, mais se borne à recevoir les serments des parties litigantes – c'est la phase *in iure* ou en droit – et puis défère leur litige à l'examen et au jugement d'un simple citoyen désigné comme juge : c'est la phase *apud iudicem* ou auprès du juge. Ce dernier est choisi par les parties, dès l'origine sans doute parmi les sénateurs, comme ce sera le cas sous la République.

La tradition prête encore à Servius Tullius d'autres intentions de réforme – dont celle d'abolir la royauté même à l'issue de son règne –, mais l'histoire et l'un de ses gendres en décident autrement : il est chassé de son trône et assassiné sur ordre de Tarquin le Superbe, qui se garde bien de demander l'assentiment des comices et du sénat à l'égard de son usurpation du pouvoir. Son règne reste dans l'histoire comme celui de l'assimilation de la royauté à la tyrannie.

Deux anecdotes plaisantes sont rapportées à son sujet par Denys d'Halicarnasse, qui donnent à entendre que, dans la mémoire collective romaine, l'expertise dans la négociation n'a pas tardé à l'emporter sur la superstition. Le roi se propose d'ériger, sur la colline tarpéienne, le plus vaste temple du Latium en faveur de Jupiter. Les premiers travaux d'excavation mettent au jour un crâne. Il convient d'interroger des experts au sujet de ce prodige et une délégation romaine est envoyée en Étrurie pour consulter Olenus Calenus, le meilleur des devins locaux. Le fils de ce dernier initie les délégués romains à la compréhension pertinente de l'avis sollicité, voire les met en garde contre la subtilité de son père... En effet, selon Pline ⁸ l'Ancien qui relate l'épisode d'un strict point de vue romain, le devin tente de surprendre la vigilance des délégués en figurant le lieu de la découverte : est-ce ici (*hic*) que le prodige à interpréter s'est produit ?

Non, c'est là-bas (illic), à Rome, répondent les délégués, qui n'entendent pas laisser le présage détourné au profit de l'Étrurie. Le devin s'incline et annonce le destin glorieux de Rome, qui se retrouvera à la « tête du monde » (caput mundi). Aussi la colline tarpéienne sera-t-elle désormais appelée le « Capitole », et Jupiter surnommé « capitolin ». ⁹ Plus tard, une vieille dame, étrangère, propose au roi de lui vendre neuf livres d'oracles ; Tarquin refuse de les acheter ; la dame en brûle alors trois et renouvelle son offre ; le roi refuse à nouveau ; la Sibylle de Cumès en brûle alors trois autres et renouvelle une dernière fois son offre, toujours au même prix... Tarquin, impressionné, consulte les augures, qui opinent favorablement, et se décide enfin à acheter les trois livres restants, au prix initialement demandé pour les neuf (Nb : il n'y a pas de rescision pour lésion en matière de meubles et, de toute façon, seul le vendeur pourrait l'invoquer s'il vendait trop bon marché, non l'acheteur s'il achète au prix fort... v. infra) ! La sibylle disparaît, mais le précieux recueil des Livres Sibyllins sera conservé dans le temple de Jupiter au Capitole et consulté à la demande du Sénat chaque fois que Rome traversera de grands périls.

L'histoire ne dit pas si Tarquin a songé à les consulter pour son propre compte et, en tout cas, il n'y a pas vu venir la fin de la royauté, qui s'achève sur une affaire de mœurs : le viol de Lucrèce par Sextus, fils de Tarquin. La jeune femme se suicide et, devant l'indignation générale, les sénateurs prennent le pouvoir et abolissent la monarchie, Tarquin se réfugiant en Étrurie, non sans susciter deux coalitions (d'Étrusques puis de Latins) défaites successivement par la jeune république (siège de Rome en 508 a.C. et bataille du lac Régille en 499 : l'intervention décisive, au cours de cette dernière et aux côtés des Romains, des dieux jumeaux Castor et Pollux, fils de Jupiter, clôt l'horizon légendaire de la période de la royauté en consacrant symboliquement les bienfaits d'un exercice fraternel et collégial du pouvoir).

B.Institutions républicaines

Le fait divers qui aurait provoqué la fin de la royauté symbolise la déraison qui menace à tout moment le titulaire d'un pouvoir individuel et illimité dans le temps, même si ses qualités personnelles ont initialement permis son élection par le peuple (i.e. le *populus* ou, au sens juridique, l'assemblée des citoyens réunis pour exercer leur droit de vote, mais non évidemment une foule indistincte, dite *multitudo*).

De la royauté, les Romains conservent le principe de l'élection (principe qui ne va pas de soi, même en république : à Athènes, à la même époque, les archontes étaient désignés par tirage au sort ¹⁰, seuls les stratèges – qui commandaient effectivement l'armée, sous la direction théorique de l'archonte polémarque, ministre de la guerre – étant élus) et le contenu de la fonction royale, moyennant trois modifications fondamentales :

il y a deux consuls, censés se contrôler mutuellement, chacun disposant d'un droit de veto – c'est l'*intercessio* – à l'égard des décisions de l'autre ; ils ne doivent pas nécessairement prendre leurs décisions en commun, mais tout acte de l'un doit donc au moins être tacitement accepté par l'autre ;

ils ne sont élus que pour une seule année, une réélection n'étant permise qu'après un intervalle de dix ans (délai dont le respect sera toutefois souvent négligé) ;

même s'ils doivent évidemment respecter scrupuleusement la religion d'État, la compétence de décision en matière religieuse est détachée de leurs fonctions et confiée à un *rex sacrorum* ou « roi des affaires sacrées ».

Les consuls sont élus par les comices centuriates instaurés par Servius Tullius. Si tous les citoyens (mais seulement les hommes en âge de porter les armes, indépendamment de leur statut de *sui iuris* ou d'*alieni iuris* : u. infra) y votent, seuls les patriciens jouissent de l'éligibilité ou capacité d'être élu, les plébéiens n'ayant que l'électorat (droit de vote). Pouvant seuls être magistrats, les

patriciens ont ainsi seuls le pouvoir de soumettre des propositions de loi au vote des comices et de devenir membres du Sénat, soit à l'expiration d'une charge de consul, soit nommés par un consul.

Le Sénat n'a lui-même qu'une fonction consultative, mais son autorité et son influence sont très importantes eu égard à sa continuité, par opposition à l'annalité de la charge consulaire : il est difficile, voire impossible, pour les consuls de ne pas suivre les recommandations du Sénat en matière de politique étrangère, de finances publiques et d'organisation de la cité. Aussi les deux cent vingt premières années de l'histoire de la république seront-elles caractérisées, en politique intérieure, par la revendication par les plébéiens de l'égalité juridique avec les patriciens, tant dans le processus de décision politique qu'en droit privé.

La première expression collective de cette revendication est la retraite de la plèbe, en 494 a.C., sur le Mont Sacré, motivée par les abus de pouvoir des patriciens à son égard, abus plus sensibles dès le début de la république que sous la royauté. Cette sécession est très efficace dans la mesure où les patriciens ne peuvent – Rome étant continuellement en guerre avec ses voisins – se passer des légionnaires plébéiens. Ces derniers obtiennent dès lors le droit de se réunir en assemblée distincte – concilium plebis ou assemblée de la plèbe, organisée sur le mode des comices tributes dont la création est attribuée à Servius Tullius – pour élire des magistrats spécifiques :

les tribuns de la plèbe, investis du pouvoir d'intercéder en toutes matières où une décision à portée collective ou individuelle porterait atteinte aux droits de plébéiens : à cette fin, ils jouissent d'un droit de veto (ou intercessio) à l'égard des décisions des consuls (et des autres magistrats dont les fonctions seront distinguées ultérieurement) ; pour être mis en mesure d'exercer efficacement leurs droits, ils jouissent d'une immunité appelée « sacro-sainteté » ;

les édiles de la plèbe, appelés à veiller à un approvisionnement plus équitable des plébéiens (qui pâtissent directement des difficultés économiques liées aux guerres menées par les Étrusques et les Latins à l'instigation de Tarquin le Superbe), apparaissent comme les adjoints des tribuns, en parallèle avec l'assistance que fournissent les questeurs aux consuls (en matière de gestion des finances publiques et d'administration de la justice). Outre le pouvoir de désigner ces magistrats, les plébéiens réunis en assemblée peuvent également adopter des règles de portée générale – plebiscita ou plébiscites – comparables

aux lois, si ce n'est qu'elles sont proposées non par les consuls, mais par les tribuns et ne s'appliquent qu'aux plébéiens.

Cette revendication d'institutions distinctes à vocation défensive est, à première vue, incompréhensible si l'on songe à l'électorat dont disposait la plèbe pour la désignation des consuls : pourquoi ne pas influencer plutôt la politique de ces derniers en soutenant, parmi les candidats patriciens, les plus sensibles à la légitimité des revendications plébéiennes ?

Parce que, si tous les citoyens votent effectivement au sein des comices, de sorte que les plébéiens ont a priori l'avantage du nombre, cette majorité n'est effective qu'au sein des comices tributes, mais non au sein des comices centuriates, ces derniers étant seuls compétents pour l'élection des magistrats. Or le système électoral complexe y biaise les calculs de majorité : celle-ci n'est pas basée sur le nombre total de voix individuelles, mais bien sur le nombre des majorités distinctes obtenues au sein de chaque centurie.

Une centurie n'est elle-même pas arithmétique quant au nombre d'individus la composant : le système de Servius Tullius étant censitaire (i.e. basé sur la capacité contributive fiscale de chaque individu en fonction de son patrimoine), chaque centurie correspond plus ou moins à la capacité fiscale globale de la totalité de ses membres. Ainsi, à l'origine, un nombre réduit de patriciens riches suffit-il à composer une centurie de la première classe, alors qu'il faut un nombre élevé de plébéiens pauvres pour composer une centurie de la cinquième classe...

Ce système aboutit au nombre de 98 centuries au sein de la première classe (dont 18 centuries équestres : celles des citoyens disposant des moyens de s'équiper pour guerroyer à cheval), pour seulement 20 au sein de chacune des classes 2 à 4, 30 pour la cinquième classe, et 5 seulement pour les citoyens hors classe (total : 193).

Comme les classes votent successivement et que la majorité au sein d'une centurie correspond à une seule voix dans le décompte final (quelle que soit, au sein de ladite centurie, la répartition des voix individuelles, seule comptant la majorité relative atteinte par l'un des candidats), il apparaît clairement que la première classe (qui compte à elle seule une majorité absolue du nombre total des centuries : 98/193) peut décider seule de l'issue de toute élection. Les classes suivantes ne sont appelées ¹¹ à voter qu'à défaut de résultats convergents au sein

de la première classe, l'élection étant arrêtée dès qu'un candidat a obtenu la majorité dans 97 centuries.

Ce système n'est cependant ni de nature aristocratique (il n'a de caractère héréditaire que par l'héritage éventuel d'un patrimoine, non d'un statut juridique privilégié et intangible), ni de nature capitaliste (même s'il évoque la comparaison avec le pouvoir de vote des actionnaires au sein d'une actuelle société de capitaux) : dans une cité presque continuellement en guerre, il repose sur l'idée que les décisions doivent être prises en fonction de la contribution de chaque citoyen-soldat à l'effort militaire, le critère du patrimoine imposant au surplus une sincérité fiscale au respect de laquelle veilleront tout particulièrement les censeurs lorsque leur magistrature sera instituée à partir de 443 a.C.

Le fait même de déterminer l'appartenance à une classe en fonction du patrimoine conduit nécessairement à une mobilité socio-électorale, ne serait-ce qu'en raison de la division successorale du patrimoine au décès de chaque citoyen. Si ce régime a pu initialement favoriser les patriciens au détriment des plébéiens, l'appauvrissement de nombre des premiers et l'enrichissement de nombre des seconds ont conduit à une convergence progressive de la composition des centuries, de sorte que les revendications politiques ultérieures de la plèbe ne porteraient pas sur la réforme du système électoral, mais bien sur l'éligibilité, i.e. l'accès au droit d'être élu à toutes les magistratures.

C.Naissance du droit écrit : la Loi des XII Tables

Au début de la République, le droit reste étroitement lié à la religion et sa connaissance demeure l'apanage des patriciens : à défaut de règles écrites, seuls les pontifes (prêtres recrutés exclusivement parmi les patriciens) en détenaient l'expertise et la mémoire. Le droit coutumier non écrit peut suffire à véhiculer un nombre restreint de règles fondamentales de la vie en société d'une communauté peu nombreuse tant qu'il comporte plus de prohibitions – acceptées par tous – que de règles organisant des actes positifs.

Or la population romaine s'est accrue rapidement et cet accroissement va de pair avec une multiplication d'actes liés à la vie économique (les plébéiens, jouissant, en droit privé, du commercium ou capacité de conclure des actes patrimoniaux) : en particulier les transmissions de biens entre vifs ou à cause de mort, et les premiers contrats générateurs d'obligations à terme (tels la sponsio et le nexum : u. infra). Ces actes, issus de formalités précises à respecter, peuvent générer des litiges eux-mêmes tranchés par voie d'une procédure formaliste mise en œuvre par les consuls ou sous leur autorité.

Les plébéiens se plaignent dès lors d'être souvent traités de manière arbitraire par les patriciens, non tant en violation du droit qu'en application de règles qu'ils ne peuvent pas aussi bien connaître et dont ils ne peuvent maîtriser la mise en œuvre : ils exigent que le droit soit fixé par écrit et, au terme de joutes politiques où ils auraient réélus dix fois consécutivement les mêmes tribuns soutenant cette revendication, obtiennent qu'une commission soit envoyée en Grèce pour y étudier et s'inspirer de la méthode de Solon (désigné en qualité d'archonte plénipotentiaire à Athènes, en 594 a.C., pour y apaiser de graves tensions sociales à l'aide d'une profonde réforme législative et institutionnelle).

À son retour – l'histoire ne permettant pas, à vrai dire, d'affirmer s'ils sont partis pour la Grèce ou la Grande Grèce, i.e. les colonies grecques du sud de l'Italie – dix patriciens (les decemvirs) remplacent temporairement tous les autres magistrats et rédigent la Loi des XII Tables : d'abord dix puis, celles-ci s'avérant encore incomplètes, deux supplémentaires, pour la rédaction desquelles cinq

decemvirs auraient été plébéiens, ce qui aurait constitué le premier accès de ces derniers à une magistrature générale.

Rédigée sur des tablettes de bronze, d'ivoire ou de bois affichées au forum, la loi n'a pas été conservée comme telle, mais nous en connaissons le contenu parce que tant d'extraits en ont été cités dans le Digeste ou dans des sources littéraires que son texte a pu être reconstitué.

Même si son style – recours fréquent à la forme de l'impératif futur « esto » (« qu'il soit ») – et son contenu – notamment la loi du talion – caractérisent une forme archaïque du droit, la loi des XII Tables, comme première source écrite du droit romain, représente déjà une importante voie de pacification des relations sociales dès lors qu'elle instaure notamment une forme de réparation du préjudice causé à autrui limitée à l'importance quantitative dudit préjudice (afin d'éviter l'escalade propre à la vengeance privée), voire substitue à la réparation en nature les premières modalités d'indemnisation par équivalent : ainsi un préjudice corporel peut-il, le cas échéant, être compensé par une indemnité consistant en biens d'une valeur déterminée par la gravité de l'atteinte portée à la victime.

Ainsi le droit se trouve-t-il caractérisé, dès sa naissance écrite et sa séparation formelle des normes religieuses et morales, par son aspect patrimonial. Il s'agit aussi, en matière non religieuse, d'une première source de création du droit : la coutume, en effet, n'est pas censée créer des règles dès lors qu'elle n'a pas d'auteur, mais est faite de normes acceptées par tous de façon immémoriale.

Les lois ou *leges* sont proposées par les consuls au vote des comices centuriates et s'appliquent à tous les citoyens, tandis que les plébiscites sont proposés au vote de l'assemblée de la plèbe (voire ultérieurement des comices tributes lorsque les plébéiens seront devenus majoritaires dans chaque tribu) par les tribuns de la plèbe et ne s'appliquent à l'origine qu'aux seuls plébéiens. Cependant la plus ancienne loi connue avec certitude (en dehors des XII Tables) est un plébiscite qui devait nécessairement s'appliquer aux uns et aux autres : c'est la *lex Canuleia* de 445 a.C., qui (vraisemblablement avec l'assentiment préalable du Sénat) satisfait une ancienne revendication de la plèbe, celle du droit à l'intermariage ou mariage entre patriciens et plébéiens, ces derniers acquérant ainsi le *conubium* ou droit aux *iustae nuptiae* ou droit de se marier en « justes noces », donc en noces conformes au droit. Il faut observer que toute loi et tout plébiscite sont intitulés *lex* et dénommés par les magistrats qui en ont

proposé le vote aux comices centuriates (e.g. lex poetelia papiria : loi votée sur proposition des consuls Poetelius et Papirius, u. infra) ou à l'assemblée de la plèbe (e.g. lex canuleia ou lex aquilia : u. infra).

Les deux premières magistratures formellement distinguées de celle des consuls – en dehors de celle des questeurs (initialement nommés par les consuls, mais élus par les comices tributes à partir de la seconde moitié du 5^e siècle) – consistent dans la dictature et la censure, toutes deux réservées à d'anciens consuls. Le dictateur est nommé par les consuls en charge, pour une durée maximale de six mois, en cas de crise extérieure grave : il s'agit dès lors avant tout d'un commandant suprême de l'armée (qui s'adjoint lui-même un *magister equitum* ou commandant de la cavalerie), même s'il a temporairement aussi les pleins pouvoirs en matières civile et judiciaire (e.g. Cincinnatus en 458 a.C.).

Les deux censeurs sont élus tous les cinq ans, pour une durée de dix-huit mois, par les comices centuriates et sont principalement en charge du contrôle des grands travaux publics, du recensement des citoyens (individus et patrimoines) et de l'établissement de l'album sénatorial : non seulement ils dressent la liste officielle des membres du Sénat, mais peuvent y adjoindre ou en omettre certains, après examen de leur probité et de leur respect des bonnes mœurs (possibilité d'exclusion pour indignité ou infamie). Cette fonction extrêmement prestigieuse, qui correspond donc aussi à un important pouvoir politique et extrajudiciaire (e.g. Caton le Censeur), subsistera jusqu'à ce qu'elle soit exercée puis abolie par l'empereur Domitien (qui a régné de 81 à 96 p.C.).

D.De la Loi des XII Tables au ius Flavianum

Les Romains continuent à étendre leur domaine territorial. Au 5^e siècle a.C., ils conquièrent le Latium et soumettent une partie de l'Étrurie. En 390 a.C. toutefois, ils ne peuvent s'opposer à l'irruption des Gaulois commandés par un chef dénommé Brennus (nom qui signifie en fait « chef ») et Rome est prise et mise à sac.

Les tablettes affichant la loi des XII Tables ont été emportées avec le butin si elles étaient en ivoire ou en bronze, ou brûlées si elles étaient en bois. Les Gaulois toutefois ne s'établissent pas et remontent vers le nord de l'Italie (Gaule Cisalpine). Pendant huit cents ans, la ville ne sera plus occupée par un ennemi (jusqu'au sac par les Wisigoths du roi Alaric en 410 p.C.). Ce désastre militaire encourage les Romains à étendre leur suprématie sur les régions voisines et les cent vingt années suivantes sont consacrées à la conquête de l'Italie, de l'axe Pise-Rimini au nord jusqu'à Tarente au sud (prise en 272 a.C.).

En politique intérieure, les magistratures se spécialisent et sont progressivement ouvertes aux plébéiens. À cet égard, 367 a.C. marque un tournant : la lex Licinia Sextia accorde l'éligibilité au consulat ; deux préteurs, élus par les comices centuriates, sont investis de l'administration de la justice, en une compétence désormais spécifique et distincte de celle des consuls ; est créée également la fonction des édiles curules, au nombre de deux (patriciens), en charge de l'administration de la ville (voirie, organisation des jeux, police des marchés avec compétence judiciaire pour les litiges nés à l'occasion des actes qui y sont passés). À partir de 342 a.C., l'un des deux consuls doit obligatoirement être un plébéien.

Vers 312 a.C., le pouvoir de nommer les sénateurs passe des consuls aux censeurs : ce pouvoir est cependant devenu alors un devoir, dans la mesure où les censeurs doivent obligatoirement inscrire sur l'album sénatorial les anciens titulaires d'une fonction électorale, donc les anciens magistrats, sauf sanction d'infamie. L'autorité du Sénat s'en trouve accrue, puisque tous ses membres ont été élus à au moins une magistrature et sont issus tant du patriciat que de la

plèbe. L'égalité politique des patriciens et des plébéiens – sous réserve du privilège de continuer à élire les tribuns et les édiles de la plèbe – est atteinte en 287 a.C. avec l'adoption de la lex Hortensia qui assimile désormais les plébiscites (votés par les comices tributes) aux lois (votées par les comices centuriates).

Égalité politique ne signifie cependant pas encore égalité juridique. Si les plébéiens avaient certes obtenu la rédaction de la Loi des XII Tables et l'adoption ultérieure de lois écrites – ce qui en permettait une connaissance certaine – encore fallait-il être à même de pouvoir mettre en œuvre en cas de litige les droits ainsi connus. Or les textes de loi étaient particulièrement laconiques et la conclusion d'actes sur leur base restait soumise à un formalisme qui n'avait pas été divulgué : il fallait recourir à des formules précises, voire à des gestes rituels, dont l'interprétation avait été mise au point par le collège des pontifes, qui n'en avait fait aucune publication.

À défaut de respect des formes solennelles, l'acte voulu par les parties restait de nul effet, et il en allait de même si l'une d'elles intentait un procès : le préteur ne recevait pas son action (calquée sur les droits reconnus par la loi : il s'agit d'une *legis actio* ou action de la loi, i.e. fondée sur une norme incluse dans la Loi des XII Tables) et ne désignait donc pas de juge si elle n'avait pas employé les formules orales prescrites à peine de nullité (*uerba certa*). Au surplus, une action ne pouvait être soumise au préteur que lors d'un jour *faste* et non lors d'un jour *néfaste*, selon un calendrier fixé par les pontifes et mal connu, hormis des patriciens.

Ce n'est qu'en 304 a.C. que le scribe ou secrétaire d'Appius Claudius (patricien, qui, en qualité de censeur, en 312, dirigea la construction de la via Appia de Rome à Capoue, et comme consul participa aux guerres samnites), du nom de Cnaeus Flavius, publia le premier recueil (aujourd'hui perdu, en dehors des citations qui en ont été conservées) de formules orales des « actions de la loi », donc de modèles à suivre pour nouer valablement un procès : c'est le *ius Flavianum*. Flavius, élu édile curule en 304, publia aussi le calendrier judiciaire.

Cette initiative de divulgation fut approfondie, une génération plus tard, par Tiberius Coruncanius, le premier grand pontife d'origine plébéienne (en 300 a.C.), qui, outre qu'il fut consul, acquit une grande renommée par les consultations et les enseignements juridiques qu'il donnait en public. Ces deux jurisconsultes ont ébauché une nouvelle source du droit : la *iurisprudentia* ou

expertise juridique portée à la connaissance du public (qui conduit à la notion actuelle de doctrine juridique). À ses origines, cette « jurisprudence » (au sens étymologique du mot, et non au sens contemporain d'ensemble des décisions rendues par les cours et tribunaux) n'est pas encore une source supplémentaire de création de nouvelles règles, par voie d'interprétation et de commentaire critique des normes existantes en vue d'en améliorer la pertinence, voire de les faire évoluer dans un but d'utilité sociale, mais elle a favorisé son futur épanouissement en extrayant le droit de la seule tradition ésotérique que se réservaient les pontifes.

E. Les grandes conquêtes et la fin de la période de l'ancien droit

La conquête du sud de l'Italie a confronté Rome aux deux autres grandes puissances politiques et militaires du pourtour méditerranéen au 3^e siècle : d'une part, les royaumes hellénistiques issus du démantèlement de l'empire éphémère fondé par Alexandre le Grand, et, d'autre part, Carthage. Les cités de la Grande Grèce avaient vainement appelé au secours Pyrrhus, roi d'Épire, dont les éléphants avaient impressionné les Romains (qui n'en avaient jamais vu auparavant) sans toutefois les priver de la victoire finale après les premiers revers (cf. l'expression « victoires à la pyrrhus » qui désigne des succès sans lendemain et qui coûtent plus qu'ils ne rapportent...). Les anciennes colonies grecques de Sicile, devenues indépendantes, préférèrent se tourner vers Carthage, qui, de son côté, ne souhaitait pas voir s'accroître la puissance d'un état romain susceptible de porter ombrage à sa domination maritime et commerciale de la Méditerranée occidentale.

Les deux premières guerres puniques (Poeni = Carthaginois), respectivement de 264 à 241 et de 219 à 202 a.C., furent chaque fois longtemps indécises et très meurtrières. Rome n'y aurait sans doute pas survécu si la maturité de ses institutions républicaines et sa stabilité politique à l'issue de la longue rivalité entre patriciens et plébéiens ne lui avaient conféré un avantage décisif face à un exercice du pouvoir beaucoup plus personnalisé à la tête des armées de Carthage. Au cours de la première, Rome, dont les citoyens avaient plutôt, comme exploitants agricoles, une vocation « terrienne », dut développer sa marine pour soutenir une guerre principalement maritime contre Carthage qui, en la matière, avait déjà une expérience de plusieurs siècles. Pour soutenir l'effort de guerre et y faire contribuer les populations et cités italiennes soumises entre le 5^e et le début du 3^e siècle, Rome s'efforça aussi, avec succès, de transformer ses sujets en alliés. C'est ainsi qu'en 241, Rome put faire de la Sicile sa première province (gouvernée par un proconsul ou ancien consul désigné par le Sénat).

Affaiblie par la défaite de 241 et la guerre qu'elle dut aussitôt mener contre ses

mercenaires impayés, Carthage ne put s'opposer à l'occupation romaine de la Sardaigne peu après, et, d'un même mouvement, de la Corse jusque-là encore dominée par des colonies d'origine étrusque. Le nord de l'Italie (Gaule cisalpine) fut soumis en 225, ce qui allait toutefois provoquer un ressentiment préjudiciable aux Romains au début de la deuxième guerre punique.

L'extension territoriale va de pair avec un accroissement des possibilités de libre circulation des ressortissants des populations et cités alliées ou soumises, et donc des échanges économiques entre Romains et pérégrins : un pérégrin ¹² est un individu libre qui n'a pas la citoyenneté romaine, mais peut valablement conclure un certain nombre d'actes juridiquement valables, sinon au regard du *ius ciuile* (droit 'civil', donc, étymologiquement, propre aux citoyens), du moins au regard du *ius gentium*, formé d'un commun dénominateur de règles issues de cités étrangères et compatibles avec le droit romain. Ces échanges économiques entre particuliers peuvent générer des différends de droit privé qui, à partir de 242 a.C., feront l'objet d'une juridiction spécifique : celle du préteur pérégrin, compétent pour trancher les litiges entre pérégrins ou opposant un Romain à un pérégrin. Le second préteur, compétent pour les seuls litiges entre citoyens romains, est dès lors qualifié de préteur urbain.

Carthage commença à se relever de la première guerre punique en entreprenant la conquête d'une grande partie de l'Espagne, les Romains n'y voyant pas malice avant que les Carthaginois ne prennent la ville de Sagonte (en 219), alliée à Rome. Pour autant, ils restaient convaincus que Carthage n'entreprendrait pas de nouvelle guerre générale, à défaut d'avoir reconstitué sa marine. C'était sans compter sur l'audace stratégique d'Hannibal, qui entreprit d'envahir l'Italie par le nord, avec une armée terrestre : une telle épopée paraissait impossible au regard de la géographie, compte tenu de la difficulté matérielle de franchir les Alpes et du risque de multiplication de conflits avec les populations gauloises des territoires traversés.

Non seulement Hannibal franchit les Alpes, avec armes, bagages et éléphants, mais parvint à nouer des alliances avec des tribus gauloises et à compenser ainsi une partie des pertes humaines subies pendant le voyage. S'en suivent deux victoires carthaginoises en Gaule cisalpine (batailles du Tessin et de la Trébie fin 218 a.C.) et le désastre du Lac Trasimène le 21 juin 217.

À Rome s'ouvre alors un débat politique sur la stratégie à adopter et c'est à l'assemblée du peuple (et non, comme c'était la règle, aux consuls en fonction)

qu'il revient d'élire dictateur le partisan d'une méthode de harcèlement et d'isolement d'Hannibal en évitant les confrontations directes : Fabius Maximus, surnommé Cunctator (« le temporisateur »), flanqué toutefois d'un maître de cavalerie tenant de la stratégie opposée, Marcus Minucius Rufus. La temporisation s'avère provisoirement pertinente, mais ne permet pas d'atteindre un résultat décisif à court terme.

Les consuls élus pour 216 sont partagés entre les deux options et les Romains victimes de la combinaison néfaste de ce débat avec le respect scrupuleux de la règle d'alternance quotidienne de commandement de chacun des consuls : le consul Terentius Varro, partisan de l'offensive, met à profit l'un de ses jours de commandement pour engager, le 2 août 216, la bataille de Cannes (Cannae en Apulie) qui tourne à la plus grande déroute militaire subie par les Romains avant notre ère.

Fabius Maximus est dès lors élu et réélu consul en 215 et 214, et peut enfin mettre sa stratégie en œuvre avec un appui politique suffisant : ne plus affronter Hannibal directement, mais porter l'offensive vers ses bases de ravitaillement, en Espagne et en Sicile (reconquise en 212), de sorte que l'armée carthaginoise (très peu soutenue par Carthage même) en soit réduite à vivre aux dépens des régions occupées en Italie et à se rendre ainsi impopulaire chez les alliés des Romains.

Après la reprise de Tarente (209) au cours d'un cinquième consulat de Fabius Maximus et la défaite d'une seconde armée carthaginoise (commandée par Hasdrubal, frère d'Hannibal) en 207, s'ouvre un nouveau débat au Sénat : d'abord achever la reconquête de l'Italie ou obliger indirectement les Carthaginois à la quitter en portant la guerre sur le sol africain (sachant le faible soutien politique et militaire dont y dispose Hannibal) ? Cette fois, Fabius Maximus est mis en minorité et Scipion (qui sera surnommé Africanus après la victoire finale), élu consul en 204, obtient le commandement qui le conduit à la victoire décisive de Zama en 202.

Il n'y a dès lors plus qu'une seule puissance concurrente de Rome pour le contrôle de la Méditerranée : celle des successeurs des diadoques (lieutenants d'Alexandre le Grand qui s'étaient partagé son empire en trois grandes zones d'influence : la dynastie des Lagides – les Ptolémées – en Égypte, la dynastie des Séleucides en Asie et celle des Antigonides en Macédoine).

Les Romains, heurtés par le traité d'alliance qu'avait conclu Hannibal avec Philippe V de Macédoine, prennent la défense des cités grecques révoltées contre ce dernier et font de la Macédoine un protectorat à partir de 197 a.C. En 196, ils proclament le rétablissement de l'autonomie des cités grecques (sous leur protection vis-à-vis de l'extérieur...). Le Séleucide Antiochos III veut intervenir à son tour en Grèce, mais est défait en 191 et, poursuivi par les Romains jusqu'en Syrie, doit se résoudre à conclure la paix d'Apamée. En 172, le roi Persée, fils de Philippe V, organise une révolte macédonienne, mais est vaincu à la bataille de Pydna en 168 a.C.

Une dernière révolte de la Macédoine, cette fois alliée à des cités grecques, aboutit à la destruction de Corinthe par les Romains en 146 : la Macédoine est réduite en province romaine, tandis que les cités grecques ne conservent plus qu'une autonomie municipale (la Grèce ne deviendra – cette fois pacifiquement – la province romaine d'Achaïe que sous le règne de l'empereur Auguste, à la fin du Ier siècle avant notre ère). En Afrique, l'intervention des Romains dans un conflit entre leurs alliés Numides et Carthage provoque en 149 a.C. la troisième guerre punique, qui s'achève par la destruction de Carthage en 146 et la création de la province d'Afrique proconsulaire.

Le vainqueur de Carthage, Scipion Émilien, achève en 133 la conquête de l'Espagne par la prise de la ville de Numance. La même année, le roi de Pergame Attale III, allié des Romains, leur lègue son royaume, qui devient la province d'Asie. Enfin, pour sécuriser ses voies de communication avec l'Espagne, Rome soumet en 125 la Gaule méridionale et en fait la province narbonnaise, achevant ainsi sa conquête du pourtour méditerranéen, à la seule exception de l'Égypte.

F.Procédure formulaire et émergence du droit classique

Le terme de cette période de conquêtes coïncide avec l'introduction d'une réforme de la procédure qui va permettre l'essor du droit privé et de ses deux sources les plus créatives : l'édit du préteur et la jurisprudence (au sens romain du mot).

Le *ius Flavianum* avait certes permis la diffusion des règles de la procédure orale des *legis actiones* ou actions de la loi, mais cette publicité n'avait nullement simplifié son formalisme rigoureux : tout au plus était-il devenu possible de s'en instruire autrement que par une consultation personnelle des pontifes, mais la nécessité d'observer les rites si précis en gestes et en paroles des « actions de la loi » rendait encore l'introduction de toute procédure fort aléatoire dès lors que la moindre erreur pouvait en entraîner la nullité pour vice de forme, de sorte que le préteur se refusait à désigner le juge auquel les parties entendaient soumettre leur litige.

Dans l'une des deux seules mentions de la *Lex Aebutia* dans nos sources, Gaius écrit ¹³ : « Mais toutes ces actions de la loi furent peu à peu prises en aversion, car, en raison de la minutie excessive des anciens qui créèrent ces procédures, la situation en arriva à ce point que la moindre erreur entraînait la perte du procès. Aussi ces actions de la loi ont-elles été abrogées par la loi *Aebutia* et deux lois juliennes de sorte que nous procédions en termes appropriés, c'est-à-dire par formules. »

La réforme ne modifie pas le principe – alors déjà ancien et qui subsistera jusqu'à la fin du principat au III^e siècle p.C. – du procès en deux phases : d'abord *in iure* devant le préteur qui reçoit les parties, puis *apud iudicem* devant le juge, un juré – citoyen choisi de commun accord par les parties sur une liste de jurés établie par le préteur : l'*album iudicum*, dont la composition variera selon l'époque (sénateurs, puis aussi des chevaliers, jusqu'à cinq mille personnes à partir de l'empereur Caligula) – qui les écoute et rend sa sentence. Ce qu'elle modifie profondément, c'est la mission du préteur lors de l'introduction de

l'instance, à la phase in iure : au lieu de se borner à surveiller la stricte observance par les parties du formalisme de liaison du procès – litis contestatio – dont elles sont convenues et de délaisser la suite du procès au juge, il va désormais être chargé d'examiner la qualification juridique des prétentions du demandeur et des exceptions (au sens d'objections) du défendeur, afin de les exprimer en une formule écrite concise résumant en termes juridiques appropriés la question à trancher par le juge. ¹⁴

Comme simple citoyen, ce dernier n'a en principe pas plus de formation juridique spécifique que les parties qu'il doit entendre et n'a pas nécessairement beaucoup d'expérience dans sa tâche puisqu'à chaque procès peut être désigné un autre juge : ce système repose sur l'idée que le droit civil est l'affaire de tous les citoyens et doit pouvoir être connu et respecté par tous, chaque citoyen se devant d'être à même – en qualité donc de juré – de décider si la prétention à un droit par l'un de ses concitoyens est fondée ou non. Cela étant, le juge ne pouvait se voir soumettre que les demandes telles que le demandeur les avait exprimées et, dût-il avoir un meilleur entendement juridique que ce dernier, n'avait nullement le droit de les rectifier ou de les compléter en cas d'erreur de droit, ni de suggérer un quelconque moyen de défense qui aurait échappé au demandeur : le plus strict respect du formalisme n'allait pas nécessairement de pair avec une connaissance adéquate du fond du droit à mettre en œuvre.

Dans la procédure dite formulaire, l'abandon du formalisme antérieur propre aux « actions de la loi » fait place à la rédaction par le préteur d'une formule écrite qui constitue le programme à suivre par le juge. Ainsi ce dernier ne se voit-il poser qu'une question juridiquement pertinente et peut-il entièrement réserver son attention aux faits et actes qui lui sont soumis à la lumière d'une formulation de l'objet du débat en termes juridiques adéquats.

Le préteur, censé avoir l'expertise juridique que requiert l'office auquel il s'est porté candidat, assume dès lors une véritable tâche de service public d'administration de la justice : à la phase in iure, il écoute les parties exprimer leur point de vue, leur demande ou leurs moyens de défense, sans aucun formalisme, et examine si la demande et l'exception ressortissent ou non au catalogue des droits et exceptions susceptibles de faire l'objet d'un procès civil. Dans l'affirmative, il délivre la formule permettant de nouer l'instance et investit le juge du pouvoir de trancher le litige en décidant si la demande ainsi formulée est fondée ou non.

La formule comporte en principe au moins ¹⁵ trois parties, selon l'exemple suivant :

la *nominatio iudicis* ou nomination du juge (convenu par les parties : *Iulius iudex esto* = « que Jules soit juge ») ;

l'*intentio* ou expression sous forme de question du droit allégué par le demandeur : *Si paret N. Negidium A. Agerio sestertium centum milia dare oportere* = « s'il s'avère que Numerius Negidius est débiteur de cent mille sesterces envers Aulus Agerius » ¹⁶ ;

la *condemnatio* ou dispositif de la formule conférant au juge le pouvoir et le devoir de déclarer la demande fondée ou non : *Iudex, Nm. Nm. condemna* ; si non paret, absolve = « Juge, condamne Numerius Negidius ; si tel n'est pas le cas, absous-le » (littéralement : « délie-le » du procès).

Le préteur peut insérer en outre, entre l'*intentio* et la *condemnatio*, une *exceptio* ou objection soulevée par le défendeur : *si, in ea re, nihil dolo malo Auli Agerii factum sit* = « si, en l'espèce, Aulus Agerius n'a commis aucun dol ». Ce moyen de défense est présenté sous forme d'interrogation négative parce que toute formule est rédigée du point de vue du demandeur et tend à la condamnation du défendeur. Le demandeur peut opposer à l'exception une phrase d'objection appelée réplique. À laquelle le défendeur peut à nouveau opposer une duplique, susceptible de susciter une triplique du demandeur... ¹⁷ Notons que dans les actions dites « de bonne foi ¹⁸ » – par opposition aux actions dites « de droit strict » – les exceptions de dol et de violence sont toujours sous-entendues, de sorte que le défendeur peut les soulever devant le juge, *apud iudicem* ou *in iudicio*, même s'il n'en a pas fait état devant le préteur, *in iure*.

Le préteur peut aussi, le cas échéant, insérer, avant l'*intentio*, une *demonstratio* précisant la cause juridique de la demande dans les actions fondées sur la bonne foi (*u. infra*) et désignant le contrat qu'invoque le demandeur : ainsi, dans une action fondée sur un contrat consensuel de vente (*actio uenditi*), aurions-nous *Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem Surum uendidit* (« Parce que As. As. a vendu a Ns. Ns. l'esclave Syrus »).

Il n'y a d'*adiudicatio* que dans trois actions civiles (transposées en formules à partir d'actions fondées sur des droits régis par la loi des XII Tables) ayant pour objet d'adjuger des droits consistant en parts exclusives : partage de succession

(actio familiae erciscundae) ou de biens indivis (actio communi diuidundo) et action en bornage (actio finium regundorum).

Il importe de distinguer les actions dites réelles des actions dites personnelles : les premières sanctionnent les droits réels (iura in re : propriété et droits réels démembrements, u. infra) ; les secondes sanctionnent les droits de créances (iura in persona) ou obligations. Dès lors qu'un droit réel est absolu, donc opposable à tous (il vaut erga omnes), l'intentio de la formule d'une action réelle mentionne le demandeur, mais non le défendeur : c'est e.g. la propriété comme telle du demandeur sur un bien qui doit être reconnue par le juge. L'action réelle ne comporte pas de demonstratio : le demandeur ne doit pas déclarer la cause juridique (l'origine) du droit de propriété qu'il invoque. L'intentio de la formule d'une action personnelle doit en revanche mentionner le nom du défendeur, car le demandeur postule la condamnation de celui-ci seul à faire (facere), ne pas faire (non facere) ou « donner » (dare) quelque chose.

L'apparente simplicité même de cette formule ne doit pas conduire à sous-estimer la tâche du préteur : la procédure formulaire améliore sensiblement l'accès au tribunal précisément parce que le préteur réduit la complexité inhérente aux données brutes de tout litige, telles que les exposent les parties, au noyau strictement juridique du différend, exprimé au moyen de la terminologie propre au droit.

Cette réforme est traditionnellement présentée (sur la base des Institutes de Gaius) comme issue de la lex Aebutia, qu'il est tentant de dater de 133 a.C., année au cours de laquelle l'un des consuls était Publius Mucius Scaevola, jurisconsulte renommé. Cependant le texte de cette loi n'a pas été conservé, de sorte que sa date et son contenu précis nous sont, à vrai dire, inconnus. Il est probable que cette loi a été votée entre 148 et 125 a.C. et que, si elle n'a sans doute pas instauré à elle seule une réforme globale de la procédure, elle a du moins contribué à sa généralisation (même si les plaideurs ont conservé le droit de recourir alternativement à l'ancienne procédure orale et formaliste jusqu'aux leges Iuliae iudicariae ou lois judiciaires prises à l'initiative d'Auguste en 17 a.C.).

Une hypothèse très plausible rattacherait l'origine de la réforme à la fonction du préteur pérégrin : ce dernier, appelé à trancher des litiges en cause de pérégrins, ne pouvait restreindre l'exercice de leurs droits privés aux seules « actions de la loi » (strictement réservées aux citoyens romains), ni en attendre le respect d'un

formalisme oral déjà mal maîtrisé par les citoyens romains eux-mêmes. Il aurait dès lors déclaré recevables des demandes ayant trait à des actes non issus du seul droit civil, en prenant l'initiative de les exprimer – donc de les formuler – en termes juridiquement intelligibles par les juges auxquels ils déféraient les demandes à trancher sur la base du *ius gentium*.

De prime abord, la procédure formulaire se présente comme une modalité nouvelle d'organisation du procès. Elle a cependant aussitôt revêtu une portée beaucoup plus large en générant une nouvelle source du droit, appelée édit du préteur, qui constituera le *ius honorarium* ou droit honoraire, c'est-à-dire le droit créé par les magistrats, par opposition au *ius civile* ou droit civil, formé des règles issues de la coutume et des lois (lois *s.s.* et plébiscites). Ce sera la principale source du droit privé au cours du dernier siècle de la république.

Tout préteur doit être élu à cette fonction par les comices et a donc mené une campagne électorale au cours de laquelle il a exposé son programme. Le programme d'un futur magistrat judiciaire consiste, à partir de la *lex Aebutia*, dans les formules qu'il s'engage à délivrer lorsqu'il sera sollicité par un plaideur : quelle action accueillera-t-il pour les droits fondés sur les lois, en quels termes et dans quelles circonstances acceptera-t-il de formuler les demandes judiciaires et de désigner un juge ? Non pas qu'il ait un quelconque droit discrétionnaire d'appliquer ou non les lois en vigueur : il peut cependant interpréter leur portée de façon plus ou moins large, voire innovante, et se montrer plus ou moins rigoureux dans l'accueil ou le refus d'une prétention à déférer à un juge convenu par les parties litigantes.

La dynamique novatrice du préteur a conduit à discerner les actions civiles des actions prétorienne ou honoraires ¹⁹. Les premières sont civiles – comme l'étaient toutes les actions de la loi qu'elles transposent en formules – parce qu'elles sanctionnent chacune un droit puisant sa source dans une loi, un plébiscite ou la coutume : ainsi sont-elles in *ius* parce qu'elles mentionnent dans l'*intentio* le droit invoqué par le demandeur sur une base légale *s.l.* La seule mention de ce droit suffit dans le modèle de la formule qui évoque le respect d'un devoir prescrit par la loi. ²⁰ Les secondes sont prétorienne parce que le préteur annonce qu'il accepte d'organiser un procès et donc de délivrer une formule (*iudicium dabo*) dans des circonstances où il invite le juge à vérifier si un fait générateur d'obligations a eu lieu ou pas : ainsi s'agit-il d'actions in *factum*, car basées sur un fait juridique. Le préteur y invite le juge, s'il vérifie le fait, à condamner le défendeur sur cette base.

Le préteur puise son espace de liberté créatrice et sa marge de manœuvre tant dans les lacunes de la loi que dans le principe de l'autonomie de la volonté en matière conventionnelle. Ainsi, le remboursement d'un prêt a-t-il pu faire l'objet d'une sponsio ou promesse solennelle entre citoyens romains : la formule à l'intention d'entendre condamner le débiteur au remboursement sera délivrée *in ius* car il s'agit d'un engagement de droit civil. Mais, si une somme d'argent reste due à titre de paiement d'un prix de vente, le droit civil ignore longtemps cette figure juridique ²¹ : le préteur délivre alors une formule *in factum* pour inviter le juge à vérifier si, comme l'allègue le demandeur, le défendeur s'est effectivement engagé à verser un prix en argent en contrepartie du transfert de la *vacua possessionis* ou possession paisible et durable d'un bien aliéné par le demandeur.

Une fois élu, le préteur affiche la liste des formules qu'il s'est engagé à délivrer sur un album ou tableau enduit de cire blanche, fixé sur le mur devant lequel il préside le tribunal : c'est l'édit ou ordonnance prise en vertu de son *ius edicendi*. Les formules qu'il délivrera aux demandeurs valent pour toute l'année de sa charge et constituent ainsi l'*edictum perpetuum* ou édit permanent. Il est à peine besoin de préciser qu'aucun préteur ne songeait à bouleverser l'édit de ses prédécesseurs : il s'attachait plutôt à le compléter par de nouvelles formules ou à l'améliorer en perfectionnant des formules déjà délivrées antérieurement. La partie reproduite de ses prédécesseurs était appelée *pars translaticia* ou partie *translatice*, tandis que ses innovations constituaient la *pars noua* ou partie nouvelle de l'édit.

Les innovations accueillies positivement accroissaient petit à petit la partie *translatice*, de sorte que l'adjectif *perpetuum* a acquis le sens de « permanent » non plus seulement pour la seule année de fonction d'un préteur déterminé, mais de « perpétuel » sous la seule réserve de modifications ponctuelles introduite annuellement par les préteurs successifs. Ce catalogue des formules est devenu la source principale du droit privé positif dès lors qu'il n'existait en pratique pas d'autres droits que ceux qu'un plaideur pouvait mettre en œuvre par voie judiciaire en obtenant du préteur la délivrance d'une formule nouant une procédure judiciaire.

L'édit s'est répandu dans l'ensemble des territoires sous juridiction romaine dès lors que les gouverneurs de province, qui y assumaient la tâche dévolue à Rome au préteur, l'y ont importé.

Cette source n'est cependant restée créative que pendant le dernier siècle de la république : ensuite l'édit s'est figé et n'a plus été reproduit que mécaniquement, jusqu'à ce que l'empereur Hadrien (qui a régné de 117 à 138 p.C.) le fasse codifier, lui conférant ainsi sa forme définitive. Cette codification a été l'œuvre du jurisconsulte Salvius Julianus (Julien) et le Sénat en a confirmé la force obligatoire dans toutes les juridictions de l'empire. Le texte de Julien n'a pas été conservé comme tel, mais a pu être reconstitué sur la base du Corpus iuris ciuilis (u. infra).

La dynamique de l'édit du préteur, consistant dans l'introduction annuelle de nouvelles formules ou l'amélioration de formules existantes, en conformité avec le programme des candidats à la préture, ne pouvait se concevoir sans l'épanouissement d'une autre source du droit : les commentaires et suggestions des jurisconsultes inspirant les propositions de nouvelles formules et, en cas de litige, le recours optimal aux formules existantes. Ainsi la doctrine ou *iurisprudentia*, expertise en matière juridique, a-t-elle commencé à prospérer en même temps que se développait l'édit. Cette source ne connaîtra toutefois son apogée et ses principaux auteurs que sous le principat (u. infra).

G.Dernier siècle de la République

Pendant un siècle et demi, la République était restée soudée par les guerres menées contre des ennemis extérieurs et les conquêtes avaient initialement amélioré le bien-être économique des Romains : par exemple, les citoyens avaient été dispensés d'impôt (le tributum) à partir de la soumission de la Grèce, un stipendium étant désormais supporté par les cités assujetties. L'afflux d'esclaves, constituant une main-d'œuvre bon marché, n'a cependant pas tardé à provoquer un déséquilibre économique et social au préjudice de tous ceux qui se sont retrouvés en concurrence directe avec une forme d'exploitation agricole désormais fondée sur la main-d'œuvre servile ou sur l'importation de denrées étrangères à coûts moindres que ceux supportés par les éleveurs et cultivateurs en Italie.

À un autre point de vue, l'enchaînement rapide des succès militaires a généré non seulement une confiance illimitée dans la puissance de Rome, mais aussi une convoitise toujours plus aiguë du pouvoir à Rome.

La relation détaillée des troubles politiques du dernier siècle de la République déborderait largement le cadre et l'objet d'un manuel et il faut donc se borner à mentionner les principaux événements suivants :

pour tenter de remédier à la fracture sociale résultant de l'appauvrissement des plus petits exploitants, les frères Tiberius et Caius Gracchus proposent une réforme agraire consistant en la répartition de l'ager publicus, le territoire conquis qui, en droit, appartient à l'État, mais, en fait, est économiquement exploité par de grands propriétaires terriens. Ceux-ci sont très majoritairement représentés au Sénat, mais le vote des lois relève des comices tributes. La réforme n'aboutit pas et l'âpre conflit politique tourne à la tragédie : Tiberius est assassiné en 133 a.C. et Caius en 121... ;

l'aristocratie sénatoriale domine alors la politique de la fin du siècle, mais n'est pas à même de désigner des commandants capables de mettre fin à la révolte des Numides du roi Jugurtha en 112 a.C. Marius, du parti populaire, obtient le

consulat en 107 et donc le commandement. Six fois consul en huit ans, après la victoire sur les Numides en 105, il repousse, au nord, les invasions des Teutons (en 102) et des Cimbres (en 101), au prix d'une importante mutation dans la composition de l'armée : celle-ci ne compte plus seulement des citoyens-miliciens, mais enrôle aussi des volontaires, voire des contingents alliés ;

les alliés italiens avaient été mal récompensés de leur fidélité à Rome depuis les guerres puniques : en 90 a.C., ils se révoltent et déclenchent la guerre sociale (de socius : allié). Pour les diviser, Rome accorde la citoyenneté à ceux qui lui restent fidèles et réprime très durement les insurgés, sous le commandement militaire de Marius et le consulat de l'aristocrate Sylla (en 88). À l'issue de la guerre, la citoyenneté est finalement accordée à la plupart des Italiens. Même si tous n'obtiennent pas le droit de vote (citoyenneté sine suffragio), le système d'élections par comices, prévu pour une cité, devient matériellement difficile à mettre en œuvre à l'échelle de l'Italie ;

une guerre civile oppose les partisans de Marius à ceux de Sylla : les proscriptions des uns et des autres alternent. Sylla, auréolé de sa victoire contre Mithridate, roi du Pont (au nord de l'actuelle Turquie), prend le pouvoir et instaure une dictature illimitée dans le temps, mais abdique en 79 ;

de 73 à 71, une grande révolte d'esclaves (sous la conduite de Spartacus) ébranle l'Italie. C'est le patricien Crassus qui y met fin et est élu consul en 70, en même temps que Pompée. Ce dernier acquiert un prestige équivalent en étant le vainqueur d'insurgés romains en Espagne (dont le chef était Sertorius), des pirates qui écumaient la Méditerranée (en 67) et à nouveau de Mithridate (en 66) ;

en 63, le consul Cicéron dévoile la conjuration de Catilina et anéantit sa milice en janvier 62. Un troisième homme apparaît sur le devant de la scène politique : César conclut une alliance politique secrète (triumvirat avec Pompée et Crassus) qui lui permet d'être élu consul en 59 et ensuite proconsul en Gaule (cisalpine et narbonnaise), fonction qu'il met à profit pour accroître prestige, fortune et pouvoir en conquérant, de 58 à 52, la Gaule transalpine ;

en 53, Crassus est défait et exécuté par les Parthes. César (qui a les faveurs de la plèbe) et Pompée (considéré comme le défenseur des institutions républicaines, au sein desquelles le Sénat prédomine) se retrouvent face à face : la guerre civile est déclenchée lorsque César, au terme de son proconsulat en janvier 49, franchit

le Rubicon (petite rivière au nord de Rimini, qui délimitait l'Italie romaine) avec ses légions en armes, ce qui était interdit : *alea iacta est* (« les dés en sont jetés » aurait-il dit...). Le Sénat n'est toutefois pas à même de mobiliser une autre armée, ce que Pompée ne peut faire qu'après s'être réfugié en Grèce : il y est défait à la bataille de Pharsale (août 48) et s'enfuit en Égypte, où il est assassiné, à l'instigation de Ptolémée XIV qui espérait ainsi s'attirer les faveurs du vainqueur. César prend toutefois prétexte de cette exécution d'un Romain en terre étrangère pour chasser Ptolémée du trône et y établir sa sœur, Cléopâtre VII, et un protectorat romain. Il défait ensuite deux armées formées de partisans exilés de Pompée, l'une commandée par Scipion et Caton d'Utique à Thapsus (Tunisie) en 46, l'autre par Sextus et Cnaeus, fils de Pompée, à Munda (Espagne) en 45 ;

le 21 septembre 45 a.C., César, par testament, institue héritier son petit-neveu Octave. Déjà nommé consul pour cinq ans depuis 47, il est nommé dictateur à vie en février 44, ce qui inquiète vivement le clan républicain, animé d'anciens partisans de Pompée, envers lesquels il s'était pourtant montré clément. Peu sensible à des présages funestes, il se rend au Sénat, aux ides de mars (i.e. le 15 mars), et y est assassiné par les conjurés, au nombre desquels Brutus (qu'il considérait comme un fils), à qui il aurait dit, en expirant « *tu quoque fili* » (« toi aussi, mon fils ? » : ces paroles auraient, en réalité, été dites en grec – *καὶ σύ τέκνον* –, mais il s'agit d'une information difficile à recouper...) ;

les péripéties de succession au pouvoir voient Marc Antoine s'opposer à Octave, ce dernier recueillant l'appui du Sénat pour mener une vaste coalition où les alliances sont purement tactiques jusqu'à une première défaite militaire d'Antoine (à Modène). Octave conforte son pouvoir en Italie, mais Antoine reconstitue une armée avec Lépide (qui avait été le *magister equitum* ou maître de la cavalerie sous la dictature de César) : les trois hommes décident de s'allier en vue d'un partage du pouvoir et constituent – officiellement – le second triumvirat en novembre 43 (avec l'assentiment forcé du Sénat...). Cette coalition, à nouveau purement tactique, s'attache à éliminer les conjurés des ides de mars et leurs partisans : Cicéron est assassiné, l'armée de Brutus et Cassius défaite à la bataille de Philippes en Grèce (23 octobre 42), celle de Sextus Pompée à la bataille navale de Nauoque en 36 ;

le territoire romain est partagé en trois zones de pouvoir personnel : à Octave les provinces d'Occident, à Lépide l'Afrique, à Marc Antoine l'Orient, dont l'Égypte. Pour sceller l'entente, Marc Antoine épouse Octavie, sœur d'Octave.

Lépide est rapidement évincé (il est « promu » grand pontife...), suspect d'avoir comploté avec Sextus Pompée ;

Marc Antoine s'établit à la cour de Cléopâtre et laisse ainsi Octave répandre à Rome le soupçon d'un grave conflit d'intérêts : lorsqu'Antoine combat victorieusement des insurgés en Orient et les Parthes, travaille-t-il à la grandeur de Rome ou à celle de l'Égypte (restée formellement indépendante) ?

Lorsqu'Antoine répudie son épouse Octavie, Octave fait décacheter le testament qu'Antoine avait déposé à Rome : il y déclarait que l'héritier légitime de César n'était pas Octave, mais bien Ptolémée Césarion, fils de César et Cléopâtre... ;

c'est à l'Égypte et donc à Cléopâtre seule qu'Octave et le Sénat déclarent la guerre au nom de Rome : ainsi ne peut-il s'agir d'une guerre civile. La bataille navale d'Actium (1er août 31 a.C.), en Adriatique, démontre la difficulté et la démotivation des troupes romaines de Marc Antoine dans une guerre contre leurs frères d'armes. Avant même que la défaite ne soit consommée, Cléopâtre et Marc Antoine repartent pour l'Égypte, où ils se suicident l'année suivante, lors du débarquement d'Octave : celui-ci fait alors assassiner Ptolémée XV Césarion (qui fut ainsi le dernier pharaon) et annexe l'Égypte aux territoires romains (Nb : la province d'Égypte ne sera jamais « latinisée » et participera peu aux institutions de l'empire, si ce n'est à partir du IV^e siècle p.C., lorsque c'est l'Empire romain qui s'hellénise avec le transfert de la capitale à Constantinople ; l'Égypte demeurera byzantine jusqu'en 642 et sa conquête par le général Amrou au nom du calife Omar) ;

la bataille d'Actium a mis un terme à un siècle de conflits sanglants au sein de la république et Octave peut ainsi, en 29 a.C., fermer, en signe de rétablissement de la paix, les portes du temple de Janus pour la première fois depuis la fin de la première guerre punique.

H. Le principat

Octave rétablit formellement les institutions républicaines. C'est toutefois pour mieux en exercer toutes les magistratures et en revêtir et cumuler tous les titres : après s'être autoproclamé *imperator* en 40 a.C., il jouit de l'immunité des tribuns de la plèbe à partir de 36 et revêt leur puissance tribunicienne sans limite de durée à partir de 30 ; en 28, il s'inscrit à la première place de l'album sénatorial et devient ainsi le *princeps senatus* ou premier des sénateurs et donc des citoyens. En 27, il se fait reconnaître le commandement proconsulaire de toutes les provinces impériales, commandement étendu, en 23, à toutes les provinces. En 19, il devient censeur, et, en 12, grand pontife. En 27, le Sénat lui permet de porter le titre d'Augustus, de sorte qu'il ne se fait plus appeler « Octave », mais *Imperator Caesar Augustus* : c'est l'événement traditionnellement retenu comme marquant la fin de la république et la naissance de l'empire.

L'usage s'est répandu de partager la chronologie de l'histoire romaine à partir de cette date entre Haut-Empire (de 27 a.C. à 284 p.C.) et Bas-Empire à partir de 284 jusqu'à la déposition de l'empereur Romulus Augustulus à Rome en 476 (fin de l'Empire romain d'Occident), l'Empire romain d'Orient étant alors appelé « empire byzantin ». Ces qualificatifs ont l'avantage de la commodité, mais présentent le double inconvénient de masquer une différence de nature juridique et de refléter un jugement de valeur qui ne correspond pas à la réalité des fluctuations historiques.

Aussi est-il préférable de retenir le critère juridique propre au droit public romain : les trois premiers siècles correspondent au régime du principat où l'empereur se présente comme le premier des citoyens et est censé répondre de sa politique devant le Sénat, qui garde au moins la prérogative de le choisir ou de donner son assentiment au choix d'un successeur. À partir de Dioclétien succède un régime de monarchie absolue, assumée comme telle, sans aucune reddition de comptes du ou des empereurs à qui que ce soit, avec une forte distanciation du pouvoir : la personne de l'empereur s'y trouve divinisée, non en quête d'un quelconque acte de foi de ses sujets, mais bien pour marquer la distance infinie qui le sépare d'eux et son aspect inaccessible au commun des mortels, qui ne

sauraient dès lors avoir qualité pour émettre une quelconque opinion au sujet de sa personne et de sa politique. Cette forme de pouvoir apparaît et est délibérément organisée à la fin de l'époque païenne, mais s'épanouira avec la christianisation de l'empire : les empereurs byzantins seront considérés comme les lieutenants de Dieu dans le monde, de sorte que leur régime est caractérisé comme un 'césaropapisme », où le seul assentiment au pouvoir devant émaner d'un tiers consistera dans le couronnement par le patriarche de Constantinople.

Sur la base de ce critère, il y a donc bien une césure théorique à partir de 284 p.C., mais celle-ci ne permet pas de porter un jugement de valeur global sur le pouvoir exercé, dans la mesure où le Haut-Empire comme le Bas-Empire et l'Empire byzantin connaîtront une alternance de bons et de mauvais empereurs (selon les critères de leurs époques respectives), cette alternance tenant plus aux personnalités individuelles qu'au régime politique comme tel.

Sous Auguste, les institutions républicaines ne s'éteignent que lentement, nombre de lois étant encore votées par les comices, le Sénat acquérant même un surcroît de pouvoir : il administre les provinces sénatoriales, en désigne les gouverneurs et y lève les impôts contribuant au trésor public (l'aerarium, par opposition au fiscus principis ou trésor impérial alimenté par les impôts levés dans les provinces impériales), et participe au pouvoir législatif en rendant des sénatus-consultes (senatusconsulta) qui ont désormais la même portée qu'une loi ou un plébiscite voté par les comices (auparavant ils ne pouvaient qu'ordonner la suspension temporaire d'une loi). Encore composé des anciens magistrats élus, il est cependant complété par les membres que l'empereur désigne directement en sa qualité de censeur. Les consuls n'ont plus qu'une fonction honorifique, même si cet honneur restera toujours très recherché (jusqu'à son abolition par Justinien). Les autres magistrats (préteurs, édiles, questeurs) voient peu à peu leurs fonctions encadrées par des fonctionnaires impériaux, à la tête desquels sont placés notamment le préfet du prétoire qui commande la garde personnelle de l'empereur, le préfet de l'annone pour l'approvisionnement et le préfet de la ville pour la police générale de Rome.

Un doute sur l'orientation du régime surgit fugitivement à l'issue du règne d'Auguste (14 p.C.), mais ce dernier a veillé à désigner un successeur en la personne de Tibère, son beau-fils : le Sénat l'acclame (comme l'historien Tacite l'a écrit, après 41 ans de règne d'Auguste, il ne se trouvait pratiquement plus un seul sénateur en fonction ayant connu la République...) et les comices votent formellement sa loi d'investiture (lex regia). Rassuré par la facilité de cette

transition, mais ingrat, Tibère ôte aux comices leur pouvoir d'élire les magistrats (désormais désignés par le Sénat) et une grande partie de leur pouvoir législatif, qui s'éteindra complètement à la fin du premier siècle p.C. Le Sénat, qui désormais s'autoreproduit puisque les magistrats qu'il désigne deviennent ensuite ses membres, conserve ses pouvoirs, mais doit les exercer sous la présidence fort sourcilleuse de l'empereur. Ce dernier, ébranlé par la conspiration de Séjan (préfet du prétoire), se retire à Capri où il meurt en 37, après avoir érigé la délation en mode de gouvernement, sur la base du crimen maiestatis ou crime de lèse-majesté, i.e. atteinte à l'honneur de l'État en la personne du premier de ses citoyens.

Son successeur, Caligula, a très tôt l'esprit troublé par l'étendue même de son pouvoir. Certains des symptômes rapportés par les historiens symbolisent la dégénérescence de l'État : ainsi l'offre d'un abreuvoir en or à son cheval (l'empereur n'ayant à rendre de comptes à personne pour l'emploi du fiscus principis...) ou son intention de le nommer consul (puisque les consuls n'ont plus aucun pouvoir, un cheval peut convenir à la fonction...). Son règne est bref : il est assassiné en 41.

Claude est le premier empereur proposé au Sénat par la garde prétorienne et initie l'usage de gratifier ce soutien, ce qui ne lui évite pas d'être empoisonné, en 54, par sa quatrième épouse, Agrippine, mère de Néron, dernier empereur de la dynastie julio-claudienne. Avec lui est d'abord reproduite l'expérience qu'avait vainement tentée Platon avec le tyran Denys de Syracuse : un pouvoir despotique peut-il être favorablement éclairé et guidé par les lumières d'un philosophe ? Cette seconde tentative ne réussit pas plus que la première : le stoïcien Sénèque, précepteur de Néron, tombe en disgrâce et sera ultérieurement contraint au suicide. Néron fait assassiner Britannicus, fils de Claude, et sa propre mère, qui l'avait pourtant porté au pouvoir. Son règne, marqué par l'incendie de Rome en 64 et les premières persécutions des chrétiens qui en sont accusés, est un alliage pernicieux de tyrannie de proximité et d'ambitions artistiques déçues : lorsqu'abandonné des prétoriens après une insurrection de Galba (légal d'Espagne), il se suicide avec l'aide d'un affranchi, il aurait prononcé ces derniers mots : qualis artifex pereo (« quel artiste meurt avec moi ! »).

L'an 69 voit se succéder trois empereurs éphémères (Galba, Othon et Vitellius) et, à l'issue de cette année de guerre civile, le général Vespasien est proclamé empereur et gouverne pendant dix ans en harmonie avec le Sénat, auquel il

permet à nombre de provinciaux d'accéder. Son premier fils, Titus, lui succède avec les mêmes qualités, mais meurt dès 81, et son second fils, Domitien, règne comme un second Néron et est assassiné en 96. Lui succède un sénateur âgé, Nerva, qui parvient à réduire l'influence de la garde prétorienne et à gouverner avec l'appui du Sénat. Son bref règne (il meurt en 98) inaugure le siècle des Antonins, considéré comme l'âge d'or de l'histoire romaine et qui explique l'expression de « Haut-Empire » pour les raisons suivantes :

l'histoire événementielle de la dynastie julio-claudienne, après Auguste, et la tyrannie de Domitien tendent à reléguer au second plan les bienfaits de la pax romana ou paix durable dans les frontières de l'empire et la prospérité croissante qui profitent tout de même à la majorité de tous ceux qui ne prennent pas le risque de vivre dans la proximité de la cour impériale : en revanche, comme déjà sous Auguste, Vespasien et Titus, l'histoire personnelle des Antonins est en harmonie avec l'apogée du bien-être (en termes antiques) ressenti au II^e siècle par les populations romanisées ;

les territoires de l'Empire connaissent leur extension maximale : les dernières conquêtes ont été celles de la (Grande-)Bretagne (sous Vespasien, par le général Agricola, beau-père de l'historien Tacite) et de la Dacie (actuelle Roumanie) par l'empereur Trajan, les frontières naturelles étant désormais le Rhin et le Danube au nord, la Mésopotamie à l'est et le Sahara au sud ;

les deniers de l'État sont plus utilisés pour de grands travaux publics et la régularité de l'approvisionnement que pour l'entretien des légions ;

la « provincialisation » du Sénat implique un grand nombre de dignitaires provenant de l'ensemble de l'empire dans l'administration des affaires publiques, de sorte que les provinces se sentent moins assujetties et plus intégrées à l'empire ;

chaque empereur veille à assurer pacifiquement sa succession en désignant et en associant, de son vivant donc, à la gestion de l'empire celui qu'il estime le plus apte à lui succéder : il s'agit donc d'une dynastie par adoptions.

Après Nerva, les empereurs dont le nom illustre le II^e siècle sont successivement Trajan (de 98 à 117), Hadrien (de 117 à 138 ; cf. Les mémoires d'Hadrien de Marguerite Yourcenar), Antonin le Pieux (de 138 à 161) et l'empereur-philosophe stoïcien Marc-Aurèle (de 161 à 180, conjointement avec son frère

adoptif Lucius Verus de 161 à 169).

I.Sources du droit sous le principat

Les deux sources actives de création du droit à l'époque évoluent en quantités inversement proportionnelles : ce sont les sénatusconsultes et les constitutions impériales.

Le Sénat est devenu un organe législatif depuis Auguste et même le seul depuis l'extinction définitive du rôle législatif des comices sous Nerva. De nombreux sénatusconsultes sont rendus en toutes matières au cours des deux premiers siècles, l'empereur préférant au début se limiter au rôle tenu par les magistrats sous la République : un pouvoir d'initiative et de propositions de résolutions à débattre au Sénat, les propositions pouvant aussi bien émaner des sénateurs eux-mêmes. Mais, petit à petit, les propositions faites par l'empereur (et préparées par ses conseillers, qui constituent le consilium principis) se font plus nombreuses et l'empereur ou son porte-parole prie le Sénat de les adopter : c'est l'oratio principis ou prière du prince, qui se fera toujours plus pressante et à laquelle il est d'autant plus difficile de s'opposer que l'empereur maîtrise l'album sénatorial et donc la désignation ou l'omission des sénateurs. À la fin du IIe siècle, les sénatusconsultes sont assimilés aux prières du prince puisque celles-ci sont systématiquement accueillies, et seule se rencontre encore l'expression orationes principis pour désigner les normes qui émanent formellement du Sénat. Celui-ci perd tout pouvoir législatif au début du IIIe siècle.

Les plus anciennes constitutions impériales mentionnées dans le Corpus iuris ciuilis remontent au règne d'Hadrien, même s'il en a certainement existé auparavant. Il y en a quatre sortes :

les edicta ou édits sont des mesures de portée générale évoquant l'édit du préteur (dont la rédaction de synthèse finale, intitulée Édit perpétuel, a été confiée par Hadrien à Salvius Julianus et rendue obligatoire par un sénatusconsulte), la tâche innovante de celui-ci sous la République ayant été reprise par l'empereur ; les édits de l'empereur ont cependant une portée beaucoup plus large que l'ancienne pars noua de l'édit de chaque préteur et, non cantonnées à l'exercice d'une

magistrature judiciaire, valent pour tout l'empire et sans limitation de durée ;

les rescripta (contraction de responsum scriptum ou réponse écrite) ou réponse écrite à une question de droit posée à l'empereur au sujet de l'interprétation à donner à une norme insuffisamment précise dans un cas déterminé ;

les decreta ou décrets sont des jugements rendus par l'empereur en vertu de son droit d'évocation, qui lui permet d'appeler à lui et de trancher n'importe quel procès.

les mandata sont des instructions adressées aux fonctionnaires, notamment les gouverneurs de provinces.

Le détour par le Sénat emprunté par l'empereur apparaissant de moins en moins nécessaire, les édits commencent à coexister avec les sénatusconsultes et finissent par leur succéder lorsque l'empereur estime pouvoir exaucer lui-même les prières qu'il adressait auparavant au Sénat. À partir de la fin du III^e siècle et jusqu'à la fin de l'Empire byzantin (sous la dénomination nouvelles : u. infra), les constitutions impériales sont la seule source législative en vigueur et s'appellent d'ailleurs également « lois » ou leges.

Une troisième source active du droit sous le principat – mais qui, par définition, n'est pas censée pouvoir créer de nouvelles règles – est la iurisprudentia ou doctrine rédigée par les jurisconsultes sous forme de manuels ou traités intitulés Institutiones (cf. Institutes de Gaius), Regulae ou règles (cf. Ulpien), Sententiae ou sentences (cf. Paul), Libri ad edictum (commentaires de l'édit du préteur), ou de consultations appelées responsa prudentium : il s'agit des réponses à des questions de droit soulevées à l'occasion d'un procès et soumises aux lumières d'un jurisconsulte qui n'est ni le préteur, ni le juge, ni l'avocat d'une des parties.

Pour bien comprendre le rôle social des jurisconsultes, il faut rappeler la difficulté de consultation des sources et donc des règles de droit en vigueur à une époque où n'existaient ni l'imprimerie ni le moindre mode de publicité coordonnée des textes de loi : en pratique, la publicité se limitait à l'affichage de l'édit du préteur (qui n'était cependant qu'un catalogue des formules d'actions judiciaires pouvant être délivrées) et à l'apprentissage par les écoliers, de mémoire, du vénérable texte de la Loi des XII Tables.

Il en résulte que les parties litigantes et le juge qu'elles avaient choisi étaient souvent amenés à consulter le tiers expert qu'était le jurisconsulte pour savoir

quelle règle était en vigueur et comment il convenait de la comprendre et de l'appliquer. Les avocats pouvaient bien proposer une réponse, mais, outre le fait qu'il ne s'agissait pas encore d'une profession organisée et régulée comme elle le sera beaucoup plus tard, leur rôle même dans le procès ne pouvait que les conduire à entretenir la controverse opposant leurs clients respectifs.

À l'origine, les jurisconsultes, qui ne pouvaient bénéficier que d'un enseignement purement privé recueilli auprès d'un juriste déjà réputé, se désignaient eux-mêmes comme tels et recueillaient ou non la faveur et la confiance des tiers. L'avis dont ils faisaient part au juge participait de leur crédibilité et était en principe suivi. Cet avis pouvait cependant aussi être communiqué par l'intermédiaire de l'une des parties, notamment s'il avait été donné oralement et relaté par écrit par la partie elle-même, ce qui entraînait un risque d'altération, ou encore deux avis contradictoires pouvaient être délivrés par des jurisconsultes consultés respectivement par chacune des parties...

Auguste a décidé d'imposer la communication de l'avis par écrit et sous pli scellé, ce qui ne suffit toutefois pas encore à éliminer les risques de controverses en cas de pluralité d'avis.

Auguste a instauré le *ius publice respondendi* ou droit de répondre « publiquement », i.e. sous son autorité « au nom du peuple romain » : il s'agit d'un agrément impérial réservé à un petit nombre de juristes – ce qui réduisait mécaniquement le risque de controverses – dont l'avis devait alors être suivi obligatoirement par le juge. Autant dire que l'honneur de cet agrément était très recherché et ce privilège de nature à lier le pouvoir d'interprétation éventuelle par l'empereur lui-même, au point que Caligula aurait songé à y mettre fin.

L'agrément devait être sollicité : Hadrien a mis un terme aux sollicitations en considérant que l'initiative de l'accorder lui appartenait et, sans doute, qu'il n'était pas concevable qu'une réponse délivrée par un juriste agréé, mais pour le surplus indépendant du pouvoir, puisse être contraire à celle émise par voie de rescrit impérial. Hadrien a donc décidé de réunir les jurisconsultes qu'il désignait en un service public placé sous son autorité directe. En corollaire, pour les avis rendus antérieurement et conservés, il a décidé que le juge ne serait lié que s'ils étaient concordants : en cas de discordance, le juge retrouvait sa liberté d'appréciation.

En l'absence de rescrit ou de réponse de jurisconsulte, ou encore de réponses

contradictoires, cette liberté d'appréciation ne pouvait encore être liée que par la jurisprudence au sens actuel du mot : l'ensemble des décisions judiciaires antérieures et, plus précisément, l'autorité des choses jugées de façon similaire depuis longtemps (*auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum*).

Cette source puisée dans les antécédents judiciaires était toutefois difficilement concevable dans l'organisation des procès privés, où le juge-juré ne constituait pas un tribunal fixe, mais était désigné procès par procès : même s'il lui arrivait d'être désigné à plusieurs reprises, il ne pouvait guère être confronté à une série de cas similaires. Surtout la collecte de précédents tranchés par des juges différents était difficile à mettre en œuvre dans la mesure où il n'existait aucun mode organisé de diffusion et de publicité des jugements comparable à nos actuels recueils de jurisprudence, comme la *Pasicrisie* (qui signifie étymologiquement « tout ce qui a été jugé ») : la simple identification des normes en vigueur et donc applicables à un procès déterminé a constitué le souci premier des juristes romains jusqu'à la compilation ordonnée par Justinien.

Ce n'est dès lors qu'à partir de l'empereur Septime Sévère (u. infra) qu'une autorité subsidiaire a été reconnue aux précédents, et cette apparition de la notion actuelle de jurisprudence n'a pu résulter que de l'effacement progressif de l'organisation des procès privés au profit de la procédure alternative apparue avec l'empire et progressivement répandue à partir des provinces : la *cognitio extra ordinem*, c'est-à-dire la « connaissance (des procès) hors de l'ordre (des procès privés) » ou procédure extraordinaire : celle-ci ne se déroule plus en deux phases, mais voit la réunion des qualités de magistrat et de juge en une seule personne, qui est un fonctionnaire impérial.

Cette professionnalisation de la fonction du juge résulte de la volonté impériale d'un contrôle toujours plus étroit de l'administration de la justice et permet, tant par la spécialisation de la fonction que par l'archivage administratif des jugements, l'élaboration et la disponibilité d'une jurisprudence. La procédure extraordinaire a cependant vu aussi l'introduction de recours en appel, faculté inexistante dans l'organisation des procès privés. Cette dernière disparaîtra complètement au III^e siècle, les formules prétoriennes étant elles-mêmes supprimées en 342.

J.Le IIIe siècle du principat

Marc-Aurèle a commis l'erreur de rompre avec le principe du choix d'un successeur sur la base de mérites éprouvés, comme l'avaient fait les Antonins jusqu'à sa propre adoption : son fils Commode lui succède, en 180, et l'empire se retrouve dans une tyrannie comparable à celles de Néron (avec un nouvel incendie de Rome en 191) et de Domitien, le nouvel empereur se prenant pour Hercule... Une conjuration l'élimine en 192. Pertinax, préfet de la ville, s'avère très prometteur, mais est assassiné après seulement septante-huit jours de règne. L'empire est alors littéralement mis aux enchères par la garde prétorienne (que Commode avait érigée en seul pilier de son pouvoir) et adjugé à un riche sénateur, rapidement éliminé par un général originaire de l'actuelle Libye, Septime Sévère, qui parvient également à s'imposer par la force contre plusieurs autres généraux insurgés et fonde une nouvelle dynastie, régnant lui-même par les armes de 193 à 211. Ses deux fils lui succèdent, Caracalla faisant assassiner son frère Geta dès la première année de partage du pouvoir.

La constitution impériale, prise en 212, qui marque son règne pourrait le faire passer, aux yeux de la postérité, pour un humaniste : il accorde la citoyenneté romaine à tous les habitants libres de l'empire, à la seule exception des pérégrins déditices, i.e. des populations qui n'ont été assujetties qu'après une résistance à outrance (cette discrimination ne sera abrogée que sous Justinien).

Caracalla n'est toutefois nullement animé d'une générosité visionnaire : cette mesure permet, avant tout, d'étendre la perception des droits de succession, au taux de 5 % (la *vicesima hereditatis* : « le vingtième de l'héritage »), à toutes les successions, alors qu'elle ne s'appliquait auparavant qu'à celles des citoyens romains. C'est le corollaire des besoins croissants de trésorerie pour entretenir sa générosité envers les légionnaires en général et les prétoriens en particulier, conformément à la maxime qu'il avait coutume de répéter (en l'attribuant à son père) : « Un souverain doit s'assurer l'affection de ses soldats, et compter pour rien le reste de ses sujets. » De fait, la citoyenneté romaine ne revêt plus aucune signification politique, la direction de l'État se résumant aux courtisans que l'empereur emmène dans sa suite, au gré de ses campagnes militaires en Orient.

C'est au cours de l'une de celles-ci, en 217, que Caracalla est poignardé à l'instigation de son préfet du prétoire chargé de l'administration civile : Macrinus. Son élévation à l'empire, malgré le soulagement de la mort du tyran, mécontente cependant tant le Sénat (dont il n'est pas issu) que les soldats, dont il tente de rétablir la discipline qu'ils connaissaient sous Septime Sévère : une nouvelle intrigue conduit, dès 218, à une insurrection au profit d'un cousin de Caracalla, l'extravagant Elagabale (ou « Héliogabale », grand-prêtre du Soleil en Syrie) qui, après la trahison et l'assassinat de Macrinus par les prétoriens, arrive triomphalement à Rome, où son règne excentrique dure quatre ans, jusqu'à son assassinat, au grand soulagement de tous et au bénéfice de son cousin Alexandre Sévère, qui va régner de 222 à 235 : il s'agit d'une brève période de retour à une relative sérénité, après quarante-deux ans de tyrannie et avant trente-cinq années d'anarchie et de dilution de l'empire.

L'époque des Sévères est cependant encore féconde pour le droit privé. Non seulement il y a nombre de constitutions impériales, mais surtout c'est l'époque de trois parmi les plus éminents auteurs de *iurisprudentia* : Aemilius Papinianus ou Papinien, Iulius Paulus ou Paul, et Domitius Ulpianus ou Ulpien. Herennius Modestinus ou Modestin est également considéré comme un important jurisconsulte, et même le dernier des classiques.

Il serait tentant de penser qu'il était alors préférable de s'occuper de droit privé et de se garder, en ces temps de tyrannie, du droit public et des affaires de l'État, mais tel n'est même pas le cas : Papinien fut préfet du prétoire sous Septime Sévère et le resta brièvement sous Caracalla. Ce dernier lui avait demandé de prononcer, devant le Sénat, un éloge ou au moins un discours de légitimation de l'assassinat de Geta : ayant refusé, Papinien fut assassiné en 212 par des prétoriens.

À lui seul, cet extraordinaire acte de courage lui aurait valu le titre de « prince » ou premier des jurisconsultes que l'histoire lui a décerné, ce titre fût-il également justifié par le contenu de son œuvre juridique telle que nous la connaissons par le *Corpus iuris civilis*.

Paul et Ulpien étaient deux de ses assesseurs, avant de devenir également préfets du prétoire sous Alexandre Sévère. Paul intervient quantitativement à hauteur de 17 % du C.i.c., Ulpien (qui aurait surtout écrit pendant sa période de disgrâce sous Caracalla et d'exil sous Elagabale) à hauteur de 40 %. Ce dernier, à qui les prétoriens imputaient la conception des réformes qu'Alexandre Sévère tentait de

mettre en œuvre au sein de l'armée, fut assassiné en 228 (mais certainement pas à l'instigation de l'empereur). Modestin fut préfet des vigiles de 226 à 244. L'exercice de ces dignités impériales par des jurisconsultes est lié à la réforme de leur statut par Hadrien (u. supra).

D'autres jurisconsultes écriront encore aux III^e et IV^e siècles, mais dans l'anonymat et sans perpétuer la veine créatrice antérieure : il ne s'agit plus que de compilations de citations et de commentaires des auteurs antérieurs, voire de manuels destinés essentiellement aux écoles de droit qui se sont développées à Rome, Athènes, Alexandrie et Béryte (l'actuelle Beyrouth).

En 235, Alexandre Sévère est assassiné à l'occasion de l'insurrection militaire qui ouvre une des plus sombres périodes de l'histoire romaine et qui voit se succéder nombre d'empereurs qui n'ont pas le temps ou ne méritent guère de passer à la postérité. Le Sénat tente bien de conserver, voire reprendre un rôle dans la désignation des empereurs, mais ceux-ci doivent plutôt tenter de s'imposer par les armes aux nouveaux prétendants qui ne cessent de surgir de toutes les parties de l'empire : sous Gallien, il y eut jusqu'à dix-neuf insurgés prétendant simultanément au trône et gouvernant plus ou moins brièvement telle ou telle province. C'en est fini de la pax romana : la décomposition de l'autorité centrale ouvre les frontières de l'empire aux premières grandes invasions de Francs, Alamans et surtout Goths, les Perses reprenant le rôle traditionnel des Parthes comme principaux ennemis de Rome à l'est.

C'est précisément contre les Perses du roi Sapor que l'empire connaît un désastre sans précédent en 260 : l'armée d'Orient doit capituler après que son offre de payer un tribut a été refusée, et l'empereur Valérien est capturé et supplicié. Les historiens byzantins tardifs établiront un parallèle entre ce fait inédit et la lourde défaite byzantine, en 1071, à la bataille de Manzikert, où l'empereur Romain IV Diogène fut également capturé par les Seldjoukides (dont la victoire eut cependant une portée, sinon plus retentissante, en tout cas beaucoup plus significative et durable puisque les Byzantins y perdirent irrémédiablement la plus grande partie de l'Asie Mineure, les Seldjoukides y fondant, en symbole de leur succès contre les « Romains » – ainsi que s'appelleront toujours eux-mêmes les Byzantins – le Sultanat de Roum).

En 270 apparaît un empereur qui parvient à arrêter la dislocation de l'empire, après la défaite des Goths en 269 : Aurélien vainc les Alamans qui avaient envahi l'Italie, récupère le Proche-Orient en soumettant Zénobie, reine de

Palmyre, met un terme à l'empire autonome qui avait été créé en Gaule et se voit ainsi décerner le dernier triomphe dont la procession a traversé Rome (il y aura encore ultérieurement des processions triomphales, mais célébrées à Constantinople). Il fortifie également Rome d'une nouvelle enceinte, dès lors que plus aucune partie des territoires romains ne semble à l'abri d'une invasion. En 275, il périt assassiné, comme ses éphémères successeurs (dont le sénateur Tacite, que l'Histoire Auguste présente comme descendant de l'illustre historien du même nom, ce que ne confirme toutefois aucune autre source).

C'est encore une armée qui proclame un usurpateur en 284, mais celui-ci, Dioclétien, va suspendre, pendant vingt ans, l'instabilité de l'empire et le réformer profondément en instaurant une monarchie absolue, vis-à-vis de laquelle le Sénat se réduit à un conseil municipal de Rome, celle-ci perdant, d'abord en fait puis en droit, son statut de capitale et de centre de gravité politique de l'empire.

K.La monarchie absolue

Le changement de régime suscite d'autant moins de résistance qu'il apparaît moins dans son principe que dans ses effets : le III^e siècle du principat a habitué les citoyens à subir un assujettissement que ne bridaient même plus formellement les institutions qui constituaient les reliques de la République. Les cinquante dernières années avaient vu un appauvrissement général de l'empire, toute l'énergie des prétendants et des empereurs étant monopolisée prioritairement par l'acquisition et la conservation d'un pouvoir par ailleurs inapte à contenir aux frontières la convoitise qu'avait suscitée et développée chez les barbares (qualificatif repris par les Romains aux Grecs pour désigner les peuples qui, ne parlant ni le grec ni le latin, n'étaient censés s'exprimer que par borborygmes...) la renommée du bien-être romain, ni à préserver les territoires des ravages de multiples invasions.

Ainsi Dioclétien se retrouvait-il dans une situation comparable à celle qui avait favorisé l'instauration du principat par Auguste : le rétablissement de la paix apparaissait comme le premier titre de légitimité de son pouvoir, la sécurité retrouvée dût-elle résulter d'un ordre autoritaire. La différence avec Auguste tient cependant en ceci que, si les élites du dernier siècle de la République avaient intensément pris part aux conflits politiques et toujours dû choisir leur camp, la plus grande concentration des pouvoirs sous le principat, l'organisation hiérarchisée de l'administration de l'empire, la succession de tyrans plus ou moins capricieux et la réapparition au III^e siècle de périls extérieurs (dont les derniers précédents remontaient à l'époque de Marius) avaient accoutumé l'écrasante majorité à n'avoir aucune prise sur les événements : ce contexte était propice à l'organisation systématique d'un pouvoir absolu, nimbé du mystère que lui conféraient la distance prise par l'empereur et l'instauration de rites de cour que les Romains reléguaient auparavant au folklore des monarchies orientales.

Comme César, mais avec plus de réussite que ce dernier, Dioclétien a aussi l'habileté d'être plutôt clément envers ceux qui l'avaient initialement combattu et s'attache ainsi leur fidélité. Elle lui est nécessaire pour mettre en place la

principale innovation de son règne : une tétrarchie (littéralement : « pouvoir à quatre »).

La défense des frontières impose fréquemment à l'empereur de voyager à la tête de ses troupes, mais il ne peut être partout à la fois : aussi s'associe-t-il d'abord, en 285, un second auguste, en la personne du coempereur Maximien, plus particulièrement chargé de la partie occidentale de l'empire. En 292, chacun d'eux s'associe un adjoint, avec le titre de César, soit Galère aux côtés de Dioclétien en Orient et Constance Chlore (il était très pâle...) aux côtés de Maximien : l'idée est non seulement de mieux répartir la couverture territoriale du pouvoir suprême, mais surtout d'éviter les conflits de succession en déplaçant les « candidatures » ou convoitises du pouvoir vers la fonction d'un César choisi en pleine connaissance de cause par l'auguste en fonction, et appelé ensuite à lui succéder automatiquement en désignant à son tour un nouveau César.

Fait assez rare dans l'histoire et peut-être pour vérifier la pertinence de son innovation, en 305 Dioclétien abdique sans y être contraint (mais il doit quelque peu insister pour que son collègue Maximien fasse de même...). Depuis sa retraite, il doit toutefois constater l'échec du processus : des guerres de succession se déclenchent tout de même, tant en Occident (306) qu'en Orient (311). Le fils de Constance Chlore, Constantin, l'emporte en Occident (fin 312), et Marcus Licinius, fils adoptif de Galère, l'emporte en Orient (313).

Très prévoyant, Constantin cherche à s'assurer l'appui des chrétiens (devenus très nombreux malgré les persécutions d'une intensité renouvelée par Dioclétien et Maximien) et rend, en 313 à Milan, l'Édit de tolérance, qui garantit la liberté des cultes. Licinius l'adopte pour l'Orient. Là s'arrête leur entente : deux guerres civiles, entrecoupées d'une longue trêve, les opposent, au terme desquelles Constantin reconstitue l'unité de l'empire en 324.

Quoique non encore converti au christianisme (ce qu'il ne fera qu'in extremis, en 337), il préside personnellement, en 325, le Concile de Nicée, qui définit le dogme, i.e. la doctrine officielle de l'Église, libre désormais de prospérer dans l'empire et qui calque d'ailleurs son organisation sur celle de l'administration impériale de Constantin. Cette singulière immixtion du pouvoir impérial dans le fonctionnement interne de l'Église et l'intérêt appuyé pour la définition du dogme caractériseront toute l'histoire de l'Empire byzantin, l'Église obtenant en retour une grande influence sur la politique impériale (cf supra : Césaropapisme).

Byzance, cité grecque fondée au VII^e siècle a.C., suscite précisément un vif intérêt chez Constantin, en raison de son exceptionnelle position stratégique : non seulement placée sur l'une des voies de passage d'Europe en Asie les plus aisées, la ville offre une configuration qui la rend très aisée à défendre militairement et de grandes possibilités d'extension. Aussi décide-t-il – en s'efforçant plus artificiellement d'y dénommer sept collines, comme à Rome... – de la rebâtir, de l'agrandir, de la dénommer tout simplement « Ville de Constantin » et d'y transposer la capitale de l'empire : Constantinople est fondée en 330.

La monarchie absolue, telle qu'instaurée par Dioclétien et affermie par Constantin, n'a plus laissé s'épanouir qu'une seule source de création de nouvelles règles juridiques : les constitutions impériales, très nombreuses sous ces deux empereurs. La *iurisprudentia*, peu animée en raison des circonstances après l'extinction de la dynastie des Sévères, n'a ensuite été sollicitée qu'à deux fins : l'enseignement, qui s'est poursuivi malgré les temps troublés, et, à nouveau, l'identification et la collation des règles en vigueur. Les constitutions impériales se sont multipliées et il est aisé d'imaginer que l'instabilité du pouvoir impérial (outre le fait que les empereurs ont de moins en moins résidé à Rome) n'a pas contribué à l'archivage et à la cohérence desdites constitutions.

Outre le souci de réorganisation administrative de Dioclétien, c'est un progrès technique qui va permettre l'apparition des premiers codes. Toute la littérature antérieure avait pour supports des volumina ou rouleaux de papyrus, correspondant au maximum à une quarantaine de nos pages A4. La diffusion progressive du parchemin (à partir de la ville de Pergame) va permettre la confection du livre fait de feuilles de parchemin reliées et appelé codex.

Les premiers « codes » de textes juridiques sont des compilations d'initiative privée. L'un est attribué à un certain Grégoire et appelé *Codex Gregorianus* ou Code grégorien. L'autre n'est qu'un supplément au premier, attribué à un certain Hermogène et appelé *Codex Hermogenianus* ou Code hermogénien.

Le Code grégorien est consacré au droit privé et ne comprend que des rescrits, dont le plus ancien remonte à Hadrien et les plus récents à 291, année supposée de sa confection. Les différents rescrits sont classés par matières selon l'ordre de l'Édit perpétuel et, sous chaque titre, par ordre chronologique. Ce code ne nous est pas parvenu, mais nous est connu par les références et citations qu'y font le *Corpus iuris ciuilis* et d'autres compilations conservées, tels les *Fragments de la*

Bibliothèque vaticane et la Loi romaine des Burgondes, outre le résumé qu'en fait le Bréviaire d'Alaric ou Loi romaine des Wisigoths. L'empereur Théodose II le Calligraphe lui conférera force obligatoire, de même qu'au Code hermogénien, qui comporte des rescrits de Dioclétien et de Maximien en 293 et 294, et dont des reproductions ultérieures auraient ajouté des constitutions du IV^e siècle.

Ces importants travaux de documentation, à l'origine des codes officiels ultérieurs, auraient pu contribuer à une renaissance de la littérature doctrinale : ce fut toutefois exclu par une constitution très autoritaire de Constantin dans laquelle il décrète, en 316, qu'« entre l'équité et le droit, il revient à nous seul d'interposer une interprétation », attitude tout à fait cohérente avec son intérêt ultérieur pour la fixation du dogme religieux, supposé également non discutable...

L'une des principales réformes politiques mises en œuvre par Constantin en vue de renforcer et stabiliser la monarchie absolue a consisté à scinder l'administration de l'empire en deux versants indépendants l'un de l'autre, dont seuls l'empereur et l'entourage de ses proches conseillers (le consistoire) constituaient la clef de voûte hiérarchique : l'administration militaire générale et l'administration civile générale, la répartition géographique de l'une ne coïncidant pas avec celle de l'autre et les pouvoirs de leurs hiérarchies respectives s'exerçant sur des territoires plus réduits. Ainsi devait-il y avoir une moindre concentration de moyens à la disposition d'insurgés ou usurpateurs éventuels.

À la mort de Constantin (en 337), le pouvoir est réparti entre ses trois fils survivants (entre le concile de Nicée et son baptême, Constantin avait fait assassiner son épouse, l'impératrice Fausta, et Crispus, fils d'un premier mariage...), sur une base territoriale : en matière de pouvoir, les liens de parenté n'ont guère d'incidence modératrice et de nouvelles guerres civiles aboutissent à la reconstitution de l'unité de l'empire, en 351, sous l'autorité de Constance II, qui règne jusqu'en 361, année où lui succède Julien, proclamé empereur par ses soldats après sa victoire contre les Alamans qui avaient envahi la Gaule.

Julien est surnommé l'apostat : il tente de rétablir le paganisme (encore en vogue au sein des élites romaines), tant en pratique qu'en théorie (il s'agit d'un empereur-écrivain, comme il y en aura tant à Byzance), mais cette restauration est de courte durée et son successeur, Jovien, rétablit la liberté des cultes. À la

mort (en 364) de ce dernier est instaurée une première division politique institutionnelle de l'empire, entre les frères Valentinien 1er (en Occident) et Valens (en Orient). Sous la poussée des Huns, nombre de populations germaniques se pressent aux frontières de l'empire. Valens accueille les Wisigoths en Thrace (actuelle Bulgarie), mais se refuse à satisfaire de plus amples revendications : la guerre est rapidement inévitable et l'armée romaine subit une lourde défaite, en 378, à la bataille d'Andrinople, au cours de laquelle Valens est tué. Lui succède en Orient Théodose 1er, qui repousse les Wisigoths, se fait baptiser (380), interdit le paganisme et les hérésies (381) et reconstitue l'unité de l'empire, après avoir éliminé l'empereur d'Occident Eugène (394). Peu avant sa mort (en 395), il proclame le christianisme religion d'État.

L.Empires d'Orient et d'Occident

À la mort de Théodose 1er, l'empire est partagé entre ses deux fils : à l'aîné, Arcadius, l'Orient (considéré comme plus important depuis le transfert de la capitale à Constantinople), au cadet, Honorius, l'Occident, le pouvoir y étant exercé en réalité par Stilicon, général d'origine vandale. Cette régence est la conséquence de la part croissante prise par les cadres d'origine germanique dans la composition de l'armée, dans un régime complexe d'alliances, de romanisation et d'intégration à l'empire en vue de parer à la pression toujours croissante aux frontières.

Cette méthode montre ses limites lorsque, mettant à profit un hiver particulièrement rude, une vague de Vandales, Burgondes, Suèves et Alains, franchit le Rhin gelé, le 1er janvier 407, et dévaste la Gaule, guère défendue par les Germains fédérés. Il en résulte, à la cour d'Occident, un fort courant d'opposition à la germanisation des cadres de l'empire et Stilicon est assassiné en 408. Alaric 1er, roi des Wisigoths, propose bien son aide (à défaut d'intervention de l'empire d'Orient), moyennant tribut, mais son offre est repoussée : il se venge en mettant Rome à sac en 410. La ville paraît d'abord s'en relever, mais ne traverse plus le siècle que sur la défensive, perdant, en particulier, les moyens économiques dont dispose encore l'empire d'Orient pour, soit mieux entretenir son armée, soit acheter des trêves plus ou moins précaires moyennant paiement de lourds tributs.

Les deux versants de l'empire n'en restent pas moins administrés là où l'autorité romaine continue à pouvoir être exercée (après la perte de la Grande-Bretagne, de la Gaule Belgique, d'une grande partie de la péninsule ibérique, ainsi que des provinces occidentales d'Afrique, conquises par les Vandales à partir de 429). La dynamique de cette administration émane cependant surtout de l'empire d'Orient, pendant le long règne de Théodose II (de 408 à 450) : sacré à huit ans (!), il a tout loisir, pendant une longue régence, de s'adonner plus aux lettres qu'aux armes, ce qui lui vaudra le surnom de Calligraphe.

Son gouvernement constate l'une des principales conséquences dommageables

de l'instabilité et de la fragmentation territoriale du pouvoir. Tous les empereurs légifèrent (leurs constitutions sont la seule source de droit nouveau depuis près de deux siècles), mais n'ont le loisir ni de s'occuper de toutes les matières, ni surtout de la cohérence des constitutions impériales, tant entre elles-mêmes (entre coempereurs ou à l'égard des constitutions antérieures) qu'avec le *ius vetus* ou ancien droit (édit perpétuel, lois républicaines, jurisprudence), dont les règles demeurent en vigueur tant qu'elles ne sont pas modifiées, remplacées ou abrogées par de nouvelles constitutions impériales. Ainsi tout procès se présente-t-il comme un jeu de cartes dont les parties et le juge ignorent a priori le nombre, la couleur et l'authenticité...

Les parties litigantes peuvent dès lors s'opposer des constitutions ou parties de constitutions impériales dont nul n'est certain qu'elles n'ont pas été modifiées, voire des extraits de littérature juridique ou des *responsa prudentium* (avis de jurisconsultes célèbres, mais décédés et qui ne pourront donc être démentis) qu'il est, à la limite, possible de rédiger pour les besoins de la cause (écrits apocryphes). Les écoles de droit diplôment certes des juristes appelés à faire carrière dans l'administration impériale, mais leur nombre ne suffit ni à l'administration quotidienne de la justice ni à ordonner l'ensemble disparate où puisent les plaideurs (qui ont d'ailleurs, à l'époque, mauvaise réputation...).

Théodose II entreprend d'abord d'ordonner l'autorité des écrits invoqués à l'appui de l'ancien droit, tel que l'avaient commenté et synthétisé les grands jurisconsultes. Conjointement avec l'empereur d'Occident Valentinien III, il promulgue, en 426, la Loi des citations : cette constitution impériale décide que n'auront plus autorité de droit positif – et donc valeur de règles contraignantes pour le juge – que les écrits de cinq jurisconsultes auxquels les empereurs avaient accordé le *ius publice respondendi* ou droit de répondre au nom de l'empereur. Il s'agit de Gaius, Papinien, Paul, Ulpien et Modestin. Peuvent encore être invoquées aussi les opinions des autres jurisconsultes cités par ces cinq auteurs, à condition toutefois de produire un exemplaire authentique de leur ouvrage (ce qui devait être une gageure...).

Quid cependant si leurs opinions ne concordent pas sur le point de droit en litige et/ou si tous ne s'étaient pas prononcés à ce sujet ? Le juge doit alors obligatoirement suivre la majorité des opinions émises. En cas d'égalité (2/2 ou 1/1) et si Papinien s'était prononcé, l'opinion de ce dernier est prépondérante. Si l'opinion de Papinien était minoritaire, c'était cependant celle de la majorité qui devait être toujours suivie. Le juge ne retrouvait donc une liberté de décision

sur la règle à appliquer qu'en l'absence d'opinion de l'un au moins de ces cinq jurisconsultes.

Théodose II entreprend ensuite de coordonner les constitutions impériales, après avoir songé à un programme plus vaste : compiler et synthétiser tant l'ancien droit que les constitutions impériales. Ce premier projet n'aboutit pas (mais sera repris avec succès par Justinien : u. infra) et est remplacé, à partir de 435, par la tâche plus réduite de récapituler toutes les constitutions impériales prises depuis Constantin : non seulement celles encore en vigueur, mais aussi, dans l'ordre chronologique, celles antérieures qu'elles avaient modifiées ou remplacées. C'est le Code théodosien qui, à la différence des codes grégorien et hermogénien (dont il a repris le contenu), est d'initiative publique et, promulgué en 438, a ainsi reçu force obligatoire tant en Orient qu'en Occident.

Le règne également long de Valentinien III (de 425 à 455 ; désigné empereur à six ans, il règne sous la régence de sa mère, Galla Placidia, sœur d'Honorius, jusqu'en 450) voit la mise en œuvre et la diffusion en Occident tant de la loi des citations que du code théodosien : tel est l'état du droit romain qui survivra durablement à la fin de l'Empire romain d'Occident.

Celui-ci vit en effet ses dernières années et son territoire ne cesse de rétrécir, l'échéance n'étant reculée que par la concession de pouvoirs militaires croissants à des chefs barbares dont les sujets s'assimilent d'autant plus facilement au cadre de l'empire qu'ils ne sont, en réalité, pas assujettis au pouvoir romain. L'empire d'Occident (à la seule exception de l'Italie) n'est donc plus qu'une fédération de royaumes germaniques autonomes dont les coalitions varient au gré des nouvelles hostilités et ne peuvent être soudées que par l'ennemi extérieur et commun qui a accéléré les grandes migrations : les Huns.

Attila succède en 433 au roi qui a unifié leurs différentes tribus et couronne la terreur qu'ils inspiraient du surnom dont une tradition ultérieure l'a affublé : « fléau de Dieu ». Leur condamnation collective au tribunal de l'histoire – dont ils ont entièrement laissé la rédaction à leurs ennemis – a sans doute pris naissance dans leur différence radicale par rapport aux autres populations qualifiées de « barbares » par les Romains : tandis que ces dernières migraient avant tout par nécessité, à la recherche d'une terre d'accueil en vue de changer d'établissement, les Huns sont restés très longtemps nomades (ne laissant, de ce fait, guère de témoignages archéologiques jusqu'à leur reflux final et à leur installation en Pannonie, l'actuelle Hongrie) et, en l'absence d'agriculture ou de

commerce, ne pouvaient vivre qu'à charge de populations soumises, sinon de terres conquises.

Cette différence les rendait tout à fait inintelligibles pour la tradition romaine d'agriculteurs-bâisseurs, alors que cette tradition finissait par s'imposer aux autres populations, inévitablement romanisées au contact – même hostile – de l'empire. Une seconde différence a aussi contribué à creuser le fossé de leur mémoire : si les populations germaniques étaient peu à peu gagnées au christianisme (fût-ce par le biais de l'arianisme, doctrine condamnée au concile de Nicée), les Huns se contentaient d'entendre des missionnaires, sans s'y montrer réceptifs.

Leur franchissement des frontières entraîne deux réactions très différentes. L'empire d'Orient évite de les combattre et se résout rapidement à leur verser un très lourd tribut, encore alourdi à chaque réticence ou retard à le verser. Les sept dernières années du règne de Théodose II voient se multiplier des ambassades qui se bornent à tenter de négocier le montant (l'historien romain Priscus, membre de plusieurs ambassades qu'il a relatées, a ainsi pu nuancer l'impression laissée par ses interlocuteurs, leur reconnaissant certaines qualités dont il déplorait la carence à Constantinople).

Marcien, successeur de Théodose II en 450, finit par refuser de poursuivre le paiement, ce qui provoque une nouvelle migration offensive, cette fois vers l'empire d'Occident. Ce dernier n'a plus les moyens d'offrir un tribut, mais, après une nouvelle dévastation du nord de la Gaule, peut faire appel à un grand connaisseur des Huns : le général Aetius, longtemps resté leur otage et qui réussit à organiser une armée alliée de Romains, Francs et Wisigoths : la victoire de cette coalition, en 451, à la bataille dite des Champs Catalauniques (en fait le Campus Mauriacus), repousse les Huns vers l'Italie, qu'ils entreprennent de ravager en 452. Leur élan est toutefois brisé et il est difficile, à l'origine de leur retraite, de faire la part entre l'épuisement de leurs effectifs et la pertinence de l'intervention du pape Léon : ce dernier, pour prévenir un nouveau sac de Rome, aurait rappelé à Attila le destin funeste d'Alaric 1er, mort quelques mois après avoir pillé Rome en 410... Sans avoir pris Rome, Attila meurt l'année suivante et son royaume se dissout dans les guerres de succession entre ses nombreux héritiers.

Ce danger surmonté et au lieu d'approfondir les liens de la coalition victorieuse en Gaule, Valentinien III ne trouve rien de mieux à faire que d'assassiner Aetius

(en 454), en qui il voyait un rival devenu trop populaire. Il est lui-même assassiné quelques mois plus tard, par un successeur tué à son tour trois mois plus tard (par ses propres sujets) lorsque débarquent à Rome (juin 455), en provenance de leur royaume établi à Carthage, les Vandales du roi Genseric : en l'absence de la moindre résistance romaine, ces derniers pillent méthodiquement Rome pendant deux semaines avant de s'en retourner avec leur butin à Carthage.

Le règne de l'empereur Majorien (457-461) constitue l'ultime tentative de sursaut de l'empire d'Occident : il tente de rétablir les finances de l'État en instaurant une amnistie fiscale (les contribuables avaient fui les villes de province encore sous contrôle romain, pour échapper à la rapacité des discussores ou percepteurs...) et prépare une grande expédition navale contre les Vandales. Les espions de ces derniers sabordent toutefois la flotte romaine à Carthagène et l'empereur n'y survit pas.

Les ultimes règnes éphémères en Occident (dont celui de l'empereur Olybrius en 472) ne méritent pas de plus ample mention et ce versant de l'empire s'éteint en douceur, en 476, lorsque le roi des Hérules, Odoacre (titulaire d'un commandement dans l'armée romaine d'Occident), met fin au règne du jeune Romulus Augustulus (16 ans) en se bornant à le reléguer dans une villa en province, avec versement d'une rente par l'État...

M. Le droit romain en Occident, de la chute de Rome à Justinien

Odoacre a l'habileté de ne pas se proclamer lui-même empereur (ce qui suscitait chaque fois beaucoup trop de convoitise) et renvoie les insignes impériaux à l'empereur d'Orient Zénon, ce dernier lui décernant en échange le titre de « patrice des Romains » (troisième dignité par ordre d'importance, après celles d'auguste et de César). Satisfait de cet honneur, Odoacre distribue un tiers des terres d'Italie à ses soldats, mais conserve la législation et l'administration romaines (consuls, sénat, juges, collecteurs d'impôts). Malgré cette transition respectueuse et d'autres services rendus à l'empereur d'Orient sur le plan militaire, Odoacre tombe en disgrâce en 490 et Zénon prie Théodoric, roi des Ostrogoths, de l'en débarrasser. Après la défaite et l'assassinat d'Odoacre (en 493), Théodoric se proclame roi d'Italie tout en reconnaissant la souveraineté (toute théorique) de l'empereur d'Orient.

Comme son prédécesseur, Théodoric (qui, dans sa jeunesse, avait été otage à Constantinople et reçu une éducation byzantine) se montre respectueux de l'héritage romain et conserve toutes les institutions compatibles avec son pouvoir : sénat, consuls et fonctionnaires romains. Cette période, plus pacifique et propice à un renouveau culturel, est également importante pour la transmission durable du droit romain en Occident, par la redécouverte d'un principe que les Romains avaient appliqué avant que la constitution antonine de Caracalla n'étende l'application du droit privé romain à presque tous les sujets libres de l'empire : la personnalité des lois.

Ce principe s'oppose à celui de la territorialité des lois (ou du droit) : lorsqu'une nation soumet une autre et annexe son territoire, elle lui impose ses règles, sinon ses coutumes. Le pouvoir d'État de l'une s'impose à l'autre et lui impose son administration. Sauf colonisation culturelle et économique inscrite dans la durée, cet assujettissement au droit du vainqueur se limite généralement aux règles nécessaires au respect de la nouvelle souveraineté : c'est donc essentiellement le droit public (en ce compris le droit fiscal et tout ou partie du droit pénal) qui est imposé uniformément sur tout le territoire contrôlé par un

seul et même état (deux administrations distinctes ne peuvent pas régir une même population de façon cohérente).

Cette soumission au droit public du conquérant ne présente pas la même nécessité en droit privé : rien n'empêche, en pratique, de conserver les règles régissant les rapports des particuliers entre eux, pour autant qu'elles ne portent pas atteinte à leur assujettissement à un nouveau pouvoir étatique. Peu importe, en définitive, au vainqueur que les vaincus continuent à se marier, à établir leurs liens de parenté, à répartir leurs successions, à conclure des contrats et à se transmettre leurs biens comme auparavant. La conservation des règles locales, au moins pour les nouveaux sujets, est même de nature à faciliter l'acceptation d'un nouveau pouvoir étranger.

Les conquérants macédoniens, sous la conduite d'Alexandre et de ses diadoques, ont poussé très loin cette distinction, en s'efforçant d'adopter, jusque dans leur propre vie, les règles et usages des nations soumises (l'Égypte et nombre de royaumes orientaux), du moment que le pouvoir acquis aux dynasties qu'ils y ont fondées pouvait ainsi plus aisément s'y perpétuer. Cette méthode, qui favorise l'osmose progressive des conquérants et de leurs nouveaux sujets, a démontré sa pertinence puisque, suite au bref règne d'Alexandre (qui n'a duré que treize ans), l'Égypte, par exemple, a été hellénisée pour près de dix siècles (sans beaucoup d'incidence de l'annexion romaine).

C'est en raison aussi de la même méthode que l'Empire romain s'est hellénisé profondément et durablement lorsque la capitale a été transférée de Rome à Constantinople : le droit privé romain n'avait pas été imposé du jour au lendemain aux cités grecques et aux nations hellénisées, mais avait pris le temps de démontrer son utilité et son efficacité dans la vie quotidienne pour y être aisément généralisé lorsque tous les individus libres de l'empire se sont vus dotés de la citoyenneté romaine.

C'est donc ce principe de personnalité des lois que, comme les Hérules, les Wisigoths et les Burgondes raniment au début du VI^e siècle pour conserver l'usage du droit privé romain par leurs sujets gallo-romains ou italiens : ceux-ci continuent donc à se voir appliquer les règles en vigueur sous l'empire d'Occident, lesquelles coexistent ainsi avec les coutumes régissant leurs nouveaux maîtres.

Ces derniers découvrent le souci de certitude des sources juridiques qui avait

animé la rédaction du code théodosien. C'est ainsi qu'Alaric II, roi des Wisigoths (qui dominent alors la plus grande partie de l'Espagne et la France au sud de la Loire), récapitule, en 506, l'ancien droit romain (*ius*) et les constitutions impériales (*leges*) intéressant le droit privé dans une compilation qui, beaucoup plus tard, sera intitulée Bréviaire d'Alaric ou *lex Romana Visigothorum* (loi romaine des Wisigoths) : il s'agit de la réunion d'extraits commentés du Code théodosien, des codes grégorien et hermogénien, des Sentences de Paul, de nouvelles ultérieures, d'un abrégé des Institutes de Gaius et d'un fragment de Papinien.

Ce texte, très largement diffusé, constituera la principale, voire la seule source de connaissance et de transmission du droit romain en Occident jusqu'à la redécouverte de l'œuvre de Justinien. De son côté, le roi des Burgondes avait fait procéder à la rédaction des coutumes burgondes et, dans un souci d'équilibre entre ses sujets, a fait rédiger (vers 516) la *lex Romana Burgundionum* ou loi romaine des Burgondes, qui est une compilation d'extraits des mêmes textes que le Bréviaire d'Alaric, auquel elle servira de complément et sera accolée dans nombre de manuscrits.

L'édit de Théodoric est un texte plus limité qui, réduit à 155 articles sans indication formelle des sources utilisées (les trois codes principalement), traduit une vue politique plus élevée, conforme au souhait du roi des Ostrogoths d'harmoniser les règles applicables à ses sujets Goths et Romains : de même qu'il conserve la structure d'administration romaine, il tente de généraliser le droit privé romain au sein des deux populations appelées à cohabiter, mais – sans doute en vue de ménager les susceptibilités – sans référence explicite aux auteurs romains.

Lorsque Théodoric meurt en 526, sa fille Amalasunta exerce la régence, son petit-fils Athalaric étant encore trop jeune pour lui succéder immédiatement. Les tensions culturelles et religieuses entre Romains (chrétiens attachés au dogme du concile de Nicée) et Ostrogoths (ariens) restent vives : les aristocrates goths désapprouvent l'éducation « à la romaine » d'Athalaric et s'efforcent de l'y soustraire, tandis qu'Amalasunta cultive un rapprochement diplomatique avec l'Empire byzantin (où règne Justinien à partir de 527). Lorsqu'Athalaric meurt en 534, Amalasunta est emprisonnée puis assassinée sur ordre de son propre mari, Théodat, peu réceptif à la politique de romanisation des Ostrogoths. La « petite histoire » (pour relater l'envers du décor impérial, l'*Historia arcana* ou Histoire secrète de l'historien byzantin Procope de Césarée est très précieuse)

rapporte cet assassinat aux intrigues diplomatiques de Justinien et de l'impératrice Theodora : le fait est que Justinien y puise le prétexte d'une intervention militaire en Italie contre le royaume ostrogoth.

N. Justinien et le Corpus iuris ciuilis

L'empereur Justinien rêve de ressusciter l'Empire romain tel qu'il se présentait à son apogée (aux I^{er} et II^e siècles de notre ère, époque de la Pax romana, au cours de laquelle les guerres n'avaient pratiquement jamais cessé, mais étaient confinées aux frontières de l'empire) : une domination politique et culturelle du monde connu en Europe, de sorte que la mer Méditerranée puisse être à nouveau qualifiée de Mare nostrum ou de mer intérieure (au territoire de l'empire).

D'un point de vue politique et militaire, ce n'est pas un succès, mais heureusement (du point de vue juridique qui nous occupe), avant d'épuiser l'État en guerres incertaines et en coûteux tributs versés aux adversaires auxquels il a encore fallu acheter des trêves toujours précaires (les Perses en l'occurrence), Justinien entreprend, au début de son règne, de recueillir et de synthétiser l'héritage du droit romain classique : aussi ordonne-t-il à une commission de jurisconsultes présidée par Tribonien, questeur du Sacré Palais (« premier ministre » en termes byzantins), une codification du droit romain contemporain et antérieur encore en vigueur. En raison du contenu même de cet ouvrage, de ses sources (les œuvres des jurisconsultes classiques) et de l'état d'esprit de l'empereur, le Corpus iuris ciuilis est rédigé en latin. La codification se présente initialement en trois parties :

Institutiones Iustiniani ou les Institutes de Justinien : il s'agit d'un précis ou manuel élémentaire, établi sur le modèle de l'œuvre homonyme du jurisconsulte Gaius (rédigée vers 160 p.C.), destiné à la formation des étudiants en droit, avec cette particularité que son contenu se voit conférer force obligatoire par une constitution impériale publiée le 21 novembre et entrée en vigueur le 30 décembre 529 ;

Digesta (en latin) ou Πανδέκται (titre grec) : le Digeste ou les Pandectes, anthologie réunissant des extraits des œuvres de trente-huit jurisconsultes ayant écrit à la fin de la république ou au cours des trois premiers siècles de l'empire. Il s'agit d'une sélection : un matériau littéraire estimé à trois millions de lignes a été dépouillé pour aboutir à une synthèse d'environ cent cinquante mille lignes

(songez au mot anglais digest) exposant les règles de droit qui constituent le ius, i.e. les textes juridiques autres que les constitutions impériales (dites leges ou lois, depuis que les empereurs ont concentré tout le pouvoir législatif entre leurs mains). Le Digeste est également entré en vigueur le 30 décembre 533 ;

Codex Iustinianus : le Code de Justinien est le recueil des constitutions impériales (leges), depuis l'empereur Hadrien (qui a régné de 117 à 138 p.C.) jusqu'à celles de Justinien à la date de promulgation dudit code, soit le 16 novembre 534 (entré en vigueur le 29 décembre 534).

Le droit de Justinien est un droit positif : il n'y a guère d'autre moment de l'histoire romaine où l'ensemble du droit en vigueur à une date déterminée puisse être connu avec une telle précision, sauf à rappeler que la volonté d'une telle connaissance avait suscité la loi des XII Tables et que l'entreprise juridique de Justinien avait connu un précédent de bien moindre ampleur, lorsque les empereurs d'Occident Valentinien III et d'Orient Théodose II le Calligraphe avaient successivement promulgué la Loi des Citations en 426 p.C. et le Code théodosien en 438 p.C.

Ayant encore régné plus de trente ans après l'achèvement de cette refonte juridique globale, Justinien n'a pas manqué de rendre ultérieurement de nouvelles constitutions impériales, compilées après sa mort sous le titre Novellae (leges) ou Nouvelles : les juristes ont ultérieurement accoutumé de tenir ce recueil pour la quatrième partie du Corpus iuris ciuilis.

O.Cheminement du droit romain en Occident

Ces nouvelles constitutions ont été rédigées en latin et en grec : si, pour des raisons idéologiques, le latin demeure la langue administrative de l'empire, il n'avait jamais supplanté l'usage du grec dans les territoires hellénisés par les conquêtes d'Alexandre. Ayant rapidement acquis à Rome le statut de langue culturelle par excellence (dès le II^e siècle a.C.), le grec ne s'est toutefois progressivement imposé comme langue alternative d'administration de l'empire qu'après le transfert de la capitale de Rome à Constantinople (en 330 p.C.), et surtout après la scission entre empires d'Occident et d'Orient (395 p.C.).

Malgré l'autorité acquise par le Corpus iuris ciuilis et ses préférences personnelles, Justinien n'a pu inverser le mouvement, et le grec s'est imposé comme seule langue véhiculaire de l'Empire byzantin. L'empereur Heraclius (qui a régné de 610 à 641) a officiellement abrogé l'usage administratif du latin, ne revêtant lui-même plus le titre romain d'imperator, délaissé au profit du terme grec βασιλεύς. Lorsqu'ils entreprennent d'actualiser la législation justinienne, les empereurs iconoclastes Léon III l'Isaurien et Constantin V Copronyme (succession en 741) promulguent en 739, exclusivement en grec, l'Ἐκλογή ou « choix » de lois, abrégé du Corpus iuris ciuilis qui, pendant un siècle et demi, remplace ce dernier comme source du droit positif (ce remplacement formel et temporaire est sans doute lié à la « querelle des images » ou controverse religieuse au sujet des icônes, par ailleurs étrangère au droit).

Voulant rétablir la législation originelle de Justinien, mais moyennant une traduction en grec pour la rendre accessible à ses sujets, l'empereur Basile I^{er} (qui a régné de 867 à 886 ; il est le fondateur de la dynastie macédonienne, qui voit l'apogée de l'Empire byzantin et, jusqu'au XI^e siècle, sa plus grande extension territoriale après Justinien) fait publier une nouvelle compilation correspondant à un code introductif (l'Ἐπαναγωγή), suivi du Πρόχειρον ou nouveau manuel de synthèse du Corpus iuris ciuilis.

La dernière grande refonte de l'œuvre de Justinien et qui lui a été substituée comme texte de droit positif, par la réunion systématique des textes parallèles du

Codex, des Nouvelles (y compris les nouvelles constitutions impériales prises par les successeurs de Justinien) et du Digeste, sera l'œuvre du fils de Basile 1er, l'empereur Léon VI le Philosophe (législateur très prolifique, il promulgue cent treize nouvelles au cours de son règne de 886 à 912), intitulée Les Basiliques et en vigueur jusqu'à la fin de l'Empire byzantin.

Parmi les avatars ultérieurs des sommes juridiques issues du Corpus iuris ciuilis, un condensé en six livres (Ἑξάβιβλος), publié en 1345 par le jurisconsulte Constantin Harmenopoulos, demeurera une source officielle du droit privé positif en Grèce jusqu'à la promulgation d'un code civil en 1940.

Cette évolution linguistique a contribué aux vicissitudes de la tradition du droit romain en Europe occidentale. Le Corpus iuris ciuilis, principal support écrit de notre connaissance du droit romain, est nettement postérieur à la fin de l'empire d'Occident ; là où il est promulgué et constitue durablement le droit positif, il a été rédigé dans une langue qui n'était plus celle pratiquée par l'écrasante majorité des sujets de l'empereur : son enseignement, sa pratique et son évolution empruntent une langue, le grec, qui n'est plus du tout comprise en Occident.

Paradoxalement, lorsque Justinien a reconquis Rome, la ville symbole de son entreprise politique, les aléas de cette guerre (la ville change de mains cinq fois en dix-sept ans – entre 536 et 553 – et est durablement ravagée, sa population n'étant plus estimée alors qu'à trente mille habitants : les guerres menées par les généraux Bélisaire et Narsès auront fait beaucoup plus de tort à Rome que les pillages des Wisigoths en 410 ou des Vandales en 455, alors même que les « Barbares » Odoacre et Théodoric s'étaient efforcés de lui conserver son lustre d'antan...) anéantissent le rayonnement politique de Rome, si ce n'est comme siège de la papauté.

Les Byzantins choisissent plutôt Ravenne comme siège de commandement en Italie et ne s'opposent ensuite que sporadiquement à la colonisation lombarde d'une grande partie de l'Italie à partir de 568, sans encore se préoccuper d'y imposer leur droit romain positif : ainsi le Corpus iuris ciuilis est-il vainement promulgué à Rome en 554, sans pouvoir s'imposer à la pratique judiciaire, à défaut de voir y dépêcher des fonctionnaires byzantins aptes à l'y appliquer. Au contraire, un conflit d'ordre théologique entre Justinien et le pape Vigile conduit à un rejet idéologique de l'influence byzantine en Italie.

Les relations ultérieures entre les divers royaumes d'Europe occidentale et les successeurs de Justinien, faites de rivalités diplomatiques et militaires, et encore plus des controverses religieuses entre le pape (latin) à Rome et le patriarche (grec) à Constantinople, qui aboutiront au schisme de 1054 entre l'Église catholique et l'Église orthodoxe, ne seront pas de nature à propager les échanges culturels et l'enseignement du droit romain en Occident, alors même que le droit de Justinien, mis à jour dans les Basiliques, reste le droit positif de l'Empire byzantin.

L'évocation, même succincte, de l'histoire événementielle de l'empire byzantin, jusqu'à sa chute par la prise de Constantinople, le 29 mai 1453, par le sultan ottoman Mohamet II (le dernier empereur, Constantin XI Dragasès, et le dernier chef d'état-major, le Génois Giovanni Giustiniani, sont tombés, les armes à la main, lors de l'assaut final) dépasserait cependant les limites du manuel et n'appelle dès lors qu'une observation : les notions chronologiques de Moyen-Âge et de Renaissance sont propres à l'Europe occidentale et ne peuvent être étendues à l'Empire romain d'Orient, qui apparaît plutôt comme un « couloir d'antiquité » traversant un monde médiéval hostile et « convoiteux » (selon l'adjectif du chroniqueur Villehardouin). S'ils ont certes partagé le monothéisme de la plupart de leurs contemporains, les Byzantins ont toujours revendiqué l'héritage politique et perpétué l'unité juridique de l'Empire romain. De même ont-ils perpétué l'héritage culturel de la Grèce antique, en jouissant, de ce point de vue, d'un rayonnement sans commune mesure avec le rétrécissement de leur territoire au cours des quatre derniers siècles de l'empire.

En Europe occidentale, la mémoire du droit romain n'a été conservée et transmise que par deux voies très aléatoires :

l'application temporaire aux habitants de souche romaine (au sens large de descendants des anciens sujets de l'Empire romain d'Occident) du principe de la personnalité des lois (u. supra) ;

la conservation fort discrète, grâce à des copistes, de manuscrits du Corpus iuris civilis : l'un de ceux-ci sera découvert à Pise au XI^e siècle et formera, au début du XII^e siècle, l'objet de l'enseignement d'un professeur de droit à l'université de Bologne : Irnerius (mort vers 1125). Son enseignement fondé sur le droit romain (dont la vocation à l'universalité présente alors un contraste saisissant avec la fragmentation territoriale des droits coutumiers) aura rapidement un tel retentissement que ce juriste se verra qualifié de *lucerna iuris* (« lumière du

droit »). Il est considéré comme le fondateur de l'École des Glossateurs qui diffuseront à travers toute l'Europe occidentale l'enseignement renouvelé du droit romain : cet enseignement influencera le droit positif – donc concrètement appliqué par les tribunaux – à titre de *ratio scripta* ou savoir juridique écrit appelé à constituer un fonds commun de droit privé de nature à compléter, voire surmonter les particularismes coutumiers locaux.

Il s'est avéré que les textes du Digeste utilisés par les glossateurs, à l'origine donc du droit romain véhiculé au cours des neuf derniers siècles, remonteraient tous en dernier ressort à un manuscrit antique unique, établi semble-t-il par un copiste grec contemporain de Justinien et conservé depuis 1406 dans une bibliothèque de Florence : le *Liber florentinus* ou La Florentine. Les textes grecs tels que celui des Basiliques n'ont fait ultérieurement retour en Occident que pour conforter l'établissement des textes du *Corpus iuris ciuilis* puisés dans les copies latines.

Si la somme juridique de Justinien peut apparaître, par la décision politique qui a présidé à sa confection, comme un instantané de droit positif, il n'en constitue pas moins et avant tout un testament fort étendu du droit romain et de son évolution depuis la loi des XII Tables : se développant à travers l'histoire par « couches successives », le droit évoque l'image d'un site de fouilles archéologiques, où se superposent les vestiges des stades de son édification.

C'est précisément parce que son principal édifice, le Digeste, réunit des extraits de trente-huit jurisconsultes dont les écrits se sont étalés sur trois siècles, que le droit romain, tel qu'il a été synthétisé sous l'autorité de Justinien, a exercé l'influence d'un enseignement de droit objectif émancipé de son contexte historique et appelé à inspirer et éclairer les systèmes juridiques qui se sont succédé en Europe après sa redécouverte.

Un témoignage très révélateur de l'importance de cette influence figure à l'article 7 de la loi française du 30 ventôse an XII (21 mars 1804), qui a réuni en un seul corps de lois les trente-six lois composant le Code civil, où le législateur a cru nécessaire de préciser que :

« À compter du jour où les lois (qui forment le Code Napoléon) sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts,

les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code. »

Or le Code Napoléon, devenu notre Code civil, a été rédigé par des juristes formés au droit romain, de sorte qu'ils n'ont pas manqué d'y transposer une part prépondérante de notions et mécanismes directement issus du droit romain : ainsi les « lois romaines » pouvaient-elles bien être abrogées dès lors que leur héritage se trouvait renouvelé en droit positif. ²²

Section 3

Distinction fondamentale : le droit public et le droit privé

« Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem » (Ulpian, Dig., 1.1.2) : le droit public est ce qui regarde le statut de l'État romain, le droit privé ce qui regarde l'intérêt des individus.

1.LE DROIT PUBLIC

Le droit public régit la structure de l'État (articulations entre les différents niveaux de pouvoir et les personnes qui l'exercent) et les relations entre l'État intervenant comme puissance publique et les particuliers.

L'étude de l'émergence progressive de la figure juridique de l'État, comme personne morale autonome, titulaire exclusif de la puissance publique sur ses sujets et sur un territoire délimité, ressortit au cours d'histoire du droit. Il importe seulement de retenir ici que cette notion puise ses racines dans la cité antique, délimitée par son enceinte fortifiée, investie d'une souveraineté exclusive sur ses citoyens et les tiers qui y sont tolérés ou assujettis. En corollaire, jusqu'à la moitié du XXe siècle, un individu ne peut avoir ni double citoyenneté ni double assujettissement au sein d'un État (il ressortit soit à l'un soit à l'autre) et chaque État est supposé égal en droit de tous les autres États : à ce titre, il peut conclure des alliances plus ou moins durables avec ses semblables, sur le mode d'une relation contractuelle entre particuliers, à cette différence qu'il n'y demeure tenu aussi longtemps que son intérêt souverain ne lui dicte un éventuel changement d'alliance.

Les hypothèses de décentralisation ou de délégation d'une part de la souveraineté étatique trouvent cependant leurs premiers exemples dans la plus haute antiquité : par exemple, Ulysse, roi d'Ithaque, ne souhaite pas s'engager au sein de l'armée achéenne réunie pour la guerre de Troie et feint d'avoir perdu la raison (il sème du sel derrière une charrue attelée à deux animaux différents...) ; il ne peut cependant se soustraire au commandement d'Agamemnon lorsque Palamède déjoue sa ruse (en plaçant le bébé Télémaque sur la trajectoire de la charrue : Ulysse s'arrête et part pour Troie... où il se vengera en accusant Palamède d'avoir été corrompu par les Troyens et en l'exécutant sans autre forme de procès !). En 284 p.C., l'empereur Dioclétien décentralise l'administration de l'empire en organisant une tétrarchie (double commandement des parties orientale et occidentale du territoire romain, avec maintien de l'unité juridique). Au décès de Théodose Ier (395 p.C.), l'empire est partagé entre ses fils Honorius (Occident) et Arcadius (Orient), sans primauté. En 493 p.C.,

Théodoric, roi des Ostrogoths, reconnaît une suzeraineté théorique à l'empereur byzantin Zénon et se satisfait du titre de roi d'Italie...

L'étude du droit public romain, en dehors de son incidence sur le droit privé par le lien entre la personnalité et la qualité de citoyen, est fort intéressante dans le cadre de l'histoire, mais présente moins d'intérêt pour la compréhension du droit contemporain puisqu'il n'existe plus d'État romain. Mais il revêt aussi un vif intérêt en matière de sciences politiques, par exemple pour la compréhension du système électoral américain ou la notion du cursus honorum suivi par les hommes politiques (cf. le précédent maire de New York, qui avait conquis sa notoriété en sa qualité antérieure de procureur, fonction élective comme celle du préteur à Rome ; songeons aussi à nombre d'hommes politiques français dont la première fonction fut celle d'inspecteur des finances : à l'instar de celle du questeur à Rome, cette première responsabilité permet d'acquérir une expertise et une conscience aiguës de l'importance des finances publiques dans le fonctionnement de l'État).

2.LE DROIT PRIVÉ

Le droit privé est l'ensemble des règles qui régissent les relations entre les particuliers, personnes physiques ou morales. Les Romains ont connu un droit privé particulièrement développé. Des notions, mécanismes et règles d'un droit ancien peuvent être reçus de deux manières en droit contemporain :

A. Réception pratique

On invoque encore des règles de droit romain dans des litiges actuels :

dénonciation de nouvel œuvre : mon voisin construit une piscine dans son jardin. Je crains un glissement de terrain qui ébranlerait les fondations de ma maison. Mon voisin a le droit de propriété, mais l'exercice de son droit ne peut porter atteinte à l'exercice de mon propre droit de propriété. Je vais dès lors, afin d'entendre ordonner la cessation de ses travaux, introduire une action possessoire appelée « dénonciation de nouvel œuvre » ou *nuntiatio noui operis* : il s'agit d'un cas de réception pratique d'une action judiciaire qui n'est mentionnée dans aucun code (elle est seulement soumise aux conditions de recevabilité des actions possessoires visées aux articles 1370 et 1371 du Code judiciaire). La réception pratique est une règle d'origine romaine reçue par les tribunaux en droit positif ;

prêt à la grosse aventure (*faenus nauticum*).

Il existe encore des textes entiers de pur droit romain, que le législateur a, semble-t-il, oublié d'abroger (car si peu appliqués) : c'est le cas, par exemple, de la cession de biens visée aux articles 1265 à 1270 du Code civil.

Le cas du prêt à la grosse aventure, mentionné à l'article 1964 du Code civil parmi les contrats aléatoires, et réglementé sous le titre de « contrat à la grosse » (titre V du livre II du Code de commerce) est un peu différent : il s'agit, à l'origine, d'un prêt fait par un commerçant à un armateur pour lui permettre de préparer une expédition maritime risquée (au-delà des côtes protégées par la flotte de l'armée romaine). Les Romains devenant, à la fin de la république, de grands voyageurs, leurs expéditions maritimes étaient très périlleuses, à cause notamment des pirates. Il était donc difficile d'obtenir un crédit pour de telles expéditions. Les patriciens accordaient des prêts à des taux d'intérêt prohibitifs, à ne rembourser toutefois que si le navire revenait à bon port, avec les cales pleines de marchandises dont la vente et les bénéfices permettaient de rembourser le capital et les intérêts. Si le navire ne revenait pas, rien ne devait

être remboursé : il s'agissait donc d'un contrat purement aléatoire.

Aujourd'hui, une compagnie d'assurances indemniserait l'armateur (ayant payé une prime) en cas de perte. Les Romains ne connaissaient pas ce contrat (qui suppose le développement ultérieur de la statistique et du calcul des probabilités), qui n'a été imaginé qu'au XVII^e siècle par les armateurs anglais et hollandais (la première loi en Belgique date de 1874 : auparavant il s'agissait d'un contrat innomé).

Si le contrat à la grosse figurant dans le Code de commerce n'est plus guère utilisé comme tel, des versions contemporaines du prêt à la grosse aventure ont été imaginées dans des situations qui évoquent la conception romaine de la couverture de l'aléa :

financement de lancement de satellites : le risque d'explosion lors du décollage d'une fusée est si élevé que des banques ont décidé d'organiser des financements sous forme de prêt à la grosse aventure, c'est-à-dire e.g. de ne demander le remboursement de crédits octroyés à l'Agence spatiale européenne que si le satellite est mis en orbite et devient opérationnel (l'emprunteur ne rembourse donc que si « l'aventure » connaît un dénouement favorable...) ;

en sport : des assureurs préfinancent les frais d'une participation à une course automobile ou à une régate au long cours et le pilote ou ses sponsors ne doivent rembourser qu'à défaut d'arriver au terme de la course ou à bon port. L'arrivée au terme du parcours constitue donc le « sinistre » de cette forme paradoxale d'assurance qui inverse le sens du prêt à la grosse aventure pour aboutir à une forme de mécénat aléatoire : les assureurs n'ont droit à aucun remboursement en cas de succès de l'assuré...

B.Réception scientifique

La réception scientifique – beaucoup plus importante, quantitativement et qualitativement, que la réception pratique – explique la persistance de l'enseignement du droit romain. Elle s'inscrit dans la distinction entre droit objectif et droit positif : si telle règle varie, au cours du temps, dans ses conditions d'application et modalités pratiques de mise en œuvre, elle n'en continue pas moins à véhiculer la notion juridique romaine dont elle est issue pour se trouver adaptée à notre époque. La réception scientifique consiste dans le recours à un savoir juridique éprouvé depuis vingt-cinq siècles et qui constitue encore, en droit privé, le plus grand commun dénominateur des droits positifs contemporains en Europe continentale, en Amérique latine, en Afrique (hors états du Commonwealth), outre son interpénétration avec d'autres systèmes juridiques par le biais du droit international privé.

Même les systèmes juridiques anglo-saxons de Common law, pourtant présentés comme très différents, sont influencés par l'héritage juridique romain (en particulier la méthode casuistique développée dans l'Édit du préteur) et demeurent parfaitement intelligibles sur la base d'une formation juridique basée sur cet héritage : par exemple, l'institution du trust, généralement présentée comme un mécanisme propre à la common law et étranger aux droits dits « romano-germaniques », n'est elle-même (comme le mot le dit d'ailleurs) qu'une variété de fiducie, très ancien contrat de droit romain (u. infra).

3. PLAN DE L'ENSEIGNEMENT DU DROIT ROMAIN

Le droit privé romain est traditionnellement enseigné, après une introduction consacrée au cadre historique et aux sources (comme au début du Digeste), selon le même plan issu des Institutes de Gaius et repris dans les Institutes de Justinien, qui répartit la matière comme suit :

ius personarum ou droit des personnes : qui peut être titulaire de droits et les exercer ?

ius rerum (droit des « choses ») ou droit patrimonial, lui-même subdivisé entre les droits réels et le droit des obligations ;

ius actionum ou droit du contentieux : comment les personnes identifiées au point 1 vont-elles, en cas de contestation, pouvoir mettre en œuvre, par voie d'action judiciaire, les droits subjectifs qui leur sont reconnus ou proposés aux points 1 et 2 ?

Le droit des actions ou droit judiciaire, aussi important soit-il pour comprendre la formation du droit privé romain, ne fait pas l'objet d'une partie distincte du manuel, au motif qu'il s'inscrit dans une période bien délimitée de l'histoire et, à ce titre, intéresse plus les questions de sources et de méthode que le contenu du droit privé romain transmis par voie de réception scientifique. Les principaux traits de l'organisation judiciaire romaine ont été exposés dans l'introduction historique et seront encore évoqués ponctuellement lorsqu'ils facilitent la compréhension du contenu des droits à mettre en œuvre par voie d'action judiciaire. Il convient cependant de garder à l'esprit, du point de vue du droit romain, qu'une norme ne revêt un caractère juridique que si elle est susceptible d'être mise en œuvre par voie judiciaire.

1. Alba longa : albus, a, um, est l'adjectif qui signifie « blanc », en référence à une truie (troia, comme la ville...) blanche qui avait étonné les Troyens

fraîchement débarqués, en mettant au monde trente petits, dont le nombre serait appelé à annoncer ou au moins symboliser la future alliance de trente cités latines.

2. Ne pas confondre « augures » et « auspices » : les Augures forment un collège d'officiers du culte chargés de prendre les auspices – *aves aspicere* : « observer les oiseaux » – et d'interpréter les présages que fournit un vol d'oiseaux dans un *templum* ou partie du ciel délimitée aux fins d'observation.

3. L'hospitalité s'imposait comme la toute première norme, immémoriale, dans les rapports entre étrangers (cf. l'accueil d'Ulysse lors de son retour à Ithaque).

4. Du latin *senex*, qui signifie littéralement « vieux » mais qu'il est préférable de traduire par « ancien » (cf. en italien *anziani*) pour désigner un groupe d'anciens choisis parmi les premiers compagnons de Romulus et Rémus : leur assemblée constitue le Sénat.

5. Les Ramnes (Étrusques), les Tities (Sabins) et les Luceres (Latins) : le message légendaire est que l'institution de la cité réunit d'emblée des populations d'origines différentes, Rome n'ayant pas été fondée sur la base d'une identité ethnique ; le mot latin « *tribus*, -us » désigne une répartition (à l'origine donc une tripartition) administrative de la cité ; en dérivent notamment les mots « *tribun* » (i.e. *tribunus magistratus* : magistrat de la tribu), « *tribunal* » (de l'adjectif *tribunalis*, qualifiant un lieu où siégeaient des magistrats) et « *contributions* » (à partir de *tributum* qui qualifie la répartition de la charge fiscale), qui désignent aujourd'hui nos impôts directs, dont la charge doit être répartie équitablement entre les « *contribuables* » (*aequabilis tributio* traduit le mot grec *ἰσονομία* ou « *isonomie* »).

6. Cf. le dialogue évoqué par le poète Ovide dans les *Fastes* (III, 330-344).

7. Cf. ce vers de Virgile (Enéide, VIII, 643) : « At tu dictis, Albane, maneres ! »

8. Histoire naturelle, XXVIII, 4, 15.

9. À noter que le bâtiment du Congrès des États-Unis a été érigé sur une hauteur de Washington délibérément baptisée (en 1800) « Capitol Hill » par Thomas Jefferson (troisième président des États-Unis), en référence au temple de Jupiter Capitolin.

10. Sur la base, il est vrai, d'une présélection de candidats dans chaque dème (du grec δῆμος : « peuple » ou populus), unité territoriale et administrative comparable aux tribus organisées à Rome par Servius Tullius.

11. À deux reprises seulement au cours de toute l'histoire de la République, selon Cicéron...

12. Étymologie incertaine : peregrinus (d'où vient le mot « pèlerin » en français) pourrait signifier per agrum et désigner l'étranger comme celui qui voyage « à travers champs ».

13. Institutiones, IV, 30.

14. Cette tâche du préteur illustre la démarche intellectuelle du juriste à toute époque, à comparer à la notion mathématique d'algorithme : parmi les données

brutes du litige qu'expose le justiciable profane en droit, il y a lieu d'identifier et d'ordonner celles qui s'avèrent pertinentes au regard de normes appelées à départager les parties litigantes sur la base d'une séquence de qualifications qui permet de subsumer les faits à la règle de droit.

15. Il n'y en a toutefois que deux s'il s'agit d'obtenir un jugement déclaratif, sans solliciter de condamnation : Iulius iudex esto an Numerius Negidius ingenuus sit = « Que Jules, en qualité de juge, dise si Numerius Negidius est ingénu » (i.e. né libre).

16. Aulus Agerius et Numerius Negidius sont des noms conventionnels utilisés dans les exemples de formules livrés par nos sources : Aulus Agerius = is qui agit, celui qui agit en justice (le demandeur) ; Numerius Negidius = is qui negat, celui qui « nie » ou se défend (le défendeur).

17. Cf. Gaius, Institutiones, IV, 126-129.

18. Qui sanctionnent, au plus tard à partir de la fin du II^e siècle a.C, les engagements issus de tutelle, société, fiducie, mandat, vente et louage.

19. De honos qui vise la magistrature exercée par le préteur.

20. L'expression de ce devoir de respecter la loi se manifeste par le recours au verbe oportere (« falloir ») en proposition infinitive : « il faut » ; dans l'Édit du préteur, les actions prétorienes se distinguent des actions civiles parce que la mention iudicium dabo et les circonstances visées y précèdent la formule à laquelle se réduit l'action civile.

21. Seule étant pratiquée initialement la mancipatio ou transfert de propriété au comptant par voie formaliste, acte réservé aux seuls citoyens romains.

22. Du point de vue de la continuité du droit civil en Belgique à partir de l'entrée en vigueur du Code Napoléon, il convient de citer l'article 1er de la loi néerlandaise du 16 mai 1829 : « het wettelijk gezag van het Romeinse recht is en blijft afgeschaft. » Le Code Napoléon était entré en vigueur aux Pays-Bas, par décret du roi Louis Napoléon, le 1er mai 1809.

PARTIE I

LES PERSONNES

SECTION 1 NOTION

SECTION 2 CAPACITÉ DE JOUISSANCE ET CAPACITÉ D'EXERCICE

SECTION 3 LA PERSONNALITÉ EN DROIT ROMAIN

SECTION 4 DÉBUT ET FIN DE LA PERSONNALITÉ EN DROIT ROMAIN

SECTION 5 CAPITIS DEMINUTIO OU RÉDUCTION DE PERSONNALITÉ

SECTION 6 CAPACITÉ D'EXERCICE

SECTION 7 CAPACITÉ DES PERSONNES MORALES

SECTION 8 LES DROITS SUBJECTIFS

Section 1

Notion

De même que la cellule pour la biologie, la molécule pour la chimie et la particule pour la physique, la personne est l'unité de base du droit : la personne est le sujet des droits – dits subjectifs – dont le droit objectif est la nomenclature et le répertoire.

Encore convient-il aussitôt de préciser que la personne ne correspond pas nécessairement à l'individu : en droit romain, tout individu n'est pas nécessairement une personne au sens juridique du mot, tandis qu'en ce dernier sens, une personne peut aussi correspondre à un groupe d'individus.

L'étymologie nous explique cette distinction : en latin, *persona* désigne le masque que revêt l'acteur de théâtre afin de permettre au public d'identifier aisément son personnage, i.e. l'individu dont il joue le rôle (masque d'autant plus nécessaire que, dans le théâtre antique, tous les rôles étaient joués par des hommes). Pourquoi avoir transposé cette convention de l'art dramatique au domaine juridique ?

Sans doute parce que tout lien de droit suppose nécessairement une relation entre individus dans laquelle chacun de ceux-ci voit plus ou moins momentanément et ponctuellement son identité réduite à la fonction qu'il assume dans ce lien juridique : si Caius, marchand itinérant, vend un bien à Lucius, client occasionnel, leur relation se réduit en principe à celle d'un vendeur avec un acheteur, peu importe qu'ils soient et s'appellent respectivement Caius et Lucius. Lucius peut, par exemple, avoir acheté une plante et, ayant accoutumé de lui parler, lui révéler qu'il en est le propriétaire, sans beaucoup l'émouvoir. Il en ira différemment si la plante vient à être dérobée : pour autant qu'il retrouve son voleur, il se présentera à ce dernier en qualité de propriétaire et revendiquera sa plante. Si cette dernière avait été piétinée par un sanglier de passage, il aurait été vain de rechercher l'animal pour lui parler de dommages-intérêts... S'il s'agit en revanche d'un animal approprié, Lucius va s'efforcer d'identifier le propriétaire

de l'animal et se présenter à lui comme créancier de dommages-intérêts.

Gaius et Gaia peuvent se marier et célébrer les noces avec plus ou moins de fastes, puis poursuivre une relation matrimoniale plus ou moins durable : en droit romain, ce n'est pas un acte, mais un simple fait juridique (sur cette distinction, v. infra). Encore faut-il que ce fait juridique soit licite, donc autorisé par le droit, pour qu'il puisse être question de *iustae nuptiae* ou justes noces : tel n'est pas le cas si l'un des conjoints est déjà marié et non encore divorcé au moment d'un second mariage ; tel n'est pas non plus le cas si l'épouse est citoyenne romaine et le mari pérégrin : ces deux 'masques' ne peuvent se rencontrer en un mariage valable au regard du droit romain...

Les individus sont donc amenés à poser des actes ou confrontés à des faits qui leur imposent de révéler et assumer le rôle qu'ils veulent ou doivent tenir sur la scène des relations juridiques : comme cette scène est celle de la vie réelle, leur identité – contrairement à celle revêtue momentanément par l'acteur de théâtre – doit présenter une continuité aussi longtemps que l'acte et le fait juridiques sortent leurs effets.

Une facette de leur identité est donc juridique et se doit, à cette fin, d'être durable, à commencer par la permanence de leur nom : même de manière purement passive, la permanence de l'identité juridique que confère le nom précise l'appartenance de l'individu aux groupes que constituent sa famille (*familia*) et sa cité (*ciuitas*), et les droits et devoirs qui en résultent vis-à-vis des autres membres du groupe considéré.

De manière active, l'identité juridique permet à l'individu de répondre de ses faits et actes dans la durée et donc d'exprimer sa volonté de nouer autant de liens de droit qu'il le souhaite : il est apte à monter sur la scène juridique, sinon tout le temps, du moins chaque fois qu'il le veut ou qu'il le faut. Cette aptitude permanente à revêtir le masque de l'acteur d'actes ou faits juridiques volontaires s'appelle la personnalité : comme il s'agit d'une aptitude, la personnalité est synonyme de capacité. Ce dernier terme se dit notamment *caput*, *capitis*, qui signifie « tête » et, par métonymie, la personne entière qui peut revêtir le masque de la personnalité.

Section 2

Capacité de jouissance et capacité d'exercice

L'aptitude à être une personne au sens juridique du mot, donc un sujet actif et passif de droits, est reconnue ou conférée par le droit objectif, qui discerne deux aspects de la personnalité :

l'aptitude théorique à être titulaire de droits et d'obligations : il s'agit de la capacité de droit ou capacité de jouissance des droits subjectifs sanctionnés par le droit objectif ;

l'aptitude concrète à mettre en œuvre, à exercer les droits subjectifs mis à la disposition de la personne par le droit objectif : il s'agit de la capacité de fait ou capacité d'exercice des droits subjectifs.

La première est une condition nécessaire, mais pas suffisante de la seconde : toute personne disposant de la capacité d'exercice dispose nécessairement de la capacité de jouissance, mais toute personne disposant de la capacité de jouissance ne bénéficie pas nécessairement de la capacité d'exercice.

Au regard du droit contemporain, cette distinction nous est relativement familière : tout individu bénéficie de la personnalité à la seule condition qu'il soit né vivant et viable (cf. art. 725 et 906 C.c.), de sorte qu'un nouveau-né, s'il ne lui manque pas d'organe vital, bénéficie déjà de la capacité de jouissance. Il devra toutefois quelque peu patienter (jusqu'à l'âge de sa majorité civile) et ne pas présenter de déficience mentale grave (aliénation ou prodigalité) pour pouvoir exercer les droits dont il est théoriquement titulaire depuis sa naissance. La familiarité actuelle de cette distinction et l'universalité de la capacité de droit ne doivent toutefois pas faire perdre de vue qu'elles sont le produit d'une longue évolution.

Section 3

La personnalité en droit romain

À l'origine, il y a, au regard du droit, beaucoup moins de personnes que d'individus : la capacité de jouissance ou droit au port du masque de la personnalité est réservée à une minorité d'habitants de la cité, lesquels sont également minoritaires au sein de leur propre famille.

Cette situation minoritaire résulte des conditions cumulatives ¹ auxquelles doit répondre l'individu pour bénéficier de la personnalité ou capacité de droit. Il lui faut réunir trois statuts :

status libertatis ou état de liberté : il doit être libre et non esclave ;

status ciuitatis ou citoyenneté : il doit être citoyen romain et non pérégrin (mais il peut y avoir des statuts intermédiaires) ;

status familiae ou autonomie juridique au sein de la famille : il doit être sui iuris (« de son propre droit ») et non alieni iuris (« du droit d'autrui » : dépendant ou en puissance – in potestate – de son paterfamilias ou ascendant le plus ancien en ligne paternelle).

1.STATUS LIBERTATIS OU LIBERTÉ

La distinction fondamentale en droit romain discerne les individus libres des esclaves et caractérise toutes les sociétés antiques qui nous ont laissé des témoignages. Elle résulte tant de la fragmentation des populations que des guerres qui les opposent régulièrement : dans des sociétés fréquemment sur pied de guerre, les hommes en âge de porter les armes doivent accorder la priorité à la défense de leur cité (voire à devancer l'offensive ennemie par l'initiative...) et sont amenés à délaisser leur activité agricole et d'élevage, au préjudice du surcroît d'effort économique collectif qu'impliquent les hostilités. Aussi l'ennemi, lorsqu'il est soumis, doit-il fournir la main-d'œuvre de remplacement des citoyens-soldats : les prisonniers ne vont pas être libérés, au risque de reprendre les armes, mais affectés aux travaux délaissés, en vue de réparer les dommages de guerre. Leur faible productivité, à défaut de motivation, sera compensée par le butin pris chez l'ennemi vaincu. Encore cette conception indemnitaire de l'esclavage témoigne-t-elle d'une certaine modération, puisqu'elle tend à préserver la vie de l'ennemi vaincu, en raison de sa valeur économique. Les cités antiques particulièrement militarisées – comme Sparte : au service des citoyens-soldats exclusivement formés et réservés à la constitution de l'armée, travaillent les hilotes qui, sans être esclaves, ne sont pas mobilisés et n'ont pratiquement aucun droit au sein de la cité – faisaient preuve de moins de clémence, à défaut d'apercevoir une quelconque utilité économique dans les captifs...

Les jurisconsultes romains ont bien aperçu l'absence de fondement rationnel à la servitude, mais, à défaut de pouvoir rattacher l'esclavage au *ius naturale* ou droit naturel, se sont bornés à constater qu'il était d'usage chez tous les peuples connus et relevait, à ce titre, du *ius gentium* ou droit commun à tous les peuples : on en chercherait vainement une remise en cause dans la pensée antique, l'influence du christianisme ne s'étant manifestée, dans le droit de Justinien, que par une atténuation de la rigueur de la condition servile, atténuation qui avait d'ailleurs puisé ses prémices dans le principat (avec la notion d'abus de droit : u. infra).

La liberté résulte de la naissance – c'est l'ingénuité – ou de l'affranchissement.

Pour être ingénu, il suffit d'être né d'une mère libre au moment de l'accouchement, peu importe qu'elle soit ou non mariée (elle ne saurait l'être avec un esclave ni en étant elle-même esclave). Un enfant exposé verra son sort fixé par celui qui éventuellement le recueille et peut le tenir pour libre ou esclave. À partir de Justinien, l'enfant exposé et recueilli est toujours considéré comme ingénu.

L'esclavage résulte de la naissance, ou de la captivité comme ennemi, ou d'une condamnation pour dettes assortie de l'exécution sur la personne (u. infra ; un citoyen romain ne pouvait être, à l'époque de l'ancien droit, vendu qu'à l'étranger : trans Tiberim, au-delà du Tibre), ou d'une condamnation pour délit public entraînant la servitude (au profit de l'État) comme peine.

L'utilité économique qui pouvait expliquer l'esclavage aux temps archaïques contribue ensuite à favoriser les affranchissements. L'affranchi n'obtient en effet qu'une liberté médiate, en ce sens que, si les enfants issus de son éventuel mariage subséquent seront parfaitement libres, lui-même doit encore, sa vie durant, à son ancien maître (resté son patron) et à ses héritiers, l'obsequium (devoir de gratitude) et les operae ou prestations de services tarifées : peut-être devra-t-il accomplir les mêmes travaux qu'auparavant, mais avec plus de motivation en qualité de salarié et non plus d'esclave. Justinien assimilera les affranchis aux ingénus.

L'esclave étant considéré comme une chose appropriée, donc un bien s.s., son affranchissement résulte d'un acte patrimonial : lors d'un recensement, son maître le déclare comme un membre libre de la famille (au sens très large du mot en droit romain) ; ou bien le maître acquiesce, lors d'un procès fictif, à la revendication en liberté qu'intente un tiers au profit de l'esclave (qui, à défaut de personnalité, et ce avant Justinien, ne saurait agir lui-même) ; ou bien la liberté lui est léguée par testament. Des modes non formels d'affranchissement apparaissent ultérieurement lorsque, en parallèle avec l'existence de contrats consensuels, des effets juridiques sont reconnus à un engagement par déclaration unilatérale de volonté (u. infra).

L'affranchissement peut être assorti d'un important avantage immédiat : l'esclave affranchi par un citoyen romain devient ipso facto citoyen.

Quid si un citoyen romain devient esclave en étant capturé à l'étranger ? Par définition, le droit romain n'y a pas cours et il ne peut donc revendiquer sa liberté. À Rome, il est considéré comme décédé, son éventuelle épouse est tenue pour veuve et sa succession est partagée... Il bénéficie toutefois du *postliminium* : s'il s'échappe ou est racheté, il peut recouvrer tous ses droits par la fiction qu'il était demeuré constamment à son domicile (« derrière le seuil ») et réapparaît bien vivant après une retraite volontaire, franchissant le seuil de sa *domus* pour en sortir après y être entré par l'*impluvium* à l'aide d'une échelle...

2.STATUS CIUITATIS OU CITOYENNETÉ

La citoyenneté correspond au statut du Romain sous l'angle de ses droits politiques. Si elle s'apparente à la notion contemporaine de nationalité, il ne faut cependant pas confondre les deux notions. Cette distinction émerge dans la conception héritée des cités grecques, où les domaines respectifs de l'une et de l'autre ne se recouvrent pas : le fait que la guerre de Troie oppose les Grecs aux Troyens ne se réfère qu'à une notion géographique de la provenance des uns et des autres (dans la tradition homérique – contrairement à la tradition romaine ultérieure – il n'y a, sinon pour leurs alliés respectifs, même pas de différence d'identité culturelle : les opinions et alliances des dieux du même Olympe se partagent en fonction de raisons strictement personnelles) qui, pour le surplus, forment une alliance de cités politiquement indépendantes.

Les différences géographiques et culturelles ont donc moins d'importance que l'indépendance politique : seule cette dernière, symbolisée par le pouvoir d'un roi qui ne doit, tout au plus, rendre compte qu'à des alliés du même rang, forme la cité, limitée à l'origine aux remparts d'une ville et aux alentours d'où proviennent les ressources de l'agriculture et de l'élevage.

Le citoyen est le ressortissant qui participe, peu ou prou, au pouvoir politique au sein de la cité et, surtout, aux devoirs civiques : défense du territoire, mise d'une partie de ses ressources à la disposition de la collectivité (impôts) et participation au culte des dieux protecteurs (« tutélaires ») de la cité.

L'évolution de la citoyenneté romaine correspond donc à l'extension (lente et toujours limitée) du nombre des habitants de Rome et des territoires qu'elle contrôle (ager publicus : domaine public) appelés à contribuer à l'exercice de la souveraineté. Comme l'état de guerre est plus ou moins permanent et les citoyens romains en âge de porter les armes sont toujours mobilisables, c'est le régime du citoyen-soldat (ciuis/miles).

Est-ce à dire que la citoyenneté est réservée aux hommes ? Non, pour une raison fort simple même si elle participe de l'originalité romaine dans l'Antiquité : la femme romaine est également citoyenne lorsqu'elle est la fille d'un citoyen. La

transmission de la citoyenneté est en effet réservée à la femme. C'est évident lorsqu'elle est l'épouse d'un citoyen en « justes noces » (*iustae nuptiae*) en vertu du *conubium* ou droit au mariage légitime, réservé aux citoyens romains. La présomption de paternité s'applique conformément à l'adage *pater is est quem nuptiae demonstrant* ou « le père est celui que les noces indiquent » : le mari est présumé être le père de l'enfant mis au monde par son épouse (cette règle est transposée dans l'article 315 du Code civil). C'est tout aussi vrai pour un enfant né hors mariage : si la mère, non mariée, est fille d'un citoyen et/ou d'une citoyenne, son enfant est d'office citoyen, de sorte que la transmission de la citoyenneté romaine apparaît bien comme un privilège féminin, corollaire d'un second adage : *mater semper certa est* ou « la mère est toujours certaine ».

Là s'arrête cependant – hormis les impôts : u. infra – la citoyenneté de la Romaine au regard du droit public : comme elle n'est pas mobilisée dans l'armée, elle ne dispose ni de l'éligibilité (droit d'être élu à une magistrature), ni de l'électorat (*ius suffragii* ou droit de vote). Ces deux droits sont en effet exercés au sein des *comices centuriates*, corps électoral dont l'organisation est basée sur la possibilité de chaque citoyen de contribuer personnellement à l'effort militaire et de s'équiper personnellement à cette fin (u. supra).

Au regard du droit privé, la Romaine demeure bien citoyenne : le principe veut, si elle n'a plus de *paterfamilias* (ascendant en ligne paternelle encore en vie) ou est émancipée (u. infra), qu'elle dispose de la même capacité de droit que le Romain. Ainsi a-t-elle un patrimoine dès qu'elle devient *sui iuris* (juridiquement autonome au sein de sa famille : u. infra) et doit-elle donc, le cas échéant, payer des impôts. Elle bénéficie du *conubium* (droit de contracter un mariage légitime) et du *commercium* (droit d'être partie à un contrat propre au droit civil : *mancipatio*, *in iure cessio*, *sponsio* : u. infra).

Ce principe comporte cependant des exceptions qui consistent en autant d'incapacités spéciales de droit : celles-ci peuvent être propres à sa situation familiale (l'empêchant e.g. d'hériter de ses enfants prédécédés, avant le sénatusconsulte tertullien pris sous Hadrien) ou en être totalement indépendantes (l'interdiction d'intercéder pour autrui, en vertu du sénatusconsulte velléien de 46 p.C.). Le citoyen romain dispose, quant à lui, d'une pleine capacité de droit public (électorat et éligibilité) et privé.

Le droit de cité latine est une citoyenneté romaine réduite : elle concerne les ressortissants libres des cités alliées de Rome qui, en échange de l'alliance,

bénéficient des prérogatives de la citoyenneté romaine en droit privé : droit au mariage légitime avec un(e) Romain(e), droit de conclure des actes valables au regard du droit civil (par référence aux lois républicaines), droit de s'établir sur le territoire romain et parfois, dans une mesure limitée, droit de vote dans les comices tributes (qui votent certaines lois et les plébiscites, mais n'élisent pas les magistrats supérieurs : consuls et préteurs). L'assimilation des deux citoyennetés a été la conséquence des guerres sociales de 90-88 a.C., sous réserve d'une seconde catégorie de Latins : les habitants des colonies, qui ont le commercium, mais non le conubium.

Le pérégrin est l'étranger qui, n'étant pas un ennemi de Rome, peut circuler librement sur son territoire et y conclure tous les actes qui ne relèvent pas du droit civil réservé aux seuls citoyens. Avec l'extension du territoire sous contrôle romain, les pérégrins deviennent si nombreux qu'un tribunal spécifique (celui du préteur pérégrin : u. supra) est réservé à leurs litiges ou aux litiges entre eux et citoyens romains ou latins. Leur domaine est celui du *ius gentium* ou droit commun à tous les habitants libres de l'empire (qui s'appliquera aussi à un pérégrin venant de l'extérieur, tel un marchand dont la nation ou cité n'est pas en guerre avec Rome).

En dehors de la naissance, l'acquisition de la citoyenneté romaine est un « bienfait de la loi » qui s'acquiert par étapes, en reconnaissance de services collectifs (une cité alliée) ou individuels (e.g. un pérégrin ayant accompli un service volontaire dans l'armée romaine ou un latin investissant cent mille sesterces dans la construction d'un immeuble à Rome, en vertu d'une constitution impériale de Néron). Paradoxe : à défaut d'être né tel, pour devenir rapidement citoyen romain, il vaut mieux être l'esclave affranchi d'un Romain qu'être pérégrin...

Sous l'empire, à partir du II^e siècle, la citoyenneté romaine n'est plus guère assortie de prérogatives de droit public : seules subsistent des différences en droit privé, que la constitution antonine de Caracalla, en 212, abolit en accordant la citoyenneté romaine à tous les habitants libres de l'empire, à l'exception des pérégrins déditices (« qui se dederunt » : qui ne se sont rendus qu'après une résistance militaire à outrance), ultime discrimination elle-même abolie par Justinien au VI^e siècle : à ce moment, les avantages de la citoyenneté romaine ou byzantine n'apparaissent plus aussi évidents, et il vaut mieux l'imposer que l'accorder...

3.STATUS FAMILIAE : LA FAMILLE ROMAINE

L'individu à Rome avait plus ou moins de droits selon la qualité du « masque » revêtu. Ainsi, le masque le plus envié était-il sans aucun doute celui du paterfamilias : il est le protagoniste de la famille romaine. Si celle-ci n'est pas un clan, elle ne se réduit pas pour autant à la notion actuelle de « ménage », mais reçoit une acception plus large : il s'agit de l'ensemble des individus (libres ou non) et des biens constituant, au sein de la domus (maison, en l'occurrence « maisonnée »), le groupe domestique placé sous l'autorité de l'ascendant paternel le plus âgé en vie, qui revêt le titre de pater familias (forme archaïque du génitif) ou « père de famille ».

À l'origine, celui-ci était la seule « personne » au sens juridique du mot (il n'y aurait d'ailleurs eu que des hommes avant l'enlèvement des Sabines...) : seul il était sui iuris (« de son propre droit ») ou autonome, reproduisant au sein de sa famille le pouvoir du roi à l'égard de tous les Romains. Les autres membres de la famille, libres ou in mancipio, étaient alieni iuris (« du droit d'autrui ») ou dépendants de la seule autorité du paterfamilias.

Ce n'est qu'au décès de ce dernier que ses enfants, hommes et femmes (si celles-ci ne se sont pas mariées auparavant cum manu : u. infra), ou les petits-enfants de ses fils en cas de prédécès de ceux-ci, deviennent à leur tour sui iuris et donc, chacun, une personne au sens juridique du mot : l'autonomie juridique – en matière de capacité de droit sinon de fait – est alors la même pour les femmes et pour les hommes. Seuls ces derniers deviennent cependant paterfamilias, même s'ils n'ont pas encore d'enfant : pour un homme, sui iuris est synonyme de paterfamilias, avec ou sans postérité.

Son pouvoir était très étendu et pratiquement indistinct sur les êtres et sur les choses. Ce pouvoir – appelé patria potestas sur les individus libres de la famille et dominium sur les biens (en ce compris les esclaves) – se confondait avec un véritable droit de propriété, en ce compris l'attribut caractéristique de ce droit : l'abusus ou droit d'en disposer, matériellement et juridiquement, à son gré. Sur sa famille (épouse, enfants, petits-enfants, personnes placées in mancipio), ce

droit comportait en effet le *ius uitae necisque* ou droit de vie et de mort.

Un droit si étendu ne pouvait cependant s'exercer, sur les individus libres ou *in mancipio* (sans égard aux esclaves, assimilés juridiquement à des biens *s.s.* ou choses appropriées), de manière arbitraire et comportait deux aspects : l'admission dans la famille et la juridiction domestique.

L'admission dans la famille concernait le mariage et les nouveau-nés. Le consentement au mariage d'un enfant, fils ou fille, devait prioritairement être donné par le *paterfamilias* de chaque futur conjoint, même si, assez tôt dans l'évolution, le consentement personnel des conjoints s'imposait également : le second était évidemment plutôt d'ordre affectif et devait s'adjoindre le premier en raison des conséquences patrimoniales du mariage (*u. infra*).

Quant aux nouveau-nés, il appartenait au seul *paterfamilias* (fût-il le grand-père, voire l'arrière-grand-père) de les reconnaître ou non comme nouveaux membres de la famille, en les soulevant (*tollere liberos*) au moment de leur donner un prénom, au plus tard le 9^e jour après la naissance. Un refus pouvait se concevoir en cas de malformation grave (il faut tenir compte de l'état de la médecine à l'époque...), de doute sur la paternité, voire d'impossibilité économique d'en assumer l'éducation.

L'enfant non soulevé, donc non accueilli, était exposé dans un lieu public et son sort délaissé au hasard de la bienveillance d'un passant (qui pouvait le considérer comme sien ou en faire un esclave). À cet égard, la situation n'évoluera qu'au III^e siècle de notre ère, avec la suppression du droit de vie et de mort sur le nouveau-né. L'empereur Constantin octroie, à partir de 315, une aide publique à l'éducation, qui constitue l'ancêtre des allocations familiales. En 329, la vente des nouveau-nés est autorisée en cas d'extrême misère des parents (ceux-ci ayant le droit de les racheter ensuite, en remboursant le prix : c'est un exemple de vente à remere – *u. infra*). Justinien prohibera l'exposition et un enfant tout de même exposé sera présumé ingénu, le père étant alors, en toute hypothèse, déchu de sa puissance paternelle.

La juridiction domestique conférait au *paterfamilias* un droit à l'exercice interne du pouvoir judiciaire réservé à l'extérieur aux litiges entre pères de famille : devant tout au plus recueillir l'avis de ses oncles ou frères eux-mêmes *sui iuris*, il n'était, en principe, soumis à aucun contrôle judiciaire de la manière dont il tranchait d'éventuels conflits familiaux ou réprimait des manquements à ses

directives familiales. Sans doute le droit de vie et de mort ne s'exerçait-il avec l'ultime rigueur que dans des hypothèses extrêmes (adultère de l'épouse ou d'une bru, voire le fait qu'une femme boive du vin après avoir dérobé les clefs du cellier...).

Il existait cependant une forme de contrôle, marginale en droit, mais plus sévère au regard de la morale : celle du censeur, appelé à contrôler le respect des mœurs (donc des usages ancestraux) et à veiller à la valeur d'exemple que revêtait tout comportement inhabituel d'un citoyen. Il ne faut certainement pas sous-estimer l'effet modérateur d'un tel contrôle exercé dans le cadre de la plus prestigieuse des magistratures.

L'étendue de la *patria potestas* ou puissance paternelle était inhérente à l'antique définition romaine de la parenté juridique : il s'agissait de l'*agnatio* ou agnation, très différente de la parenté par le sang ou *cognatio* qui nous est familière. Dans le cadre de l'*agnatio*, il n'y avait de parenté juridique qu'en ligne descendante à partir de l'ascendant paternel le plus âgé en vie : cette parenté résulte d'un mariage légitime et se transmet par les hommes (exemple : arrière-grand-père marié, grands-parents, parents, enfants et petits-enfants, incluant, à chaque degré les femmes non mariées ou divorcées issues de cette ligne paternelle).

Toute femme qui se marie *cum manu* sort de sa famille agnatique d'origine pour entrer dans la parenté agnatique de son mari et y demeurer même en cas de veuvage : elle est donc la parente agnate de son mari (*loco filiae* : comme si elle était sa fille) et de leurs enfants (*loco sororis* : comme si elle était leur sœur). Elle n'a cependant pas de parenté agnatique avec ses propres enfants s'ils naissent hors mariage : c'est la conséquence du fait que cette parenté ne se transmet qu'en ligne paternelle. Autre conséquence : il n'y a – en dehors des prohibitions au mariage – pas de lien juridique de parenté dans la ligne maternelle au-delà du premier degré, ainsi e.g. entre un grand-père maternel et ses petits-enfants.

Comment passe-t-on d'une famille à l'autre ? Par le mariage, pour une femme, ou par l'adoption plénière pour hommes et femmes. Ces deux institutions et leurs modalités soulignent le lien qui unit étroitement la parenté juridique au pouvoir patrimonial du *paterfamilias*.

Cette conception patrilinéaire de la parenté juridique n'exclut nullement, en effet, l'attachement affectif supposé des parents par le sang : simplement son objet n'est pas d'ordre affectif, mais d'ordre patrimonial. Il s'agit d'assurer la

transmission du patrimoine exclusivement en ligne paternelle descendante, en la soustrayant aux aléas affectifs du mariage.

Ces aléas affectifs sont, au regard du droit, singulièrement renforcés par la conception romaine très originale du mariage. Certes, les noces sont définies comme « la conjonction de l'homme et de la femme, l'association de toute leur vie, la mise en commun du droit divin et du droit humain » (Modestin au Digeste). Pour autant, il ne s'agit pas, au regard du droit romain, d'un acte, mais seulement d'un fait juridique : un fait de la vie individuelle des époux qui a des effets juridiques même s'il n'est pas issu d'une intention juridique. Les époux célèbrent bien leurs noces en public, selon un rituel précis d'ordre religieux et empreint de symboles historiques : la *deductio in domum mariti* est le cortège nuptial qui accompagne l'épouse de la demeure de son père à celle de son mari, ce dernier la soulevant pour franchir le seuil, en mémoire de l'enlèvement des Sabines.

Il n'y a toutefois nulle intervention d'un quelconque magistrat (tel l'actuel officier de l'État civil), ni inscription du mariage dans un quelconque registre public (tel notre registre de l'État civil) : c'est avant tout une affaire privée qui n'intéresse pas l'État aussi longtemps que du mariage ne résultent les conséquences qui concernent les tiers. Celles-ci sont la naissance d'enfants et l'acquisition d'un pouvoir patrimonial du *paterfamilias* sur les biens de l'épouse.

S'agissant avant tout d'un fait, le mariage ne dure qu'aussi longtemps que chaque conjoint le veut : « *nuptias non concubitus, sed consensus facit* » ou « ce n'est pas la cohabitation qui fait le mariage, mais le consentement. » Ainsi le mariage dépend-il entièrement de l'*affectio maritalis*, qui est moins l'affection conjugale que la disposition au mariage : le consentement à la poursuite de la vie commune doit être constamment renouvelé pour que le mariage se poursuive.

Si l'un des conjoints ne le souhaite plus (voire son *paterfamilias*, jusqu'à une constitution impériale d'Hadrien), il peut y mettre unilatéralement fin : c'est le *repudium* ou notification unilatérale de la rupture, qui, apparemment dès le II^e siècle avant notre ère, peut émaner aussi bien de la femme que de l'homme. Dès le I^{er} siècle avant notre ère, les divorces et remariages deviennent ainsi tellement nombreux que, lorsque cette situation sera devenue parfaitement banale, Sénèque écrira, en boutade, que certaines femmes ont pris l'habitude de dater les années, non par le nom des consuls en fonction (les consuls éponymes donnent leur nom à l'année), mais par celui de leurs maris successifs...

Cette instabilité s'accorde mal, à première vue, avec les conséquences juridiques importantes du mariage : la transmission de la citoyenneté aux enfants issus du mariage et la conservation du patrimoine. Pour devancer les risques en la matière, le droit romain a appliqué des solutions relativement simples, mais radicales : 1) une répression dissymétrique de l'adultère ; 2) un pouvoir patrimonial sans partage, mais alternatif du paterfamilias sur les biens de la femme mariée.

Si le devoir de fidélité conjugale relève de la morale et, à ce titre, est proposé aux deux conjoints, seul l'adultère de l'épouse est sévèrement réprimé en droit : son crime ne consiste pas tant dans l'injure grave ainsi faite à son mari (sans aucune réciprocité...) que dans le risque de mettre au monde un enfant qui deviendrait citoyen sans être issu des œuvres d'un citoyen, ou qui pourrait prétendre à succéder à tout ou partie du patrimoine du paterfamilias... Le complice de la femme adultère ne court évidemment pas de tels risques puisqu'il ne peut transmettre la citoyenneté hors d'un mariage et sait que sa succession ira, de toute façon, à un parent agnatique.

La sanction de l'adultère, longtemps laissée à la discrétion de la juridiction domestique de son paterfamilias (donc son beau-père ou son mari), est ensuite organisée par Auguste qui, dans la lex Julia de adulteriis, instaure aussi la répression à charge du complice (justice privée en cas de flagrant délit) et un tribunal spécifique où tout citoyen peut porter l'accusation en cas d'inertie du père et du mari : les sanctions patrimoniales que peut infliger ce tribunal à l'un et/ou à l'autre des complices indiquent bien qu'il s'agit avant tout de réprimer une possible atteinte à la transmission successorale du patrimoine, atteinte qui ne peut être commise que par une citoyenne mariée.

C'est donc l'enjeu patrimonial du mariage qui lui confère sa seule configuration juridique : le mari (ou son paterfamilias) va-t-il ou non exercer sur l'épouse la manus, qui réunit en un seul pouvoir la puissance paternelle sur les individus et la propriété sur les biens ? C'est la conventio in manum ou entrée en puissance maritale qui rompt le lien agnatique de l'épouse avec sa famille d'origine et permet au mari (ou à son paterfamilias) d'acquérir la manus, selon trois voies possibles :

la confarreatio ou mariage solennel célébré en présence du Grand Pontife (Pontifex Maximus), du Flamme de Jupiter (Flamen Dialis) et de dix témoins : c'était à l'origine le mariage propre aux patriciens et indispensable pour que le

mari puisse ensuite prétendre à l'exercice d'une magistrature religieuse romaine ; il s'est fort raréfié à la fin de la République, sans toutefois disparaître totalement, subsistant à titre de « diplôme » nécessaire à l'exercice d'une carrière dans la religion officielle ou éventuellement comme rite aristocratique ;

la *coemptio* est une vente symbolique, sous la forme d'une *mancipatio* (u. infra), où la femme est aliénée, quant à sa personne et à ses biens, à son mari (elle est elle-même l'aliénatrice si elle n'a plus de *paterfamilias*) ;

la cohabitation ininterrompue pendant un an permet l'acquisition de la *manus* par usucapion ou prescription acquisitive, selon le délai prévu pour les meubles (u. infra) ; l'épouse peut cependant éviter cette conséquence en retournant, avant que l'année ne soit révolue, trois jours et trois nuits, dans sa famille d'origine : c'est l'*usurpatio trinoctii* ou interruption de la prescription par trois nuits, qu'il faut renouveler chaque année...

Cette dernière possibilité (qui remonte à la Loi des XII Tables) démontre que l'épouse a, en droit, le choix de se marier *cum manu* ou *sine manu* : avec ou sans puissance maritale. L'alternative est claire : le mariage *cum manu* la fait entrer dans la famille agnatique de son mari tandis que le mariage *sine manu* conserve son lien agnatique avec sa famille d'origine.

Dans cette seconde hypothèse, elle cessera d'être *alieni iuris* au décès de son *paterfamilias* et, devenant ainsi *sui iuris*, sera en principe héritière de ce dernier. Dans la première hypothèse, elle ne peut devenir *sui iuris* ou autonome qu'après le décès du *paterfamilias* de son mari et en devenant veuve, sans hériter en propriété ni de l'un ni de l'autre (sauf testament en sa faveur). Cette discrimination n'est pas vraiment atténuée par la dot : si celle-ci compense bien, lors du mariage, la perte de ses espérances successorales dans sa famille d'origine, c'est toutefois pour devenir aussitôt la propriété de son mari (ou du *paterfamilias* de celui-ci).

Le mariage *sine manu* a sans doute été préféré, à l'origine, par les familles plébéiennes et s'est progressivement généralisé, pour subsister seul, à de rares exceptions près, sous l'empire : il préservait en effet une séparation de biens rendant plus effective la possibilité de divorce à l'initiative de l'épouse et le bénéfice par celle-ci de l'autonomie juridique lorsqu'elle devenait *sui iuris* au décès de son *paterfamilias*.

Le divorce était certes concevable à l'initiative de la femme mariée cum manu : toutefois, dans ce cas, il n'intéressait pas que la situation personnelle de l'épouse, mais aussi, voire avant tout, la situation patrimoniale. Aussi fallait-il, pour mettre fin à la manus du mari (ou de son paterfamilias) sur les biens de son épouse respecter le parallélisme des formes juridiques de la conventio in manum : celle-ci ne pouvait être dénouée, s'il y avait eu confarreatio, que par une diffareatio (cérémonie contraire), ou, s'il y avait eu coemptio (« vente » symbolique) ou prescription acquisitive de la manus, une remancipatio ou vente symbolique en sens contraire.

Le parallélisme des formes correspond à l'application de la règle omnia quae iure contrahuntur contrario iure pereunt ou « toutes choses convenues par voie de droit s'éteignent par voie de droit contraire. » La lourdeur de ces procédures explique la rareté des divorces (non attestés jusqu'à la fin du IV^e siècle avant notre ère) à l'époque où prédominait le mariage cum manu.

Seul inconvénient du mariage sine manu : la mère mariée sine manu n'est pas l'agnate de ses enfants et n'a donc pas de parenté juridique avec ceux-ci. En toute hypothèse, nul problème de garde d'enfant ni de pension alimentaire en cas de divorce : dans la famille agnatique, les enfants restent évidemment sous la puissance paternelle du paterfamilias.

La parenté par le sang ou cognatio n'est reconnue, par la voie du droit successoral, qu'au II^e siècle de notre ère : en 178, le sénatusconsulte Orfitien attribue la succession de la mère (à cette époque toujours mariée sine manu et en principe sui iuris : sinon ne se pose aucune question de succession, à défaut de patrimoine personnel) à ses enfants. En 543, Justinien a supprimé l'agnatio en généralisant la dévolution successorale selon les degrés de parenté par le sang ou par adoption.

L'adoption était précisément très répandue à Rome et correspondait à une filiation élective, bien dans l'esprit du volontarisme romain. Si elle concernait un(e) alieni iuris, elle s'appelait adoptio, l'adopté(e) changeant de paterfamilias. Si elle concernait un(e) sui iuris, elle s'appelait adrogatio, l'adopté(e) perdant son statut sui iuris pour devenir alieni iuris de l'adrogeant.

Section 4

Début et fin de la personnalité en droit romain

La pleine capacité de droit ou de jouissance implique donc, en droit romain, la réunion des trois statuts : libre, citoyen et sui iuris. C'est le paterfamilias qui réunit le mieux ces trois qualités, avec cette double précision qu'il ne doit pas nécessairement avoir des enfants pour bénéficier de ce statut et que son autonomie juridique est partagée par la femme sui iuris, même si le terme materfamilias n'a pas d'autre portée aussi longtemps que prévaut la parenté agnatique, patrilinéaire.

Un enfant peut devoir « attendre » très longtemps avant de devenir sui iuris (jusqu'au décès de son paterfamilias), mais peut aussi, le cas échéant, naître sui iuris : tel est le cas si sa mère n'est pas mariée ou si son père, sui iuris et marié, meurt avant sa naissance. Cette seconde hypothèse est celle de l'enfant posthume² et un cas d'application de la règle infans conceptus pro iam nato habetur quotiens de eius commodis agitur ou « l'enfant conçu est tenu pour déjà né chaque fois qu'il s'agit de ses avantages » (cf. art. 725 et 906 C.c.).

Cette règle correspond à la présomption de période légale de conception : tout enfant est présumé avoir été conçu entre le 300^e et le 180^e jour précédant sa naissance. Il s'agit d'une présomption (v. art. 326 C.c.) : une conséquence que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu (art. 1349 C.c.) et qui dispense la partie qui s'en prévaut d'administrer toute autre preuve (art. 1352 C.c.). Il s'agit soit d'une présomption irréfragable ou iuris et de iure – tel était le cas de la présomption légale de période de conception en droit romain – soit d'une présomption simple ou iuris tantum, donc susceptible de preuve contraire (ainsi dans notre droit depuis 1987 : v. art. 326 C.c.). Lorsque la présomption est « abandonnée aux lumières et à la prudence du magistrat » (v. art. 1353 C.c.), il ne s'agit que d'une présomption de l'homme, toujours iuris tantum.

En vertu de cette présomption, l'enfant est tenu pour déjà né – et jouit donc de la personnalité – à tout moment de la période légale de conception où cette

anticipation de naissance lui procure un avantage juridique. Ainsi a-t-il, de toute évidence, intérêt à naître d'une femme mariée s'il veut bénéficier d'une parenté agnatique ascendante : dès lors, si le mari de sa mère décède au plus tôt le 300^e jour précédant la naissance, l'enfant posthume est juridiquement considéré comme l'enfant du mari prédécédé de sa mère, de sorte qu'il a bien une parenté agnatique avec l'ensemble des agnats de son père présumé. Il en va de même si sa mère s'est mariée au plus tard le 180^e jour précédant sa naissance. L'enjeu de cette présomption est donc bien l'appartenance ou non à une famille paternelle et les droits patrimoniaux qui vont de pair avec cette appartenance.

Il s'agit de cas d'application positive de la règle. Une application négative est également concevable si elle s'avère plus favorable à l'enfant : ainsi en va-t-il de l'hypothèse où il aurait plutôt intérêt à avoir été conçu le plus tard (juridiquement) possible : si sa mère était esclave, mais a été affranchie par son maître, au plus tard, le 181^e jour avant sa naissance et a ainsi pu valablement se marier dès le lendemain, l'enfant est supposé avoir été conçu le 180^e jour avant sa naissance, ce qui lui permet de jouir de la parenté liée à l'union légitime de ses parents.

Le bénéfice de cette présomption est assorti d'une condition suspensive (i.e. l'événement futur et incertain dont la réalisation rend un droit ou une obligation exigible : v. infra) : il faut que l'enfant naisse viable. Cette présomption et cette condition ont été conservées comme telles dans notre droit, notamment en matière de successions et libéralités (v. art. 725 et 906 C.c.).

En cours d'existence et hormis l'hypothèse d'affranchissement d'un esclave qui acquiert ainsi la personnalité, l'individu libre et citoyen peut acquérir la personnalité et donc la capacité de droit avant le décès de son paterfamilias s'il est émancipé. La puissance paternelle comporte en effet la faculté d'aliéner tout membre *alieni iuris* de la famille pratiquement comme un bien : ce pouvoir du paterfamilias s'appelle le *mancipium* (contraction de *manu capere* : « prendre par la main », ce qui correspond au pouvoir de la *manus*, sans aucune connotation affective).

En vertu du *mancipium*, le paterfamilias peut donc aliéner sa puissance paternelle sur l'un de ses descendants en faveur d'un autre paterfamilias, par l'acte juridique de *mancipatio*, qui est une vente symbolique (u. infra) : ainsi cède-t-il à un tiers, en pratique, la force de travail de l'un de ses descendants, qui ne jouira plus ainsi que d'un régime dit de « semi-liberté » (*in mancipio*).

Il est difficile, à l'origine, de cerner le contexte social de cette aliénation et, parmi les mobiles possibles, de discerner la proportion des cas où il s'agissait simplement d'éloigner un membre de la famille ou d'avoir « une bouche en moins à nourrir », ou encore de céder, à titre indemnitaire, l'auteur d'un délit à la famille de la victime (c'est l'abandon noxal, u. infra). En tout cas, cette démarche n'était pas encouragée, car elle témoignait d'une inaptitude du paterfamilias soit à assurer la subsistance de sa famille, soit à contrôler et surveiller le comportement de ses membres à l'égard des tiers.

Une sanction a dès lors été instaurée au détriment du paterfamilias et en faveur de l'*alieni iuris* : ce dernier, après trois mancipationes pour un fils et une seule pour une femme ou tout petit-enfant, était émancipé, donc libéré, à l'issue respectivement de la 3^e ou de la 1^{re} période de *mancipium* chez un tiers, de son lien de dépendance à l'égard de son propre paterfamilias : son lien de parenté agnatique était rompu et il ou elle devenait *sui iuris*, libre ainsi de se marier sans le consentement de son paterfamilias et de fonder une nouvelle famille agnatique sans lien juridique avec la famille d'origine.

Comme cette sanction intervenait de plein droit, les Romains y ont ensuite vu la possibilité d'en faire une faveur volontaire, en recourant à une ou trois mancipationes fictives dans le but précisément d'aboutir à la pleine capacité de droit de l'*alieni iuris* ainsi émancipé : cette évolution est à l'origine du régime d'émancipation dans notre droit civil, qui ne porte cependant plus sur la capacité de jouissance ou de droit, mais bien sur la capacité d'exercice ou de fait (u. infra).

Enfin, au décès, la personnalité subsiste fictivement pour les besoins de la liquidation et du partage des biens du défunt : *hereditas jacens sustinet personam defuncti* ou « l'hérédité jacente soutient la personne du défunt », ce qui signifie que ses droits patrimoniaux sont provisoirement exercés par ses héritiers comme si le défunt en avait encore la capacité de droit (u. infra).

Une remarque générale s'impose en matière de personnalité : entendue comme la capacité de droit privé, elle est nettement distincte du statut de l'individu au regard du droit public. Ainsi la femme accède-t-elle bien, au décès de son paterfamilias, à un statut *sui iuris* en matière de droit privé, sans bénéficier pour autant d'autres droits politiques que la transmission de la citoyenneté par la maternité, et le paiement d'impôts. L'homme, en revanche, ne doit pas attendre d'être *sui iuris* au regard du droit privé pour exercer ses droits et devoirs

publics : dès qu'il revêt la toge virile, il devient un citoyen mobilisable à l'armée et exerce les droits politiques qui sont la contrepartie de ses devoirs civiques, n'ayant qu'à patienter jusqu'à l'âge légalement requis pour accéder aux magistratures successives du cursus honorum ou parcours des charges et honneurs. Son indépendance politique ne le libère toutefois nullement de son éventuelle dépendance familiale : même un consul reste *alieni iuris* dans sa *domus* aussi longtemps que son *paterfamilias* exerce l'autorité domestique suprême...

Section 5

Capitis deminutio ou réduction de personnalité

Si la personnalité peut être acquise, par degrés ou complètement, elle peut aussi, inversement, se perdre, par degrés ou complètement : c'est la *capitis deminutio* ou réduction de statut. Les Romains ne sont certes pas des « réducteurs de têtes » (à l'instar de la réputation faite aux Dayaks de Bornéo...), mais leur droit avait prévu des hypothèses dans lesquelles un individu pouvait se voir privé des composantes juridiques de sa personnalité, selon la gradation suivante :

Capitis deminutio maxima ou réduction majeure de capacité : en cas de condamnation pénale pour crime public, tels la perduellio (trahison) ou l'assassinat d'un citoyen (parricidium), le condamné était soit exécuté, soit réduit en esclavage au profit de l'État (devenant un servus poenae ou esclave de la peine), privé, d'un même mouvement, des trois composantes de sa personnalité : la citoyenneté, la liberté et l'appartenance à sa famille agnatique. C'est la mort civile, qui pouvait aussi, jusqu'en 327 a.C. (lex Poetelia Papiria), être la conséquence d'une condamnation pour dettes privées en cas d'exécution de la condamnation sur la personne par voie de vente comme esclave à l'étranger. En dehors de toute condamnation, la même conséquence s'attachait à la captivité chez l'ennemi, sous cette réserve importante que le prisonnier échappé ou libéré pouvait être rétabli dans ses droits, selon la fiction du postliminium (u. supra). L'institution de la mort civile a existé si longtemps que notre Constitution stipule encore aujourd'hui (art. 18) que « la mort civile est abolie ; elle ne peut être rétablie » ;

Capitis deminutio media ou réduction intermédiaire de capacité : elle est également la conséquence d'une condamnation pénale (e.g. en cas de crimen maiestatis ou crime de lèse-majesté envers l'empereur), mais préserve la vie et la liberté du condamné, qui est exilé (« ostracisé » disait-on en Grèce). Il est « privé de l'eau et du feu » (interdictio aqua et igni), donc de son foyer au sein de la cité et de sa famille : il perd la citoyenneté et tout lien de parenté agnatique, assimilé ainsi à un pérégrin, mais, évidemment, avec une moindre

liberté de circulation puisqu'il est banni de Rome ;

Capitis deminutio minima ou réduction mineure de capacité : elle n'est pas la conséquence d'une sanction pénale, mais consiste en une permutatio status ou changement du statut qui s'attache à la situation familiale de l'individu. Elle est donc la conséquence d'actes de droit privé : le paterfamilias perd sa puissance paternelle sur son descendant émancipé, ce dernier perdant sa parenté agnatique ascendante et collatérale ; l'adopté sui iuris devient, par adrogation, alieni iuris sous la puissance paternelle de l'adoptant et change de parenté agnatique ; la femme sui iuris qui se marie cum manu redevient alieni iuris par voie de conséquence.

En conclusion sur ce point, la réduction de capacité n'est, pas plus que son acquisition, irréversible : l'esclave de la peine peut être affranchi ; l'exilé peut être rappelé à Rome ; l'adopté ou l'épouse cum manu (re)devient sui iuris en cas de décès de l'adoptant ou du mari ; même le condamné à mort peut voir sa mémoire réhabilitée, de sorte qu'il faille, le cas échéant, revoir la dévolution de sa succession...

Section 6

Capacité d'exercice

Si la capacité de jouissance ou de droit – synonyme de personnalité – est l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations, la capacité d'exercice ou de fait est la faculté ou le pouvoir de mettre en œuvre ses droits subjectifs par l'accomplissement personnel d'actes juridiques, ou de répondre de faits juridiques volontaires : ainsi la capacité de droit est-elle la condition sine qua non de la capacité de fait. Aussi les critères d'acquisition ou de perte éventuelle de la capacité d'exercice n'intéressent-ils que les personnes, donc les individus qui bénéficient déjà de la capacité de jouissance.

Ces critères se présentent comme des restrictions à la pleine faculté d'exercer les droits subjectifs mis par le droit objectif à la disposition des personnes :

il faut atteindre l'âge de la majorité, qui correspond, dans l'ancien droit, à celui de la nubilité, donc de l'aptitude au mariage ; cet âge n'est formellement fixé à 14 ans pour les hommes et 12 ans pour les femmes qu'à partir de Justinien ; l'individu déjà sui iuris mais encore mineur d'âge est placé sous la tutelle de l'un de ses agnats sui iuris et majeur : les actes juridiques sont passés par le tuteur au nom et pour le compte du mineur.

En 192 a.C. est votée la lex Laetoria (du nom du tribun de la plèbe Laetorius) qui est à l'origine du régime de minorité encore en vigueur actuellement : elle sanctionne l'attitude du majeur qui abuse de l'inexpérience d'un jeune âgé de moins de 25 ans pour le convaincre de conclure un acte juridique désavantageux.

Cette loi ne reçoit pleine efficacité qu'à partir du moment où le préteur, dans son édit, offre, au majeur de 14 ans, mais mineur de 25, une exception ou moyen de défense qu'il peut soulever dans l'hypothèse où son cocontractant demande sa condamnation sur la base d'un acte incriminé par la lex Laetoria : le mineur de 25 ans peut ainsi obtenir le retour à la situation antérieure à l'acte illicite, donc le rétablissement intégral de son patrimoine avant l'acte (restitutio in integrum).

De ce mécanisme provient l'adage *restituitur tanquam laesus non tanquam minor* : « il obtient la restitution non tant en qualité de mineur que parce qu'il est lésé. » Cette règle est transposée à l'article 1312 du Code civil : « Lorsque les mineurs sont admis en cette qualité à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui aurait été, en conséquence de ces engagements, payé pendant la minorité, ne peut en être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit. » ³

Cette règle signifie donc que le mineur d'âge (s'il dispose, en droit romain, de la capacité de droit dont il jouit par le seul fait de sa naissance en droit contemporain) peut, en principe, passer valablement tout acte juridique, à condition qu'il n'en résulte aucun dommage pour lui. L'article 1311 du Code civil confirme ce principe et la réception pratique de la règle romaine : « Il n'est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il l'a ratifié en majorité, soit que cet engagement fût nul en sa forme, soit qu'il fût seulement sujet à restitution. »

Cette protection de la capacité d'exercice du mineur peut cependant s'avérer un remède pire que le mal anticipé : comment un majeur pourrait-il encore envisager de traiter avec un mineur de 25 ans si, même en concluant de bonne foi un acte apparemment équilibré, il doit redouter de devoir assumer les hypothétiques conséquences négatives de l'acte pour son cocontractant mineur ? Bref, l'incapacité d'exercice totale du mineur de 14 ans s'installe et se prolonge, dans les faits, jusqu'à l'âge de 25 ans (son tuteur étant sorti de charge lorsque son pupille avait atteint l'âge de la nubilité).

L'hiatus entre la fin de la tutelle et l'âge de 25 ans va être progressivement comblé par l'instauration d'un mécanisme de curatelle, emprunté au régime prévu par la Loi des XII Tables pour les deux autres causes d'incapacité d'exercice (aliénation mentale et prodigalité) : un *sui iuris* majeur est désigné pour assister le mineur dans sa vie juridique et autoriser les actes que ce dernier souhaite passer. Ceux-ci recevront leur plein effet dès lors qu'auront été respectées les formalités d'assistance et d'autorisation. Le régime de tutelle et ensuite de curatelle ne concerne que les actes juridiques. Les faits juridiques licites (mariage *sine manu*, procréation) reçoivent évidemment leurs pleins effets juridiques dès l'âge de la nubilité. En cas de fait juridique illicite commis par un mineur (tel un dommage causé à autrui), c'est l'âge du discernement (du bien et du mal) qui détermine sa responsabilité et donc son obligation éventuelle d'en répondre sur son patrimoine (ou sur le patrimoine de son *paterfamilias* s'il est

encore *alieni iuris*) : c'est la capacité aquilienne, propre à la responsabilité civile extracontractuelle (u. infra).

En droit contemporain, l'âge de la majorité civile est fixé à 18 ans (art. 488 C.c.), sous réserve de quelques exceptions (contrat de travail et possibilité limitée de disposer par voie de testament à partir de 16 ans). L'émancipation contemporaine consiste dans l'attribution, par voie de jugement sur requête, d'une capacité d'exercice limitée avant l'âge de 18 ans et est devenue beaucoup moins fréquente précisément depuis que l'âge de la majorité civile a été abaissé (en 1990) de 21 à 18 ans. La fixation de l'âge de la capacité aquilienne est laissée, cas par cas, à l'appréciation du juge saisi d'une demande d'indemnisation du dommage résultant d'un fait illicite commis par un mineur ;

il ne faut pas être aliéné mentalement. Le seuil romain de cet état d'inaptitude mentale était assez élevé puisque l'incapacité d'exercice ne visait que le *furiosus*, donc l'individu *sui iuris* que son état mental rendait dangereux pour autrui et lui-même : il était pourvu d'un curateur, choisi parmi ses agnats. À des degrés moindres d'aliénation, il convenait de vérifier, au cas par cas, si l'acte avait ou non été passé pendant un intervalle de lucidité. La protection était, sans doute et dans les faits, plutôt préventive : compte tenu du formalisme imposé pour la plupart des actes juridiques (u. infra), il était peu vraisemblable qu'en dehors d'un intervalle de lucidité, un aliéné puisse prononcer valablement les paroles requises ou convoquer les témoins sans qu'aucun de ceux-ci n'ait l'attention attirée par une éventuelle difficulté.

En droit contemporain, l'état habituel d'aliénation mentale correspondait, jusqu'à la loi du 17 mars 2013 entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2014, à l'incapacité d'exercice totale appelée interdiction (art. 489 C.c. ancien) : conformément à son étymologie (les *interdicta* étaient des injonctions négatives du préteur), elle devait résulter d'un jugement pour être durable et entraîner la nullité de droit des actes (même non affectés de lésion) qu'aurait accomplis l'interdit (art. 502 C.c. ancien) après le jugement. L'interdit était frappé d'une incapacité d'exercice totale de poser un acte à caractère personnel ou patrimonial. Pour les actes antérieurs qui n'auraient pas été posés durant un intervalle de lucidité, s'appliquait le même régime que pour les mineurs d'âges (v. art. 503 et 1312 C.c. anciens). Comme ces derniers, l'interdit était pourvu d'un tuteur, qui était son représentant légal. Un état temporaire d'incapacité d'exercice liée à l'état de santé (quelle que soit la pathologie, du moment qu'elle est gravement incapacitante, tel un traumatisme consécutif à un accident de la

circulation) ne donnait lieu qu'à la désignation d'un administrateur provisoire (art. 488bis C.c. ancien). L'administrateur provisoire n'avait qu'une mission d'ordre patrimonial plus ou moins étendue (représentation ou assistance) selon l'état de santé de la personne à protéger et l'ampleur du patrimoine à gérer.

Le Code civil offre désormais un régime de protection unifié appliqué aux aspects tant patrimoniaux que personnels (art. 488/1, al. 1er, C.c.) de la personne majeure en état d'incapacité d'exercice ou mineure de plus de 17 ans vouée à cet état (art. 488/1, al. 2, C.c.). Ce régime s'articule autour de deux mesures qui peuvent se succéder : une protection extrajudiciaire limitée aux actes de représentation relatifs aux biens (art. 489-490 C.c.) ou judiciaire applicable aux actes relatifs à la personne (art. 492/1, § 1er, C.c.) et/ou aux biens (art. 492/2, § 2 et § 3, C.c.) :

« Le majeur qui, en raison de son état de santé, est totalement ou partiellement hors d'état d'assumer lui-même, comme il se doit, sans assistance ou autre mesure de protection, fût-ce temporairement, la gestion de ses intérêts patrimoniaux ou non patrimoniaux, peut être placé sous protection si et dans la mesure où la protection de ses intérêts le nécessite. » (art. 488/1, al. 1er, C.c.).

Ainsi la personne protégée est-elle « une personne majeure qui, par une décision de justice [...] a été déclarée incapable d'accomplir un ou plusieurs actes » (art. 491, a, C.c.).

Dorénavant l'incapacité d'exercice constatée par voie judiciaire consiste en une somme, plus ou moins étendue, d'incapacités spéciales en rapport avec la personne ou ses biens, sur la base d'une énumération d'actes à l'article 492/1 du Code civil : « Dans son ordonnance, le juge de paix se prononce en tout cas expressément sur la capacité de la personne protégée : ... (suit la liste légale des actes relatifs à la personne (§ 1er) ou aux biens (§ 2) qui pourront ou non encore être posés par la personne protégée sans assistance ou représentation). Demeure donc une capacité d'exercice résiduelle de principe (ibid., al. 2).

Le juge de paix désigne un (seul) administrateur de la personne et/ou un ou plusieurs administrateur(s) des biens, chargé(s) d'assister ou de représenter la

personne protégée pour l'accomplissement des actes visés dans l'ordonnance. Car il y a une gradation dans l'intervention du mandataire de justice : « Le juge de paix ne peut ordonner la représentation pour l'accomplissement d'un acte juridique ou d'un acte de procédure que si l'assistance dans l'accomplissement de cet acte ne suffit pas. En l'absence d'indication contraire dans l'ordonnance, la personne protégée est seulement assistée dans l'accomplissement des actes pour lesquels elle a été déclarée incapable. » (art. 492/2, al. 1 et 2, C.c.).

Par assistance, il faut entendre « l'intervention de l'administrateur en vue de parfaire la validité d'un acte posé par la personne protégée elle-même » et, par représentation « l'intervention de l'administrateur au nom et pour le compte de la personne protégée » (art. 494, e) et f), C.c.). Il y a simplement gestion lorsqu'il s'agit d'un acte qui n'est pas visé à l'article 492/1.

La loi prévoit, le cas échéant, l'intervention d'une personne de confiance (art. 494, d), et 501 C.c.) comme intermédiaire entre l'administrateur et la personne protégée dont elle s'efforce de recueillir l'opinion et « qui veille au bon fonctionnement de l'administration » ⁴.

À titre de sanction, les actes accomplis par la personne protégée en violation de son incapacité à l'égard de sa personne (cf. art. 492/1, § 1er, C.c.) sont nuls de droit (art. 493, § 1er, al. 1er), de même que les actes accomplis en violation de son incapacité à l'égard de ses biens (cf. art. 492/1, § 2) s'ils sont expressément visés au § 2, al. 1er, du même article. Les autres actes patrimoniaux sont annulables, le cas échéant, sur la base du régime de lésion applicable aux actes accomplis par des mineurs d'âge (art. 493, § 2, al. 2).

La protection extrajudiciaire consiste en une mesure préventive de l'appréhension d'une incapacité : il s'agit d'un mandat général ou spécial enregistré dans lequel « peuvent figurer un certain nombre de principes que le mandataire doit respecter dans l'exercice de sa mission » (art. 490, al. 3, C.c.). Ainsi toute personne redoutant de se retrouver ultérieurement en situation d'incapacité peut-elle organiser elle-même sa future protection éventuelle par le biais d'un mandat susceptible de perdurer lorsque le mandant n'est plus en état de le révoquer, sous réserve alors de la prudence du mandataire, qui peut demander au juge de paix de valider expressément certains actes, ou « d'une mesure de protection judiciaire qui fait cesser totalement ou partiellement le mandat ou s'y ajoute » (art. 490/1, § 2, C.c.). L'alinéa 3 de l'article 492 précise que « La mesure de protection extrajudiciaire demeure d'application dans la

mesure où elle est compatible avec la mesure de protection judiciaire. Le cas échéant, le juge de paix fixe les conditions auxquelles le mandat peut être poursuivi. »

Il ne faut pas être prodigue : la prodigalité est l'état de celui qui dissipe, habituellement et sans utilité économique, son capital, au risque de compromettre sa subsistance matérielle. En droit romain, une telle situation – qui ne peut se présenter que chez un *paterfamilias*, qui seul dispose d'un patrimoine – met surtout en péril la subsistance de la famille (dont aucun membre sous puissance paternelle n'a la capacité juridique d'intervenir). En l'absence de tout régime d'assistance publique susceptible de suppléer à l'état de besoin où pourraient se retrouver les *alieni iuris* du prodigue, ce dernier se voit pourvu d'un curateur (dès la Loi des XII Tables), sans l'assistance et l'autorisation duquel il ne peut plus poser le moindre acte juridique affectant son patrimoine.

En droit contemporain, avant la loi du 17 mars 2013, le curateur du prodigue était le conseil judiciaire dont l'assistance était requise pour les actes visés à l'article 513 ancien du Code civil. Désormais l'article 488/2 nouveau applique au prodigue le régime de protection des biens prévu dans l'hypothèse d'une incapacité d'exercice pour raison de santé. Pour conclure sur ce point, insistons bien sur le fait que la prodigalité ne concerne que la dissipation du capital : tout individu reste, en revanche, libre de disposer de la totalité de ses revenus (dont le renouvellement est censé être périodique) comme il l'entend.

Quelle était la situation de la femme romaine ? La question ne se pose pas, à défaut de capacité de droit, tant qu'elle est *alieni iuris* (donc sous puissance paternelle ou sous puissance maritale si elle est mariée *cum manu*). Pour la femme *sui iuris*, la situation a changé du tout au tout entre le droit ancien et celui du Bas-Empire.

À l'origine, l'incapacité d'exercice de la femme *sui iuris* paraît bien avoir été complète, sa possibilité de se marier *sine manu* n'étant pas à considérer comme une exception puisqu'il ne s'agit pas d'un acte juridique. Elle n'en était pas moins titulaire de droits patrimoniaux, ne serait-ce qu'en raison de ses droits dans la succession de son *paterfamilias* : elle était dès lors pourvue d'un tuteur⁵ appelé, sa vie durant, sinon à exercer lui-même ses droits, du moins à les autoriser. La nécessité de cette autorisation était même beaucoup plus radicale que pour les incapables d'exercice pour cause de minorité, prodigalité ou

aliénation mentale : ces derniers gardaient la faculté d'accomplir personnellement tous actes rendant meilleure leur situation patrimoniale. Ne restait alors à la femme que le droit d'acquérir ou aliéner seule des *res nec Mancipi* ou biens de moindre valeur, dont la propriété pouvait changer par simple tradition de la main à la main, sans recours aux formalités de la mancipation (u. infra).

Cette incapacité d'exercice était sans doute le corollaire de la domination sociale du citoyen-soldat et a évolué à mesure que le citoyen s'est de moins en moins fait légionnaire. À partir du II^e siècle avant notre ère, s'est installé un décalage croissant et durable entre le droit et les mœurs : à mesure que se multipliaient les mariages *sine manu*, les patrimoines distincts du mari et de son épouse *sui iuris* (nous parlerions actuellement d'un régime matrimonial de séparation de biens) voyaient coexister deux influences quant à la gestion des biens de cette dernière, celle du mari et celle du tuteur. Du nécessaire équilibre entre ces deux influences (même si seul le tuteur, à l'exclusion du mari *sine manu*, pouvait autoriser les actes patrimoniaux de l'épouse) a dû résulter un ascendant croissant de la femme *sui iuris* sur l'attitude de son tuteur. Nombre de Romaines ont accoutumé de décider elles-mêmes des actes qu'elles entendaient voir accomplis, le tuteur n'étant plus appelé qu'à ratifier lesdites décisions.

Au début de l'empire, l'institution de la tutelle paraît désuète et est abrogée en droit dans des situations de plus en plus nombreuses (comme, dès la plus haute antiquité pour les Vestales) : la mère ingénue de trois enfants ou affranchie de quatre en est dispensée à partir d'Auguste ; la tutelle déférée automatiquement à un héritier agnatique est supprimée par l'empereur Claude. Elle n'est plus que de pure forme lorsqu'elle subsiste : la femme a un recours devant le préteur lorsque le tuteur refuse sans motif valable l'acte qu'elle envisage de passer, et surtout de nombreuses possibilités de révoquer son tuteur et d'en changer s'il ne lui convient plus... Au cours du III^e siècle, la tutelle des femmes *sui iuris* majeures disparaît complètement : seule subsiste celle de la femme *sui iuris* de moins de 12 ans, suivie, comme pour les hommes mineurs, d'une curatelle jusqu'à l'âge de 25 ans.

En synthèse, le régime de la capacité d'exercice en droit privé de la Romaine, à partir de l'Empire, est d'une remarquable modernité, non seulement au regard comparatif de l'histoire ancienne, mais même au regard de l'histoire beaucoup plus récente de notre droit : jusqu'à la réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 14 juillet 1976, l'épouse mariée en communauté était soumise à un régime

qui ne manque pas d'évoquer l'antique mariage cum manu, dans la mesure où le mari disposait seul du pouvoir de gestion des biens communs. À la dissolution de la communauté (par décès ou divorce), l'épouse ne pouvait exprimer son opinion de la gestion de son mari qu'en termes d'option laissée à un héritier : accepter ou refuser la communauté à partager...

Section 7

Capacité des personnes morales

En droit contemporain existent nombre d'entités abstraites dotées par les conventions internationales, la Constitution et la loi d'une vie juridique propre et donc de la personnalité ou aptitude à être titulaire de droits et d'obligations. Ce sont, en droit public, les organisations internationales (telle l'ONU, l'OTAN, l'Union européenne, etc.), l'État fédéral et ses entités fédérées (régions et communautés), les provinces, communes et agglomérations de communes, etc., et, en droit privé, les sociétés et associations lorsqu'elles sont dotées de la personnalité morale, ainsi que les fondations. L'un des termes utilisés en anglais pour désigner une société est caractéristique de cette abstraction issue de la seule imagination juridique : le mot *corporation* souligne bien que le droit a conféré un *corpus* à ce qui en est matériellement dépourvu...

En dernier ressort, la capacité d'exercice d'une personne morale n'appartient évidemment qu'à des personnes physiques : celles-ci en constituent l'organe, qui agit au nom et pour le compte de la personne morale qu'il représente ou, mieux encore, incarne (tel le gérant d'une société privée à responsabilité limitée, ou au minimum le représentant permanent d'une société elle-même gérante ou administratrice d'une autre société). À la différence d'une personne physique – qui peut faire tout ce qui n'est pas interdit – la personne morale n'a qu'une personnalité ou capacité de droit limitée : elle n'a de droits et d'obligations que dans le cadre de son objet, c'est-à-dire le but dans lequel elle a été créée : c'est le principe de la spécialité des personnes morales.

Il serait anachronique d'en chercher plus que des prémices en droit romain. Ce que les Romains avaient toutefois très bien observé (et d'autres avant eux d'ailleurs), c'est qu'il existe des collectivités ou universalités de personnes (*universitates personarum*) ou de biens (*universitates rerum*) qui existent plus longtemps que les simples mortels qui les composent et les administrent : ainsi les remparts d'une cité protègent-ils ses habitants présents et à venir, sous le pouvoir de rois ou autres magistrats qui se succèdent.

Sans avoir élaboré notre notion abstraite d'État, les magistrats romains s'exprimaient sous l'enseigne SPQR : *Senatus Populusque Romanus*, le Sénat et le peuple romains qui, à la différence des individus qui les composaient, traversaient allègrement les siècles. Il en allait ainsi également des municipalités et de collèges sacerdotaux affectés, par-delà le renouvellement de leurs membres, à l'entretien d'un culte. Ces entités durables – sinon abstraites dans la pensée juridique de l'époque – exerçaient des droits à l'intervention des magistrats détenteurs provisoires des pouvoirs et devoirs de la collectivité. Ainsi les impôts étaient-ils collectés par les questeurs en faveur de l'*aerarium* et du *fiscus principis* qui assumaient, à l'intervention des magistrats supérieurs, les charges publiques ; ainsi un simple particulier pouvait-il s'engager, si une divinité exauçait l'un de ses vœux, à lui faire un sacrifice en son temple (dette que ne manquerait pas de lui rappeler un prêtre affecté au culte...) ou à faire une libéralité en faveur d'une ville par l'organisation de jeux ou l'édification d'un bâtiment public (u. infra : engagement par déclaration unilatérale de volonté).

De même a-t-il existé des fondations pieuses (*piae causae*) recevant des libéralités affectées à des œuvres de bienfaisance. Ces entités voyaient donc leur existence démontrée par l'activité de leurs membres renouvelés dans la durée. Si l'on songe toutefois au fait qu'une société ne désignait que le contrat réunissant les associés dans un but commun de lucre sans disposer d'une personnalité distincte de celle de chacun d'eux, on aperçoit assez rapidement les limites de la notion de personnalité morale en droit privé romain pour ne pas y insister davantage.

Section 8

Les droits subjectifs

1.TROIS CLASSIFICATIONS AU SEIN DES DROITS SUBJECTIFS CIVILS

A.Selon la nature du droit

Les droits réels ou iura in re (u. infra).

Les droits de créance ou iura in persona (u. infra).

Les droits attachés à la personnalité : droit à la vie, à la liberté, à l'honneur...) : à Rome, de tels droits sont l'apanage des individus jouissant de la citoyenneté, tels les droits découlant de l'organisation de la famille : droit à la puissance paternelle des Romains – patria potestas – devenu actuellement le droit à l'autorité parentale, art. 372 C.c., etc.).

B.Selon le critère de l'opposabilité aux tiers

Les droits absolus, par leur nature, sont opposables par leurs titulaires à tous les autres sujets de droit et s'imposent au respect de tous.

Absolu ne signifie pas illimité : en matière de droits subjectifs, il faut entendre « absolu » littéralement comme « détaché de toute intervention ou interférence d'un tiers » (N.B. : songeons à la notion d'ablatif absolu, cas qui régit en latin notamment le sujet et le verbe d'une proposition participe, telle « le chat parti, les souris dansent : la proposition participe est détachée de la proposition principale). Summum ius, summa iniuria (proverbe évoqué par Cicéron) : droit exercé à l'extrême, injustice extrême. Tous les droits connaissent des limites, même le droit de propriété, qui est, en principe, le plus étendu qui soit. Le titulaire d'un droit subjectif est, en principe, libre de l'exercer comme il l'entend. Mais la théorie de l'abus de droit limite cet exercice. La jurisprudence a considéré que, dans certaines hypothèses, il y avait abus du droit dont on est titulaire. Ainsi :

lorsqu'on exerce son droit uniquement dans le dessein de nuire à autrui ;

lorsqu'entre plusieurs manières d'exercer son droit, avec la même utilité pour soi, on choisit précisément la manière qui nuit à autrui ;

lorsqu'il y a disproportion entre le profit que l'on retire de l'utilisation de son droit et le dommage causé à autrui par l'utilisation de ce droit.

Les droits subjectifs civils considérés comme absolus sont les droits réels et les droits attachés à la personnalité.

Les droits absolus sont tous munis d'un droit de suite : le droit de suite, prérogative attachée à un droit subjectif (ce n'est donc pas un droit subjectif autonome) est le droit de « suivre » (i.e. « faire valoir ») la chose ou le droit, e.g. :

le droit absolu de propriété (droit réel) : si le propriétaire est dépossédé de son

bien, le droit de suite se manifestera par une revendication de la chose, qui aboutira à la reprise de l'objet, du bien qui lui appartient. La reprise de l'objet est, en principe, définitive,

le droit absolu d'hypothèque (droit réel) : droit qui s'exerce à distance, par simple affectation d'un immeuble à la garantie de la bonne exécution d'une obligation. Supposons un immeuble hypothéqué. Celui-ci, dont le débiteur hypothécaire est propriétaire, est vendu alors que la dette n'est pas encore totalement payée. L'hypothèque suivra l'immeuble dans quelques mains qu'il passe, de telle sorte que le titulaire du droit d'hypothèque, à savoir le créancier hypothécaire, pourra faire valoir son droit, s'il échet, à l'égard du nouveau propriétaire,

le droit absolu de gage : « Le gage suit les biens grevés dans quelques mains qu'ils passent. » (art. 24, al. 1er, du Titre XVII du Code civil).

Certains des droits absolus disposent, en outre, d'un second attribut, le droit de préférence. Ces droits absolus sont les deux droits réels de garantie, le gage et l'hypothèque, qui constituent également des sûretés spéciales réelles (u. infra). Le droit de préférence permet à son titulaire qui se trouve dans une situation de concours, donc de compétition avec d'autres créanciers, d'être préféré à ces derniers, par conséquent d'être payé avant eux sur le prix de réalisation du bien gagé ou hypothéqué.

Les droits relatifs

Au contraire des droits absolus, les droits relatifs n'ont, en principe, d'existence qu'entre le créancier et son débiteur, et ne sont pas opposables aux autres sujets de droit. Parmi les droits subjectifs civils, seuls les droits de créance sont des droits relatifs. Par eux-mêmes, ils sont démunis du droit de suite : le créancier ne peut exercer son droit qu'envers son débiteur, par voie d'action personnelle. Ainsi le bailleur ne peut-il exiger le paiement du loyer qu'à charge du preneur ou locataire du bien, et le locataire ne peut-il donc, en principe, rien exiger d'un tiers, tel le nouvel acquéreur de l'immeuble. Ce tiers peut, en conséquence, expulser le locataire, sauf précaution prise antérieurement par ce dernier, qui aurait stipulé du bailleur le respect du bail en cas d'aliénation du bien. Par eux-mêmes, les droits relatifs sont démunis du droit de préférence. Il convient néanmoins de noter que, dans la mesure où le créancier s'est fait remettre un gage ou a exigé une hypothèque pour garantir son droit de créance, ces sûretés

réelles seront opposables à tous et, de ce fait, le droit de créance, par lui-même inopposable aux tiers, pourra leur être opposé, sans préjudice au droit du créancier de faire saisir tout ou partie des biens du débiteur, si celui-ci ne paie pas. Ce droit de faire saisir est le corollaire de la sûreté générale (u. infra).

C.Droits patrimoniaux ou extra-patrimoniaux

Les droits patrimoniaux sont directement appréciables en argent et, en principe, cessibles, i.e. transmissibles d'une personne à une autre, à titre gratuit ou à titre onéreux, entre vifs ou à cause de mort. Il s'agit des droits réels et des droits de créance.

Les droits extra-patrimoniaux ne sont pas directement appréciables en argent, et sont, en principe, incessibles. Ainsi le droit à l'honneur n'a-t-il pas de prix, mais la victime d'une atteinte à ce droit a droit à la réparation du dommage apprécié en argent (paiement de dommages-(et) intérêts, savoir réparation du dommage par équivalent). Le droit à l'autorité parentale est cessible en cas d'adoption, sous réserve des règles d'ordre public en matière d'état des personnes (cf. la sanction de l'emancipatio à l'issue de la troisième mancipation d'un fils ou dès la première mancipation d'un petit-fils ou d'une fille). Les droits attachés à la personnalité sont des droits extra-patrimoniaux.

2.LA TITULARISATION DES DROITS SUBJECTIFS

A. Le rapport entre le droit objectif et les droits subjectifs

Les droits subjectifs sont reconnus par le droit objectif aux personnes dans la mesure où ils sont susceptibles d'être mis en œuvre par voie d'action judiciaire : *Actio nihil aliud est quam ius persecuendi iudicio quod sibi debetur* ⁶ ou « l'action n'est rien d'autre que le droit de poursuivre par voie judiciaire ce qui nous est dû. » Ainsi ne peut-il exister d'autres droits subjectifs que ceux pour lesquels le préteur est disposé à délivrer une formule permettant de déférer une cause à un juge. C'était déjà le cas au temps des actions de la loi et le restera, après la disparition de la procédure formulaire, dans la mesure où les constitutions impériales constitueront la seule source de création de normes juridiques. Comme ensemble de normes, le droit objectif peut être considéré comme un catalogue abstrait qui constitue le cadre de tous les droits subjectifs.

Certains de ces droits subjectifs sont reconnus d'office aux personnes, tels les droits attachés à la situation au sein de la familia. Une autre partie de ces droits subjectifs n'est pas reconnue d'office aux sujets de droit, mais ceux-ci ont la possibilité d'en devenir titulaires par l'effet d'un acte juridique ou d'un fait juridique.

B.L'acte juridique et le fait juridique

Un acte juridique est un acte licite, émanant des personnes, accompli volontairement et intentionnellement dans le but de produire des effets juridiques (créer, modifier, transmettre ou éteindre des droits subjectifs). La volonté vise le comportement matériel (se rendre chez le prêteur ou convoquer cinq témoins et un porte-balance pour passer l'acte juridique). L'intention vise le comportement intellectuel (cet acte créera ou transmettra tel droit).

Un fait juridique est un fait, soit licite soit illicite, qui émane soit des individus soit de la nature, accompli au maximum volontairement et produisant au moins un effet juridique.

Le fait juridique, comme l'acte juridique, entraîne toujours au moins un effet juridique. Les actes juridiques émanent toujours des individus ; les faits juridiques émanent soit de la nature soit des individus. Les actes juridiques impliquent toujours la volonté et l'intention, tandis que les faits juridiques n'impliquent au maximum que la volonté.

Exemples d'actes juridiques :

le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes en vue de produire des effets juridiques. ;

le testament est la déclaration devant témoins (à l'origine les comices curiates), d'où le mot testamentum, de testari : témoigner, à la voix moyenne eu égard à l'intérêt pris par l'auteur de l'acte à la conservation de la mémoire de sa déclaration, ou l'écrit (scellé et déposé aux archives du temple de Vesta ⁷) contenant l'expression des dernières volontés de son auteur, le testateur ;

le paiement (l'un des modes directs d'extinction des obligations) est l'exécution volontaire de ses obligations par le débiteur. Effectuer un paiement, c'est éteindre une obligation, et toute exécution volontaire de ses obligations par un débiteur est un paiement au sens large du mot ;

le mariage en droit contemporain (à ne pas confondre avec le contrat de mariage, antérieur à la célébration du mariage et qui régit le sort des biens des futurs époux). Même si le consentement des époux est évidemment un préalable légalement requis, c'est une institution plutôt qu'un contrat, en raison des obligations qui en découlent en vertu du régime primaire (art. 212 à 224 du Code civil : devoirs de cohabitation, de fidélité, de secours et d'assistance, devoirs qui ne ressortissent pas à l'autonomie de la volonté des conjoints et ne sont donc pas négociables). ;

la conventio in manum, dont résultent l'entrée de l'épouse dans la famille agnatique du mari ou du pater familias de celui-ci et l'étendue de la puissance maritale sur la personne et les biens de l'épouse ;

la mancipatio ou mancipation, seul acte juridique mentionné dans la Loi des XII Tables – hormis l'in iure cessio, qui consiste dans la cession d'un droit par acquiescement du défendeur devant le tribunal – et qui permet de transmettre le pouvoir d'un pater familias sur une personne ou une chose, en présence d'un porte-balance (libripens) et de cinq témoins au moins. Il s'agit d'une imaginaria venditio, expression à traduire par vente « symbolique » plutôt qu'« imaginaire » : le petit lingot de bronze déposé sur l'un des plateaux de la balance est le prix fictif de la cession, faite avec ou sans autre contrepartie réelle. La mancipation s'appelle nexum si elle a pour objet de faire naître une obligation, ou équivalait au testament per aes et libram (par l'airain et la balance) si elle a pour objet l'organisation de la dévolution des biens pour cause de mort.

Exemples de faits juridiques :

le mariage en droit romain, s'il n'est pas suivi d'une conventio in manum : les effets juridiques visent le devoir de fidélité et, comme conséquence de ce dernier, la reconnaissance des enfants comme siens par le mari et donc leur qualité de parents agnatiques et de citoyens romains, outre les droits patrimoniaux dans la succession de leur père ;

l'aliénation mentale émane de la nature et provoque des effets juridiques, sans volonté ni intention, telle l'incapacité d'exercice (u. supra) ;

l'écoulement du temps émane de la nature et provoque e.g. le passage du mineur (incapable) dans la catégorie des majeurs (capables). L'écoulement du temps a également un autre effet juridique possible : le mécanisme de prescription. Il

s'agira tantôt d'un mécanisme de prescription acquisitive, tantôt de prescription extinctive. La prescription acquisitive va faire acquérir un droit et l'action qui le sanctionne après un certain temps, et moyennant certaines conditions. Grâce à cette prescription, celui qui, au départ, n'était pas titulaire d'un droit le devient. La prescription extinctive va éteindre, selon les cas, soit simplement une action (ainsi les actions prétorienne à l'issue d'une année ; perte de la possibilité de mettre en œuvre son droit en justice, donc de la protection judiciaire du droit), soit un droit et une action ;

la faute au sens étroit (culpa) est définie comme étant l'acte ou l'abstention involontairement dommageable. Au sein de la culpa, distinguons :

la faute lourde (culpa lata) : il s'agit d'un comportement dénué de bon sens : rouler, même à vitesse modérée, par temps de verglas annoncé ; accepter un chèque d'un inconnu sans le minimum de garanties, lorsqu'on est un professionnel du domaine bancaire,

la faute légère (culpa levis),

la culpa levis in concreto (dans le concret), appréciée de manière concrète, par rapport à l'attitude même de la personne à qui une faute est imputée (il faut examiner le comportement habituel de cette personne et le comparer à celui qu'elle a eu avec les biens d'autrui : si le comportement est identique, il n'y a pas faute ; s'il est différent, il y a faute). Le droit positif, de façon générale, ne retient pas ce critère de faute concrète : il ne le fait que dans certains cas rares, e.g. pour l'appréciation de la responsabilité du dépositaire ordinaire à titre gratuit qui ne s'est pas proposé pour la garde du bien,

la culpa levis in abstracto (dans l'abstrait) s'apprécie par rapport au critère abstrait du bon père de famille (le bon père de famille, ou bonus vir, est une personne normalement sérieuse, raisonnable, soucieuse de ne causer aucun préjudice),

la faute la plus légère (culpa levissima) : il s'agit du plus petit acte ou de la plus petite abstention involontairement dommageable.

1. L'aspect « cumulatif » est une facilité pédagogique à vrai dire anachronique : un juriste romain considérerait qu'un individu n'était pas habilité à poser un acte de droit civil s'il lui manquait une seule des qualités requises.

2. Cf. Agrippa Postumus, dernier enfant de Marcus Vipsanius Agrippa et de Julie, fille d'Auguste.

3. Disposition identique en faveur des personnes protégées pour incapacité en raison de leur état de santé à l'article 493, § 3, al. 2, du Code civil.

4. Selon un schéma qui évoque le trust protector en Common law.

5. De l'adjectif tutus, a, um, qui signifie « sûr ».

6. Celsus, Dig., 44, 7, 51.

7. Aujourd'hui le Registre central des testaments.

PARTIE II

LES BIENS

SECTION 1 NOTION

SECTION 2 LE PATRIMOINE

SECTION 3 CLASSIFICATIONS DES BIENS

Section 1

Notion

1.LES BIENS AU SENS LARGE

Les biens au sens large (lato sensu, s.l.) sont toutes les valeurs économiques, pécuniaires, appartenant ou susceptibles d'appartenir à l'actif du patrimoine d'une personne physique ou morale.

Ces valeurs pécuniaires sont tangibles ou intangibles. Il s'agit donc de res in patrimonio

■

(les biens tangibles) ou de droits patrimoniaux

■

(les biens intangibles). Les res in patrimonio

■

sont des biens appropriés (biens stricto sensu) ou appropriables (res nullius ou choses sans maître).

Toutes les choses (res) et tous les droits (iura) ne font pas partie des biens s.l.
Ainsi :

les res extra patrimonium

■

ou ensemble des choses également tangibles, mais qui, par leur nature, leur affectation ou, en droit romain, la qualité de leur titulaire (puissance publique), ne peuvent pas faire partie du patrimoine d'une personne privée, du moins en totalité. Essentiellement deux catégories :

les res communes (choses communes) sont extra-patrimoniales, d'une part, en raison de leur nature ou de leur abondance et, d'autre part, en raison de la nécessité que tous puissent en disposer librement. Leur usage peut cependant être réglementé (art. 714 C.c.). Exemples : air, lumière, eau courante des fleuves et rivières... Les choses communes ne sont pas susceptibles d'appropriation

exclusive, mais l'appropriation d'une certaine quantité d'entre elles est concevable.

les res publicae (choses publiques) du droit romain sont extra-patrimoniales pour des raisons d'ordre public, d'intérêt général. Exemples : voies publiques, ports, canaux... À l'heure actuelle, les choses publiques sont des biens appartenant en principe à l'autorité publique (domaine public : art. 538, 540 et 541 du Code civil).

les droits extra-patrimoniaux

■

ne font pas partie des biens s.l. : ce sont les droits attachés à la personnalité.

2.LES BIENS AU SENS ÉTROIT

Les biens stricto sensu sont les biens corporels appropriés, i.e. les biens tangibles qui font l'objet d'un droit de propriété.

Section 2

Le patrimoine

1.NOTION

Si le mot *matrimonium* désigne le mariage et le statut de la femme mariée – appelée *mater familias*, n’eût-elle pas d’enfant – le mot *patrimonium* se réfère au statut du *pater familias*, citoyen *sui iuris* – appelé ainsi même s’il n’est pas marié et n’a pas d’enfant – et à son pouvoir, à l’origine indifférencié, sur les êtres et les biens composant sa *familia*.

Au décès du *pater familias*, seule la part matérielle de ce pouvoir – sur ses biens ou *bona* – peut être transmise à ses successeurs ou héritiers. La distinction théorique entre le pouvoir sur les êtres et les choses s’accroît lorsque, à partir de la *lex Poetelia Papiria* de 326 a.C., l’exécution forcée des obligations sur la personne même du débiteur insolvable est abolie (u. infra) : seuls les biens corporels peuvent encore faire l’objet d’une vente forcée au profit des créanciers. Il faut attendre le III^e siècle de notre ère pour voir les droits de créance qualifiés de *res incorporales* ou biens incorporels, inclus dès lors dans le patrimoine. Ce dernier n’en demeure pas moins, jusqu’à la fin de l’évolution, restreint au versant actif de l’avoir du *pater familias*, déduction faite de ses dettes : le patrimoine romain s’entend donc d’un actif net.

Un rescrit de l’empereur Antonin le Pieux (qui a régné de 138 à 161 p.C.) confirme cette notion d’actif net tout en évoquant implicitement le lien qui unit nécessairement les versants actif et passif de l’avoir : le débiteur d’une libéralité ne peut être condamné à l’exécution de celle-ci qu’à hauteur de ce qui lui reste de biens. Les postglossateurs au moyen-âge en déduiront un adage qui mène à la notion moderne de patrimoine : *nemo liberalis nisi liberatus*. Une personne endettée ne peut envisager de libéralité qu’après s’être acquittée de ses dettes...

En droit contemporain, on entend par patrimoine l’ensemble, d’une part, des biens, i.e. des choses et des droits appréciables en argent, et d’autre part, des obligations appréciables en argent et des charges dont une personne physique ou morale est titulaire. Le patrimoine a pour sujet actif et passif une même personne.

Il n'y a par définition qu'un patrimoine par personne et toute personne a un patrimoine. Le contenu de ce patrimoine est susceptible de fluctuer, au gré des biens que la personne acquiert ou des obligations dont elle devient débitrice. Les biens forment l'actif du patrimoine. Les obligations forment, quant à elles, le passif du patrimoine.

La comptabilité régit la représentation systématique d'un patrimoine, dont chaque élément, actif ou passif, est valorisé dans l'unité monétaire en vigueur. Le bilan est la représentation instantanée – comme une photographie – du patrimoine, dont chaque variation est enregistrée par voie des écritures comptables. À intervalles réguliers – au minimum une fois l'an – les comptes sont arrêtés et leur solde, selon qu'il est débiteur ou créditeur, inscrit à l'actif ou au passif du bilan. La notion romaine du patrimoine – restreinte au seul actif net – peut expliquer le caractère sommaire ¹ de la comptabilité à l'époque, tandis que l'inclusion ultérieure du versant passif au patrimoine a été de pair avec la mise au point, dans les cités commerçantes médiévales, de la comptabilité dite « en partie double ».

2. INTÉRÊT DE LA NOTION DE PATRIMOINE

L'actif du patrimoine d'une personne constitue de plein droit (donc automatiquement) une garantie de la bonne exécution de ses obligations, de son passif, soit des dettes ou charges qui grèvent ce patrimoine, comme le prévoit l'article 7 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 :

« Quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir ses engagements sur tous ses biens mobiliers ou immobiliers, présents et à venir. »

Ainsi, dès qu'une personne est tenue d'une obligation envers une autre personne, elle répond de plein droit de la bonne exécution de son obligation sur l'ensemble de ses biens, sur l'actif de son patrimoine. Dès lors, si la personne tenue d'une obligation, le débiteur, n'exécute pas volontairement cette obligation, la personne envers laquelle elle est tenue, le créancier, pourra se faire payer, après avoir suivi la procédure exigée, en prélevant de l'actif une quantité suffisante de biens, conformément à la règle générale de l'article 8 de la loi hypothécaire :

« Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. »

L'expression « gage commun » n'est toutefois, au mieux, qu'une image, au pire une erreur de terminologie : en réalité, l'actif du patrimoine en tant que garantie du passif est appelé la sûreté générale. Le gage n'est qu'une variété de sûreté

réelle spéciale qui, comme telle, ne peut jamais être qualifiée de « commune ».

La sûreté générale ne peut être confondue avec les sûretés spéciales. Si les sûretés spéciales sont également des garanties offertes à un créancier pour l'exécution de ses obligations par le débiteur, elles se distinguent cependant de la sûreté générale, au moins à trois points de vue :

Sûreté générale	Sûretés spéciales
acquise toujours de plein droit	acquises parfois de plein droit, mais le plus souvent
porte sur tout l'actif	portent sur une partie de l'actif, ou sur une
acquise à tous les créanciers	acquises à un créancier précis

Section 3

Classifications des biens

1.CLASSIFICATION FONDAMENTALE EN DROIT ROMAIN : BIENS CORPORELS ET BIENS INCORPORELS

A. Notion

1) Les biens corporels peuvent être touchés, appréciés par les sens (quae tangi possunt), ont un corpus, une présence physique : ils sont tangibles.

Parmi les biens corporels, il faut distinguer :

les biens corporels

-

appropriés

-

font l'objet d'un droit de propriété : il s'agit des biens stricto sensu ;

les biens corporels

-

non appropriés, mais appropriables

-

sont les biens susceptibles de devenir des biens s.s. : les res nullius s.l. ou choses sans maître. Il s'agit de biens qui ne sont actuellement encore appropriés par personne.

2) Les biens incorporels ne peuvent pas être touchés (quae tangi non possunt), n'ont pas de corpus et sont donc intangibles. Les biens incorporels sont des droits ou iura. Parmi ces iura, on distingue :

les droits réels ou iura in re

-

portent directement et nécessairement sur une chose et permettent de retirer de cette chose tout ou partie de l'utilité qu'elle comporte.

Le droit de propriété, en tant que tel, est actuellement considéré comme un bien incorporel, mais, en droit romain, était assimilé à la chose sur laquelle il porte et dès lors considéré comme un bien s.s. : le droit romain n'utilisait guère le mot *proprietas*, mais plutôt l'expression *ius in re sua*, de sorte qu'un Romain aurait dit « mon bien » ou « le droit sur une chose mienne », plutôt que « ma propriété de telle chose ».

les droits de créance ou *iura in persona*

■

portent directement et nécessairement sur une personne et permettent d'exiger de celle-ci qu'elle remplisse les obligations corrélatives à ces droits de créance. À tout droit de créance dans le chef d'un créancier correspond une obligation corrélatrice dans le chef d'un débiteur. Un *ius in persona* a donc toujours un côté actif (ou positif), qui est le droit de créance, et un côté passif (ou négatif), qui est l'obligation ou dette. Étant donné que nous nous attachons à la description de l'actif du patrimoine, nous employons dès lors l'expression « droit de créance », tout en ne perdant pas de vue qu'une obligation en est forcément le corollaire.

B.Intérêt pratique de la distinction

L'intérêt pratique de cette classification apparaît dans la notion de possession, que nous examinerons infra. La possession au sens strict requiert deux éléments (le corpus et l'animus) et ne peut dès lors s'appliquer comme telle qu'aux biens tangibles. La possession a cependant été étendue progressivement aux droits, plus particulièrement aux iura in re aliena. Il ne s'agit plus alors d'une possession s.s. mais d'une quasi-possession ou d'une possessio iuris.

2.DEUXIÈME CLASSIFICATION : BIENS APPROPRIÉS/BIENS NON APPROPRIÉS, MAIS APPROPRIABLES

A. Notion

Cette classification, à l'instar des deux suivantes, ne concerne que les biens corporels, dès lors que le droit de propriété est confondu avec la chose sur laquelle il porte.

1) Les choses appropriées sont les biens qui font l'objet d'un droit de propriété et, de ce fait, font partie du patrimoine d'une personne (le propriétaire).

2) Les choses non appropriées, mais appropriables sont les *res nullius*.l., i.e. les choses qui n'ont pas de propriétaire actuellement, mais sont susceptibles d'en avoir un ultérieurement. Les Romains distinguaient trois catégories de *res nullius* s.l. ; seules les deux premières existent encore en droit positif :

les *res nullius*

-

s.s.

-

sont des biens appropriables, mais qui n'ont jamais été appropriés. Exemples :

les perles que l'on trouve dans les huîtres sauvages,

le poisson vivant dans la mer ou dans les eaux courantes,

les animaux sauvages, le gibier à l'état sauvage,

les pierres précieuses brutes ; les minerais, tant qu'ils ne sont pas extraits par le propriétaire du terrain qui les surplombe ;

les *res derelictae*

-

sont des biens abandonnés librement et volontairement par leur propriétaire.

Exemple : tout ce qu'on trouve dans les poubelles et qui y a été volontairement jeté par le propriétaire (mais non ce qui s'y trouve par accident, par malveillance d'un tiers), un journal abandonné dans un train après lecture... ;

les res hostiles

■

étaient toutes les choses meubles ou immeubles ravies aux ennemis de Rome par des particuliers, citoyens romains. Il est à peine besoin de préciser que ces derniers n'étaient pas pour autant autorisés à effectuer des razzias privées au-delà des frontières, au risque de déclencher une guerre ou de violer une trêve !

En réalité, la notion de res hostilis est un corollaire de la notion romaine du droit civil, entendu comme droit d'un citoyen

■

: seul le droit de propriété – et donc la chose qui constituait le corpus de ce droit d'un Romain – était protégé comme tel. Aussi le bien possédé (simple situation de fait) par un étranger ne pouvait-il comme tel faire l'objet d'un droit de propriété au regard du droit romain. Cela même ne signifie pas que tout bien possédé par un étranger sur le territoire romain demeurait dans une permanente précarité : au contraire, une telle possession était protégée en tant que propriété pérégrine, ne serait-ce que pour d'évidentes raisons de cohabitation pacifique au sein de la cité. Cette situation ne se modifiait que dans l'hypothèse d'une déclaration de guerre : dans cette hypothèse seule, le pérégrin ressortissant d'un peuple ennemi de Rome ne pouvait plus espérer la protection de sa possession par un juge romain, et tout citoyen romain pouvait alors s'emparer de ses biens comme de res nullius, donc de choses non actuellement appropriées au regard du droit romain.

Remarque : ce qui était ravi par des soldats romains en campagne n'était pas considéré comme des res nullius, mais comme du butin recueilli par l'État qui, en fin de compte, le redistribuait, pour la partie du moins qu'il ne vendait pas au profit du trésor public (aerarium).

Les res nullius ne doivent pas être confondues avec les catégories de biens ou choses suivantes :

1) Les choses abandonnées volontairement, mais pas librement par leur propriétaire restent la propriété de ce dernier, qui les a abandonnées volontairement sans doute, mais pas librement puisque forcé par les circonstances. Ainsi :

les épavess.s., i.e. les choses et cargaisons jetées à la mer lors d'un naufrage, pour le salut d'un navire en détresse, ou qui surnagent après le naufrage de l'embarcation qui les transportait. Ce sont des choses perdues, qui, en droit belge contemporain, sont acquises à l'État si leur propriétaire ne les a pas revendiquées dans le délai d'un an (« et un jour » dit-on, parce qu'il faut compter dans le délai tant le jour où l'épave est recueillie – dies a quo – que le dernier jour de l'année révolue – dies ad quem ; v. l'édit de Charles-Quint du 10 décembre 1547, qui a longtemps été la plus ancienne disposition législative de droit positif, mais a été abrogé et remplacé par la loi du 9 avril 2007 relative à la découverte et à la protection d'épaves) ;

les meubles retirés d'une maison en feu et déposés sur le trottoir ;

la maison abandonnée en période de guerre.

2) Les choses abandonnées involontairement par leur propriétaire sont les choses perdues ou égarées, qui constituent les épaves au sens large, visées à l'article 717, al. 2, du Code civil. La loi du 30 décembre 1975 règle le sort des biens trouvés en dehors des propriétés privées ou mis sur la voie publique en exécution de jugements d'expulsion : ils restent appropriés. Un objet trouvé doit être remis sans délai par son inventeur (littéralement « celui qui le découvre ») à l'administration communale au Registre des objets trouvés, obligation sanctionnée pénalement (art. 508 du Code pénal). Ces objets restent à la disposition de leur propriétaire pendant six mois et, à défaut de revendication, sont attribués à la Commune. Les objets trouvés dans une propriété privée appartiennent à l'inventeur, sous réserve du droit de revendication de leur propriétaire pendant trente ans, sauf acquisition de bonne foi par un tiers (délai réduit à trois ans : u. infra).

3) Les choses abandonnées volontairement et librement par quelqu'un d'autre que leur propriétaire, par définition, restent la propriété de leur propriétaire.

Exemple : les objets volés que, dans sa fuite, le voleur abandonne.

4) Les meubles ou immeubles qui font partie d'une succession en déshérence.

Une succession en déshérence est une succession caractérisée par l'absence totale de successeurs (deest heres : « l'héritier manque »).

La succession en déshérence est acquise de plein droit à l'État si elle comporte un actif net (art. 768 C.c.). Si elle est déficitaire, il s'agit d'une succession vacante (art. 811 C.c.) qui appartient au domaine public (art. 539 C.c.) : l'État n'accepte évidemment pas de prendre en charge le passif net du défunt vis-à-vis de ses créanciers, mais un curateur à succession vacante est désigné par le tribunal de première instance et chargé de répartir l'actif entre les créanciers (art. 813 C.c.).

5) Les animaux domestiques, même en fuite, restent appropriés, mais, en droit romain, à condition qu'ils aient conservé un « esprit de retour ».

6) Les trésors

Un trésor est une chose mobilière enfouie, cachée dans un meuble ou un immeuble, et sur laquelle plus personne ne peut justifier sa propriété. Il ne s'agit donc ni d'une res nullius s.s. puisque le trésor a été approprié, ni d'une res derelicta puisque le trésor n'a pas été abandonné par son propriétaire. U. infra, parmi les modes originaires d'acquisition de la propriété : l'invention.

B.Intérêt pratique de la distinction

L'intérêt pratique de cette distinction est à chercher dans la notion de vol. Le vol étant, par définition, la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui, seules les choses appropriées peuvent en faire l'objet. S'il s'agit d'une res nullius, quiconque en prend possession matériellement et effectivement en devient ipso facto propriétaire par le mécanisme de l'occupation (occupatio). L'occupation est le mode d'acquisition de la propriété propre aux res nullius s.l., et ne requiert qu'une seule condition : la prise effective de possession. Celle-ci rend le possesseur immédiatement propriétaire. Le bénéficiaire de l'occupation est appelé l'occupant. La situation de droit (la propriété) découle ainsi directement et exclusivement d'une situation de fait (la possession). V. infra, parmi les modes originaux d'acquisition de la propriété : l'occupation.

3.TROISIÈME CLASSIFICATION : BIENS CONSOMPTIBLES ET BIENS NON CONSOMPTIBLES

A. Notion

Cette classification ne concerne que les biens corporels.

1) Les choses consommables disparaissent après leur premier usage (*res quae primo usu consumuntur*). Exemples :

les denrées alimentaires que la consommation matérielle fait irrémédiablement disparaître et conduit ainsi à une extinction absolue du droit de propriété portant sur ces choses ;

l'argent, dont la consommation juridique se traduit par la transmission, qui ne mène qu'à une extinction relative du droit de propriété (celui-ci subsiste, mais dans le chef d'autrui) ;

sans doute convient-il de comprendre également dans cette catégorie les choses qui s'usent naturellement par leur usage même (*res quae ipso usu consumuntur*) : vêtements, animaux d'élevage, produits d'une pépinière...

2) Les choses non consommables résistent à l'usage.

B.Intérêt pratique de la distinction

Cette classification qui, à l'origine, présentait un intérêt dans le contexte de certains mécanismes (prêt de consommation : art. 1874 et 1892 C.c. ; dépôt : art. 1930 C.c. ; usufruit : art. 587 C.c.) a été très vite supplantée par la classification suivante : il est apparu en effet qu'elle ne se suffisait pas à elle-même puisqu'il existe des biens manifestement consommables (e.g. une bouteille de vin) qui ne peuvent cependant pas, sinon très difficilement, être remplacés par un autre bien similaire (e.g. une bouteille de vin de tel cru datant de 1800).

4. QUATRIÈME CLASSIFICATION : BIENS LIBREMENT INTERCHANGEABLES ET BIENS NON LIBREMENT INTERCHANGEABLES

A. Notion

Cette classification ne concerne que les biens corporels.

1) Les choses librement interchangeables ou choses de genre (genera s.l.) sont certes des biens et sont donc appréciables en argent, mais, considérées isolément, n'ont pas de valeur propre, particulière, et peuvent être remplacées par d'autres choses semblables. Parmi ces choses, on distingue encore :

les choses fongibles (fungi, faire fonction de) sont les choses librement interchangeables par nature. Les Romains les appréciaient au poids, au nombre ou à la mesure (res quae pondere, numero, mensurave constant) ;

les choses librement interchangeables par convention expresse ou tacite sont initialement non fongibles, mais, par accord de volontés, seront considérées comme des choses librement interchangeables. Ce faisant, on les généralise, on en fait des genera s.s.

Les genera s.l. se caractérisent par le fait qu'on ne les identifie qu'à deux égards :

quant à leur nature : quid ? de quoi s'agit-il ?

quant à leur quantité : quantum ? combien y en a-t-il ?

2) Les choses non librement interchangeables ou choses certaines (speciess.l.) ont en elles-mêmes une valeur particulière, propre, unique, ne peuvent être remplacées par d'autres choses semblables. Parmi ces choses, on distingue également :

les choses non fongibles sont non librement interchangeables par nature. Elles ne sont pas fabriquées ou produites en série, mais à l'unité ;

les choses non librement interchangeables par convention expresse ou tacite sont initialement fongibles, mais, par accord de volontés, seront considérées

comme non librement interchangeables. Ce faisant, on les spécifie, on en fait des species s.s., des choses certaines ou res certae.

Les species s.l. sont identifiées, déterminées à trois égards :

quant à leur nature ;

quant à leur quantité ;

quant à leur identité ou qualité : quale ? de quoi s'agit-il en particulier ?

Remarques :

– par commodité de langage, nous utiliserons plutôt les termes genera ou species ;

– la coïncidence entre la classification précédente et la classification genera/species est importante, mais n'est pas parfaite. Ainsi une très ancienne bouteille de vin est-elle sans nul doute une chose consommable (le vin), mais elle n'en est pas pour autant un genus (le cru de ce millésime est peut-être devenu introuvable).

B.Intérêts pratiques de la distinction

Les intérêts pratiques de cette distinction sont nombreux. En voici les principaux :

1)Dénomination et règles applicables à certains droits et contrats

Certains droits ou contrats portent des noms distincts et sont soumis à des règles différentes selon que l'objet de l'obligation principale du débiteur est constitué par des species ou par des genera. Exemples :

L'usufruit : l'usufruit s.s. porte sur des species et le quasi-usufruit porte sur des genera ;

Le prêt : il y a commodat ou prêt à usage lorsque le prêt porte sur des species et mutuum ou prêt de consommation lorsqu'il porte sur des genera ;

Le dépôt : l'un des types de dépôt est le dépôt volontaire. Au sein du dépôt volontaire, il y a dépôt ordinaire (ou régulier) lorsque celui-ci porte sur des species et dépôt irrégulier (ou extraordinaire) lorsqu'il porte sur des genera.

2)Le titre de fait sur une species peut être soit une possession soit une détention ; sur des genera, il ne peut être qu'une possession.

Lorsqu'il s'agit de species, le titre de fait sur la chose, sera, selon les circonstances, une possession (si l'on a acheté la chose, si on la reçoit) ou une détention (la chose empruntée ou prise en location).

Lorsqu'il s'agit de genera, il ne peut être question que d'une possession, qui va de pair avec un droit de propriété : il découle, en effet, de la nature particulière des genera qu'une quantité de ces choses est équivalente à une même quantité de choses de même nature. Dès lors, le débiteur de genera se libère valablement à l'égard de son créancier en lui procurant une quantité identique de genera du même type. Cela revient à dire que, vis-à-vis des genera qui sont l'objet de son obligation, le débiteur peut se comporter en véritable propriétaire (il a l'abus,

il peut en disposer). En droit, le propriétaire d'une chose ne peut qu'en être le possesseur.

3) Lorsqu'un droit de créance (c'est-à-dire une obligation) porte sur des genera, le débiteur peut choisir

■

les genera qu'il va remettre au créancier (en respectant bien sûr nature et la quantité demandées) tandis que, si le droit de créance porte sur une/des species, ce choix appartient exclusivement au créancier.

4) Inexécution fautive définitive de ses obligations par le débiteur.

Le débiteur de species qui, par sa faute, ne peut, de manière définitive, exécuter son obligation, se verra condamner à des dommages et intérêts compensatoires, représentant, sous forme d'argent, la valeur de la species sur laquelle portait son obligation.

En revanche, si l'obligation du débiteur portait sur des genera, la question des dommages et intérêts compensatoires ne se pose pas puisque, les genera étant par définition librement interchangeables, il est toujours possible au débiteur de se procurer une quantité identique de genera du même type. L'inexécution définitive ne se conçoit donc pas en matière de genera.

5) Application de la théorie des risques.

Notion : on parle de risque lorsqu'un dommage trouve sa cause, son origine, dans une cause étrangère (à une faute), dans un casus. Une distinction peut être opérée entre le casus minor et le casus major, entre le cas fortuit et le cas de force majeure (u. infra). La théorie des risques règle le sort de la perte survenue casu d'une chose ou celui de la prestation rendue impossible casu.

Règle applicable à la perte casu de choses à la disposition de leur propriétaire : Res perit domino, la chose périt pour le maître, ou son propriétaire. La charge des risques est donc supportée par le propriétaire de la chose qui a péri.

Règles applicables à la perte casu de choses qui font l'objet d'une obligation :

s'il s'agit de species : s'applique la règle Debitor certae rei interitu casu rei (certae) liberatur, le débiteur d'une chose certaine est libéré par la perte casu de

cette chose (certaine). Le créancier supporte la charge des risques ;

s'il s'agit de genera : s'applique la règle Genera non pereunt, les choses de genre ne périssent pas. La charge des risques est, dès lors, supportée par le débiteur, qui n'est pas libéré de sa dette. Cette règle se comprend aisément puisque, par définition, il est toujours possible au débiteur de se procurer des genera du même type.

Ces deux règles se ramènent, en fin de compte, à la règle Res perit domino : lorsqu'il s'agit d'une species, c'est le créancier qui en est le propriétaire ; s'il s'agit de genera, c'est le débiteur.

6) Moment du transfert de propriété

En cas de vente, d'échange, etc., le transfert de propriété n'aura pas lieu au même moment selon qu'il s'agit de species ou de genera. Il aura lieu :

pour les species : au moment de l'accord des volontés, en principe ;

pour les genera : seulement lors de la spécification (comptage, mesurage, pesage, étiquetage...).

Or, il est essentiel de savoir qui est propriétaire du bien pour déterminer qui en supportera la perte ou la détérioration survenue casu (res perit domino).

5.CINQUIÈME CLASSIFICATION : BIENS MEUBLES ET BIENS IMMEUBLES

A.Notion

i) Biens immeubles (res immobiles ou res soli)

En droit romain, les immeubles sont la terre et ce qui y est incorporé, plantations et constructions. Seuls des biens corporels peuvent donc être immeubles.

En droit positif se distinguent trois types d'immeubles (art. 517 C.c.) :

par nature (critère matériel : art. 518 à 521 et 523 C.c.)

Les immeubles par nature comprennent le sol et tout ce qui y est incorporé de façon durable, et ce aussi bien naturellement (e.g. forêt) que par suite d'un travail humain (e.g. construction). Sont donc qualifiées d'immeubles par nature les choses fixées au sol et ne pouvant pas être enlevées sans détérioration ;

par destination (critère économique ou d'utilisation civile)

Il s'agit en réalité de meubles que la loi répute fictivement immeubles en raison de l'usage auquel le propriétaire du fonds les affecte. La loi distingue deux formes d'immobilisation par destination :

soit en raison de l'affectation du meuble au service et à l'exploitation d'un immeuble par le propriétaire de cet immeuble (art. 522 et 524 C.c.) : le mobilier d'un hôtel, un troupeau de bovidés, le matériel agricole,

soit à raison de l'attache du meuble à perpétuelle demeure à un immeuble (art. 525 C.c.). L'attache peut être matérielle (adhérence) ou simplement intellectuelle (calibrage) : des appareils électroménagers équipant de manière homogène une cuisine ; une bibliothèque construite aux dimensions exactes de la pièce ;

par l'objet auquel ils s'appliquent ou immeubles incorporels

Sont immeubles les droits qui s'appliquent à un objet immobilier (art. 526 C.c.) : un droit réel attaché à un immeuble, tels l'emphytéose (droit toujours immobilier) ou l'usufruit (droit parfois immobilier).

ii) Biens meubles (res mobiles)

En droit romain, les meubles comprennent essentiellement les choses qui se déplacent par elles-mêmes (res se moventes) comme les animaux et les esclaves, ainsi que les choses qui peuvent être déplacées facilement, pratiquement sans aucune détérioration (cf. art. 528 C.c.). Parmi ces dernières, il existe :

des choses qui n'ont jamais été incorporées à un immeuble : les meubles meublants, les vêtements, les outils...

des choses qui étaient incorporées à un immeuble, mais qui ne le sont plus (art. 520, al. 2 et 3, et 521 C.c.) : minerais extraits, fruits cueillis... Seuls des biens corporels peuvent donc être meubles.

Le droit positif distingue trois types de meubles :

les meubles par nature se meuvent par eux-mêmes ou peuvent être déplacés facilement, sans détérioration ;

les meubles par anticipation sont en réalité des immeubles par nature, mais, dans l'acte juridique qui les concerne, sont déjà envisagés comme séparés du sol : des arbres à abattre vendus avant même qu'ils ne soient abattus ;

les meubles par la détermination de la loi ou meubles incorporels sont les droits qui s'appliquent à un meuble (art. 529 C.c.) : un droit réel appliqué à un meuble, tels le gage (droit toujours mobilier) ou l'usufruit (droit parfois mobilier).

B. Intérêts pratiques de la distinction

Les intérêts pratiques de cette distinction sont nombreux. En voici quelques-uns :

i) Distinction gage-hypothèque

En droit contemporain, le gage porte sur un meuble ; l'hypothèque porte en principe sur un immeuble.

ii) Publicité foncière

Peu développée en droit romain classique, mais il convient d'évoquer les tentatives de réformes agraires des frères Tiberius et Caius Sempronius Gracchus : le premier, élu tribun de la plèbe en 133 a.C., fait voter la *lex sempronia* en vue de recenser les terres de l'*ager publicus* (propriété collective des Romains, mais mis à la disposition d'un nombre restreint de grands exploitants) et de les redistribuer, en lots de superficie limitée, à des citoyens démunis qui retrouveraient ainsi la possibilité d'exploiter pour leur compte des parcelles inaliénables ; à peine élu membre du collège appelé à établir ce cadastre, il est assassiné... Le second, élu tribun de la plèbe en 123 a.C., s'efforce de faire appliquer la loi, mais est assassiné en 121.

La publicité foncière se présente comme un héritage de la période byzantine, au cours de laquelle les impôts (généralement élevés, car le train de vie impérial, la fonction publique très développée, les bâtiments et travaux publics, et les guerres presque permanentes coûtent très cher...) proviennent de deux sources : 1) la circulation des marchandises, grevées d'une taxe de 10 % (le *kommerkion*) ; 2) surtout l'impôt foncier, payé par les exploitants agricoles et proportionnel à la valeur de la terre. Pour recueillir adéquatement ce dernier, l'administration de l'Empire établit à Constantinople un cadastre général recensant toutes les terres exploitées et dont les circonscriptions provinciales ont une copie. Les inspecteurs (*logothètes du trésor*) sont chargés de la vérification et du recouvrement des impôts sur place et enregistrent les mutations de propriété avant de les transmettre à Constantinople où elles sont reportées sur le cadastre général. L'efficacité fiscale de cette publicité a des inconvénients – la fiscalité byzantine, beaucoup plus lourde et tatillonne que celle des Ostrogoths, contribue à compromettre une reconquête durable de l'Italie par Justinien au VI^e siècle –, mais aussi des avantages : lorsque, sur ordre de Justinien, Bélisaire reconquiert la province de Carthage, les descendants ayant droit des citoyens romains qui avaient été dépossédés par les Vandales depuis 429 ont cinq ans, à partir de janvier 535, pour revendiquer et recouvrer leurs propriétés, sur la base des inscriptions cadastrales.

Dans les systèmes juridiques contemporains hérités du droit romain, les mutations entre vifs ou les actions en justice dont les immeubles font l'objet connaissent une publicité par le recours au registre de la conservation des hypothèques. Pour les meubles, une telle publicité n'est organisée qu'en cas d'affectation en gage (loi du 11 juillet 2013).

Ainsi la loi hypothécaire de 1851 organise-t-elle actuellement la publicité foncière. Cette dernière a pour but d'assurer l'opposabilité et donc la sécurité des transactions immobilières et du crédit immobilier, par une transcription, une inscription ou une mention marginale des actes juridiques portant sur des immeubles, dans le registre de la conservation des hypothèques.

La transcription d'un acte consiste dans la copie intégrale et littérale de l'acte dans le registre de la conservation des hypothèques. Ainsi tous les actes translatifs ou constitutifs de droits réels immobiliers doivent-ils faire l'objet d'une transcription (ex. : vente d'un immeuble, acte de constitution d'une servitude), de même que certains jugements (e.g. jugement tenant lieu d'acte authentique de vente). La transcription rend l'acte transcrit opposable aux tiers qui sont obligés de reconnaître son existence.

L'inscription concerne les privilèges immobiliers et les hypothèques et résume l'identité de la créance garantie et l'objet (« l'assiette ») du privilège ou de l'hypothèque.

La mention marginale consiste dans une mention faite en marge d'un acte transcrit dans le registre de la conservation des hypothèques et vise les demandes en justice tendant à faire prononcer l'annulation ou la révocation des droits résultant d'actes soumis à la transcription. Le but de la mention marginale est d'avertir les tiers du fait qu'une action en justice menace l'existence de l'acte transcrit et qu'une incertitude affecte par conséquent tout acte qui serait passé avec le titulaire du droit contesté. Doivent par exemple faire l'objet d'une mention marginale, l'action en rescision ou en annulation d'une vente transcrite, l'action en déchéance d'un usufruit, l'action en révocation d'une donation transcrite, l'action paulienne (v. infra). Lorsqu'une telle action en justice n'a pas fait l'objet d'une mention marginale, elle ne pourra être examinée par les tribunaux. La procédure est suspendue aussi longtemps que la formalité n'a pas été accomplie. Les tiers qui traitent postérieurement à l'inscription de la mention marginale ont été avertis de l'existence d'une action menaçant leurs droits et traitent donc à leurs risques

et périls. Ils verront leurs droits consolidés ou anéantis selon le cas.

iii) Servitudes

Les servitudes personnelles peuvent porter sur des meubles ou sur des immeubles, tandis que les servitudes prédiales ne portent que sur des immeubles.

iv) Lésion énorme (laesio enormis)

Suite à une crise économique frappant, au III^e siècle de notre ère (affaiblissement de l'autorité impériale après le règne d'Alexandre Sévère, nombreuses sécessions territoriales d'empereurs dissidents et autoproclamés, premières invasions des Goths...), en particulier les petits propriétaires terriens, ces derniers se voyaient souvent contraints pour survivre de vendre leur fonds de terre pour un prix dérisoire à de gros propriétaires. Dans le cadre de sa restauration de l'administration impériale et pour remédier à ces abus, l'empereur Dioclétien accorda à tout vendeur qui aurait cédé son immeuble pour moins de la moitié de son prix normal une possibilité d'obtenir en justice l'anéantissement du contrat de vente par une action en rescision pour lésion énorme (ou lésion d'outre-moitié). L'action en rescision pour lésion énorme existe toujours en droit positif, mais, aujourd'hui, elle requiert une lésion de plus des 7/12^{es} par rapport au prix normal de l'immeuble. La rescision n'existe pas pour les ventes de meubles.

6.SIXIÈME CLASSIFICATION : UNIVERSALITÉS OU CHOSES SINGULIÈRES

A. Notion

1) Biens multiples considérés comme formant un tout ou universalités : un ensemble de biens apparaît comme uni par un lien réel ou fictif. Tel sera le cas dans les hypothèses suivantes :

les choses collectives (universitates rerum distantium) sont des choses corporelles, de même nature, non attachées matériellement les unes aux autres, mais cependant réunies, groupées en vue d'une même destination, d'un même usage : un troupeau, une bibliothèque ;

les hérédités jacentes sont les patrimoines non encore partagés des défunts. Ces patrimoines peuvent contenir des biens incorporels. Contrairement aux fondations, qui sont également des groupements de biens, les hérédités jacentes ne sont pas des personnes morales. Elles étaient, en droit romain, réputées continuer la personne du défunt, en vertu de l'adage Hereditas iacens sustinet personam defuncti : l'hérédité jacente soutient la personne du défunt (en réalité, l'identité du défunt prolonge fictivement l'unité de son patrimoine, en vue de son inventaire, de sa liquidation et de sa répartition entre les successeurs). Comme tout patrimoine, une hérédité jacente peut contenir non seulement un actif, mais également un passif ;

le patrimoine (u. supra).

2) biens multiples non considérés comme formant un tout ou choses singulières

Tous les autres biens multiples sont des biens non considérés comme formant un tout, qui ne forment aucune universalité.

B.Intérêt pratique de la distinction

L'intérêt pratique de cette classification est qu'à certains égards, les universalités sont soumises à des règles communes. Ainsi, lors de l'examen des modalités d'intentement de l'action protégeant spécifiquement le droit de propriété, l'action en revendication (*rei vindicatio*) :

lorsque cette action porte sur des biens multiples non considérés comme formant un tout, une action est nécessaire pour chacun des biens considérés séparément ;

lorsqu'elle porte sur des biens multiples considérés comme formant un tout, une action est suffisante pour le tout : e.g. une pétition d'hérédité ou revendication totale ou partielle par un successeur ou héritier universel ou à titre universel.

Remarques :

– si, au sein d'une universalité, une chose appartient à un tiers, rien ne s'oppose à ce que ce tiers puisse la revendiquer ;

– si, en revanche, une chose appartenant à un tiers est entrée dans la composition d'une chose composée (*universitas rerum cohaerentium*), ce tiers ne pourra pas la revendiquer (une autre solution juridique interviendra : u. infra, modes originaires d'acquisition de la propriété, spécification et accession). Une chose composée est formée de parties hétérogènes liées matériellement entre elles, telle une maison composée de tous les matériaux de construction.

7. SEPTIÈME CLASSIFICATION : BIENS PRINCIPAUX ET BIENS ACCESSOIRES

A. Notion

1) les biens principaux servent immédiatement, par eux-mêmes, aux besoins des personnes : un immeuble bâti.

2) les biens accessoires servent indirectement, par l'intermédiaire d'un bien principal, aux besoins des personnes. Ils sont destinés à suivre le sort du bien principal dont ils dépendent : les clés de cet immeuble.

B.Intérêts pratiques de la distinction

1)Interprétation et exécution des contrats

Le principe d'exécution de bonne foi des contrats oblige le débiteur à livrer non seulement l'objet expressément visé dans le contrat, mais également les accessoires qui accompagnent logiquement la chose principale. Ainsi, la vente d'une maison comporte-t-elle nécessairement celle des clés des portes. Ce principe intervient également lorsqu'il s'agit d'interpréter un contrat (u. infra).

2)L'accession s.l. est le mode originaire d'acquisition de la propriété (u. infra) des choses accessoires, soit incorporées de façon indissoluble dans la chose principale, soit produites par la chose principale. L'acquisition des choses incorporées de manière indissoluble à la chose principale est appelée accession s.s ou accession proprement dite. Les choses accessoires produites par la chose principale sont appelées fruits s.l.

Au sein des fruits s.l. il faut distinguer :

a. les fruits s.s. (art. 582 C.c.) sont les choses accessoires produites par la chose principale périodiquement (à intervalles réguliers) et sans épuisement de la chose principale. Il en existe deux types :

- *les fruits naturels s.l. (art.583 C.c.) sont les fruits produits de manière organique : ils sont la production naturelle de la chose principale. Deux variétés :*

- les fruits naturels s.s. sont produits de façon purement spontanée : les œufs de la poule, le croît des animaux,

- les fruits industriels sont produits par la chose principale grâce à un certain travail de l'homme : une récolte de céréales,

• *les fruits civils (art. 584 C.c.) sont des fruits produits de façon non organique : ils sont le résultat d'une règle de droit appliquée au bien : les intérêts d'une somme d'argent exigible, le loyer d'un immeuble ;*

b. les produits sont les choses accessoires produites par une chose principale de façon ponctuelle ou irrégulière, et/ou avec épuisement de la chose principale. Ils seront produits une seule fois ou à intervalles irréguliers et épuisent la substance de la chose principale qui les produit.

E.g. : le minerai extrait d'une mine, la pierre tirée d'une carrière, les arbres de haute futaie, etc ;

c. les produits aménagés en fruits sont les produits exploités de manière telle que leur production devienne régulière, même si elle épuise la substance de la chose principale : les arbres de haute futaie mis en coupe réglée (art. 591 C.c.).

8.HUITIÈME CLASSIFICATION : BIENS DIVISIBLES ET BIENS INDIVISIBLES

Cette classification impose de discerner les biens corporels des biens incorporels.

A. Au sein des biens corporels

i) Notion

1) Les biens divisibles sont les choses qui, après morcellement, donc après fractionnement matériel, conservent de manière proportionnelle les caractéristiques qu'avait la chose entière : un terrain, une somme d'argent... Les fractions de la chose divisée conservent le même nom que la chose entière.

2) Les biens indivisibles sont toutes les autres choses. Exemple : un animal.

ii) Intérêt pratique de la distinction

L'intérêt pratique de cette classification apparaît dans la manière dont il est mis fin à une copropriété :

si la chose est divisible, le partage aura lieu en nature, avec éventuellement le paiement d'une soulte, i.e. une valeur pécuniaire de complément ;

si la chose est indivisible, il y aura vente aux enchères (licitation), et partage du prix obtenu.

B.Au sein des biens incorporels

i) Notion

1) Les droits divisibles sont susceptibles d'un fractionnement intellectuel : propriété (copropriété ou indivision), usufruit (usufruit conjoint), droits de créance en principe.

2) Les droits indivisibles ne sont pas susceptibles d'un fractionnement intellectuel : hypothèque, servitudes prédiales...

ii) Intérêts pratiques de la distinction

1) La copropriété ou indivision est l'exercice simultané du droit de propriété par plusieurs personnes (deux au moins), appelées copropriétaires ou indivisaires, sur une même chose indivise. Chacun des copropriétaires ou indivisaires est propriétaire d'une part non distincte du tout et le droit de propriété est divisé en quotes-parts. La copropriété peut s'appliquer non seulement aux choses non divisibles, mais aussi, le cas échéant, aux choses divisibles. Chaque copropriétaire est individuellement titulaire d'un droit de propriété même si celui-ci, par le fait même de l'existence du droit des autres copropriétaires, ne lui confère pas la plénitude des attributs du droit de propriété (c'est l'abusus qui subit le plus de restrictions). La part de chaque copropriétaire est matériellement indistincte. La copropriété ou indivision peut naître de diverses situations :

de la loi : une succession légale, s'il y a plusieurs héritiers, fait naître entre ceux-ci une copropriété sur l'ensemble des biens composant la succession ;

d'un acte juridique : l'achat d'un immeuble par deux conjoints ;

d'une prescription acquisitive : une usucapion trentenaire au profit de deux possesseurs.

La copropriété peut être fortuite, volontaire ou forcée :

fortuite, elle résulte d'un acte ou d'un fait étranger à la volonté des indivisaires : une succession ;

volontaire, elle résulte de la volonté des indivisaires : l'achat d'un bien par plusieurs personnes ;

forcée, elle résulte de la nature des choses. Imposée par les circonstances, elle est, par principe, perpétuelle. Elle existe soit à titre principal – le caveau de famille, les papiers de famille – soit à titre accessoire : les éléments communs d'un immeuble à appartements multiples (escaliers, toiture, terrain, etc.).

Régimes juridiques :

a) la copropriété fortuite

N'importe lequel des copropriétaires désireux de mettre fin à cet état de copropriété peut exiger le partage à tout moment, ce qu'exprime l'adage *In communione nemo compellitur invitus detineri* : nul n'est tenu de rester contre son gré en indivision (art. 815 C.c.). Le partage se réalisera à l'amiable de préférence, judiciairement à défaut d'accord. En ce dernier cas, il se fera si possible en nature (la soulte peut compenser la valeur inégale d'un lot), ou à défaut par licitation (vente aux enchères suivie du partage du prix). Toutefois, il est permis de renoncer au droit d'exiger le partage, pour une durée de cinq ans maximum (convention renouvelable).

Les parts de chaque copropriétaire sont présumées égales, à défaut d'expression de volonté contraire (e.g. dans le testament). Chacun des copropriétaires peut disposer juridiquement seul de sa part. Chacun peut accomplir sur le bien commun des actes matériels compatibles avec le droit des autres (utilisation), des actes purement conservatoires (un inventaire, l'interruption d'une prescription) et des actes d'administration provisoire (vente des fruits périssables). Pour les autres actes juridiques, soit d'administration (conclure un bail), soit de disposition (vendre, hypothéquer...), l'accord de tous les copropriétaires est nécessaire. Chaque copropriétaire doit participer au prorata de sa part aux frais généraux (entretien, conservation, etc.).

a) La copropriété volontaire :

Les règles juridiques qui s'imposent à la copropriété volontaire résultent de la convention des parties. À défaut, ou complétant ces mêmes règles, s'appliquent toutes celles de la copropriété fortuite. La copropriété volontaire est apparentée à la notion de propriété collective : celle-ci répond à une finalité précise (communauté de biens matrimoniale, société civile, association de fait...) et à des règles de fonctionnement subordonnées à la poursuite de cette finalité.

a) La copropriété forcée de droit commun :

Les règles de la copropriété fortuite s'appliquent sous réserve de trois exceptions essentielles :

le partage est rigoureusement interdit (il serait d'ailleurs radicalement

impossible), la copropriété forcée étant perpétuelle (elle cesse toutefois dans deux cas : lorsque disparaît l'état de choses qui l'a engendrée – ainsi dans l'hypothèse où une seule personne deviendrait propriétaire de tous les fonds, ou en cas de perte du bien – ou lorsqu'un copropriétaire aliène sa part privative ;

la règle de présomption d'égalité des parts fait place à celle d'une valeur inégale des parts dépendant de la valeur des fonds dont elles sont l'accessoire ;

aucun copropriétaire ne peut disposer (juridiquement) de sa part sans disposer en même temps du fonds dont elle est l'accessoire.

Ces deux dernières dérogations s'appliquent bien entendu exclusivement à la copropriété forcée à titre accessoire.

b) L'usufruit conjoint est la situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes sont simultanément usufruitières d'une même chose non divisée matériellement.

Remarques :

– l'usufruitier et le nu-propriétaire ne sont pas en indivision ;

– l'usufruit conjoint ne doit pas être confondu avec l'usufruit successif, situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes sont successivement (l'une après l'autre, et chacune pour le tout) usufruitières d'une même chose.

9. NEUVIÈME CLASSIFICATION : BIENS DANS LE COMMERCE ET CHOSES HORS COMMERCE

A. Notion

Le commerce est la circulation juridique des biens et des droits.

1) Les biens dans le commerce (*res in commercio*) se prêtent à cette circulation. Il s'agit :

des biens corporels appropriés (ou même non appropriés, mais appropriables) qui peuvent circuler juridiquement, donc faire l'objet d'une aliénation directe (vente, échange, donation, etc.) ou indirecte (suite à la constitution d'un gage ou d'une hypothèque portant sur cette chose). L'aliénation, dans ce cas, n'aura lieu que si le débiteur n'exécute pas ses obligations. À la requête du créancier, le bien pourra alors être vendu aux enchères et le créancier pourra ensuite se faire payer par préférence sur le prix de la vente) ;

des biens incorporels, qui peuvent également circuler juridiquement.

2) Les choses hors commerce (*res extra commercium*) ne peuvent faire l'objet de conventions (art. 1128 et 1598 C.c.) ni être acquises par prescription (art. 2226 C.c.) : elles échappent à toute appropriation privée et à toute circulation juridique. Un obstacle légal s'oppose à ce qu'elles fassent partie d'un patrimoine quelconque. Ainsi les *res publicae* du droit romain et les *res communes* pour leur totalité, qui ne sont pas des biens ; les biens du domaine public des personnes morales de droit public.

Il ne faut pas confondre choses hors commerce et biens inaliénables. Les biens inaliénables sont des choses appropriées, qui, en vertu de la loi, sont temporairement intransmissibles, ne sont pas susceptibles de circuler juridiquement. L'inaliénabilité exclut seulement l'idée de transmission, et non celle d'appropriation privée. Ainsi les biens faisant l'objet d'un dépôt séquestre (dépôt fait entre les mains d'un tiers : le plus souvent, il s'agit d'un bien contesté ; v. art. 1956 et 1961 C.c.) ou les biens des époux ou des cohabitants

légaux lorsque le tribunal de la famille interdit temporairement leur aliénation en vertu des articles 223 ou 1479 du Code civil.

B.Intérêt pratique de la distinction

Lorsqu'une chose hors commerce ou un bien inaliénable est aliéné, cette aliénation est entachée d'un vice de fond, qui la rend nulle. Le droit de propriété en tant que tel ne peut être transmis, seule la possession de la chose pourrait l'être.

10.– DIXIÈME CLASSIFICATION : RES MANCIPI ET RES NEC MANCIPI

Cette classification, la plus ancienne, est propre au droit romain : elle discerne les *res mancipi* des *res nec mancipi* selon que les biens en cause seront ou non aliénés par voie de *mancipatio*. Cet acte formaliste tient lieu de vente, de donation, voire de testament, et n'était requis – eu égard à la présence nécessaire d'un porte-balance et de cinq témoins au moins – que pour l'aliénation des biens les plus précieux à une époque antérieure à l'expansion romaine hors d'Italie : immeubles, servitudes prédiales rustiques, esclaves, grands quadrupèdes domestiques « domptés par le col ou par le dos » (chevaux, ânes, mulets, taureaux, vaches et bœufs : mais non les éléphants – que les Romains ne découvriront que lors de leur guerre contre Pyrrhus, roi d'Épire – ni les chameaux ou dromadaires, rencontrés lors de conquêtes ultérieures). Les biens moins précieux – *res nec mancipi*, moins caractéristiques du *mancipium* ou pouvoir du *paterfamilias* – peuvent se transmettre par simple tradition ou remise matérielle de la chose à son acquéreur.

Intérêt pratique de la distinction : chaque époque veille à entourer la transmission des biens qu'elle juge les plus précieux d'une publicité appropriée et, à l'origine, cette publicité se fonde sur le témoignage d'individus égaux en statut aux parties à l'acte. Entre citoyens romains, dans une société où les relations personnelles jouent un rôle primordial, rien ne vaut mieux, comme publicité, que la possibilité de témoignages d'autres membres de la cité.

1. Même si la comptabilité a l'irréfragable mérite d'être à l'origine de l'écriture : ainsi l'écriture cunéiforme ou l'écriture linéaire B ont-elles transmis avant tout des inventaires...

PARTIE III

LES DROITS RÉELS

SECTION 1 INTRODUCTION

SECTION 2 LA POSSESSION ET LA DÉTENTION

SECTION 3 LE DROIT DE PROPRIÉTÉ

SECTION 4 L'USUFRUIT, L'USAGE, L'HABITATION

SECTION 5 LES SERVITUDES PRÉDIALES

SECTION 6 L'EMPHYTÉOSE ET LA SUPERFICIE

SECTION 7 LE GAGE ET L'HYPOTHÈQUE

Section 1

Introduction

1.NOTION

Un droit réel porte directement et nécessairement sur une chose et permet à son titulaire de retirer tout ou partie de l'utilité qu'elle comporte.

Chose : la chose sur laquelle porte le droit peut être :

soit sa propre chose, et, dans ce cas, il s'agit du droit de propriété (le ius in re sua) ;

soit la chose d'autrui, et, dans ce cas, il s'agit de l'un des autres droits réels (les iura in re aliena).

Directement : il existe un rapport juridique direct (immédiat) entre le titulaire du droit réel et la chose qui en fait l'objet. Le droit porte sur la chose elle-même.

Remarque : les droits de créance peuvent porter sur des choses, mais seulement de manière indirecte, puisque le droit de créance porte toujours directement sur la personne du débiteur (e.g. le droit de créance du locataire à la jouissance de la chose prise en location porte sur le bailleur et, indirectement, sur la chose louée). Le droit de créance n'existe ainsi et ne s'exerce que par l'intermédiaire de la personne qui est tenue de l'obligation, i.e. le débiteur. Dès lors, le créancier n'est pas titulaire d'un ius in re (droit réel), mais bien d'un ius in persona ad rem dans l'hypothèse où l'objet de l'obligation serait une chose (res). Rappelons la distinction entre les actions réelles et les actions personnelles.

Nécessairement : un droit réel a toujours une chose pour objet.

L'utilité peut consister :

soit en l'usage ou la jouissance de la chose : les sept (huit en droit romain) droits réels de jouissance, encore appelés droits réels principaux, car ils existent par eux-mêmes, de manière autonome ;

soit en la garantie d'un droit de créance : les deux droits réels de garantie (gage et hypothèque), encore appelés droits réels accessoires, car ils dépendent de l'existence d'un autre droit à garantir (droit de créance).

Seul le droit de propriété confère à son titulaire toute l'utilité que la chose comporte. Les autres droits réels n'en confèrent qu'une partie.

2.ÉNUMÉRATION

Les droits réels sont généralement étudiés en discernant leurs étendues respectives. Le droit romain connaissait un dixième droit réel, parmi les servitudes dites personnelles : le ius operae ou droit aux services d'un esclave ou d'un animal domestique appartenant à autrui.

Le plus étendu : le droit de propriété ;

les anciennes servitudes personnelles : l'usufruit, l'usage, l'habitation et le ius operae ;

les servitudes prédiales ou services fonciers ;

les concessions de longue durée : l'emphytéose et la superficie ;

les droits réels de garantie : le gage (nantissement) et l'hypothèque.

3.CLASSIFICATION

Les dix droits réels peuvent encore être regroupés de deux manières :

a)Le ius in re sua = le droit de propriété ;

Les iura in re aliena = les neuf autres droits réels (usufruit, servitudes, etc.).

b)Les droits réels principaux ou de jouissance : huit droits réels (propriété, usufruit, etc.) ;

Les droits réels accessoires ou de garantie : le gage et l'hypothèque.

Section 2

La possession et la détention

Avant d'étudier les différents droits réels, il convient d'examiner un état de fait qui leur est étroitement lié, du moins s'il s'agit de droits réels principaux.

1.NOTION

A.Possession

La possession est la manifestation extérieure d'un droit réel dont on est ou on n'est pas le titulaire : c'est l'exercice d'un droit réel comme si l'on en était le titulaire.

La possession est une situation de fait. Il importe peu, à cet égard, que cette situation de fait corresponde ou non à une situation de droit, donc que le possesseur soit effectivement ou pas le titulaire du droit qu'il exerce, qu'il manifeste.

Pourquoi s'intéresser à cette situation de fait ? Parce que, dans la mesure où très souvent elle coïncide avec la titularité du droit, la loi (à l'origine le préteur) lui accorde des effets particuliers, lui octroie des effets juridiques.

En principe, situation de fait et situation de droit coïncident. Toutefois, certaines circonstances peuvent engendrer une dissociation entre le titre de droit et la situation de fait. Aussi peut-il arriver que la protection du possesseur et la protection du vrai titulaire du droit entrent en conflit.

B.Possession s.l. et possession s.s.

La possession est donc l'apparence de la titularité d'un droit réel.

La possession s.s. ou *possessio rei* est la possession appliquée au droit de propriété.

La quasi-possession ou *possessio iuris* concerne les droits réels autres que le droit de propriété.

La possession s.l. recouvre la possession s.s. et la quasi-possession.

Dans le Code civil, la possession reçoit une acception très large, selon une définition qui présente, à l'article 2228, un fossile étymologique :

« 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 la tient ou qui l'exerce en notre nom. »

Il convient de lire que la possession d'une chose se réfère à la définition romaine de la propriété, qui assimilait le droit à la chose elle-même. La possession « que nous exerçons par nous-mêmes » vise la *possessio civilis*, possession civile ou exercice de la propriété par le possessor pro suo. La possession exercée « par un autre qui la tient ou l'exerce en notre nom » vise la *possessio naturalis*, possession naturelle ou détention, encore nommée *possessio pro alio* puisqu'elle a pour objet une chose dont le détenteur reconnaît autrui comme propriétaire.

Le mot « droit », lui-même reçoit, dans le Code civil, une extension beaucoup plus large qu'en droit romain : la possession n'y est plus restreinte aux seuls droits réels, mais devient l'exercice de tout droit quelconque, tel un droit de

créance (cf. art. 1240 C.c. : « Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance, est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé. ») ou une situation d'état civil (cf. art. 324, al. 1er et 2, C.c. : « La possession d'état à l'égard du père prétendu prouve la filiation. À défaut de possession d'État, la filiation paternelle se prouve par toutes voies de droit. ») La suite de l'exposé s'en tiendra à l'acception romaine de la possession.

2.LA POSSESSION ET LA DÉTENTION

A.Éléments constitutifs de la possession

La possession implique la réunion de deux éléments : le corpus et l'animus.

Le corpus est l'élément matériel. Au départ, il s'agissait à proprement parler du corpus de la chose sur laquelle s'exerçait la possessio rei. Par la suite, le corpus devient le pouvoir de fait de la personne sur la chose, se traduisant par des actes matériels qui émanent habituellement du véritable titulaire du droit (usage, jouissance, etc.).

L'animus est l'élément intentionnel et consiste dans l'intention du possesseur d'agir pour son propre compte, de manifester la prétention à la jouissance du droit, de se comporter en maître de la chose ou du droit (en propriétaire, usufruitier, etc.).

B.Détention

La détention est la situation de fait de celui qui dispose seulement du corpus. Le détenteur n'a pas l'intention d'exercer directement sur la chose quelque droit que ce soit, il n'a pas l'animus. Généralement, le détenteur dispose du corpus en vertu d'un contrat : il est locataire, dépositaire ordinaire, emprunteur à usage, etc.

Les effets de la détention en tant que telle sont extrêmement limités. Concrètement, la protection du détenteur, en tant que tel, se limite au bénéfice d'une action, la réintégrande (u. infra).

3.CARACTÈRES ET VICES DE LA POSSESSION

Les effets juridiques de la possession (u. infra) supposent que celle-ci présente certains caractères (cf. art. 2229 C.c.) :

la continuité ;

un caractère paisible ;

la publicité ;

l'absence d'équivoque.

La possession qui réunit ces quatre caractéristiques est dite utile.

A contrario, les vices de la possession sont donc :

la discontinuité ;

la violence ;

la clandestinité ;

l'équivoque.

A.Continuité et discontinuité

La possession continue s'exerce avec régularité dans l'accomplissement des actes d'usage. La continuité est une question d'espèce. Ainsi ne s'appréciera-t-elle pas de la même manière selon qu'il s'agisse de la possession d'une villa à la campagne, dont on peut raisonnablement admettre qu'elle reste inoccupée par son possesseur durant des mois, ou d'un terrain jouxtant le jardin de la résidence principale du possesseur. Ainsi que nous le verrons, la continuité est présumée.

Remarque : il ne faut pas confondre la discontinuité de la possession, qui résulte du fait du possesseur lui-même, et l'interruption de la possession, qui résulte du fait d'un tiers contestant la possession.

B.Paisible ou violente

Le caractère paisible s'apprécie à deux périodes distinctes :

à l'initium possessionis : la prise de possession ne peut pas être consécutive à un acte de violence, comme un vol ;

durant la possession : la possession, face à la contestation d'un tiers, ne peut pas être maintenue par la violence.

La possession paisible ne débute ni ne se maintient par la violence. La violence est ainsi, à la fois, celle qui a permis au prétendu possesseur de se rendre maître de la chose, et celle qui lui permet de maintenir sa possession nonobstant les prétentions de tiers. La protection possessoire permet précisément au possesseur de combattre sans violence une contestation de sa possession. La notion de violence est, en matière de possession, assez proche de celle que l'on rencontre en matière de contrats.

i) Publicité et clandestinité

Le possesseur doit agir au grand jour. La possession est clandestine lorsque le possesseur ne se comporte pas ouvertement comme le véritable titulaire du droit. Il ne faut pas confondre possession clandestine et possession ignorée (inconnue de l'un ou de l'autre).

Ainsi la possession doit-elle être exercée nec ui nec clam.

ii) Équivoque – absence d'équivoque

La possession est non équivoque lorsque les faits matériels par lesquels elle se manifeste sont dépourvus d'ambiguïté, lorsqu'il n'y a pas de doute quant à la nature du droit exercé : le possesseur se présente bien en qualité de propriétaire, non de détenteur. Elle sera, par contre, équivoque lorsque la mainmise matérielle sur la chose pourra s'expliquer de plusieurs manières, ou lorsqu'il sera impossible de déterminer de manière précise l'étendue du droit possédé (possession exclusive ou partagée).

4.EFFETS DE LA POSSESSION

A.Introduction : la notion de bonne foi

La bonne foi en matière de possession est définie à l'article 550 du Code civil :

« Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices.

« Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus. »

La bonne foi est la conviction qu'a le possesseur qu'il est véritablement titulaire du droit de propriété qu'il exerce ; cette conviction doit évidemment être étayée par des circonstances telles que la conviction puisse être considérée comme raisonnable. A contrario est de mauvaise foi le possesseur qui ne peut se croire le véritable titulaire du droit de propriété qu'il exerce.

Le Code civil recèle, à première vue, une contradiction lorsque l'article 2269 précise : « Il suffit que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition. »

En réalité, il convient de retenir le plus grand dénominateur commun de ces deux dispositions : la conviction qu'a le possesseur d'être devenu valablement propriétaire de la chose possédée.

Certains effets de la possession de bonne foi requièrent la persistance de cette conviction : l'indemnisation du possesseur par le verus dominus en cas d'accession et l'acquisition par le possesseur de la propriété des fruits (art. 549 C.c.). D'autres effets ne requièrent la bonne foi que lors de l'initium possessionis (la prise de possession) : toutes les variétés d'acquisition de la propriété par prescription acquisitive dont le délai est abrégé, voire, en droit contemporain, réduit à néant (la simple tradition de la chose – si elle n'a été ni volée ni perdue par son propriétaire – fait acquérir instantanément la propriété à

l'acquéreur de bonne foi : art. 2279 C.c.).

Certains des effets de la possession joueront indépendamment de la bonne ou de la mauvaise foi du possesseur. Ce sont :

l'occupation ;

le bénéfice de la protection possessoire ;

le droit au remboursement des impenses.

Enfin, certains effets bénéficieront au possesseur de mauvaise foi comme tel :

la prescription acquisitive par trente ans ;

le droit au remboursement des choses incorporées dans le cadre d'une accession si le verus dominus décide de les conserver.

B.Énumération des effets de la possession

1)Possession, condition de la prescription acquisitive

La possession est l'élément essentiel sur lequel se fonde la prescription acquisitive du droit possédé (u. infra, modes originaires d'acquisition de la propriété).

2)Possession, condition de l'occupation

La possession est la condition essentielle de l'occupation d'une res nullius (u. infra).

3)Les actions possessoires sont les actions propres au possesseur, qui lui permettent de protéger sa possession lorsque celle-ci est troublée. Cette protection d'une situation de fait (la possession) en dépit de l'incertitude du droit (qui est propriétaire ?) s'explique, à l'origine, par deux raisons : 1) les prétentions contradictoires de deux citoyens à la propriété d'une même chose ne peuvent dégénérer en conflit violent : pour assurer une cohabitation pacifique au sein de la cité, il convient donc de maintenir la situation de fait en l'état et de soumettre le différend à un juge, non de se faire justice à soi-même en reprenant, par voie de fait, une chose dont on a été dépossédé ; 2) en droit romain, le droit de propriété est inhérent à la chose qui en est l'objet : il est donc hautement probable que son possesseur actuel en soit aussi son propriétaire ; la dissociation du fait et du droit étant l'exception, il incombera donc au propriétaire dépossédé de prouver son droit.

La portée générale de ces deux raisons explique que la protection possessoire, en droit romain, soit accordée tant pour les meubles que pour les immeubles.

Le préteur accorde la protection par voie d'injonction (interdicta ou « interdits ») faite au possesseur actuel (ici défendeur) de restituer la chose au possesseur dépossédé (ici demandeur).

En matière d'immeubles, il s'agit de l'interdit uti possidetis (comme vous

possédez jusqu'ici : Dig., 43, 17, tit.) accordé au possesseur contre tout tiers qui troublerait sa possession, à l'exception du possesseur précédent si ce dernier a été dépossédé par violence (ui) ou clandestinement (clam) : celui-ci peut, vis-à-vis du possesseur actuel dont la possession est viciée, rentrer en possession par ses propres moyens, donc à son tour clandestinement ou en recourant à une violence non armée... Cette variété licite de voie de fait évoque la notion de légitime défense (uim ui repellere licet : il est permis de s'opposer à la violence par la force) et, comme telle, se voit assigner une limite : le possesseur dépossédé ne peut en aucun cas recourir aux armes pour rentrer en possession, même s'il a lui-même été victime d'une telle violence armée. Dans ce cas, le préteur accorde la protection possessoire même au possesseur qui a acquis la possession par voie de fait, mais sans arme (interdit unde ui armata).

En matière de meubles, le préteur accorde l'interdit utrubi (duquel des deux côtés de la barre ou auquel des deux plaideurs faut-il attribuer la possession ?) : sera considéré comme possesseur celui chez qui le meuble litigieux se sera trouvé le plus longtemps au cours des douze mois précédant la procédure.

En droit positif, la protection possessoire ne concerne plus les meubles. L'article 2279 du Code civil, selon une règle (« En fait de meubles, la possession vaut titre ») qui n'est pas d'origine romaine, érige la possession en titre de propriété à l'égard des tiers, et en présomption de titre de propriété à l'égard de la personne dont le possesseur actuel tient l'objet éventuellement litigieux : toute contestation de propriété d'un meuble fait dès lors directement l'objet d'une action pétitoire. Aussi les actions possessoires sont-elles restreintes à la possession d'un droit réel immobilier et, au nombre de trois, de la compétence du juge de paix (art. 591, 5°, du Code judiciaire).

1) Énumération et définition

a) La complainte est l'action qu'intentera le possesseur dont la possession subit un trouble actuel : elle lui permet de maintenir sa possession lorsqu'un tiers la trouble. Le trouble possessoire est toute contradiction, de fait ou de droit, apportée à la possession. Exemples de troubles de fait : déplacer une borne ; bêcher le terrain d'autrui ; élever un obstacle au libre écoulement des eaux naturelles ; surplomber un terrain par des constructions. Exemples de troubles de droit : annoncer la vente publique de l'immeuble d'autrui ; louer l'immeuble d'autrui ; le fait pour un tiers de donner congé au locataire.

b) La dénonciation de nouvel œuvre permet au possesseur de faire ordonner la suspension de travaux qui, sans causer un trouble actuel de possession, produiraient néanmoins un trouble s'ils étaient achevés : il s'agit d'une anticipation de la plainte, en vue d'empêcher un trouble futur. Exemple : un terrain bénéficie d'une servitude d'aqueduc ; le propriétaire du fonds servant entame, sur son fonds, des travaux en vue de détourner l'aqueduc à son profit.

c) La réintégrande permet au possesseur, ainsi qu'au détenteur, de réintégrer l'immeuble dont la possession, ou la détention, lui a été enlevée par violence ou voie de fait.

d) À proprement parler, la réintégrande n'est donc pas une action possessoire : c'est une mesure de police destinée à assurer la paix publique, et une application de la maxime *Spoliatus ante omnia restituendus* (est), « avant toute chose il convient de restituer à celui qui a été spolié ». La violence ou la voie de fait doit provoquer une perte, totale ou partielle, de la jouissance de l'immeuble ; elle doit consister en un acte positif et matériel, créant un obstacle permanent, un empêchement matériel. Exemples : enlever une récolte ; enlever des terres ; élever une barrière faisant obstacle à l'exercice d'un droit de passage ; murer la porte d'accès à une cave.

2) Conditions de recevabilité

Certaines des conditions de recevabilité sont communes aux trois actions, d'autres sont propres à deux d'entre elles.

Communes aux trois actions

en principe, les trois actions ne bénéficient qu'au possesseur d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier susceptible d'être acquis par prescription (art. 1370, al. 1er, 1°, C. jud.). Toutefois, pour la réintégrande, la détention suffit (art. 1370, al. 2, C. jud.) ;

elles doivent être intentées dans l'année qui suit le trouble ou la voie de fait (art. 1370, al. 1er, 4°, C. jud.). Faut-il être le possesseur actuel du bien pour pouvoir intenter une action possessoire ? Non, puisque le possesseur dispose d'une année pour introduire son action. Il se peut donc qu'au cours de cette année, il ait perdu la possession. La possession qu'il vient de perdre fonde son droit, qui reste ouvert une année durant après le fait donnant lieu à l'action (cf. art. 2243 C.c. : il n'y a interruption naturelle de la prescription, par perte de

la possession d'un immeuble, qu'une année révolue après la dépossession).

Propres à la complainte et la dénonciation de nouvel œuvre

la possession doit être utile (art. 1370, al. 1er, 3°, C. jud.) ;

la possession doit avoir duré un an au moins (art. 1370, al. 1er, 2°, C. jud.).

3) Mécanisme des actions possessoires

Les actions accordées au possesseur, pour que celui-ci protège sa possession, sont appelées actions possessoires. Ces actions ne mettent en jeu que la seule possession en tant que telle et ne préjugent en rien du fond du droit.

Les actions dont l'objet est de faire statuer sur le fond du droit concerné, c'est-à-dire sur la titularité véritable du droit, sont appelées actions pétitoires.

Il faut opérer un choix : « Le possessoire et le pétitoire ne sont point cumulés » (art. 1371, al. 1er, C. jud.).

Dans le cadre d'une action pétitoire, le rôle de défendeur sera attribué au possesseur, en tant que gagnant lors de la phase possessoire dans l'hypothèse où, préalablement à l'examen du fond du droit, la possession elle-même était contestée. C'est donc à son adversaire, au demandeur au pétitoire, qu'il appartiendra de prouver que la situation de fait ne correspond pas à la situation de droit, et que lui, demandeur, est le véritable titulaire du droit litigieux. On comprend, par conséquent, le confort du possesseur : il lui suffit de faire reconnaître sa possession – donc d'administrer la preuve d'un fait, ce qu'il peut faire par toutes voies de droit – ce qui est plus simple que de prouver l'existence du droit (soumise aujourd'hui à la hiérarchie légale des modes de preuve), pour se retrouver dans la position de défendeur au pétitoire. La phase possessoire n'est pas obligatoire : le demandeur peut agir d'emblée au pétitoire, mais alors il n'est plus admissible à agir au possessoire ultérieurement (art. 1371, al. 2, C. jud.).

Remarque : la charge de la preuve

Prouver, c'est établir la réalité d'un fait ou d'un acte dont découlent des

conséquences juridiques. La charge de la preuve désigne celui à qui il incombe de prouver. Tout débat judiciaire suppose, au moins de la part de l'un des plaideurs, une contestation de la situation existante. Or, pour modifier une situation existante, il faut apporter des motifs à l'appui de la situation qu'on lui préfère. C'est donc au demandeur (actor) en justice qu'incombe la charge de prouver le contenu de sa demande : *Actori incumbit probatio* (art. 1315, al. 1er, C.c.). S'il n'y parvient pas, le défendeur (reus) triomphera, par le seul droit d'inertie : *Actore non probante absolvitur reus*. S'il y parvient, il appartiendra au défendeur de se défendre, de soulever une exception, et d'en prouver le contenu : *Reus excipiendo fit actor* (art. 1315, al. 2, C.c.). Ainsi, quiconque prétend quelque chose doit en apporter la preuve.

4) Acquisition des fruits et des produits aménagés en fruits

Le possesseur de bonne foi acquiert la propriété des fruits et des produits aménagés en fruits, aussi longtemps qu'il reste de bonne foi, donc aussi longtemps qu'il ignore les vices de son titre (art. 549 C.c.). Il conserve le bénéfice de cette propriété, par exemple jusqu'à l'introduction de la demande par le dominus de la chose, même si, plus tard, il est évincé de sa possession. S'applique, dès lors, en cette matière l'adage *Mala fides superveniens nocet*, la mauvaise foi qui survient nuit (à l'intéressé).

5) Remboursement des impenses

Le possesseur peut exiger du *verus dominus*, qui a réintégré l'usage de sa propriété, le remboursement des impenses utiles et nécessaires qu'il a faites sur la chose durant sa possession.

Remarque : la théorie des impenses

L'impense est toute dépense faite sur une chose (in pendere, payer dans). Par définition, la dépense faite sur sa propre chose ne pose aucun problème. Il n'en va plus de même lorsque la dépense est faite sur la chose d'autrui. Il existe trois sortes d'impenses :

- les impenses nécessaires sont indispensables à la conservation de la chose : nourrir un animal, réparer une toiture ;
- les impenses utiles ne sont pas indispensables à la conservation de la chose, mais lui donnent une plus-value, elles augmentent la valeur de la chose travaux d'aménagement, telle la transformation d'une annexe obscure en une pièce bien éclairée ; améliorer un accès ;
- les impenses voluptuaires, somptuaires ou de pur agrément sont superflues. Ce sont des dépenses d'agrément, d'utilité purement subjective : créer un jardin d'hiver ou aménager une salle de culture physique.

Il existe différents moyens juridiques qui, suivant les situations, permettent à l'auteur d'une dépense effectuée sur la chose d'autrui d'en récupérer le coût, ou au moins une partie de celui-ci, auprès du verus dominus. Parmi ces moyens, l'accession, la spécification... La théorie des impenses est celui de ces moyens qui jouera lorsqu'aucun autre mécanisme de droit ne pourra jouer. En ce sens, la théorie des impenses est dite subsidiaire.

Effets de la théorie des impenses :

les impenses nécessaires sont remboursées intégralement ;

les impenses utiles sont remboursées dans les limites de la plus-value attribuée à la chose ;

les impenses voluptuaires ne sont pas remboursées.

La théorie des impenses bénéficie également au possesseur de mauvaise foi et même au détenteur.

6) Accession

Le possesseur qui incorpore des choses accessoires à la chose dont il est possesseur peut prétendre à une indemnisation par le verus dominus de la chose principale qui réintègre sa propriété (u. infra) :

dans tous les cas, s'il est de bonne foi ;

lorsque le verus dominus choisit de conserver l'incorporation, s'il est possesseur de mauvaise foi.

5.ACQUISITION, EXERCICE ET PERTE DE LA POSSESSION

a)Acquisition de la possession

L'acquisition de la possession peut résulter :

d'un acte unilatéral : prise de possession d'une res nullius ; intervention de titre par contradiction opposée au verus dominus (u. infra, traditionbrevi manu) ;

d'un acte bilatéral. Le seul accord de volontés ne suffit en principe pas pour opérer le transfert conventionnel de la possession : il faut un acte extérieur, la tradition ou délivrance. Mais celle-ci peut se réduire à des actes symboliques, voire être purement intellectuelle (art. 1606 in fine, C.c.) : contrat d'achat ; contrat d'échange ;

de la loi : c'est le cas de la saisine héréditaire. La possession de l'héritier résulte de la loi qui rend l'héritier possesseur par le simple fait du décès du testateur. Cette acquisition de plein droit nous vient du droit coutumier. Elle était exprimée par l'adage « le mort saisit le vif ».

La possession peut s'acquérir de trois manières :

animo meo et corpore meo : acheter et prendre livraison soi-même ;

animo meo sed corpore alieno : acheter un bien et envoyer un tiers en prendre livraison ;

animo alieno et corpore alieno : tel est le cas des incapables, comme les aliénés et les enfants, dont l'*animus* se trouve « transféré » chez leur représentant légal (parent, tuteur, administrateur).

En principe :

on ne peut acquérir la possession *animo solo*, par le seul *animus*. Il existe cependant une exception à ce principe : l'envoi en possession de plein droit des

héritiers au décès du de cuius (art. 724 et 1006 C.c.). De plus, la tradition *brevi manu* évoque une acquisition de possession *animo solo* ;

N.b.

■

: de cuius est une contraction de l'expression *is de cuius successione agitur*, celui de la succession duquel il s'agit. On se sert de cette contraction pour désigner un défunt.

on ne peut acquérir la possession *corpore solo*, par la seule prise du *corpus*.

b) Exercice de la possession

La possession peut s'exercer de cinq manières :

animo meo et corpore meo : posséder le char que l'on conduit ;

animo meo sed corpore alieno : l'objet possédé est détenu par un tiers, tel un appartement mis en location.

animo alieno et corpore alieno : les biens possédés par les incapables et dont ceux-ci ne disposent pas de la jouissance matérielle ;

corpore solo (ou *corpore meo sed animo alieno*) : tel est le cas des biens des incapables qui en ont la jouissance matérielle ;

animo solo : des biens possédés à distance. Ainsi un citoyen possède-t-il des terres alors qu'il est enrôlé dans une légion.

c) Perte de la possession

La possession supposant la réunion de deux éléments (*corpus* et *animus*), elle disparaîtra si l'un de ces éléments disparaît.

La possession peut se perdre de quatre manières :

animo meo et corpore meo : vente du bien possédé et tradition à autrui ; la chose possédée fait l'objet d'un abandon libre et volontaire.

animo meo sed corpore alieno : vente du bien possédé et un tiers en livre le

corpus ;

animo alieno et corpore alieno : c'est le cas de l'incapable dont le représentant vend un bien et en fait la tradition ;

corpore solo : la perte du corpus de la chose provoque la perte de la possession, lors même que le possesseur garderait l'animus. S'agissant d'un meuble, la possession est perdue lorsque le possesseur de la chose ne peut plus s'en ressaisir, dès que la chose échappe à sa garde, par exemple lorsqu'un tiers s'en est emparé. S'agissant d'un immeuble, elle sera perdue par voie de conséquence à l'acquisition de la possession dans le chef d'une autre personne, prolongée durant plus d'un an (cf. art. 2243 C.c.).

En principe, on ne peut perdre la possession animo solo, sauf constitut possessoire.

6.L'INTERVERSION DE TITRES – LES TRADITIONS FICTIVES

La tradition est l'acte extérieur normal opérant transfert de possession et suppose en principe la remise effective de la chose. Mais, dans certains cas, la tradition se réduit à des opérations symboliques. Exceptionnellement même, le transfert de possession peut s'accomplir sans aucun acte extérieur de tradition :

a)La tradition symbolique

La tradition se réduit à des actes symboliques : remise des titres de propriété ou des clés d'un bâtiment (art. 1605 C.c.).

a)La tradition *brevi manu*

Cette dénomination latine médiévale fait référence à la tradition *longa manu* (en droit romain : *oculis et adfectu* : « par les yeux et l'intention »), qui se matérialisait par une description gestuelle de l'objet cédé : l'aliénateur désigne, d'un large mouvement de la main, l'immeuble dont il transfère la propriété (le bien sur lequel jusqu'ores il exerçait sa maîtrise ou *manus*).

La tradition *brevi manu* raccourcit nettement le mouvement puisqu'elle désigne la conversion du titre de détention en titre de possession. Le détenteur devient possesseur en acquérant l'*animus*. Tel sera e.g. le cas du locataire qui acquiert la propriété de l'appartement qu'il louait jusqu'alors.

Cette interversion de titre ne peut se réaliser de n'importe quelle façon. En effet, *nemo sibi causam possessionis naturalis mutare potest* : on ne peut, de sa propre initiative et par seule intention, convertir son titre de détention en titre de possession.

Cette règle comporte néanmoins des exceptions. L'interversion de titre de détention en titre de possession est possible (ce qui ne signifie pas licite), si l'intention qui la sous-tend est extériorisée. L'extériorisation peut se réaliser :

soit par l'intervention d'un tiers : le tiers est celui qui, aux yeux du détenteur,

apparaît comme le titulaire du droit concerné, autrement dit le possesseur. Ce sera notamment le cas du locataire qui achète l'immeuble à celui qu'il croit être le propriétaire du bien qu'il a pris en location ;

soit par une contradiction opposée par le détenteur au véritable titulaire du droit possédé : le détenteur fait savoir de manière non équivoque au titulaire du droit que, désormais, il se considère lui-même comme le propriétaire, l'usufruitier, etc. C'est, par exemple, le cas du locataire qui cesse de payer son loyer et refuse de quitter les lieux, en notifiant à son bailleur qu'il compte désormais posséder pour lui-même.

b) Le constitut possessoire est la conversion du titre de possession en titre de détention. Le possesseur devient détenteur en perdant l'animus. Tel sera e.g. le cas du propriétaire qui vend sa chose, mais en reste locataire ou usufruitier. L'appellation de constitut possessoire s'explique par son origine latine : se constituere possessorem pro alio, se constituer possesseur pour autrui, i.e. détenteur.

7.LES PRÉSUMPTIONS ATTACHÉES À LA POSSESSION

Le droit positif établit diverses présomptions iuris tantum, donc susceptibles d'être renversées par la preuve contraire, qui bénéficient soit au possesseur, soit au uerus dominus.

a)Présomption de non-interversion de titre de détention (art. 2231 C.c.) : celui qui a commencé à détenir est présumé rester un simple détenteur.

b)Présomption de possession (art. 2230 C.c.) : celui qui dispose du corpus est présumé possesseur de la chose.

c)Présomption de bonne foi (art. 2268 C.c.) : le possesseur est présumé de bonne foi.

d)Présomption de continuité (art. 2234 C.c.) : le possesseur actuel, qui prouve qu'il a possédé antérieurement, est présumé avoir possédé dans le temps intermédiaire. La possession actuelle ne fait toutefois pas présumer la possession antérieure.

e)Présomption de titularité

Le mécanisme de la phase possessoire revient à accorder au possesseur le bénéfice d'une présomption de propriété, ou d'une présomption de titularité lorsque le droit en jeu est un autre droit réel : la situation de fait est donc présumée correspondre à la situation de droit.

8.LA JONCTION DES POSSESSIONS

La jonction des possessions sert à atteindre le temps requis pour prescrire de manière acquisitive (u. infra, prescription acquisitive).

Lorsque la possession intervient comme condition de la prescription acquisitive, la loi permet à celui qui prescrit de joindre à la durée de sa propre possession celle de son prédécesseur, donc celle de son auteur, et celle des possesseurs antérieurs le cas échéant (art. 2235 C.c.). Cependant, pour qu'il puisse y avoir jonction des possessions, la manière dont la possession a été acquise importe : la jonction n'est possible qu'entre les successeurs à titre particulier (à un bien ou à quelques biens en particulier). En revanche, celui qui succède à titre universel (à tout ou à une fraction du patrimoine) recueille nécessairement le titre de son auteur, en sorte que, si ce dernier était possesseur, c'est la même possession qui continue dans le chef du successeur.

Exemples de succession à titre particulier : une vente, une donation.

Exemple de succession à titre universel : un enfant hérite de son père.

Ne peuvent être jointes, d'une part, que des possessions utiles et, d'autre part, que des possessions en la même qualité pour prescrire plus rapidement.

Section 3

Le droit de propriété

1.NOTION

Le droit de propriété (*ius in re sua*) est un droit réel qui permet à son titulaire de retirer toute l'utilité de la chose sur laquelle il porte. Ce droit confère donc la *plena in re potestas*, la pleine puissance sur la chose (sauf les restrictions qui y sont apportées).

L'utilité complète de la chose suppose la réunion de trois composantes :

l'*usus* est le droit à l'usage exclusif de la chose (droit de s'en servir ou non, d'en user à son gré, de s'opposer à ce qu'autrui en use) ;

le *fructus* est le droit à toutes les choses accessoires produites par la chose principale qui fait l'objet du droit de propriété (recueillir les fruits ainsi que les produits de la chose principale, et s'opposer à ce qu'autrui les recueille).

l'*abusus* est le droit de disposer juridiquement (e.g. vendre) et matériellement (e.g. modifier, détruire) de la chose.

2.CARACTÉRISTIQUES GÉNÉRALES

Le droit de propriété est un droit subjectif civil réel, absolu (sans que l'on puisse pour autant en abuser), patrimonial (mais le bien peut être temporairement inaccessibles), mobilier ou immobilier, divisible (une chose peut faire l'objet d'une copropriété ou indivision), en principe perpétuel (mais il existe des cas d'extinction absolue du droit de propriété).

3.RESTRICTIONS AU DROIT DE PROPRIÉTÉ

Malgré sa vocation à la généralité, le droit de propriété souffre de restrictions. Ces restrictions ont tantôt une origine jurisprudentielle, tantôt une origine légale, tantôt même une origine conventionnelle.

A.Restriction générale : interdiction de l'abus de droit

L'abus de droit repose sur l'idée d'un usage fautif de son droit, d'un usage qui n'est pas celui du bon père de famille : *male enim nostro iure uti non debemus*, « nous ne devons en effet pas mal user de notre droit » écrit le jurisconsulte Gaius, sur la base notamment de deux constitutions impériales d'Antonin le Pieux restreignant le droit de sanction du maître sur l'esclave. En droit contemporain, cette notion trouve sa source dans le droit de la responsabilité civile extracontractuelle, dont le critère est le comportement du bon père de famille (art. 1382 C.c.).

B.Restriction contemporaine d'origine jurisprudentielle : les troubles de voisinage

Il y a trouble anormal de voisinage lorsque l'occupant d'un bien immobilier (propriétaire, possesseur, détenteur), par un fait non fautif et non constitutif d'un abus de droit, occasionne à un voisin un désagrément rompant l'équilibre entre les deux propriétés. On distingue, dès lors, parmi les troubles de voisinage, les troubles normaux (bruits de portes, d'appareils ménagers...) et les troubles anormaux (inconvenients excessifs imposés par les propriétaires voisins). Seuls ces derniers peuvent entraîner une réparation.

C.Restrictions particulières d'origine légale

L'énumération qui suit n'est qu'exemplative, car les restrictions de cette nature sont très nombreuses.

a) Dans l'intérêt général

Expropriation pour cause d'utilité publique

L'autorité publique peut, dans un but d'utilité publique, priver quelqu'un de sa propriété immobilière, moyennant une juste et préalable indemnité :
expropriation d'une maison et du terrain sur lequel elle est bâtie pour y construire une route.

Réquisition

L'autorité militaire peut réquisitionner temporairement, aussi bien en temps de paix qu'en temps de guerre, des meubles ou même des immeubles. Exemple : réquisition à Paris de mille cent taxis (et de leurs chauffeurs), le 6 septembre 1914, pour transporter cinq mille fantassins vers le front lors de la bataille de la Marne ; le Trésor public français a indemnisé la compagnie de taxis appartenant à un petit-fils de Napoléon 1er qui avait suggéré cette opération.

Prescriptions urbanistiques

Ces prescriptions ont pour conséquence qu'on ne peut élever n'importe où n'importe quelle construction.

b) Dans l'intérêt du voisin – respect des servitudes légales et naturelles :

le propriétaire d'un fonds inférieur doit tolérer sur son fonds l'écoulement des eaux naturelles (pluies, sources) provenant d'un fonds supérieur (art. 640 C.c.) ;

des distances doivent être respectées par rapport au fonds voisin lorsqu'on veut réaliser sur son fonds des plantations (arbres) ou des constructions (puits,

four, etc.) ;

on ne peut percer n'importe où des ouvertures dans les murs des constructions : des conditions sont à respecter, qui varient selon les cas. De façon générale, les ouvertures peuvent être de deux types :

les jours ne laissent passer que la lumière (fenêtres non ouvrantes ; cf. art. 676 C.c. : « fenêtres à fer maillé et verre dormant »),

les vues laissent passer la lumière et l'air (« fenêtres d'aspect » ouvrantes) ;

il faut tolérer sur son fonds un droit de passage au profit d'un fonds enclavé, i.e. un fonds sans accès à la voie publique, moyennant indemnité proportionnée au dommage subi (art. 682 à 685 C.c.).

D.Restrictions particulières d'origine conventionnelle

Elles sont en nombre illimité, car les parties à un contrat peuvent en principe convenir de ce qu'elles veulent (principe de l'autonomie de la volonté) : ainsi des servitudes constituées par convention.

4.MODES D'ACQUISITION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

A. Notion

Il faut distinguer, parmi les modes d'acquisition de la propriété, les modes originaires et les modes dérivés.

Les modes originaires créent un droit de propriété, font naître la propriété, lui font prendre son origine chez celui qui acquiert. Dès lors, si la chose concernée était appropriée, le nouveau droit de propriété éteindra l'ancien. Les modes originaires permettent, par conséquent, d'apporter une preuve absolue – i.e. détachée, indépendante du droit d'un éventuel propriétaire antérieur – de l'acquisition du droit de propriété. Ce sont :

l'occupation ;

l'invention ;

la prescription acquisitive ;

l'accession ;

la spécification ;

l'acquisition des fruits et des produits aménagés en fruits par une personne autre que le propriétaire de la chose principale.

Les modes dérivés ont pour effet de transférer le droit de propriété : ils le transmettent, tel qu'il existe antérieurement, à l'acquéreur. Dans la mesure où l'on ne peut transférer plus de droits qu'on n'en a soi-même, la propriété n'est acquise que si celui qui l'a transmise était lui-même propriétaire, ce qui suppose qu'il l'ait lui-même acquise d'une personne qui en était elle-même titulaire, et ainsi de suite.

En référence à la preuve par le diable qu'une âme lui appartiendrait (preuve impossible à administrer !), des juristes médiévaux ont appelé probatio diabolica (preuve diabolique, vu sa difficulté) la preuve qu'il faut apporter de son droit de

propriété dans ces conditions. En effet, le mode dérivé ne permet de rapporter qu'une preuve relative de l'acquisition du droit de propriété : parmi les propriétaires antérieurs (présumés angéliques, donc titulaires d'un droit exempt de tout vice d'acquisition), ne se cache-t-il pas un quelconque Lucifer, qui aurait transmis une propriété dont, en réalité, il n'était pas titulaire ? Mais Lucifer étant lui-même un ange déchu (donc aussi en dernier ressort une créature de Dieu...), toute propriété transmise par mode dérivé finira par être consolidée comme si elle résultait d'un mode originaire, et ce par voie de prescription acquisitive.

Notre notion du droit de propriété date de l'époque de Justinien et est le produit d'une évolution (le mot *proprietas* ne se répand que sous le Bas Empire).

À l'origine, seul un citoyen romain peut être propriétaire au regard du droit romain : il dispose de la propriété quiritaire, i.e. *ex iure Quiritium*. À sa mort (au cours d'un orage), Romulus serait monté au ciel et a été divinisé sous le nom de Quirinus. Les Romains de vieille souche sont appelés Quirites en référence à la supposée ancienneté de leur origine. Initialement seuls les meubles et le lopin de terre de deux arpents entourant leur domus (l'*Heredium* ou habitation attribuée par Romulus) pouvaient faire l'objet d'une propriété complète, les terres cultivées étant seulement concédées pour l'exploitation agricole au profit de toute la cité. L'individualisation des droits sur des terres agricoles n'intervient que par voie d'une redevance payée en contrepartie du droit à l'exploitation pendant des périodes renouvelables de cinq ans. Cette redevance est progressivement supprimée après la conquête de la Grèce (achevée par la bataille de Pydna en 168 a.C.).

Trois modes dérivés permettent la transmission de la propriété quiritaire :

- 1) La *mancipatio*, qui s'applique aux *res Mancipi* (u. supra) ;
- 2) L'*in iure cessio* (i.e. cession au cours de la phase du procès se déroulant devant le préteur) est un procès fictif qui permet d'alléger les formalités requises par la *mancipatio* et s'applique sans doute aussi à des *res nec Mancipi* d'une valeur importante : le demandeur prétend que telle chose est sienne en vertu du droit des Quirites et, comme le défendeur acquiesce, le préteur est dispensé de désigner un juge, à défaut de contestation ;
- 3) La *traditio*, simple tradition ou remise matérielle de la chose par l'aliénateur à l'acquéreur, suffit pour les *res nec Mancipi* dès lors que le droit de propriété est

inhérent à la chose qui en est l'objet.

Il se peut cependant que les formalités requises par la *mancipatio* n'aient pas été adéquatement respectées, voire que l'acquéreur ait cru, de bonne foi, qu'une simple *traditio* suffisait : il devient possesseur, mais non propriétaire *ex iure Quiritium*, de sorte que l'aliénateur, de mauvaise foi, pourrait tenter de récupérer la chose aliénée par voie d'action en revendication. Le préteur va protéger un tel acquéreur en reconnaissant que le bien peut demeurer dans son patrimoine (*in bonis*) et fait ainsi l'objet d'une propriété prétorienne. Cette dernière est imparfaite (elle ne met pas l'acquéreur à l'abri de la revendication par un tiers qui serait le véritable propriétaire, en lieu et place de l'aliénateur de mauvaise foi), mais est assimilée à la propriété quiritaire après un an (pour les meubles) ou deux (pour les immeubles) de possession utile : c'est le mécanisme de l'usucapion ou prescription acquisitive. Ces délais sont brefs parce qu'ils concernent les membres d'une même cité et qu'il est permis de sanctionner ainsi l'inertie d'un tiers propriétaire qui s'abstiendrait de faire valoir son droit en temps utile.

Cette protection sera étendue par le préteur aux pérégrins. Ceux-ci ne peuvent devenir titulaires d'un droit de propriété propre aux Romains, même s'ils acquièrent un bien transféré par un Romain, voire respectent les formes d'un mode dérivé romain d'acquisition de la propriété. Le premier but du droit étant d'assurer une cohabitation pacifique au sein de la cité, il convient cependant, lorsque Rome devient une cité cosmopolite, de protéger les acquisitions faites par des pérégrins : la notion de propriété est en effet concevable dans le cadre du *ius gentium*, droit applicable à l'ensemble des habitants libres de l'empire. Aussi le préteur, appelé à trancher une contestation relative au droit de propriété invoqué par un pérégrin, va-t-il prescrire au juge de se prononcer comme si le pérégrin était un citoyen romain (procédé de la fiction). La propriété pérégrine devient pratiquement sans objet lorsque la citoyenneté est accordée par l'empereur Caracalla à presque tous les habitants libres de l'empire en 212 p.C.

La propriété dite « provinciale » concerne les territoires conquis hors d'Italie, qui demeurent la propriété du peuple romain dans son ensemble : des particuliers se voient concéder des parcelles, moyennant paiement à l'État de la redevance qui avait été supprimée en Italie : cette redevance s'appelle *stipendium* dans les provinces impériales et *tributum* dans les provinces sénatoriales. Le droit individuel des concessionnaires est octroyé par voie de simple *traditio*, et est sanctionné par une action spécifique (il ne peut y avoir revendication puisqu'il

n'y a pas de propriété individuelle inhérente à la res, ni prescription acquisitive). En 286 p.C., l'empereur Maximien, collègue de Dioclétien, supprime l'exemption de redevance des terres italiques et soumet toutes les propriétés immobilières à un même impôt foncier : s'il s'agit désormais d'un impôt proprement dit (contribution au financement des dépenses publiques) et non plus d'une simple redevance recognitive de la prééminence de l'État, en revanche le terme *proprietas* s'applique désormais à tous les fonds de terre, où qu'ils soient.

L'unité du droit de propriété est consacrée par le droit de Justinien. Si l'*in iure cessio* ou procès fictif a disparu dès l'époque de Dioclétien, Justinien supprime deux autres héritages du passé : la distinction entre *res Mancipi* et *res nec Mancipi*, et la catégorie des pérégrins déditices (anciens ennemis de Rome qui, pour avoir résisté à outrance, ne se sont pas vus accorder la citoyenneté après leur reddition). Il ne faut dès lors plus de propriété prétorienne pour pallier l'absence ou un vice de *mancipatio*, ni de propriété pérégrine. La *traditio* est devenue le seul mode dérivé volontaire de transfert de la propriété, à entendre comme la mise en œuvre matérielle des multiples causes juridiques possibles d'un tel transfert : vente, échange, donation...

À l'inverse des modes originaires, les modes dérivés existent actuellement en nombre illimité. Ils sont réunis sous le vocable de succession s.l. Une succession au sens large suppose toujours l'existence d'au moins deux personnes : l'aliénateur ou auteur, qui transmet ou de qui dérive le droit, et l'acquéreur, successeur ou ayant cause, qui le reçoit.

Remarque : la règle suivant laquelle on ne peut transférer plus de droits qu'on n'en a soi-même est exprimée par l'adage *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Cet adage signifie non seulement qu'on ne peut transférer un droit qu'on n'a pas, mais encore qu'on transfère le droit dans l'état où il se trouve. Ainsi, un nu-propriétaire ne peut-il transférer que la nue-propriété et un immeuble grevé d'une servitude sera vendu tel quel, avec sa servitude.

B. Les modes dérivés

peuvent être classés de trois façons :

a) Selon le moment où le mode dérivé sort ses effets :

entre vifs : contrat de vente ;

à cause de mort : testament.

b) Selon l'existence ou non d'une contre-prestation :

à titre onéreux : contrat d'échange ;

à titre gratuit : contrat de donation.

c) Selon la quantité de biens acquis :

une succession universelle porte sur l'ensemble du patrimoine : un enfant hérite de son père ; une femme sui iuris se marie cum manu ;

une succession à titre universel porte sur une fraction déterminée du patrimoine (art. 1010, al. 1er, C.c.) : la moitié du patrimoine, tous les meubles, tous les immeubles ;

une succession à titre particulier porte sur un ou plusieurs biens déterminés, considérés individuellement (art. 1010, al. 2, C.c.) : un immeuble, une dizaine de livres.

Cette dernière classification présente deux intérêts pratiques :

1) la participation au passif du patrimoine : le successeur à titre particulier n'est aucunement tenu du passif du patrimoine (art. 1024 C.c.) ; les autres successeurs participent au passif dans la proportion de l'actif qu'ils recueillent (art. 1012 C.c.) ;

2) la qualité du successeur : le successeur à titre particulier succède à un bien, et, le cas échéant, acquiert, dès lors une qualité différente de celle de son auteur. Si ce dernier était possesseur de mauvaise foi, de prime abord, le successeur sera considéré comme étant de bonne foi ; si l'auteur n'était que détenteur, le successeur à titre particulier n'en sera pas moins considéré, au départ, comme un possesseur de bonne foi. Le successeur universel ou à titre universel succède à la personne de son auteur, dont il garde nécessairement la qualité. Si ce dernier n'était que détenteur ou était possesseur, de bonne ou mauvaise foi, de tel bien, le successeur universel ou à titre universel garde la même qualité. En ce qui concerne les droits de créance et les obligations dont l'auteur était titulaire, c'est donc le successeur qui prend sa place dans les rapports juridiques qui unissaient cet auteur à ses débiteurs et créanciers (art. 1122 C.c.). Ce mécanisme de substitution est qualifié de subrogation (sub-rogare, appeler en dessous) personnelle (une personne se substitue à une autre).

C. Les modes originaires

a) L'occupation (occupatio) est le mode originaire d'acquisition de la propriété des res nullius s.l., et des res communes acquises pour partie. L'acquisition de la propriété par occupation ne requiert qu'une seule condition : la prise de possession effective de la chose. L'occupant devient instantanément propriétaire. Ainsi, la situation de droit (propriété) découle-t-elle directement et exclusivement d'une situation de fait (possession).

Les situations suivantes peuvent se présenter dans la réalité :

prise de possession de bonne foi d'une chose que l'on sait pertinemment bien être une res nullius : il y a occupatio ;

prise de possession de bonne foi d'une chose qu'on croit être une res nullius, mais qui, en réalité, fait l'objet d'un droit de propriété auquel le titulaire n'a pas renoncé (une chose simplement égarée). Dans ce cas, il n'y a qu'une simple possession d'un côté, et un droit de propriété dont autrui est titulaire (dissociation du titre de fait et du titre de droit) ;

prise de possession de mauvaise foi d'une chose dont on sait qu'elle est appropriée : il y a soit vol (en cas de soustraction frauduleuse), soit délit visé par l'article 508 du Code pénal ;

prise de possession de mauvaise foi d'une chose dont on croit qu'elle est encore appropriée, alors que son propriétaire s'en est librement et volontairement débarrassé : bien que le possesseur s'imagine être seulement possesseur de mauvaise foi, il est devenu effectivement propriétaire par occupation, puisqu'il y a eu fait matériel de préhension, prise de possession effective d'une res nullius.

b) L'invention (inventio) est le mode originaire d'acquisition de la propriété des trésors (art. 716 C.c.), qui a préoccupé au moins trois empereurs (Hadrien, le premier), sans doute en raison de la nécessité périodique de dissimuler des biens précieux, en cas de troubles intérieurs ou extérieurs.

Un trésor est une chose mobilière enfouie, cachée dans un meuble ou un immeuble, et sur laquelle plus personne ne peut justifier sa propriété (si le propriétaire venait à réapparaître, il pourrait le revendiquer par voie d'actio ad exhibendum). Le trésor ne peut être confondu ni avec une res nullius s.s., puisque le trésor a été approprié et l'est toujours en théorie, encore que son propriétaire soit inconnu ; ni avec une res derelicta, puisque le trésor n'a pas été abandonné par son propriétaire.

L'invention suppose la découverte du trésor, même sans prise de possession matérielle. À la différence de l'occupation, qui crée le droit de propriété dans le chef de l'occupant, l'invention ne crée pas nécessairement le droit de propriété dans le chef de l'inventeur. Les hypothèses suivantes peuvent se présenter :

découverte d'un trésor par une personne qui est le propriétaire du contenant : l'inventeur devient instantanément propriétaire de la totalité du trésor ;

découverte d'un trésor, par pur hasard, dans une chose qui est la propriété d'autrui : l'inventeur et le propriétaire du contenant deviennent chacun propriétaires pour moitié du trésor (copropriété fortuite) ;

invention du trésor par une personne qui n'est pas propriétaire du contenant, mais la découverte ne procède pas du hasard, est le fruit de recherches systématiques à cette fin : le propriétaire du contenant devient propriétaire de la totalité du trésor.

c) La prescription acquisitive (usucapio, de usu capere : prendre par l'usage)

Notion

La prescription acquisitive est le mode originaire d'acquisition de la propriété et de l'action qui sanctionne ce droit (la rei vindicatio) par possession (exercice) de ce droit pendant un certain laps de temps et moyennant certaines conditions.

Effets de la prescription acquisitive :

elle permet à l'acquéreur de purger une acquisition du vice de fond ou de forme qui l'affecte (et de mettre ainsi fin à la dissociation entre propriété et possession). Le possesseur devient ainsi propriétaire ;

Remarque : le vice de fond touche à l'acte juridique considéré comme negotium

(exemple : le défaut de capacité du contractant ou l'absence dans son chef de la qualité de verus dominus). Le vice de forme touche à l'acte juridique considéré comme instrumentum (e.g. le porte-balance n'est pas citoyen romain...).

elle permet à l'acquéreur qui en remplit les conditions de se prévaloir d'un droit de propriété sans devoir faire la probatio diabolica et sans craindre l'application de la règle Nemo plus iuris... Le propriétaire échappe ainsi aux difficultés de preuve de son droit ;

de façon générale, la prescription acquisitive peut conduire à des solutions apparemment injustes, puisqu'elle peut aboutir à titulariser un possesseur d'un droit qu'il n'avait pas, avec la conséquence que le titulaire original du droit perd celui-ci. Il peut donc, en cette matière, y avoir application de la règle Non omne quod licet honestum est : tout ce qui est permis n'est pas (nécessairement) honnête.

Raison d'être de la prescription acquisitive: la sécurité juridique. La vie en société ne peut tolérer que des situations stables puissent être remises en cause indéfiniment. À cette fin, la prescription acquisitive va donner au simple possesseur, après un certain temps et pour autant que sa possession réunisse certaines conditions, un droit de propriété nouveau, dont il pourra apporter une preuve absolue.

Le mécanisme de prescription acquisitive cherche à atteindre un équilibre entre les intérêts du possesseur et ceux du verus dominus. Ainsi jouent :

en faveur du possesseur :

la présomption de possession ;

la présomption de bonne foi ;

l'exigence de la bonne foi, éventuelle et seulement lors de l'initium possessionis, prise de possession (art. 2269 C.c.) ;

le mécanisme de jonction des possessions.

en faveur du verus dominus :

la présomption de non-interversion de titre de détention en titre de possession) ;

l'exigence d'une durée, au demeurant variable, de la possession ;

l'exigence de la réalisation de conditions générales et parfois spéciales.

En droit romain classique, l'usucapion était réservée aux citoyens romains et ne portait donc que sur l'acquisition de la propriété quiritaire, elle-même limitée, en matière d'immeubles, aux fonds situés en Italie. La brièveté de son délai (un an pour les meubles, deux ans pour les immeubles) était liée au voisinage supposé du possesseur et du verus dominus dans une même cité ou dans une aire géographique peu étendue.

La prescription en droit positif est issue de la refonte globale opérée par Justinien et conçue pour l'étendue de l'Empire byzantin : c'est le système exposé ci-après. Les étapes intermédiaires entre l'usucapion classique et la réforme justinienne seront exposées au titre de la prescription extinctive.

Conditions et espèces de la prescription acquisitive

Conditions communes à toute prescription acquisitive

La prescription acquisitive exige une possession utile, i.e. paisible, continue, publique et non équivoque (art. 2229 C.c.). Il faut en outre que la chose possédée soit dans le commerce (art. 2226 C.c.).

Espèces de prescription acquisitive

1) La prescription acquisitive ordinaire ou trentenaire permet d'acquérir la propriété après l'écoulement d'un délai de 30 ans de possession et ne requiert que la réalisation des conditions générales communes à toutes les prescriptions, ainsi qu'une possession prolongée pendant un laps de temps de 30 ans.

2) La prescription acquisitive abrégée permet d'acquérir la propriété des immeubles par une possession de 10 à 20 ans : 10 ans entre « présents », lorsque le véritable propriétaire habite, à l'origine, dans la cité, ultérieurement dans la province romaine, actuellement dans le ressort de la cour d'appel où l'immeuble est situé, et 20 ans entre « absents ». Compte tenu d'un déménagement possible du verus dominus, le délai peut, en fait, varier et, par conséquent, être compris entre 10 et 20 ans. On appelle présence, l'habitation dans la même cité ou province romaine ou le ressort de la même cour d'appel, et absence, l'habitation en dehors de cette cité ou province ou de ce ressort. Chaque année de présence

compte pour une année juridique ; chaque année d'absence compte pour une demi-année juridique. Il faut donc le double d'années d'absence pour arriver au nombre d'années juridiques : le verus dominus est domicilié dans le ressort où se trouve l'immeuble lorsque débute la possession. Après 3 ans, il déménage et quitte ce ressort. Le temps requis pour prescrire sera de 17 ans, soit 3 ans plus 7 ans multipliés par deux (donc 14 ans).

La prescription acquisitive abrégée exige, outre les conditions générales et la condition de délai, deux conditions spéciales :

que le possesseur soit de bonne foi à l'initium possessionis (Mala fides superveniens non nocet : la découverte du vice d'acquisition par le possesseur ne nuit pas au bénéfice du délai abrégé) ;

que la possession soit fondée sur un titre juste et réel :

est juste (iustus : i.e. conforme au droit objectif) le titre qui a pour objet de transférer la propriété s'il émane du verus dominus (vente, testament, donation, échange). Le titre juste doit être translatif, il ne peut être déclaratif. Ne sont donc pas des justes titres le partage et la succession ab intestat ou légale.

est réel le titre véritable, et non simplement putatif. Le titre putatif est un titre imaginaire, celui que l'on croit avoir, mais qui n'existe pas en réalité (e.g. un testament révoqué par un testament ultérieur ; la prise de possession d'un autre bien que celui acquis par titre translatif).

Peut être rattachée à la prescription acquisitive, l'acquisition instantanée ou trois ans après le vol/la perte de la propriété d'un meuble

Justinien a étendu le délai d'usucapion d'un meuble à trois ans.

Actuellement, cette forme de prescription permet au possesseur d'acquérir la propriété d'un meuble instantanément ou encore trois ans après le vol/la perte, selon que le verus dominus s'en est dessaisi volontairement ou non. Outre les conditions générales, cette prescription exige des conditions spéciales :

quant aux biens susceptibles d'être acquis par prescription : il doit s'agir de meubles corporels considérés ut singuli, envisagés de manière individuelle (et pas sous forme d'universalité). Cette prescription ne s'applique pas aux billets de banque ;

quant à la personne : le possesseur doit être de bonne foi à l'initium possessionis, donc avoir la conviction que la tradition du meuble lui confère valablement le droit de propriété.

Selon le type de dessaisissement :

en cas de dessaisissement volontaire se présente une relation à trois personnes :

le verus dominus confie la détention d'un meuble à un intermédiaire (locataire, emprunteur, dépositaire),

l'intermédiaire détient donc cette chose en vertu d'un contrat passé avec le verus dominus,

le possesseur actuel, de bonne foi à l'initium possessionis, a acquis ce bien meuble en vertu d'un acte juridique translatif de propriété qu'il a passé avec l'intermédiaire, tout en croyant erronément qu'il traitait avec le verus dominus.

Le possesseur devient immédiatement propriétaire ; le verus dominus perd sa propriété, il ne peut plus revendiquer l'objet, mais il conserve évidemment une action en responsabilité contractuelle contre l'intermédiaire (inexécution du contrat passé entre eux). Ce dernier peut, en outre, faire l'objet de poursuites pénales du chef d'abus de confiance ;

en cas de dessaisissement involontaire se présente une relation à deux ou à trois personnes : dans cette seconde hypothèse, le verus dominus peut revendiquer le bien pendant trois ans à partir de la perte ou du vol. Ce qui ne signifie pas que le possesseur doive posséder l'objet pendant trois ans : ce délai est un délai préfix, qui s'impose au verus dominus. Si ce dernier retrouve son bien endéans les trois ans, le possesseur, contraint de le lui restituer, conserve bien sûr une action contre l'intermédiaire éventuel qui devait le garantir contre l'éviction.

Néanmoins, si le possesseur a acquis le bien dans une foire, un marché ou en vente publique, ou encore auprès d'un marchand de choses pareilles, le verus dominus, pour récupérer son objet, devra payer au possesseur le prix que celui-ci a dû payer pour acquérir le bien (art. 2280 C.c.).

Si le possesseur actuel du bien meuble est de mauvaise foi à l'initium possessionis, la prescription ordinaire joue et le possesseur n'acquerra la propriété qu'après 30 ans.

En cas de prescription instantanée, le droit de suite du verus dominus subit un échec total face au possesseur de bonne foi de son meuble : c'est une conséquence logique de l'application de la règle Accessorium sequitur principale, l'accessoire suit le principal. En effet, le droit de suite n'étant qu'un attribut du droit de propriété, cet attribut se perd dès que le propriétaire perd son droit réel.

Modifications du calcul des délais de la prescription acquisitive : interruption et suspension

Deux circonstances modifient le calcul des délais de prescription acquisitive :

l'interruption de la prescription a pour effet d'effacer le délai écoulé avant sa survenance. Dès que la cause d'interruption prend fin, un autre délai commence à courir. L'interruption peut être :

naturelle (art. 2243 C.c.) : elle résulte de la perte de la possession corpore solo (et tant que dure cette dépossession),

civile : elle résulte d'une citation en justice (art. 2244 C.c. et tant que dure la procédure subséquente) ou d'une reconnaissance par le possesseur du droit de celui contre qui il prescrit, du droit du propriétaire (art. 2248 C.c.) ;

la suspension de la prescription ne porte pas atteinte au délai écoulé avant sa survenance. Elle empêche seulement le délai de continuer à courir tant que la cause de suspension subsiste, mais ce qui est acquis le reste, avec cette conséquence que le délai de prescription sera simplement allongé d'une période de temps égale à la période de suspension. Il y a suspension principalement dans trois circonstances :

la prescription ne court pas contre les incapables d'exercice tant que dure leur incapacité (contre un mineur d'âge, contre un malade mental interdit, art. 2252 C.c.),

la prescription ne court pas entre époux (art. 2253 C.c.),

la prescription ne courrait pas contre celui qui est dans l'impossibilité d'ester en justice pour défendre son droit, en vertu de l'adage médiéval *contra non valentem agere non currit praescriptio*. Ainsi, depuis le III^e siècle p.C., était-elle suspendue en faveur du soldat en campagne. L'impossibilité doit actuellement

s'entendre de l'existence d'un obstacle légal, de sorte que cet adage ne paraît plus pouvoir être appliqué comme tel en dehors des hypothèses où une loi suspend expressément la prescription (tel fut le cas en France pour les délais expirant au cours des deux guerres mondiales). Il est permis de convenir que la prescription sera suspendue, par exemple, durant le temps de négociations.

La prescription extinctive

La prescription extinctive n'est pas un mode originaire d'acquisition de la propriété, mais doit être évoquée ici notamment parce qu'elle a contribué à l'évolution de l'usucapion du droit romain classique vers la prescription acquisitive justinienne, ce dont le Code civil paraît s'être souvenu (art. 2219).

Notion

La prescription extinctive a pour effet d'éteindre une action sanctionnant un droit subjectif, et d'éteindre parfois en même temps le droit subjectif lui-même, par le non-usage, le non-exercice de ce droit ou de cette action prolongé pendant un certain laps de temps qui commence à courir soit à partir du dernier acte d'exercice du droit, soit à partir du jour où naît l'action.

Raison d'être de la prescription extinctive et effet général : mettre les individus à l'abri d'actions en justice, en sanctionnant l'inertie des titulaires de ces actions. L'effet général de la prescription extinctive est donc essentiellement négatif, en ce qu'il prive le titulaire d'un droit subjectif de la possibilité d'intenter encore l'action qui sanctionne ce droit. Par comparaison, l'effet général de la prescription acquisitive est, quant à lui, avant tout positif dans le chef d'un possesseur qui devient titulaire d'un droit et de l'action corrélative, mais il est également négatif dans le chef de l'ancien titulaire du droit.

L'étendue de l'empire a mis en évidence deux inconvénients de l'usucapion issue de la Loi des XII Tables : d'une part, le délai d'exercice très limité de la revendication du propriétaire dépossédé, et, d'autre part, son champ d'application restreint quant à son objet (immeubles en Italie et meubles) et à ses bénéficiaires (citoyens romains). Elle ne pouvait dès lors intervenir au profit d'acquéreurs pérégrins ou de fonds provinciaux *a non domino*. Ces derniers ont, à partir d'un rescrit des empereurs Septime Sévère et Caracalla en 199 p.C., vu leur possession (à défaut d'un véritable droit de propriété au regard du droit

civil) protégée dès lors qu'elle réunissait les conditions de l'usucapion (bonne foi et juste titre), mais moyennant de plus longs délais d'exercice de l'action sanctionnant le droit du *verus dominus* : dix à vingt ans, selon la présence ou l'absence. Cette protection a ensuite été étendue à la possession de meubles acquis *a non domino* par des pérégrins. Ce moyen de défense, appelé *praescriptio longi temporis* (« de longue durée ») n'est qu'une prescription extinctive de l'action du propriétaire contre l'actuel possesseur pérégrin ou d'un fonds provincial. Le propriétaire recouvrerait son action s'il venait à pouvoir l'exercer contre un nouveau possesseur.

Ultérieurement apparaît la *praescriptio longissimi temporis* (« de très longue durée »). À défaut pour tout possesseur de réunir les conditions de l'usucapion, le *verus dominus* pouvait encore indéfiniment mettre en œuvre son droit de revendication. À partir de Constantin, il est déchu, après 40 ans (délai réduit à 30 ans par Théodose II en 424 p.C.) de son action contre le possesseur actuel, même si ce dernier est de mauvaise foi et/ou n'a pas de juste titre.

En 528 p.C., Justinien rend acquisitive de propriété la *praescriptio longissimi temporis* au profit du possesseur de bonne foi dépourvu d'un juste titre (elle demeure seulement extinctive pour les possesseurs de mauvaise foi). En 531, il fusionne l'usucapion et la *praescriptio longi temporis*, cette dernière devenant alors acquisitive au profit du possesseur de bonne foi muni d'un juste titre (délai de 10 à 20 ans pour les immeubles, de 3 ans pour les meubles).

En droit romain, la prescription extinctive ne s'est généralisée que tardivement : par une constitution impériale prise par Théodose II en 424 p.C. Auparavant les actions en justice étaient en principe perpétuelles, à l'exception des actions prétorienne comportant une innovation par rapport au *ius civile*, qui devaient être introduites dans un délai d'un an (par analogie sans doute avec la durée de la magistrature électorale du préteur), et des actions édiliciennes, qui devaient être introduites dans un délai de six mois (les édiles avaient la police des marchés et, à ce titre, tranchaient notamment les contestations relatives aux ventes d'esclaves ou de bestiaux affectés d'un vice caché...). À partir de 424, est introduit un délai général de prescription extinctive fixé à 30 ans pour toutes les actions, à l'exception des courtes prescriptions antérieures, maintenues, et de celles relatives à la revendication des biens appartenant à l'État ou à l'empereur, à l'Église ou à des *piae causae* (fondations charitables) : pour ces dernières, le délai est porté à 40 ans.

La prescription extinctive trentenaire est restée le principe (v. art. 2262 ancien C.c.) en droit contemporain jusqu'à la loi du 10 juin 1998, qui a réduit le délai à 10 ans pour les actions personnelles (i.e. sanctionnant des droits de créance ; art. 2262bis C.c.), mais a conservé le délai de 30 ans pour les actions réelles (i.e. sanctionnant des droits réels ; art. 2262 nouveau C.c.).

Applications de la prescription extinctive

extinction du droit et de l'action : l'usufruit et son action confessoire, et de façon générale tous les iura in re aliena.

il n'y a extinction que de l'action : les droits de créance ; seule l'action en exécution forcée du créancier se perd par prescription extinctive.

le droit de propriété, ainsi que l'action en revendication qui le sanctionne ne se perdent pas par prescription extinctive, mais peuvent se perdre par voie de conséquence à la prescription acquisitive réalisée par le possesseur.

Les obligations peuvent être de trois types :

1) les obligations morales (philosophiques, religieuses...) ne sont pas sanctionnées par le droit et n'imposent que des préceptes moraux (ou religieux), dont on est redevable vis-à-vis de sa conscience (ou de la divinité) : e.g. l'obligation d'aimer ses père et mère ;

2) les obligations civiles ou juridiques sont les obligations que le droit sanctionne de manière active et passive :

de manière active, en accordant au créancier une action en exécution forcée de manière à contraindre son débiteur récalcitrant à exécuter son obligation,

de manière passive en octroyant au créancier une exception de paiement dû susceptible de paralyser une action en répétition qu'intenterait son ex-débiteur après avoir payé. L'action en répétition est l'action intentée par le débiteur pour récupérer ce qu'il a payé (re-petere, redemander). L'exception est un moyen de défense soulevé par le défendeur : ainsi l'obligation à charge des père et mère de pourvoir à l'entretien, l'éducation et la formation de leurs enfants (art. 203, § 1er, C.c.) ;

3) les obligations naturelles sont les obligations que le droit sanctionne seulement

de manière passive : si le créancier bénéficie d'une exception de paiement dû à partir du moment où son débiteur l'a payé, il ne dispose cependant pas d'une action en exécution forcée pour contraindre son débiteur à payer (art. 1235, al. 2, C.c.). Ces obligations peuvent être naturelles dès l'origine : ainsi le fait d'établir ses enfants ; le fait pour un frère/une soeur d'entretenir sa soeur/son frère en « état de propreté » (obligation alimentaire). L'obligation naturelle peut aussi être le résultat de la dégénérescence d'une obligation civile par l'effet de la prescription extinctive : ainsi le bailleur, qui a attendu plus de 5 ans avant de réclamer le paiement de loyers échus, n'a-t-il plus d'action en exécution forcée contre son locataire, car celui-ci bénéficie de la prescription extinctive. Si, à la demande du bailleur, le locataire paie quand même, il ne pourra plus réclamer ces loyers au bailleur, car celui-ci peut soulever une exception de paiement dû (art. 1235, al. 2, C.c.).

Comparaison entre prescription acquisitive et prescription extinctive

Si ces deux prescriptions présentent certains points communs (écoulement d'un certain laps de temps variable, suspension dans certains cas vis-à-vis des mineurs, mêmes causes d'interruption civile,...), il n'en existe pas moins des différences fondamentales entre elles :

la prescription acquisitive concerne les droits réels, à l'exception du gage, de l'hypothèque, et de certaines catégories de servitudes prédiales ; elle ne concerne pas les droits de créance. La prescription extinctive concerne les droits réels, à l'exception du droit de propriété, mais également les droits de créance ;

la prescription acquisitive a un effet positif : elle rend quelqu'un titulaire d'un droit réel. La prescription extinctive a un effet négatif : elle désarme le titulaire d'un droit réel ou de créance ;

la prescription acquisitive fait acquérir le droit et l'action. La prescription extinctive entraîne dans certains cas une dissociation entre le droit et l'action, avec toujours au moins l'extinction de l'action ;

la prescription acquisitive requiert plusieurs conditions dans le chef du possesseur. La prescription extinctive ne requiert que le non-usage prolongé ;

la prescription acquisitive connaît le mécanisme de la jonction des possessions. La prescription extinctive ne connaît pas de jonction des délais ;

les délais des deux prescriptions ne sont pas les mêmes :

Prescription acquisitive	
En principe 30 ans	
Délais plus courts : 10 à 20 ans après 3 ans aucun délai	Délais plus courts : à titre

les points de départ de ces délais sont différents :

pour la prescription acquisitive, le délai court à partir du premier fait manifestant la possession,

pour la prescription extinctive, le délai court normalement à partir du jour où naît l'action du créancier, ou à partir de la dernière manifestation de jouissance ou d'exercice du droit ;

la prescription acquisitive connaît l'interruption naturelle, étrangère à la prescription extinctive.

La spécification

a) Notion

La spécification est le mode originaire d'acquisition de la propriété des res novae ou choses mobilières nouvelles créées par un spécificateur à partir d'une matière ou d'une ou plusieurs choses mobilières appartenant à autrui. Deux hypothèses peuvent se présenter :

soit la chose nouvelle a été créée au départ de deux ou plusieurs autres choses : une toile peinte à l'huile ;

soit elle a été créée au départ d'une matière qui a été transformée : le vin fabriqué avec le raisin.

Le Code civil la dénomme accession mobilière (art. 565 à 577), le terme « spécification » n'étant effectivement pas d'origine romaine. Sans doute a-t-il à l'esprit un passage des Institutes qui évoque la controverse antique à partir d'une curieuse discrimination entre deux créations intellectuelles : le manuscrit rédigé sur le parchemin d'autrui appartient au propriétaire du parchemin, l'écrivain ayant seulement droit au remboursement de ses impenses s'il possédait le parchemin de bonne foi (le droit romain ignore la catégorie des droits intellectuels et donc la notion de droit d'auteur...) ; en revanche les Institutes trouvent qu'il serait ridiculus d'attribuer au propriétaire du panneau l'œuvre peinte par un artiste renommé...

Telle est donc la question débattue par les deux grandes écoles de jurisconsultes : la chose nouvelle doit-elle être attribuée au propriétaire de la matière (opinion des Sabinieniens) ou à l'auteur de la transformation (opinion des Proculieniens) ?

Ces deux opinions se réfèrent aux conceptions philosophiques divergentes des péripatéticiens et des stoïciens : les disciples d'Aristote (lui-même précepteur d'Alexandre le Grand...) pensent que le travail de transformation de la chose est prépondérant et que la substance de la res nova réside dans sa forme nouvelle (une chaise en bois est autre chose que du bois... et appartient donc au menuisier) ; les stoïciens (courant philosophique le plus répandu chez les jurisconsultes romains sous le Haut Empire), plus attachés à la notion d'éternité du monde, pensent, au contraire, que la matière demeure la substance de la chose (une chaise en bois reste un morceau de bois... qui continue à appartenir au propriétaire du bois).

Justinien adopte un autre critère : la spécification est-elle parfaite (irréversible : l'huile d'olive ne retournera pas aux olives...) ou imparfaite (réversible : la médaille d'or peut à nouveau être fondue...) ? Dans la première hypothèse, la res nova appartient à l'artisan (moyennant indemnisation du propriétaire de la matière première), dans la seconde au propriétaire de la matière. Ce critère explique l'exemple des Institutes : le manuscrit peut être effacé et le parchemin réutilisé (il s'agira alors d'un palimpseste).

Ce critère est expressément rejeté par le Code civil : « ... soit que la matière puisse ou non reprendre sa première forme... » (art. 570), le propriétaire de la matière première peut revendiquer la res nova en remboursant le prix de la main-d'œuvre. Cependant si la main-d'œuvre surpasse « de beaucoup la valeur de la matière employée » (art. 571), la res nova appartient au spécificateur, à charge d'indemniser le propriétaire de la matière première.

b) Régime actuel

Le Code civil (art. 565) subordonne entièrement le régime de la spécification « aux principes de l'équité naturelle ». Aussi les règles posées aux articles 566 à 577 (en ce compris donc le rejet du critère de Justinien) ne doivent-elles servir que d'exemples au juge pour se déterminer.

Deux facteurs juridiques expliquent qu'un tribunal contemporain ne sera guère amené à recourir auxdites règles :

1)l'article 2279 C.c., constituant un mode d'acquisition instantané ou à très bref délai d'un meuble, pourra souvent être invoqué par le spécificateur qui a transformé une matière première en sa possession ; c'est seulement en cas de mauvaise foi prouvée du possesseur que ce dernier pourra être condamné aux dommages-intérêts visés à l'article 577 C.c. ;

2)nombre d'hypothèses contemporaines de spécification donneront lieu à l'application de règles imprévisibles à l'époque du droit romain ou de la rédaction du Code civil : quid de l'insertion dans son ordinateur, voire de la transformation par le spécificateur d'un logiciel appartenant à autrui ? Nul ne se demandera plus si un programme GPS à jour et acquis sans licence a plus ou moins de valeur que le terminal d'utilisation : interviendront les normes d'utilisation et d'indemnisation propres au régime des droits intellectuels, voire du « piratage » informatique, dont l'étude sort du contexte du présent manuel. Ne demeurent alors soumises au Code civil, voire aux Institutes, que des situations plus anecdotiques, telles l'utilisation par Picasso, durant la seconde guerre mondiale, de toiles du musée d'Antibes dont il a recouvert les œuvres initiales pour peindre les siennes...

L'accession

a) Notion

L'accession s.l. est le mode originaire d'acquisition de la propriété des choses accessoires produites par la chose principale, et des choses accessoires incorporées à la chose principale. Le second cas de figure est appelé accession s.s. ou proprement dite. L'accession est un cas d'application de la règle *Accessorium sequitur principale*.

b) Acquisition des choses accessoires produites par la chose principale (fruits s.l.)

Il s'agit de l'acquisition des fruits s.l., c'est-à-dire des fruits s.s. et des produits. Le propriétaire de la chose principale les acquiert par séparation, c'est-à-dire par détachement, de quelque manière que ce soit, de la chose accessoire par rapport à la chose principale.

En ce qui concerne les fruits civils (intérêts de capitaux, loyers...), ils s'acquièrent au jour le jour, en ce compris les dividendes d'actions ou parts de sociétés : c'est la raison pour laquelle toute augmentation de capital par émission

d'actions nouvelles précise la date d'entrée en jouissance des souscripteurs, i.e. la date de formation du bénéfice à partir de laquelle le titulaire de nouvelles actions pourra prendre part à la répartition par voie de dividendes. Cet avantage particulier qui profite au propriétaire de la chose principale est bien plus une conséquence de son droit de propriété qu'un mode originaire d'acquisition de la propriété.

La propriété de certains fruits s.l. (fruits s.s. et produits aménagés en fruits) peut être acquise à d'autres personnes que le propriétaire de la chose principale : pour les titulaires de certains droits réels sur cette chose (e.g. l'usufruitier), pour le possesseur de bonne foi ou même pour de simples détenteurs de cette chose (e.g. le locataire).

L'accession s.s.

a) Notion

Il y a accession s.s. lorsqu'il y a incorporation en principe indissociable de deux choses étant dans un rapport de principale à accessoire, incorporation qui provoque un conflit de propriété. Trois éléments peuvent être mis en évidence dans cette définition :

une réunion en principe indissociable : à défaut le ius tollendi est accordé au propriétaire de la chose accessoire, et il n'y a pas d'accession au profit du propriétaire de la chose principale ;

les deux choses sont dans un rapport de principal à accessoire, sans quoi aucun des deux propriétaires ne devient propriétaire du tout, en présence d'un mélange (confusio pour deux liquides, commixtio pour deux solides) qui se résoudra par un partage ;

les deux choses appartiennent, avant leur union, à des propriétaires différents, ce qui entraîne nécessairement un conflit de propriété.

b) Caractéristiques de l'accession s.s.

Elle est définitive : même si, après la réunion des choses, il y a dissolution de l'ensemble, le propriétaire de la chose principale n'en demeure pas moins propriétaire de la chose accessoire qui y était incorporée.

Elle est, en principe, immédiate : elle se réalise juridiquement dès l'incorporation. Mais, dans nombre de cas, l'accession est différée et volontaire (les règles relatives à l'accession s.s. sont supplétives). Ainsi, l'emphytéose et la superficie entraînent-elles une accession différée.

c) Hypothèses d'accession s.s.

accession au profit d'un meuble

Une des formes de l'accession mobilière est la spécification selon le Code civil.

l'accession au profit d'un immeuble peut être de deux types :

l'accession naturelle est par définition le fait de la nature et ne donne lieu à revendication ou indemnité que dans les hypothèses, plutôt rares en fait, des articles 559 et 563 C.c. Exemples d'accession naturelle :

l'alluvion : augmentation lente et insensible de la contenance d'un fonds de terre par l'effet de l'eau courante (art. 556 et 558 C.c.),

l'avulsion : augmentation brusque de la contenance d'un fonds de terre par l'effet de l'eau courante (art. 559 C.c. : le propriétaire dépossédé d'une partie considérable et reconnaissable d'un champ riverain détachée en amont peut la revendiquer dans l'année de la prise de possession par un voisin en aval... L'Italie romaine était plus torrentueuse que la Belgique contemporaine !),

le relais : augmentation imperceptible de la contenance d'un fonds de terre par suite du retrait de l'eau (art. 557 C.c.),

le cas des pigeons, lapins ou poissons (art. 564 C.c.) : ils changent, le cas échéant, respectivement de colombier, garenne ou étang ;

la seconde espèce d'accession au profit d'un immeuble est le fruit du travail de l'homme : elle s'appelle accession artificielle. De façon générale, c'est le domaine d'application de la règle *Superficies solo cedit*, littéralement : la superficie cède au sol, principe en vertu duquel le propriétaire du sol devient propriétaire de ce qui y est incorporé (art. 552 C.c.). Dans ce cas, comme l'accession résulte de la volonté de l'homme, un problème d'indemnité peut se poser. Deux présomptions simples interviennent (art. 553 C.c.) :

toutes constructions, plantations, tous ouvrages sur un fonds sont présumés avoir été faits par le propriétaire de ce fonds et à ses frais,

ces constructions, plantations et ouvrages sont présumés lui appartenir.

Si ces présomptions sont renversées par la preuve contraire, deux hypothèses peuvent se présenter :

ou bien le propriétaire de la chose principale a incorporé à celle-ci une chose accessoire appartenant à autrui (art. 554 C.c.) : c'est le cas du *tignum iunctum* évoqué dans la loi des XII Tables, la poutre incorporée dans un bâtiment et qu'on ne peut ôter sans provoquer un écroulement ; le propriétaire de la chose accessoire ne pourra revendiquer sa chose (sauf ultérieurement si le bâtiment est détruit dans d'autres circonstances), mais il devra se satisfaire d'une indemnité (au double à Rome si l'incorporateur était de mauvaise foi) compensant la valeur de cette chose et le dommage éventuel qu'il subit. Actuellement, la chose accessoire étant un meuble, l'acquisition par accession ne sera invoquée que par le propriétaire de la chose principale qui ne réunit pas les conditions de la prescription instantanée ou après trois ans. Si l'incorporation a été réalisée de mauvaise foi, le propriétaire de la chose principale peut, le cas échéant, être poursuivi sur le plan pénal ;

ou bien le propriétaire de la chose accessoire incorpore celle-ci dans une chose principale appartenant à autrui (art. 555 C.c.) : cette situation est fréquente dans le cadre d'un bail d'immeuble. Deux sous-hypothèses doivent être envisagées :

le propriétaire de la chose accessoire est possesseur de bonne foi de la chose principale (ou le locataire a effectué des travaux autorisés par le bailleur) : le propriétaire de la chose principale ne peut exiger, avant indemnisation de l'incorporateur, l'enlèvement de l'incorporation et il doit payer une indemnité au propriétaire de la chose accessoire. Cette indemnité consistera, au choix du propriétaire de la chose principale :

soit dans le prix du matériau et de la main-d'œuvre, c'est-à-dire la totalité des frais engagés par le possesseur de bonne foi,

soit en la contre-valeur de la plus-value que l'incorporation a procurée à la chose principale,

le propriétaire de la chose accessoire n'est pas possesseur de bonne foi de la

chose principale : il est possesseur de mauvaise foi ou même simple détenteur (e.g. locataire effectuant des travaux non autorisés par le bailleur). Dans ce cas, le propriétaire de la chose principale a le choix :

soit il fait enlever l'incorporation et remettre les choses en pristin état aux frais du propriétaire des choses accessoires, qui supportera en outre d'éventuels dommages et intérêts,

soit il la conserve, à charge cependant de rembourser au propriétaire de la chose accessoire les frais engagés (matériau et main-d'œuvre).

Remarques :

– une troisième hypothèse peut se présenter : le possesseur (mais non propriétaire) de la chose principale y incorpore des matériaux qui ne lui appartiennent pas. S'il ne réunit pas les conditions lui permettant de bénéficier de l'article 2279 C.c., l'incorporateur devra une indemnité au tiers ancien propriétaire des choses accessoires, qui ne pourra les revendiquer contre le verus dominus, ce dernier indemnisant ou non l'incorporateur selon les modalités de la deuxième hypothèse (art. 555 C.c.) ;

– la deuxième hypothèse présente, à première vue, un paradoxe : le possesseur de mauvaise foi sera mieux indemnisé que celui de bonne foi si le coût des matériaux et de la main-d'œuvre excède la plus-value et si le verus dominus conserve les constructions (le possesseur de bonne foi n'aurait droit qu'au montant équivalent à la plus-value). Les règles de l'accession ne sont toutefois que supplétives : or le verus dominus, en présence d'un possesseur de mauvaise foi, est en position de force pour négocier l'indemnité puisqu'il a, de toute façon, le droit de faire procéder à l'enlèvement des constructions ou plantations...

– en l'absence des conditions d'application de la théorie de l'accession, celle des impenses devra s'appliquer.

L'acquisition des fruits et des produits aménagés en fruits par une autre personne que le propriétaire de la chose principale.

a) Notion

Ce mode originaire d'acquisition de la propriété constitue une exception à la règle *Accessorium sequitur principale* : dans certains cas, les fruits et les produits aménagés en fruits seront acquis par une personne autre que le propriétaire de la chose principale qui les a produits. Tel sera le cas pour :

l'usufruitier ;

l'usager ;

le locataire ;

l'emphytéote ;

le superficiaire ;

le voisin, pour les fruits tombés naturellement sur son fonds ;

le possesseur de bonne foi (mais *mala fides superveniens nocet*, la mauvaise foi qui survient nuit : art. 550, al. 2, C.c.).

b) Mode d'acquisition

Ces différents acquéreurs de fruits les acquièrent-ils par perception (ils n'en deviennent alors propriétaires que lorsqu'ils ont eux-mêmes pris possession des fruits et des produits aménagés en fruits, ou mandaté quelqu'un à cet effet) ou par séparation (ils en deviennent alors propriétaires quelle que soit la cause du détachement des fruits ou produits aménagés en fruits d'avec la chose principale, et quelle que soit la personne qui y procède éventuellement) ?

En droit romain, seuls l'emphytéote, le superficiaire et le possesseur de bonne foi (dont les droits ou la situation sont à long terme) bénéficient de la propriété des fruits dès la séparation : ainsi sont-ils eux-mêmes fondés, en cas de vol, à exercer la revendication contre le voleur, ce que ne pourraient faire l'usufruitier, l'usager, le locataire (simples détenteurs de la chose principale à plus court terme) ni le voisin. Actuellement, de façon générale, l'acquisition se fait par séparation, les brefs délais de l'article 2279 C.c. imposant la vigilance accrue du détenteur de la chose principale en cas de dépossession des fruits.

5.EXTINCTION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

A.Extinction relative du droit de propriété

Il y a extinction relative du droit de propriété lorsque celui-ci disparaît dans le chef de son titulaire actuel, mais se retrouve dans le chef d'un nouveau titulaire. L'extinction relative correspond à la transmission du droit de propriété : vente d'un objet ; le droit de propriété est perdu pour le vendeur qui le transmet à l'acheteur.

B.Extinction absolue du droit de propriété

Il y a extinction absolue du droit de propriété lorsque celui-ci disparaît non seulement dans le chef de son titulaire, mais également à l'égard de toute autre personne. L'extinction absolue peut se produire :

suite à la disparition matérielle de la chose : le droit disparaît alors également, par voie de conséquence. La disparition matérielle peut être normale (e.g. les choses consommables que l'on consomme) ou anormale (e.g. les choses que le propriétaire détruit, qui périssent casu ou par la faute d'un tiers) ;

suite à la disparition juridique de la chose, i.e. lorsque la chose cesse d'être susceptible d'appartenir à un patrimoine privé : en cas d'expropriation ;

suite à la disparition du droit, sans disparition de la chose : tel est le cas lorsqu'il y a derelictio non suivie d'occupatio.

6.SANCTIONS DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

A. Notion

La sanction d'un droit est son moyen de protection. Celle-ci est assurée par une ou plusieurs actions en justice protégeant le titulaire du droit. La protection du droit du propriétaire est assurée par deux actions en justice : l'action en revendication (*rei vindicatio*) et l'action négatoire (*actio negatoria*). Il ne faut pas confondre ces deux actions spécifiques au droit de propriété avec d'autres actions en justice qui ont, certes, pour effet indirect de protéger le propriétaire, mais qui ne poursuivent pas directement cet objectif. Tel est le cas :

des actions possessoires qui protègent avant tout une situation de fait (possession, et parfois détention) sur un immeuble. La coïncidence fréquente entre la situation de fait (possession) et le titre de droit (droit de propriété) aboutit à ce que ces actions protègent éventuellement un véritable propriétaire, mais elles n'ont pas pour objectif la protection d'un droit ;

des actions pénales intentées contre l'auteur d'infractions telles que le vol ou la violation de domicile, infractions qui manifestement portent atteinte au droit de propriété de la victime. Ces actions pénales ont pour objectif la sanction de l'atteinte portée à l'ordre public par l'auteur de l'infraction. Or, cette atteinte coïncidant avec une atteinte au droit de propriété de la victime, par voie de conséquence, le droit de propriété se trouve également ainsi protégé ;

des actions contre les atteintes portées à la propriété : troubles de voisinage, abus de droit, dénonciation de nouvel œuvre...

B. La revendication

a) Notion

La revendication est une action réelle, accordée au titulaire du droit de propriété, qui lui permet, en principe, de reprendre la chose faisant l'objet de son droit de propriété, en quelques mains qu'elle se trouve et, en principe, pour autant que cette chose ne soit pas librement interchangeable.

La revendication est une action réelle

Elle est fondée sur l'existence d'un droit de propriété qu'il appartient au demandeur de prouver. Il ne faut pas confondre la revendication avec :

les actions personnelles en restitution, qui sont fondées sur une obligation de restitution dans le chef du défendeur. Ces actions n'exigent que la preuve du lien d'obligation existant entre les parties en litige : e.g. l'action du bailleur en restitution de la chose louée ;

les actions personnelles en nullité, résolution ou rescision, qui visent à l'anéantissement d'un acte juridique (contrat, testament...) ayant opéré la transmission d'un bien : le demandeur n'invoque pas directement son droit de propriété, mais doit seulement démontrer que l'acte de transmission est affecté d'une cause d'anéantissement.

La revendication est une action pétitoire

Le juge est requis de se prononcer sur le fond du droit, et non pas sur le fait de la possession. La revendication peut être intentée par le verus dominus, à la suite d'une action possessoire ou même d'emblée.

La revendication permet en principe de reprendre la chose

Ce principe suppose évidemment que la chose revendiquée existe encore en nature. Il y est fait exception lorsque le titulaire initial du droit de propriété a

perdu son droit de suite. Tel sera le cas lorsqu'en face de lui, il a un possesseur qui a réuni les conditions de la prescription acquisitive : puisque le possesseur est devenu propriétaire, le propriétaire initial a perdu son droit de propriété.

b) Objet et champ d'application de l'action en revendication

Principe

L'action en revendication a pour objet la restitution en nature du bien dont le demandeur se dit être propriétaire, ce qui suppose que ce bien soit une chose non librement interchangeable, une *species*. Dans le cas contraire, le possesseur actuel serait considéré comme propriétaire et l'action intentée contre lui ne pourrait plus être que l'action personnelle d'un créancier contre un débiteur de *genera*.

Exceptions

Il est des cas où l'action en revendication peut être intentée dans le but de récupérer, entre autres choses, des *genera*. Ainsi, lorsque les actions en revendication ont pour objet des choses collectives ou des hérités jacentes, ces universalités peuvent compter en leur sein des *genera* (e.g. des sommes d'argent).

c) Cas où l'action en revendication d'une *species* aboutit à des dommages et intérêts compensatoires : le demandeur poursuit la restitution en nature, mais celle-ci ne peut plus avoir lieu. Dès lors, le demandeur devra se contenter de dommages et intérêts compensatoires (exécution par équivalent) :

lorsque le défendeur est un possesseur qui a cessé de posséder par dol et s'est défait frauduleusement de la *species* pour échapper à la *rei vindicatio* : le défendeur est considéré fictivement comme étant toujours possesseur, par application de la règle *Dolus malus pro possessione est*, le dol tient lieu de possession. Ne possédant plus la chose, il devra en restituer la valeur. Ainsi lorsqu'un voleur a revendu la chose dérobée : le tiers acquéreur de bonne foi est protégé par la prescription acquisitive à l'expiration d'un délai de trois ans après le vol. Le dominus devra dès lors se contenter de dommages-intérêts de la part du voleur ;

lorsque, par application d'une des trois théories de dépenses faites sur la chose d'autrui (spécification, accession ou *impenses*), le propriétaire de la chose

accessoire ne peut récupérer celle-ci et doit se satisfaire d'une somme d'argent compensatoire ;

lorsque la species a péri ou a été détériorée par la faute du défendeur ou même casu :

si le défendeur est un possesseur de mauvaise foi, il devra en toute hypothèse payer des dommages et intérêts, car il est débiteur dès la prise de possession et, dès cet instant, il est mis en demeure de plein droit, de sorte qu'il supporte la charge des risques,

si le défendeur est un possesseur de bonne foi, il ne répondra que de la perte fautive de la chose, et ce uniquement après avoir été mis en demeure.

C.La mise en demeure

i) Notion

Le terme demeure provient du latin *mora*, qui signifie retard fautif. Au sens juridique, la demeure vise la situation dans laquelle se trouve un débiteur qui est en retard fautif d'exécution de son obligation. La demeure en tant que telle n'a pas d'effet juridique. La mise en demeure est une sommation expresse (art. 1139 C.c.) faite par le créancier à son débiteur, l'enjoignant d'exécuter une obligation qu'il n'a pas encore exécutée suite à un retard fautif. En principe, la mise en demeure exige une sommation expresse faite par le créancier à son débiteur. Si le créancier ne réagit pas face au retard fautif d'exécution de son débiteur, il est supposé laisser un délai de grâce à ce dernier pour s'exécuter. La mise en demeure n'a donc pas lieu de plein droit : c'est la règle *Dies non interpellat pro homine* (littéralement : le jour n'interpelle pas pour l'homme ; la seule échéance du terme convenu ne suffit pas à mettre le débiteur en demeure). La sommation expresse du créancier à son débiteur ne requiert aucune forme particulière. Par exception, la mise en demeure a lieu automatiquement dans certains cas :

s'il y a clause contraire expresse : les règles relatives à la mise en demeure étant supplétives, les parties à un contrat peuvent convenir d'y déroger en stipulant que le débiteur sera considéré comme mis en demeure, par exemple, le jour de l'échéance de son obligation, ou le lendemain, ou autant de jours plus tard (art. 1139 C.c.) ;

s'il y a mise en demeure de plein droit :

le possesseur de mauvaise foi est mis en demeure dès la prise de possession (e.g. : le voleur),

le débiteur d'une obligation dont l'exécution n'est plus possible. C'est notamment le cas du débiteur d'une obligation de non facere qui contrevient à son engagement ; il n'est dès lors plus possible de l'exécuter, aussi est-il mis en demeure de plein droit. Il en va de même lorsqu'un délai est dépassé (e.g. l'artiste qui oublie un concert) ou lorsque l'usage normal d'une chose n'est pas respecté (e.g. un commodataire utilise un attelage de char comme attelage de charrue...).

ii) Effets juridiques de la mise en demeure

La mise en demeure peut produire trois effets juridiques :

Renverser la charge des risques

La règle *Debitor certae rei...* est renversée, et c'est donc le débiteur qui supportera tous les risques consécutifs à la perte ou à la détérioration casu de la species, si le casus survient après que le débiteur a été mis en demeure d'exécuter l'obligation dont il est tenu.

Rendre le débiteur titulaire d'une obligation secondaire

Cette obligation secondaire se superpose à l'obligation principale qui subsiste. Elle consiste pour le débiteur à payer à son créancier des dommages et intérêts moratoires. Cette somme d'argent est destinée à réparer le préjudice causé au créancier par le retard fautif apporté dans l'exécution de son obligation par le débiteur.

Faire perdre le droit aux fruits au possesseur de bonne foi

Si la mise en demeure est adressée à un possesseur de bonne foi et concerne une chose frugifère, ce possesseur de bonne foi perd son droit aux fruits.

Quant à leurs effets, il ne faut pas confondre la mise en demeure avec la citation en justice. Si cette dernière produit les mêmes trois effets que la mise en demeure, elle en a de surcroît deux autres qui lui sont propres :

elle constitue l'acte introductif d'instance (elle introduit le procès) ;

elle constitue une cause d'interruption civile des prescriptions acquisitive et extinctive.

iii) L'action publicienne

La notion de propriété prétorienne a été introduite notamment pour remédier à un vice de forme de la transmission d'une res mancipi au cas où les formalités de la mancipatio n'auraient pas été respectées : une telle transmission valait en tout cas comme traditio et il suffisait au possesseur de patienter durant le délai de l'usucapion pour voir sa possession de bonne foi convertie en propriété valable au regard du droit civil et, dès lors, protégée par l'action en revendication. Mais quid s'il venait à être dépossédé dans l'intervalle ? L'institution de la propriété prétorienne résulte de l'innovation introduite par un préteur dénommé Publicius, qui a accordé à un tel possesseur l'action publicienne, variante de l'action en revendication accueillie dès lors que, par fiction, le préteur réputé accompli le délai de l'usucapion : cette action permet au propriétaire prétorien, voire au simple possesseur de bonne foi, de mettre en œuvre un droit de suite contre tout tiers d'une condition juridique inférieure à la sienne. Ainsi peut-il récupérer la chose dont il a été dépossédé, sauf si précisément l'auteur de la dépossession est le verus dominus au regard du droit civil. Dans ce cas se présente l'alternative suivante :

soit un propriétaire prétorien tient la chose du propriétaire quiritaire, qui la lui réclame de mauvaise foi : le premier soulève alors l'exception rei venditae (donatae) et traditae, lui objectant ainsi qu'il ne peut se prévaloir d'un vice de forme pour reprendre la chose qu'il avait vendue (ou donnée) et livrée ;

soit le possesseur tient la chose d'autrui, sans que le verus dominus l'ait valablement aliénée : ce dernier récupère alors son bien.

En raison de la disparition de la catégorie des res mancipi et de la propriété prétorienne, à l'époque de Justinien l'action publicienne ne conserve d'intérêt que pour le possesseur de bonne foi acquéreur a non domino : seuls pourront l'empêcher d'atteindre l'usucapion le verus dominus ou un acquéreur de bonne foi de la même chose mis antérieurement en possession. Actuellement ne subsiste que l'action en revendication proprement dite, eu égard à l'article 2279 en matière de meubles et aux règles de transcription (aux fins d'opposabilité par

la publicité) en matière de cession de droits réels immobiliers.

D.L'action négatoire

L'action négatoire de servitude (prédiale ou personnelle) est une action réelle que le verus dominus peut intenter contre quiconque prétend avoir sur sa chose un droit réel de servitude. Elle tend à faire dire pour droit que la chose n'est pas grevée de servitude (dire qu'il n'y a pas revient à nier). L'action négatoire ne peut être confondue avec l'action confessoire, qui sanctionne (protège) les servitudes.

Section 4

L'usufruit, l'usage, l'habitation

1.L'USUFRUIT

A. Notion

L'usufruit est un droit réel principal ou de jouissance, temporaire et au maximum viager, qui permet à son titulaire de se servir d'une chose appartenant à autrui et d'en percevoir les fruits si elle est frugifère, à charge d'en conserver la substance et d'en jouir en bon père de famille (art. 578 et 582 C.c.). La chose sur laquelle porte le droit d'usufruit est appelée chose usufruituaire.

De cette définition, il résulte que l'usufruitier a l'usus (le ius utendi) et le fructus (le ius fruendi). Quant au propriétaire, appelé en l'espèce nu-propriétaire, il n'a plus que l'abusus (le ius abutendi). Encore faut-il remarquer que si le nu-propriétaire a l'abusus juridique (il peut disposer du bien par un acte juridique), il n'a pratiquement plus l'abusus matériel (il ne peut pas détruire ou simplement modifier la chose). Il ne peut exercer son ius abutendi qu'à la condition de ne pas nuire aux droits de l'usufruitier.

Les origines du droit d'usufruit remontent au droit romain : dans le mariage sine manu, l'épouse n'entrait pas, juridiquement parlant, dans la famille de son mari. Aussi, au décès de ce dernier, l'épouse ne recueillait-elle aucune part dans la succession ab intestat. Le mari assumait dès lors l'obligation morale de laisser à sa veuve les moyens d'existence qui lui seraient nécessaires pour continuer à vivre selon le train de vie auquel il l'avait habituée, sans toutefois frustrer les enfants qui étaient ses héritiers. Le legs d'usufruit permettait de concilier tous les intérêts en présence, car les enfants devaient tolérer seulement une simple jouissance des biens de leur père prédécédé par leur mère, pour retrouver ensuite, lors du décès de celle-ci, la pleine propriété de ces biens. Aujourd'hui encore, c'est l'usufruit successoral du conjoint survivant (art. 745bis et 915bis C.c.) qui constitue l'une des applications les plus fréquentes du droit d'usufruit, mais, à présent, le conjoint survivant est devenu un successeur légal (donc même en l'absence de disposition de dernières volontés expresse en sa faveur).

B.Caractéristiques

L'usufruit est un droit :

subjectif civil ;

patrimonial ;

absolu ;

mobilier ou immobilier (art. 581 C.c.) ;

réel, principal ou de jouissance ;

portant sur une chose appartenant à autrui (ius in re aliena) ;

divisible : l'usufruit est dit conjoint lorsqu'il est constitué au profit de plusieurs personnes en même temps et sur un même bien (en cas de décès de l'un des usufruitiers, sa part accroît celle du ou des autres usufruitiers conjoints) ;

temporaire et au maximum viager (maximum 30 ans pour une personne morale : art. 619 C.c.). Cette caractéristique n'empêche pas la constitution d'un usufruit successif ou réversible, bénéficiant successivement à plusieurs personnes, l'une après l'autre, pour autant qu'à la constitution de l'usufruit toutes soient vivantes (ou au moins conçues : Infans conceptus...). L'usufruit successif

■

est la dénomination générale de l'usufruit accordé à plusieurs personnes successivement. L'usufruit réversible

■

désigne la constitution par réserve d'un usufruit jusqu'au décès du survivant sur un bien appartenant au seul constituant (e.g. : un époux dispose de son bien propre, sous réserve d'usufruit jusqu'au décès du survivant de son couple) ;

personnel : il est attaché à la personne de l'usufruitier quant à sa durée. Il ne peut donc être transmis aux héritiers de l'usufruitier. Le caractère personnel du droit d'usufruit ne s'oppose toutefois pas à ce que ce droit soit, sauf stipulation contractuelle contraire, cessible. En effet, le droit d'usufruit peut être loué ou vendu. Le droit restera toutefois attaché à la personne de l'usufruitier cédant (celui qui a cédé son droit), puisque, à la mort de celui-ci, le droit s'éteint entre les mains de l'usufruitier cessionnaire (celui qui a acheté ou loué le droit).

C.Modalités de l'usufruit

1)Généralités

Sauf exceptions, la plupart des règles du Code civil en matière d'usufruit sont supplétives : il est donc possible d'y déroger par la volonté des parties contractantes, en application du principe contractuel de l'autonomie de la volonté (u. infra). Seules la durée limitée de l'usufruit et l'obligation de faire inventaire sont d'ordre public et, par conséquent, doivent être respectées. De cette liberté découle la possibilité de recourir à différentes variétés d'usufruit.

2)Usufruit successif

L'usufruit successif est créé au profit de plusieurs personnes, étant entendu que le droit d'usufruit dont était titulaire une première personne, ne s'ouvrira sur la tête de la deuxième qu'à la mort de la première, et sur la tête de la troisième qu'à la mort du deuxième usufruitier et ainsi de suite. L'usufruit différé jusqu'à l'extinction d'un usufruit antérieur est soumis à une condition, au sens technique du terme : la survie de l'usufruitier dont le droit est différé. Comment concilier cette forme d'usufruit avec la règle suivant laquelle le droit d'usufruit est au maximum viager et, partant, intransmissible ? Son caractère intransmissible interdit, en effet, de créer un droit successif pour lequel chaque usufruitier tiendrait son droit de l'usufruitier précédent. En réalité, dans l'usufruit successif, chaque usufruitier tient son droit directement du constituant lui-même (le propriétaire). Il y a donc autant d'usufruits qu'il y a d'usufruitiers : tous les bénéficiaires successifs doivent être en vie, ou au minimum conçus, au moment de l'acte de constitution de l'usufruit.

3)Usufruit conjoint

L'usufruit peut être constitué conjointement et simultanément au profit de plusieurs personnes.

4)Usufruit à terme

L'usufruit peut également être consenti à terme. Le terme peut être extinctif : l'usufruit doit prendre fin à l'expiration d'une période déterminée. Le terme peut également être suspensif, auquel cas l'usufruit ne commencera qu'après un certain délai. Lorsque le terme est suspensif, il renferme nécessairement une condition, puisqu'il faut que l'usufruitier soit encore en vie au moment où son droit à l'usufruit s'ouvre.

5) Quasi-usufruit

Le droit de l'usufruitier porte sur des *genera* : le quasi-usufruitier doit restituer une quantité identique de choses semblables à celles qui lui avaient été confiées. Lorsque l'usufruit porte sur des choses de genre, le droit de jouissance et le droit de disposer se confondent, et l'usufruitier peut disposer des choses de genre soumises à son droit, car il devient propriétaire des *genera* qui lui ont été remis et débiteur d'une quantité équivalente de choses de même nature. L'usufruitier d'une créance (e.g. au remboursement d'un prêt d'argent) en perçoit les intérêts et, à l'échéance, le capital, à charge, à l'issue de l'usufruit, de le restituer (lui ou ses successeurs) au nu-propriétaire.

D.Constitution de l'usufruit

En droit romain, par mancipatio ou in iure cessio, ultérieurement par deux stipulations (u. infra) en sens contraire. Comme il s'agit d'un bien incorporel, il ne pouvait y avoir ni traditio, ni usucapion, mais, après la disparition de la mancipatio, Justinien, outre les contrats, a admis la prescription acquisitive par 10, 20 ou 30 ans.

Selon le Code civil (art. 579), l'usufruit peut trouver son origine dans la loi ou dans la volonté de l'homme (contrat ou testament). L'usufruit peut également être acquis par prescription acquisitive.

1)Par la loi

La loi accorde un usufruit à certaines personnes. Le plus important est l'usufruit successoral du conjoint survivant : lorsque le défunt laisse des descendants, le conjoint survivant recueille l'usufruit de toute la succession ; s'il ne laisse que d'autres successibles, le conjoint survivant recueille la pleine propriété de la part du défunt dans la communauté et l'usufruit des biens propres du défunt (art. 745bis, § 1er, C.c.). Se rapproche de l'usufruit légal le droit de jouissance légale accordé aux père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs, jusqu'à 18 ans accomplis (art. 384 C.c.) : ce droit, provenant de la limitation par Justinien des droits du paterfamilias sur les biens de ses enfants non encore émancipés à un usufruit, est actuellement encore largement comparable à un usufruit, sous réserve de l'affectation prioritaire des revenus à l'entretien et l'éducation des enfants.

2)Par la volonté de l'homme

La volonté de l'homme s'exprime tantôt par contrat, tantôt par testament.

par contrat

L'usufruit peut être constitué par contrat (vente, donation, échange, partage).

La création d'un usufruit par convention peut se concevoir de deux manières :

par voie d'aliénation

L'usufruit est créé au profit d'une personne qui n'avait pas la jouissance de la chose auparavant : le contrat prévoit ainsi que le propriétaire de la chose conserve la nue-propriété et cède l'usufruit à une autre personne.

par voie de rétention

■

L'usufruit est constitué de manière indirecte, ou par voie de rétention, lorsque le propriétaire aliène la nue-propriété tout en se réservant l'usufruit de son bien.

Puisque le propriétaire aliène l'usufruit ou la nue-propriété par contrat, il doit bien entendu avoir la capacité d'exercice. Un mineur d'âge est, dès lors, incapable de constituer un usufruit. L'usufruitier doit également avoir la capacité d'exercice, mais, rigoureusement, il convient, à cet égard, de distinguer selon que l'usufruit est constitué à titre onéreux ou à titre gratuit :

à titre onéreux : par vente, échange, transaction, partage et autres actes translatifs ou déclaratifs de propriété. Dans ce cas, seule la capacité d'exercice est requise dans le chef de l'usufruitier. La valeur de l'usufruit sera fonction de sa durée, qui, à son tour, dépend de la durée de vie de l'usufruitier. L'incertitude relative à la vie humaine ne permet pas d'évaluer avec exactitude cette valeur, qu'on s'efforcera de déterminer à l'aide de tables de mortalité. Il en résulte qu'un tel contrat sera un contrat aléatoire, ne pouvant pas donner lieu à une rescision pour lésion (l'aléa est une chance de gain ou de perte).

à titre gratuit : par donation. Dans ce cas, l'usufruitier doit, non seulement avoir la capacité d'exercice, mais, de surcroît, il ne peut être dans l'un des cas, prévus par la loi, d'incapacité de recevoir des donations.

par testament

Quatre possibilités s'offrent au testateur, dans les limites de la quotité disponible (partie du patrimoine dont le titulaire peut disposer comme il l'entend ; la quotité disponible s'oppose à la réserve, ou partie du patrimoine dont le titulaire ne peut disposer à titre gratuit au préjudice de certains héritiers, appelés réservataires) :

legs de l'usufruit à un tiers et de la nue-propriété à ses héritiers ;

legs de la nue-propriété à un tiers et de l'usufruit à ses héritiers ;

legs de l'usufruit à un tiers et legs de la nue-propriété à un autre tiers ;

legs de l'usufruit à un héritier et legs de la nue-propriété à un autre héritier.

par prescription acquisitive

Pratiquement, elle ne jouera que pour les immeubles, et la prescription trentenaire ne se concevra que dans une hypothèse marginale : imagine-t-on une usurpation de la seule jouissance du bien ? Le possesseur de mauvaise foi n'essaiera-t-il pas d'acquérir plutôt en pleine propriété ? Dès lors, c'est à la prescription acquisitive par 10 à 20 ans pour les immeubles que l'on aura affaire, sur la base de la bonne foi et d'un juste titre dans le chef du possesseur. Reste la possession de bonne foi, mais sans juste titre, qui ne conduira à l'acquisition du droit qu'après 30 ans : un successeur légal voit tardivement apparaître un légataire, ou un héritier testamentaire voit tardivement apparaître un testament qui révoque celui en vertu duquel il avait hérité...

Le quasi-usufruit ne peut être constitué par prescription acquisitive, car le quasi-usufruitier devient propriétaire à part entière des choses de genre qui lui sont remises, encore qu'il reste débiteur d'une quantité équivalente de genres de même nature.

E.Droits et obligations des parties

Il convient, à cet égard, de distinguer l'usufruit s.s. du quasi-usufruit.

1)En cas d'usufruits.s.

A droits et obligations de l'usufruitier

a)droits

usage de la chose usufructuaire (usus) : il peut se servir matériellement de la chose, pour autant qu'il en conserve la substance, et accomplir certains actes juridiques relatifs au bien (actes d'administration et actes conservatoires) ;

droit aux fruits (fructus)

quels fruits ? Les fruits s.s. et les produits aménagés en fruits avant la constitution de l'usufruit,

moment d'acquisition des fruits :

fruits naturels et industriels : au moment de la récolte,

fruits civils : au jour le jour. Ils appartiennent donc ipso facto à l'usufruitier en proportion de la durée de son usufruit ;

droit de céder son droit ou l'exercice de son droit (art. 595 C.c.) :

droit de céder son droit : il peut transférer sa qualité d'usufruitier à une autre personne, mais sans pouvoir prolonger la durée de l'usufruit, de telle sorte que l'usufruit prendra de toute façon fin à la mort du cédant,

droit de céder l'exercice de son droit : il peut en céder les prérogatives, en donnant à bail la chose qui fait l'objet de l'usufruit. À la mort de l'usufruitier, si le bail excède neuf ans, il sera en principe réduit à la période de neuf ans en

cours et ne pourra se poursuivre au surplus ; si le bail n'excède pas neuf ans, il est valable et opposable au propriétaire.

b) obligations

Dans le droit romain ancien, l'usufruitier n'était pas tenu de jouir de la chose usufruituaire en bon père de famille. Qui plus est, il n'était même pas à proprement parler tenu de la restituer au nu-propriétaire à la fin de l'usufruit. Après une certaine évolution, le préteur, usant de son imperium, obligea l'usufruitier à promettre au nu-propriétaire, par le biais de stipulations prétorienne, qu'il remplirait deux obligations garanties par une caution, la cautio usufructuaria. L'évolution a conduit à considérer que des obligations légales étaient mises à charge de l'usufruitier :

au moment de l'ouverture du droit d'usufruit :

faire un inventaire (liste) des meubles et un état (descriptif) des immeubles qui font l'objet de l'usufruit, et en présence du propriétaire (ou lui dûment appelé) : art. 600 C.c. L'un et l'autre permettront ultérieurement de juger si l'usufruitier s'est comporté en bon père de famille. Aucune exception à cette obligation n'est admise. Si l'usufruitier ne respecte pas cette obligation, la sanction consistera dans la possibilité laissée au nu-propriétaire de s'opposer à l'entrée en jouissance de l'usufruitier. Cette suspension à l'entrée en jouissance ne privera toutefois pas l'usufruitier de son droit aux fruits (le droit existe, son exercice est seulement paralysé : art. 604 C.c.),

fournir une caution de jouir en bon père de famille (art. 601 C.c.) : la caution est une personne qui garantit l'exécution d'obligations dont est tenue une autre personne, un débiteur. Le but de l'obligation que la loi met à charge de l'usufruitier est de protéger le nu-propriétaire contre l'insolvabilité de l'usufruitier, qui pourrait, à l'expiration de son droit, être redevable de sommes parfois importantes s'il ne s'est pas comporté en bon père de famille (abus de jouissance, etc.). Si l'usufruitier ne parvient pas à trouver une caution, il est reçu à fournir une sûreté réelle (gage, hypothèque...). Enfin, l'usufruitier peut être dispensé de l'obligation de fournir caution, soit par la loi (c'est notamment le cas lorsque l'usufruit est constitué par voie de rétention), soit par une clause dans l'acte constitutif de l'usufruit ;

pendant la durée de l'usufruit :

obligation de jouir en bon père de famille (art. 601 C.c.). Cette obligation comporte deux aspects :

obligation d'assurer la garde et la conservation de la chose,

obligation d'exécuter certaines réparations : les réparations d'entretien (art. 605, al. 1er, C.c.). Il s'agit de toutes les réparations autres que les grosses réparations,

obligation de respecter la destination de la chose : il faut user de la chose usufruituaire conformément aux habitudes du nu-propriétaire,

obligation de supporter certaines charges (art. 608 C.c.) : ces charges doivent être ordinaires ; elles se paient normalement avec les revenus du bien. Ce sont des dépenses qui se caractérisent par leur périodicité (exemples : le précompte immobilier et la taxe de voirie qui se paient une fois par an) ;

à l'extinction de l'usufruit :

remettre le bien à la disposition du nu-propriétaire,

éventuellement : réparer des détériorations occasionnées par son fait.

B droits et obligations du nu-propriétaire

a)droits

■

Abusus juridique et abusus matériel restreint : il peut accomplir les actes de disposition dans la mesure où ceux-ci ne portent pas atteinte aux droits de l'usufruitier.

Droit aux produits non aménagés en fruits et aux produits aménagés en fruits après la constitution de l'usufruit.

Droit de contrôle sur les actes que l'usufruitier accomplit sur le bien, sur sa vigilance, sur ses activités.

b)obligations

■

Il doit évidemment, en tout premier lieu, délivrer les biens soumis à l'usufruit, dans l'état où ils se trouvent.

Il ne peut pas porter atteinte aux droits de l'usufruitier (jouissance, droit aux fruits) : il n'a qu'un abus matériel restreint.

Il doit prendre à sa charge les grosses réparations que nécessite la chose usufructuaire (art. 605, al. 2, et 606 C.c.) : la loi énumère ces grosses réparations ; la liste est d'interprétation restrictive.

En ce qui concerne la situation de fait, l'usufruitier est détenteur par rapport à la chose, et quasi-possesseur par rapport au droit d'usufruit s.s. sur cette espèce. Le nu-propiétaire est possesseur animo meo sed corpore alieno.

2) Quasi-usufruit

A droits et obligations du quasi-usufruitier

a) droits

■

Son droit portant sur des généra, le quasi-usufruitier acquiert la qualité de propriétaire sur ces biens : il a donc tout à la fois l'usus, le fructus et l'abus.

b) obligations

■

Le quasi-usufruitier a moins d'obligations que l'usufruitier, puisqu'il a l'abus.

Au moment de l'ouverture de l'usufruit, l'inventaire est remplacé par la fixation de la quantité de généra sur lesquels porte l'usufruit. Une caution est généralement exigée. Pendant l'usufruit, seule l'obligation de supporter certaines charges peut exister. À l'issue de l'usufruit, doit s'opérer une restitution in genere.

B. droits et obligations du nu-propiétaire

a) droits

■

Le nu-propriétaire n'est plus que créancier d'une obligation de remettre une certaine quantité de généra de même nature dont son débiteur est le quasi-usufruitier.

b) obligations

■

Le nu-propriétaire n'a que l'obligation de délivrer les généra. Il ne peut évidemment porter atteinte aux droits de l'usufruitier.

Le quasi-usufruitier est possesseur, le nu-propriétaire ne dispose d'aucun titre de fait.

F. Extinction du droit d'usufruit

1) L'usufruit

Neuf modes d'extinction :

la mort de l'usufruitier (sauf pour l'usufruit successif ou l'usufruit conjoint), i.e. l'échéance du terme extinctif indéterminé qu'est la mort de l'usufruitier ;

l'échéance du terme extinctif déterminé dont l'usufruit est affecté (sauf si l'usufruitier décède auparavant) ;

la renonciation à son droit par l'usufruitier : cette renonciation, qui peut être faite à titre gratuit ou à titre onéreux (rachat), a pour conséquence nécessaire que l'usufruit retourne au nu-propiétaire qui acquiert ou recouvre la pleine propriété ;

la consolidation : l'usufruitier acquiert la nue-propriété, à titre gratuit (donation) ou à titre onéreux (achat) ;

la disparition matérielle (destruction) ou juridique (e.g. expropriation) de l'objet de l'usufruit. La subrogation (subrogare, « appeler en dessous ») réelle (portant sur une chose) permet de reporter l'usufruit sur les valeurs qui viendraient remplacer les biens corporels perdus ;

la prescription extinctive éteint le droit et l'action par le non-usage prolongé pendant 30 ans ;

la déchéance pour abus de jouissance (art. 618 C.c.) est prononcée par jugement lorsque l'usufruitier manque gravement à ses obligations (ne pas respecter la destination du bien, prélever des produits non aménagés en fruits...) ;

la prescription de la pleine propriété par un tiers. Cette cause d'extinction suppose évidemment qu'un tiers ait pris possession de la chose grevée d'usufruit ;

l'annulation ou la résolution du titre constitutif.

2) Le quasi-usufruit

Quatre modes spécifiques d'extinction :

la mort du quasi-usufruitier (voire sa capitis deminutio) ;

l'échéance du terme extinctif déterminé ;

la renonciation à son droit par le quasi-usufruitier, souvent à titre gratuit ;

la prescription extinctive, mais, le droit du propriétaire se réduisant en cas de quasi-usufruit à un simple droit de créance, la prescription extinctive n'éteint que l'action et pas le droit.

De surcroît :

le propriétaire peut libérer le quasi-usufruitier de son obligation de restitution, par remise de dette (acceptilatio). La remise de dette est un contrat et requiert donc un accord de volontés. Il s'agit en principe d'une donation indirecte, indirecte parce que le créancier permet seulement au débiteur de ne pas s'appauvrir d'une quantité équivalente de biens de même nature, mais elle ne comporte aucun transfert direct de droits patrimoniaux.

le propriétaire se trouvant dans la position d'un créancier et le quasi-usufruitier dans celle d'un débiteur, le quasi-usufruit s'éteindra également selon les autres modes d'extinction des obligations (u. infra).

G.Sanctions du droit d'usufruit

1)L'usufruit.s.

La vindicatio ususfructus (demande d'usufruit) ou action confessoire d'usufruit : l'action confessoire est une action en justice qui vaut pour toutes les servitudes. C'est une action réelle qui vise à faire « confesser (confiteor : j'avoue) par le défendeur que le demandeur est bien titulaire d'une servitude personnelle sur le bien du défendeur, en l'occurrence un droit d'usufruit.

L'usufruitier peut également intenter les actions possessoires contre toute personne qui trouble son droit d'usufruit, pour autant bien entendu que celui-ci ait un immeuble pour objet (outre, en droit romain, l'interdit utrubi pour les meubles).

2)Le quasi-usufruit

Tant que le quasi-usufruitier n'a pas reçu les genera qui font l'objet de son droit, il peut intenter l'action confessoire.

À partir du moment où il a reçu les genera, le quasi-usufruitier en devient propriétaire. Il ne dispose pas des actions possessoires puisque son droit s'exerce sur des biens meubles (sauf à nouveau l'interdit utrubi propre au droit romain). Cependant, il peut intenter une action pénale pour vol contre celui qui lui soustrairait frauduleusement l'objet de son usufruit.

2.L'USAGE ET L'HABITATION. (ART. 625 À 635 C.C.)

A. Notion

1) L'usage

L'usage est un usufruit limité aux besoins de l'usager et des membres de sa famille. C'est donc un droit réel qui permet à l'usager et à sa famille de se servir d'une chose qui ne leur appartient pas et d'en retirer les fruits qui leur sont nécessaires, sans plus (art. 630 C.c., alors que l'usufruitier n'est pas limité dans la quantité des fruits qu'il peut percevoir).

2) L'habitation

L'habitation est un droit réel qui permet à son titulaire d'user d'un immeuble bâti, sans avoir un quelconque droit aux fruits (art. 633 C.c.).

B.Caractéristiques de ces deux servitudes personnelles

L'usage et l'habitation, tout comme l'usufruit, sont des droits essentiellement temporaires et au maximum viagers.

Ces deux servitudes sont purement personnelles, car ni le droit qu'elles comportent ni l'exercice de ce droit ne sont transmissibles, ni cessibles (art. 631 et 634 C.c.).

Ces deux servitudes s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit, si ce n'est qu'elles ne sont jamais instituées par la loi (art. 625 C.c.).

Les obligations des titulaires de ces servitudes sont identiques à celles de l'usufruitier. L'étendue des droits des titulaires diffère cependant de ceux de l'usufruitier.

Section 5

Les servitudes prédiales

1. NOTION

A. Notion

Le Code civil définit la servitude prédomiale, appelée aussi service foncier, comme « une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire (art. 637). Il s'agit donc d'un rapport entre deux fonds, l'un appelé le fonds servant, qui est assujetti à l'autre fonds, appelé le fonds dominant. Le nombre de servitudes imaginables est illimité, mais l'ensemble de toutes ces servitudes compte pour un seul droit réel.

B.Conditions d'existence

1. Une servitude suppose toujours deux fonds : un fonds servant et un fonds dominant. Il doit y avoir entre ces deux fonds un lien en vertu duquel l'un des deux est affecté au service de l'autre.

2. Il doit s'agir d'immeubles : comme en témoigne la terminologie ancienne qui parle d'héritages, d'immeubles par nature. En effet, les fonds dominant et servant doivent avoir une permanence telle que la perpétuité soit possible. Ainsi, des plantes et arbres ne sont-ils pas susceptibles de faire l'objet de servitudes, car ils n'ont qu'une existence temporaire et sont destinés par leur nature même à être un jour détachés du sol. Le terme héritage employé par le Code civil ne vise donc que des fonds de terre et des bâtiments.

3. Les deux héritages doivent appartenir à des propriétaires différents : à défaut de quoi l'assujettissement d'un fonds à un autre ne constituerait jamais un droit, mais bien la liberté qu'aurait le propriétaire de faire usage de son droit de propriété comme bon lui semble, par application de la règle *Nemini res sua servit* : « à nul sa propre chose ne peut être asservie ».

4. La charge est imposée pour l'usage et l'utilité du fonds dominant : la servitude doit présenter une utilité pour le fonds dominant. En effet, si le législateur a admis ce type de démembrement du droit de propriété (droit, par vocation, général), c'est parce qu'elles procurent un avantage à un autre fonds.

C.Caractéristiques

La servitude est un droit réel immobilier, principal et de jouissance (*ius in re aliena*). La servitude est un droit indivisible, ce qui signifie notamment que, si le fonds servant est divisé en plusieurs parcelles, la servitude continue à grever chacune de ces parcelles. La servitude est un droit perpétuel par nature, mais non par essence. Il est, dès lors, possible d'affecter la servitude d'un terme extinctif ou d'une condition résolutoire. Enfin, la servitude est cessible et transmissible (que ce soit entre vifs ou à cause de mort, à titre gratuit ou à titre onéreux), bien entendu en même temps que le fonds auquel elle est attachée activement ou passivement.

D.Exemples de servitudes

1)La servitude de passage

La loi établit une servitude de passage de plein droit au profit de certains fonds, ceux qui sont enclavés (art. 682 à 685 C.c.). Un fonds est enclavé lorsqu'il est entouré de fonds appartenant à d'autres personnes, de sorte que ce fonds n'a aucun accès à la voie publique. Pour remédier à cet inconvénient, la loi accorde aux propriétaire et/ou occupant de tels fonds un droit de passage sur des fonds appartenant à autrui jusqu'à la voie la plus proche. La servitude de passage permet à l'utilisateur du fonds dominant de passer sur le fonds servant. Le bénéficiaire du droit de passage doit au propriétaire du fonds servant une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner.

1)Les servitudes de jour et de vue (art. 675 à 680bis C.c.)

Une vue est une ouverture dans un bâtiment, qui laisse passer l'air et la lumière : c'est une fenêtre ouvrante. Un jour ne laisse passer que la lumière : c'est une fenêtre non ouvrante. La loi impose notamment au propriétaire d'un bâtiment le respect d'une distance minimale pour pouvoir aménager des jours ou des vues donnant sur le fonds voisin. Ce fonds voisin peut cependant être grevé d'une servitude de jour ou de vue permettant au propriétaire du bâtiment érigé sur le fonds dominant de pratiquer des jours et des vues en deçà de la distance minimale légale à respecter.

1)La servitude d'écoulement des eaux naturelles (art. 640 à 645 C.c.)

Cette servitude impose au propriétaire du fonds servant (parcelle inférieure) de subir l'écoulement des eaux naturelles (pluie, eau de source, mais pas les eaux ménagères ou industrielles) provenant du fonds dominant (parcelle supérieure). Cette servitude ne donne droit à aucune indemnisation au profit du propriétaire du fonds servant.

1)Citons encore les servitudes de non aedificandi (de ne pas bâtir), non altius tollendi (de ne pas surélever), d'appui, d'aqueduc, de pâturage ou pacage, de

puisage, etc.

E. Classifications des servitudes

1) Une première classification des servitudes, qui résulte du texte de la loi, se fonde sur leur origine et distingue :

les servitudes naturelles, qui découlent de la situation naturelle des lieux ;

les servitudes légales, qui résultent d'obligations imposées par la loi ;

les servitudes établies par le fait de l'homme, qui découlent d'un acte juridique, de la prescription... bref de circonstances où la volonté de l'homme est à l'origine de la servitude.

Cette classification a été critiquée au motif que, si une servitude naturelle est celle qui est nécessaire en raison de la situation des lieux, la nature seule ne crée pas de servitude : il faut toujours l'intervention de la loi, de sorte qu'une servitude naturelle sera toujours aussi une servitude légale. De la même manière, certaines servitudes légales sont imposées en raison de la situation des lieux.

1) Quatre classifications se fondent sur la nature des servitudes et distinguent respectivement :

les servitudes urbaines ou rurales (art. 687 C.c.) : les premières sont établies au profit des bâtiments, qu'ils soient situés en ville ou à la campagne, les secondes au profit des fonds de terre non bâtis. Cette distinction, qui était très importante en droit romain (les servitudes rurales étaient des res Mancipi et devaient dès lors être constituées par Mancipatio), ne présente aujourd'hui plus aucun intérêt pratique, puisque le Code civil n'y attache plus aucune conséquence juridique particulière ;

les servitudes actives ou passives : les servitudes actives permettent au propriétaire du fonds dominant de faire quelque chose (e.g. servitude de passage) alors que les servitudes passives obligent le propriétaire du fonds servant à ne pas faire quelque chose (e.g. servitude non aedificandi).

Servitus in faciendo consistere nequit : une servitude ne peut consister à faire quelque chose. Le propriétaire du fonds servant ne peut donc, en principe du moins, être tenu de faire quoi que ce soit pour assurer la jouissance de la servitude au propriétaire du fonds dominant. Exception : la servitude d'appui, in patiundo, impose au propriétaire du bâtiment servant, contre lequel est appuyé le bâtiment contigu dominant, d'entretenir le mur contigu qui supporte l'appui ;

les servitudes continues ou discontinues (art. 688 C.c.) : une servitude est continue lorsqu'elle s'exerce sans le fait actuel de l'homme (e.g. la servitude d'aqueduc ou la servitude non aedificandi). Une servitude est discontinue lorsqu'elle s'exerce par le fait actuel de l'homme (e.g. la servitude de passage, la servitude d'égout pour les eaux ménagères). Pour apprécier si une servitude est discontinue ou continue, il faut se placer au moment où elle s'exerce et non à celui où elle est constituée : une servitude peut parfaitement s'exercer sans nécessiter une intervention actuelle de la part du propriétaire et donc être continue, alors qu'il a fallu un travail de l'homme pour aménager les lieux de telle sorte qu'elle puisse s'exercer sans le fait de l'homme. Ainsi, la servitude d'aqueduc suppose-t-elle la construction préalable d'un aqueduc ; une fois celui-ci construit, la servitude peut s'exercer (l'eau s'écoule) sans intervention de la part du propriétaire du fonds dominant : c'est donc une servitude continue ;

les servitudes apparentes et les servitudes non apparentes (art. 689 C.c.) : les servitudes apparentes s'annoncent par des ouvrages extérieurs (e.g. une fenêtre, un aqueduc, etc.). Les servitudes non apparentes n'ont pas de signe extérieur de leur existence (e.g. les servitudes non aedificandi et non altius tollendi). Savoir si une servitude est apparente ou pas est une question d'espèce, en fonction de la configuration des lieux.

2.CONSTITUTION DES SERVITUDES

Les servitudes peuvent être établies par la loi ou par le fait de l'homme, i.e. par titre, par prescription acquisitive ou par destination du père de famille.

A.Par titre

Le titre est l'acte juridique (le negotium), à titre gratuit ou à titre onéreux, qui donne naissance à la servitude, quel que soit le mode de preuve qui en constate l'existence (l'instrumentum). L'acte constitutif d'une servitude n'est soumis, en principe, à aucune exigence de forme, mais en tant que droit réel immobilier, l'acte entre vifs devra faire l'objet d'une transcription. Toute servitude peut être établie par convention ou par testament. La servitude étant un démembrement du droit de propriété, seul le propriétaire est habilité à la constituer, pour autant, bien entendu, qu'il ait la capacité d'aliéner. Le titre est le seul mode d'établissement possible pour une servitude discontinue ou non apparente (art. 691 C.c.).

B.Par prescription acquisitive

Seules les servitudes continues et apparentes peuvent s'acquérir par prescription acquisitive trentenaire (délai de 30 ans : art. 690 C.c.). Des servitudes qui sont apparentes, mais discontinues, ou continues, mais non apparentes, voire non apparentes et discontinues, ne peuvent, par conséquent, s'établir par prescription. Pour quelles raisons une servitude doit-elle être apparente et continue pour pouvoir s'acquérir par prescription ? Le mécanisme de la prescription acquisitive repose sur la possession et l'une des conditions pour pouvoir prescrire réside dans le caractère public de la possession. Or la possession d'une servitude non apparente ou discontinue ne présente pas ce caractère public : elle ne peut donc aboutir à la prescription acquisitive. Seule la prescription trentenaire vaut en matière de servitudes.

C.Par destination du père de famille

Comme pour la prescription acquisitive, ce mode d'établissement des servitudes ne vaut que pour les servitudes continues et apparentes (art. 692 C.c.). Il y a destination du père de famille lorsque le propriétaire de deux fonds établit entre ces deux fonds un état de choses qui, tant que les deux fonds appartiennent à la même personne, ne peut constituer une servitude (en application de l'adage *Nemini res sua servit*, on ne peut avoir de servitude sur sa propre chose), mais qui constituerait une servitude s'il était maintenu lorsque ces deux fonds cessent d'avoir le même propriétaire, pour autant que cet état de choses soit continu et apparent.

Trois conditions doivent donc être remplies : 1) il faut qu'il y ait destination, i.e. que le propriétaire ait destiné un fonds au service de l'autre ; 2) il faut également qu'il y ait deux fonds distincts et que ces deux fonds aient appartenu au même propriétaire avant leur séparation ; 3) enfin, il faut que cet état de choses présente les caractères d'une servitude continue et apparente.

Exemple : Gaius est propriétaire de deux maisons, construites très près l'une de l'autre et, par hypothèse, à une distance inférieure à ce que requiert la loi dans l'hypothèse où il s'agirait de fonds distincts. Gaius perce des vues dans les murs de l'une des deux maisons. Ensuite, il vend l'autre maison à Stichus. Une servitude de vue naît au moment où Gaius aliène l'une des deux maisons. Avant cette vente, il ne pouvait y avoir de servitude, puisque Gaius était propriétaire des deux héritages et que l'on ne peut avoir de servitude sur sa propre chose.

3.EXTINCTION DES SERVITUDES

En principe, la servitude est perpétuelle et destinée à se transmettre, activement et passivement, avec le fonds auquel elle est attachée. La servitude peut toutefois s'éteindre principalement de sept façons :

1)par disparition matérielle de l'un des deux fonds ou par disparition juridique du fonds servant

■

: la servitude est un droit réel établi pour l'utilité d'un fonds et il est dès lors logique que, le jour où la servitude n'offre plus aucune utilité pour le fonds dominant (cf. art. 710bis C.c.) ou lorsque l'exercice de la servitude devient impossible (art. 703 C.c.), elle s'éteigne (exemple de disparition matérielle : un cataclysme naturel ; exemple de disparition juridique : une expropriation pour cause d'utilité publique). Lorsque les servitudes s'éteignent de cette manière, « elles revivent si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user », sauf prescription extinctive (art. 704 C.c.).

2)par confusion

■

: i

■

Il y a confusion lorsque le fonds dominant et le fonds servant viennent à appartenir à un même propriétaire (que ce soit le propriétaire du fonds dominant, le propriétaire du fonds servant ou même un tiers). La servitude disparaît alors (art. 705 C.c.), temporairement ou définitivement, par application de l'adage *Nemini res sua servit*. Si le fonds est ultérieurement à nouveau divisé, la servitude réapparaît. La confusion n'est donc pas un véritable mode d'extinction, mais plutôt un obstacle temporaire à l'exercice de la servitude.

Il ne faut pas confondre la confusion (qui se rencontre aussi en matière d'obligations) avec la consolidation : il y a non pas, à proprement parler,

extinction du droit, mais plutôt impossibilité d'exercer le droit. Cependant la confusion joue différemment de la consolidation : la confusion joue dans les deux sens, la consolidation dans un seul sens (l'usufruitier acquiert la nue-propriété).

3) par renonciation du propriétaire du fonds dominant

■

au bénéfice du fonds servant

■

à titre gratuit ou à titre onéreux : à titre onéreux, il y a rachat de la servitude. La renonciation peut également être expresse ou tacite. Tacite si Paulus a sur le fonds de son voisin une servitude de ne pas bâtir, mais laisse son voisin construire.

4) par prescription extinctive jouant au profit du propriétaire du fonds servant :

La servitude s'éteint par non-usage pendant 30 ans (art. 706 C.c.). En effet, la servitude est établie pour l'utilité du fonds. Si le propriétaire du fonds ne fait pas usage de sa servitude pendant 30 ans, on peut raisonnablement soutenir que la servitude n'a plus d'utilité, et partant plus de raison d'être, ce qui justifie la présomption de renonciation dans laquelle la prescription trouvera son fondement. Le point de départ du délai variera selon la servitude (art. 707 C.c.) :

servitude discontinue : le délai de prescription commence à courir au jour du dernier acte d'exercice de la servitude (e.g. le dernier passage du titulaire pour une servitude de passage) ;

servitude continue : le délai de prescription commence à courir au jour où a été fait un acte contraire à la servitude, où un obstacle matériel a été dressé à l'usage de la servitude (e.g. empêcher par un barrage l'écoulement des eaux assuré par une servitude d'aqueduc ou murer la fenêtre par laquelle la servitude de vue s'exerce). Souvent cet acte contraire, qui suppose la mauvaise foi, est plus facile à prouver que le dernier acte d'exercice de la servitude.

5) par l'échéance d'un terme

■

extinctif

-

ou la réalisation d'une condition

-

résolutoire

-

: si les servitudes sont par nature (et non par essence) perpétuelles, elles peuvent être affectées d'un terme extinctif ou d'une condition résolutoire.

6) par la prescription de la pleine propriété

-

du fonds servant

-

par un tiers

-

: cette hypothèse suppose qu'un tiers possède le fonds servant comme libre de la servitude, de bonne foi et en vertu d'un juste titre (prescription par 10 à 20 ans).

7) par l'annulation ou la résolution du titre constitutif.

4.SANCTIONS DU DROIT DE SERVITUDE

Le propriétaire du fonds dominant dispose de l'action confessoire (iudicatio servitutis) pour faire reconnaître l'existence et l'étendue de sa servitude. De plus, si la servitude est continue et apparente, le propriétaire du fonds dominant jouit des actions possessoires (la réintégrande n'exige pas la réalisation de cette condition).

Le propriétaire du fonds prétendu servant dispose de l'action négatoire, pour faire nier par le propriétaire du fonds prétendu dominant que celui-ci est titulaire d'une servitude, voire d'une servitude de telle modalité, sur le fonds prétendu servant, donc pour faire déclarer son fonds libre de la prétendue servitude, voire pour ramener la servitude dans les limites qui doivent être les siennes.

Section 6

L'emphytéose et la superficie

1.INTRODUCTION

L'emphytéose et la superficie présentent plus de ressemblances que de différences et seront donc examinées conjointement, même si elles diffèrent par leur origine.

Le droit de superficie est strictement romain et mentionné à partir d'une loi agraire de 110 a.C. La propriété privée, qui remonterait à l'*heredium* consenti par Romulus pour l'habitation des premières familles romaines, s'est étendue comme une tache d'huile sur l'*ager publicus*, terres et terrains appartenant toujours initialement à la *res publica*, l'État romain. Des particuliers se voyaient consentir des baux, afin de mettre en valeur les terrains publics qui n'étaient pas affectés à un usage public (forum, routes et rues, temples...). S'ils érigeaient une construction, celle-ci appartenait cependant à l'État, par accession : superficies *solo cedit*. Afin de favoriser l'urbanisation, notamment dans les colonies, l'État favorisait cependant la jouissance durable des terrains loués et des bâtiments qui y étaient érigés : aussi longtemps que le locataire payait la redevance ou loyer appelé *solarium*, si longtemps même que le bail pouvait se poursuivre de génération en génération. Des propriétaires particuliers songèrent à leur tour à donner en location des espaces non bâtis, contre un loyer modéré, à des locataires encouragés à construire leur habitation, voire la boutique où ils exploiteraient leur commerce : l'objectif était moins désintéressé que la seule urbanisation puisque la plus-value du bâtiment reviendrait tôt ou tard au propriétaire du sol, par accession.

Le préteur intervint dès lors en faveur du locataire-édificateur : d'abord il lui accorda, pour protéger l'exercice de son droit contre quiconque le troublerait en fait ou en droit, une action possessoire calquée sur l'interdit *uti possidetis* (u. supra) : il s'agit de l'interdit de superficie. Ensuite il l'autorisa à exercer un droit de suite, donc à pouvoir faire valoir un droit réel (opposable à tous, y compris au propriétaire du sol), susceptible d'aliénation entre vifs ou à cause de mort, d'être l'objet de servitudes personnelles ou prédiales. De son origine tirée du bail, le droit réel de superficie n'a dès lors plus conservé que son mode de constitution par contrat consensuel (u. infra), son caractère temporaire (même si à très long

terme) et le paiement d'une redevance annuelle sous peine de déchéance.

Le droit d'emphytéose s'est développé dans la partie orientale de l'empire, en vue d'abord de favoriser la mise en valeur de terres incultes relevant des domaines privés des empereurs : obligation était faite au locataire (à long terme eu égard au temps nécessaire à l'organisation d'une exploitation agricole) de défricher et de procéder à des plantations (ἐμφυτεύειν en grec). Utilisé aussi par des propriétaires privés, ce mécanisme encourageait les cultivateurs à planifier à long terme en leur permettant de jouir des fruits de leur exploitation moyennant le seul paiement d'une redevance annuelle, le « canon emphytéotique », avec la possibilité d'aliéner le droit entre vifs ou de le transmettre par voie héréditaire.

Au contraire de la superficie, il y a eu évolution de l'intérêt privé vers l'intérêt public : à partir du III^e siècle p.C., les Goths ont dévasté nombre de territoires en Grèce et en Asie Mineure, et il importait, dans les périodes d'accalmie, de pourvoir à la réoccupation des terres abandonnées au profit de la plus grande sécurité des villes fortifiées, dont il fallait cependant continuer à nourrir la population... L'empereur Zénon (qui a régné à Constantinople de 474 à 491 p.C. et à qui le roi hérul Odoacre avait renvoyé les enseignes impériales d'Occident en 476) a fixé, comme mode de constitution du droit d'emphytéose, un contrat *sui generis*, distinct de la vente ou du louage. Justinien a fait de ce contrat la source d'un véritable droit réel, que l'emphytéote conserve aussi longtemps qu'il paie le canon au propriétaire du fonds et les impôts fonciers à l'État.

L'emphytéose et la superficie sont actuellement régies par deux lois du 10 janvier 1824. Pendant plus d'un siècle, ces deux figures juridiques n'ont guère présenté d'utilité pratique, mais, depuis la seconde moitié du XX^e siècle, connaissent un regain d'intérêt en raison d'une croissance extraordinaire des besoins immobiliers (constructions de « tours », galeries et parkings en sous-sol, métros et tunnels, dimension nouvelle des complexes commerciaux ou industriels et en particulier des ensembles de bureaux...) et d'avantages fiscaux : le Code des droits d'enregistrement de 1939 s'est remémoré l'origine romaine de ces deux droits réels pour les soumettre, non aux droits de mutation applicables aux cessions de droits réels immobiliers (en principe 12,5 % du prix de vente ou de constitution), mais seulement au droit de 0,2 % applicable à l'enregistrement des baux (art. 83, al. 2, C.E.) : « Pour l'application du présent Code, sont assimilés aux baux et aux cessions de baux, les contrats constitutifs de droits d'emphytéose ou de superficie et leurs cessions. » Afin de pouvoir répondre à la nécessité de procéder à des investissements immobiliers, il a fallu trouver des

formules juridiques souples : l'emphytéose et la superficie présentent précisément cette souplesse, en raison du caractère supplétif de la plupart des dispositions légales en la matière, ce qui permet aux parties de choisir librement le contenu de leur contrat. Une disposition supplétive n'est applicable que dans la mesure où les parties n'y ont pas dérogé (les dispositions supplétives s'opposent aux dispositions impératives ou d'ordre public, qui s'imposent en toute hypothèse).

2.NOTION

L'emphytéose est un droit réel, principal, temporaire, qui permet à son titulaire, l'emphytéote, d'avoir la jouissance d'un immeuble appartenant à autrui, à charge de payer à celui-ci, en reconnaissance de son droit de propriété, une redevance annuelle appelée canon. Le canon n'est pas directement destiné à rémunérer la jouissance (ce n'est pas un loyer), mais il est plutôt récongnitif du droit de propriété d'autrui.

La superficie est un droit réel, principal, temporaire, qui consiste pour son titulaire, le superficiaire, à « avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui, le tréfoncier ». Ce droit peut être établi à titre gratuit ou à titre onéreux, moyennant alors redevance appelée solarium.

« Avoir » signifie exercer un droit de propriété sur des bâtiments à construire ou des plantations à faire par le superficiaire (il peut également arriver que les constructions ou plantations soient déjà réalisées) : l'accession du tréfoncier est différée et suppose que les constructions subsistent à l'expiration du droit de superficie. La superficie renverse ainsi la présomption suivant laquelle la propriété du sol emporte la propriété du dessous et du dessus (art. 552, al. 1er, C.c.), puisque le propriétaire du fonds, le tréfoncier, ne sera pas le propriétaire des constructions, ouvrages ou plantations qui seront réalisés sur le fonds, qui appartiendront au superficiaire. De manière imagée, la superficie aboutit à une superposition de droits de propriété.

3.CARACTÉRISTIQUES

Ce sont des droits :

1)civils, patrimoniaux, absolus, réels principaux, iura in re aliena.

2)immobiliers : l'objet de l'emphytéose est le fonds ; celui de la superficie est constitué par les bâtiments, plantations et ouvrages sur le fonds d'autrui.

3)temporaires : en droit romain, ces droits pouvaient durer plus d'un siècle, et en particulier l'emphytéose, compte tenu des moyens rudimentaires et du temps nécessaire pour mettre un terrain en valeur. Actuellement, le droit d'emphytéose est limité au minimum à 27 ans et au maximum à 99 ans, et le droit de superficie est limité au maximum à 50 ans (pas de minimum), mais est renouvelable.

4)entraînant une accession s.s. différée : dans les deux cas, le propriétaire du fonds n'acquiert la propriété des constructions érigées ou plantations faites librement par l'emphytéote ou le superficiaire qu'à l'expiration de leur droit, et pour autant que ces derniers n'aient pas démoli ces constructions ou arraché les plantations. Lors de cette accession, aucune indemnité ne sera due à l'emphytéote ; le superficiaire, en revanche, recevra une indemnité égale à la valeur des constructions ou plantations au moment de l'extinction de son droit et pourra invoquer un droit de rétention tant que cette indemnité ne lui aura pas été versée par le tréfoncier.

5)cessibles et transmissibles : ces deux droits ne sont pas personnels. Cependant leur cession ou transmission ne vaut que pour la durée du droit restant à courir.

4.CONSTITUTION

a)par contrat

b)par testament

c)par prescription acquisitive (10 à 20 ans, car il faut un juste titre)

5.EXTINCTION

Les causes d'extinction sont multiples :

a)l'échéance du terme extinctif conventionnel ou l'écoulement du délai légal maximum.

b)la disparition totale matérielle (cataclysme) ou juridique (expropriation) du fonds.

c)la renonciation à son droit par l'emphytéote ou le superficiaire, et ce à titre gratuit ou à titre onéreux (rachat).

d)la confusion, c'est-à-dire la réunion sur la tête de la même personne des qualités d'emphytéote ou de superficiaire et de propriétaire du fonds.

e)la prescription extinctive, suite au non-usage du droit pendant 30 ans.

f)l'annulation ou la résolution du titre constitutif.

De surcroît, pour l'emphytéose :

g)la déchéance, lorsque l'emphytéote commet des dégradations notables ou un abus de jouissance, et ce sans préjudice d'éventuels dommages et intérêts à payer au propriétaire du fonds.

Section 7

Le gage et l'hypothèque

1.INTRODUCTION

Le gage et l'hypothèque sont les deux droits réels de garantie et constituent ainsi deux sûretés réelles. Une sûreté est une institution qui sert à fournir à un créancier la garantie du paiement de sa créance. Parmi les sûretés, on distingue la sûreté générale des sûretés spéciales, qu'elles soient réelles (portant sur une ou plusieurs choses) ou personnelles (portant sur une personne).

Le créancier est protégé par la sûreté générale (u. supra), en vertu de laquelle un débiteur répond de plein droit de la bonne exécution de ses obligations sur l'ensemble des biens (présents et à venir) qui composent son patrimoine : si le débiteur n'exécute pas ses obligations, son créancier peut saisir tout ou partie desdits biens.

Le créancier a donc intérêt à ce que l'actif du patrimoine de son débiteur soit le plus étendu possible ; ainsi sera-t-il notamment protégé par des actions qui visent à conserver la substance du patrimoine du débiteur (action paulienne, action oblique, action en déclaration de simulation). En outre, dans la mesure où le créancier risque d'entrer en concours avec d'autres créanciers sur les biens d'un même patrimoine, il sera protégé par la règle de l'égalité (loi du concours), ainsi que par la constitution de sûretés spéciales qui constituent des causes de préférence. Les sûretés spéciales sont réelles ou personnelles : les sûretés réelles portent sur un bien – le gage, l'hypothèque, les privilèges et une variété du contrat de fiducie ; les sûretés personnelles portent sur une personne et impliquent ainsi la soumission d'un second débiteur à l'exécution de la dette ; plus précisément, le second débiteur engage son patrimoine ; les sûretés personnelles sont le cautionnement et la solidarité passive (u. infra).

Les sûretés ne sont mises en œuvre qu'à partir du moment où le débiteur n'exécute pas volontairement son obligation, ne paie pas spontanément : il y a conflit entre le créancier et le débiteur, en raison d'une contestation ou, au minimum, d'une négligence prolongée de la part de ce dernier. Dans un état de droit – et Rome l'est sans doute dès la royauté, même si Romulus aurait recouru initialement à quelques moyens rudes et unilatéraux... – ce conflit sera résolu

par voie judiciaire : nul ne peut se faire justice à soi-même, étant entendu que ce précepte est réservé aux seuls bénéficiaires de tout ou partie de la capacité juridique. C'est seulement lorsqu'il dispose d'un jugement de condamnation du débiteur – nécessairement rendu par un tiers, le juge – que le créancier peut être amené à mettre matériellement en œuvre l'exécution forcée.

Depuis Servius Tullius, sixième roi, le juge n'est qu'un simple citoyen, qui rend sa décision sans être investi du pouvoir (il n'est pas magistrat) d'ordonner son exécution. Si le débiteur condamné n'exécute pas volontairement – nisi restituetur dans la formule prétorienne – la sentence dans un délai de trente jours (ou un mois, avant l'introduction du calendrier julien), le créancier, demandeur, doit solliciter un second jugement ayant pour objet d'ordonner l'exécution forcée du premier : il obtient ainsi la manus iniectio ou pouvoir sur la personne du condamné.

À l'origine, le débiteur répond en effet de ses obligations sur sa propre personne : s'il faut remonter à une époque lointaine pour évoquer un droit de mise à mort du débiteur récalcitrant par le créancier (possibilité expressément mentionnée dans la Loi des XII Tables), ce dernier n'en a pas moins, à l'époque historique, le droit de l'emprisonner à domicile (il faudra attendre une constitution des empereurs Théodose 1er et Valentinien II, en 388 p.C., pour que l'emprisonnement privé soit interdit ; la pratique, devenue illégale, se poursuivra cependant, au point que Justinien devra renouveler la prohibition). Au cours des deux mois qui suivent et à défaut pour le débiteur de proposer un règlement acceptable, le créancier va parcourir trois marchés publics (les *nundinae*), à vingt jours d'intervalle, en compagnie du débiteur qu'il a appréhendé, pour proclamer, devant le préteur (ou, avant 367 a.C., le consul ou l'un de ses délégués), le montant de sa créance et rechercher ainsi un tiers qui accepterait de payer la dette pour obtenir la remise en liberté du condamné... Si personne ne se présente, le créancier, plutôt que d'exécuter son débiteur, peut alors le vendre comme esclave, à l'étranger (*trans tiberim* : au-delà du Tibre) puisqu'un citoyen romain ne peut devenir esclave à Rome. Cette mésaventure arrivant surtout à des débiteurs plébéiens, l'une des principales revendications politiques de la plèbe aboutit au vote, en 326 a.C., de la *lex poetelia papiria* : à défaut de paiement par le débiteur ou un tiers, le gagnant du procès n'a plus que le droit de faire travailler le défendeur condamné à son profit pendant le laps de temps nécessaire pour payer le montant de la condamnation (contrainte par corps).

Une telle voie d'exécution nous paraît extrême, et ainsi a-t-elle également dû

apparaître à ses contemporains, ainsi que nous le rapporte, au II^e siècle p.C., le chroniqueur Aulu-Gelle, citant la Loi des XII Tables et évoquant ces paroles du jurisconsulte Sextus Caecilius au philosophe Favorinus : « Le troisième jour de marché ils (les créanciers) le (débiteur) couperont en morceaux. Qu'ils en coupent trop ou pas assez, ils seront exempts de crime. Rien de plus cruel, rien de plus inhumain en effet, à moins qu'on ait ordonné une telle peine dans le dessein de n'avoir jamais à y recourir. En voyons-nous aujourd'hui des débiteurs livrés aux créanciers et mis aux fers ! Ces gens de rien méprisent cette peine des fers ; mais je n'ai lu ni entendu dire nulle part qu'autrefois un homme ait jamais été dépecé : il était impossible en effet qu'on méprisât cette terrible peine. »

Aussi les anciens ont-ils cherché des remèdes, confinant sans doute la contrainte par corps, à l'égard d'un citoyen, à un mode ultime de dissuasion, même si elle restera en usage aussi longtemps que l'esclavage lui-même ne suscitera aucune remise en question. L'exécution forcée supposant un défaut de paiement qui trahit la confiance manifestée par le créancier dans le crédit et le délai accordés au débiteur, tous deux ont intérêt à prévenir un litige éventuel en convenant de sûretés : celles-ci, appelées à garantir le paiement à l'échéance, assortissent la confiance subjective d'une confiance objective dans l'exécution future des obligations.

Pour autant, cette sûreté ne consiste pas nécessairement dans l'affectation d'un objet à la garantie du paiement : c'est avant tout une personne qui s'engage – d'où longtemps l'exécution prioritaire sur la personne elle-même – et il est donc naturel de songer d'abord à une sûreté personnelle, donc à adjoindre un second débiteur au premier, deux (ou plus) débiteurs valant mieux qu'un aux yeux du créancier. Le cautionnement ou la solidarité passive (u. infra) ne présentent que des avantages puisque, d'une part, autant de patrimoines que de codébiteurs répondent de la dette, et, d'autre part, la confiance placée par une caution (non intéressée à la dette garantie !) dans le débiteur principal ne peut que renforcer la confiance du créancier dans ce dernier. Mais il ne s'agit précisément que d'avantages pour le créancier : aussi se peut-il que le débiteur ne trouve personne acceptant un tel engagement, voire ne propose que des codébiteurs qui ne suscitent chez le créancier guère plus de confiance que lui-même...

C'est alors un bien qu'il devra proposer en garantie. Sous quelle forme ? S'il n'y avait pas de sûreté et si le débiteur venait non seulement à manquer à son engagement, mais aussi à se soustraire à l'exécution sur sa personne, le créancier devrait partir en quête d'un bien du débiteur à saisir, pour se le voir attribuer en

paiement ou le (faire) vendre à son profit. Le souci étant de devancer pareilles incertitudes et difficultés, rien de tel pour le créancier que d'obtenir d'emblée la propriété d'un bien du débiteur, qu'il restituera à ce dernier lors du paiement de la dette ainsi garantie : c'est le mécanisme de la fiducia cum creditore ou fiducie au profit du créancier, encore appelée aujourd'hui « fiducie-sûreté (le mot fiducia signifiant « confiance »).

Cette toute première forme de sûreté réelle (disparue au temps de Justinien, mais qui connaît une véritable renaissance depuis la seconde moitié du XXe siècle et se retrouve, de façon analogue, au cœur du mécanisme des obligations dites « islamiques ») permet et garantit mieux qu'une saisie le paiement du créancier par transfert de propriété à ce dernier dans le respect des formes (mancipatio ou in iure cessio, voire simple tradition pour une res nec mancipi), transfert assorti de l'engagement du créancier à restituer le bien au débiteur lors du paiement de la dette garantie : cet engagement constitue la convention de fiducie proprement dite.

Si cette sûreté est de nature à satisfaire pleinement le créancier, déjà propriétaire d'un bien soustrait ainsi aux aléas d'éventuelles poursuites et saisies par d'autres créanciers, elle présente cependant de graves inconvénients : la confiance a changé de camp, n'allant plus du créancier au débiteur, mais du débiteur au créancier. Ce dernier étant devenu propriétaire, c'est en effet le débiteur qui doit se contenter d'une créance de restitution, n'ayant lui-même aucune garantie que son créancier, en qualité de propriétaire, n'aliénera pas le bien, ou ne le grèvera de servitudes dans l'attente du paiement. Même en cas de condamnation judiciaire du créancier à la restitution du bien après paiement de la dette, ce n'est évidemment plus le débiteur qui jouit des droits de suite et de préférence attachés au bien qu'il avait aliéné, de sorte qu'il ne pourrait plus le récupérer entre les mains d'un tiers acquéreur. Tout au plus pourrait-il prendre la précaution d'en conserver la détention précaire ou à titre de locataire, pour en surveiller les mouvements... Tout en ayant, de toute façon, épuisé en une fois toutes les possibilités de crédit que ce bien aurait pu lui offrir vis-à-vis d'autres créanciers.

En présence de ces inconvénients de la fiducie, la pratique a introduit un autre mécanisme : le pignus ou gage, au moyen duquel le débiteur se borne à transférer matériellement au créancier le corpus du bien affecté en garantie. De portée plus limitée que la propriété fiduciaire, cette garantie reste néanmoins avantageuse pour le créancier : non seulement il ne devra effectuer aucune

recherche pour trouver un bien à saisir (il l'a déjà en mains) à défaut de paiement volontaire, mais sa détention du bien gagé est protégée comme telle par le prêteur. Celui-ci lui donne accès à une variété d'action possessoire, le créancier-gagiste ayant, du bien, la *possessio naturalis* (i.e. détention) *ad interdicta*. Il s'agit cependant d'une protection moindre que celle que lui offrait l'action en revendication dont il jouissait lorsqu'il avait obtenu la propriété fiduciaire. Aussi les deux mécanismes coexisteront-ils longtemps dans la pratique, au gré des exigences du créancier.

Imparfait pour le créancier, le gage l'est aussi et encore pour le débiteur : non seulement il ne peut évidemment en transférer la détention à titre de garantie qu'à un seul créancier à la fois, mais surtout il n'a plus l'usage du bien gagé. Cet inconvénient apparaît clairement dans la situation du fermier-locataire qui n'aurait d'autres biens à remettre en gage, pour garantir le paiement des loyers, que ses propres ustensiles aratoires et son bétail : comment pourrait-il alors encore poursuivre l'exploitation ? Le bailleur, créancier des loyers ou fermages, doit bien consentir un gage sans tradition ou sans dessaisissement des biens affectés en garantie. Il ne s'y résout toutefois qu'en vertu de la protection que lui accorde le prêteur : d'abord, à la fin de la République, par l'interdit *salvien* (introduit par un prêteur dénommé *Salvius*), injonction en vertu de laquelle le créancier peut s'emparer des meubles affectés à l'exploitation et les retenir jusqu'au paiement, à défaut en obtenir la vente à son profit ; ensuite, au début de l'Empire, par l'action *servienne* (du nom du prêteur *Servius*), qui lui permet d'exercer un droit de suite et un droit de préférence vis-à-vis de tiers qui détiendraient, voire auraient acquis les meubles de l'exploitation.

Le gage ou *pignus*, n'ayant ni pour objet ni pour effet de transférer la propriété, dispensait les cocontractants de recourir à une *mancipatio* ou à une *in iure cessio* : il se formait par le consentement des parties et la remise de la chose, ce qui caractérise un contrat réel (u. infra). Cette *nuda traditio* – ou tradition non revêtue des formes requises pour un transfert de propriété – n'est même plus de mise pour le *pignus* portant sur les meubles d'une exploitation agricole : il s'agit alors d'un simple contrat consensuel (i.e. formé par le seul échange des consentements) appelé *pignus nuda conventione*, donc gage formé par une convention dénuée de tout formalisme et du dessaisissement de la chose affectée en garantie. À partir du milieu du I^{er} siècle p.C., cette convention peut être utilisée pour garantir toute créance, quelle qu'elle soit, et pour tous biens (meubles ou immeubles) affectés en garantie sans dessaisissement : un prêteur (dont le nom ne nous a pas été conservé) introduit l'action quasi servienne qui

reconnaît un droit de suite et un droit de préférence au créancier muni d'un *pignus nuda conventione*. Cette action (*uindicatio pignoris*) permet au créancier, à l'échéance de la dette et si elle demeure impayée, d'être mis en possession (« naturelle » : donc détention) des biens affectés à la garantie et de les faire vendre afin d'être payé par priorité.

L'action quasi servienne correspond ainsi à l'apparition de l'hypothèque romaine, même si l'expression « hypothécaire » ne remplacera l'expression « quasi servienne » qu'à partir de Justinien. Ce mécanisme présente, pour le débiteur, l'avantage non seulement de conserver l'usage des biens hypothéqués, mais aussi de pouvoir les hypothéquer plusieurs fois, sans épuiser donc son crédit en une seule fois : il peut en effet affecter successivement ses biens à la garantie de plusieurs créances distinctes, pour autant que le montant cumulé de celles-ci n'excède pas la valeur totale des biens hypothéqués.

En cas de pluralité de créanciers hypothécaires pour les mêmes biens, l'ordre de paiement sera déterminé par l'antériorité des affectations en garantie hypothécaire : c'est la règle *prior tempore, potior iure* ou « antérieur en date, meilleur en droit ». Le premier créancier, dans l'ordre chronologique, est payé pour la totalité de sa créance, puis le deuxième, puis le troisième, et ainsi de suite. Quid si le débiteur et/ou le dernier créancier dans l'ordre chronologique ont surestimé la valeur des biens hypothéqués, dont la vente n'aboutit finalement pas à un prix suffisant pour désintéresser tous les créanciers munis du droit de préférence ? Le ou les derniers créanciers en date redeviennent, pour tout ou partie de leur créance, de simples créanciers chirographaires, comme s'ils n'avaient convenu d'aucune garantie, soumis à la loi du concours ou loi de réduction proportionnelle (de leur créance : u. infra).

Cette dernière situation n'est nullement théorique, en raison de deux défauts majeurs de l'hypothèque romaine : 1) l'absence de toute publicité ; 2) l'existence d'hypothèques générales, portant donc sur l'ensemble des biens du débiteur.

1) Quant à l'absence de publicité, il s'agit plus vraisemblablement d'un choix collectif que d'un manque d'ingéniosité juridique : alors même qu'il existait, dans certaines cités grecques, une pratique consistant à placer sur un immeuble hypothéqué un « *oros* » – tablette de bois ou stèle en pierre – mentionnant la sûreté consentie, sa date, le montant de la créance, l'identité des créancier et débiteur (Athènes), voire des registres immobiliers à des fins non exclusivement fiscales, les Romains n'ont pas importé cette pratique. Sans doute ont-ils préféré

s'abstenir de toute publicité pour éviter précisément que l'état d'endettement d'un citoyen ne soit connu de tous : ainsi, en présence d'hypothèques « clandestines », ne pouvait-il y avoir de comparaison effective entre le patrimoine d'un débiteur et la somme des dettes et garanties qui le grevaient, et pouvait-il arriver qu'un débiteur hypothécaire indélicat constitue un nombre excessif d'hypothèques, voire remette en gage ou aliène certains biens hypothéqués, puisqu'il en avait conservé la maîtrise matérielle.

Le risque d'aliénation (vente, donation, constitution d'une servitude personnelle ou prédiale), en fraude des droits du créancier, d'une *res Mancipi* hypothéquée était sans doute limité par la publicité même qu'impliquait la *Mancipatio* (cinq témoins outre le porte-balance) ou l'*In iure cessio* (devant le prêteur !), jusqu'à ce que disparaissent ces deux mécanismes au temps de Justinien. La mise en gage d'un bien hypothéqué comportait au moins la publicité purement matérielle de la tradition du bien au créancier-gagiste. Les véritables risques résidaient donc surtout dans l'aliénation par simple tradition de *res nec Mancipi* hypothéquées, voire d'accumulation d'hypothèques successives, dont certaines pouvaient être antidatées. Les seules sanctions de telles fraudes aux droits des créanciers étaient d'ordre pénal et consistaient en poursuites du chef de *Furtum* ou vol (cette notion embrassant alors l'abus de confiance ou détournement), ou de *Falsum* ou faux (en cas d'antidate e.g.), ou de *Stellionatus* : le stellionat était un délit privé (« privé » en ce sens qu'il portait atteinte à des intérêts de particuliers, et non à l'intérêt général de la collectivité), tirant sa dénomination du *stellio* ou lézard étoilé (réputé très rusé par son aptitude à la dissimulation...), consistant en toute forme de fraude aux droits des créanciers non visée par une autre qualification pénale expresse. Comme seule ébauche de publicité, il faut mentionner une constitution de l'empereur byzantin Léon (qui a régné de 457 à 474 p.C.), prévoyant que les conventions d'hypothèques enregistrées par un fonctionnaire impérial ou conclues en présence de trois témoins primeraient les hypothèques purement consensuelles même conclues à une date antérieure.

2) Nombre d'hypothèques portaient sur l'ensemble des biens du débiteur et, non contentes d'être ainsi générales (et non spéciales, i.e. ayant pour objet tel ou tel bien en particulier), étaient aussi tacites, donc non constituées par convention mais prévues de plein droit : hypothèque du bailleur sur les meubles du locataire ou sur les récoltes du fermier, du fisc sur les biens des contribuables, à partir de Constantin (en 314 p.C.) des incapables d'exercice sur les biens de leur tuteur ou curateur, et, à partir de Justinien, du légataire sur les biens d'une succession pour la délivrance de son legs, et de l'épouse sur les biens de son mari pour la

restitution de sa dot... Il est à peine besoin de préciser que de telles hypothèques visaient autant les biens présents que les biens à venir du débiteur.

Les particularités de l'hypothèque romaine expliquent la préférence accordée par les créanciers à la fiducia et au gage, ces trois variétés de sûreté pouvant alors porter aussi bien sur des meubles que sur des immeubles. Qu'en est-il advenu ?

2.LE GAGE

A.Notion

i) Définition

Le gage est un droit réel de garantie qui confère à son titulaire, le créancier gagiste, une sûreté spéciale réelle portant sur un meuble appartenant à autrui, le débiteur gagiste, et que celui-ci ou un tiers constituant a affecté à la garantie d'une obligation envers le créancier : « Le gage confère au créancier gagiste le droit d'être payé sur les biens qui en font l'objet, par préférence aux autres créanciers. » (art. 1er du nouveau Titre XVII du Code civil, introduit par la loi du 11 juillet 2013). Ce droit réel accessoire suppose nécessairement une créance principale à garantir.

Le gage est une variété d'un mécanisme plus large, appelé nantissement (art. 2071 C.c. ancien), qui désigne l'acte par lequel un débiteur remet une chose à son créancier à titre de garantie de la bonne exécution de ses obligations. Lorsque la chose remise (ou désormais simplement « affectée en garantie ») est un bien meuble, il s'agit du gage (art. 2072 C.c. ancien) ; lorsqu'elle est un immeuble, il s'agit d'une antichrèse (si l'immeuble est frugifère, le montant équivalent aux fruits est à imputer d'abord sur les intérêts de la dette, ensuite sur le capital). Cette seconde variété du nantissement correspondait à un pacte, répandu dans les provinces grecques de l'Empire, en cas de gage d'une exploitation agricole. Encore régie par le Code civil (art. 2085 à 2091 anciens), l'antichrèse est cependant tombée en désuétude et a disparu du Code civil suite à la loi du 11 juillet 2013.

ii) Terminologie

Le mot « gage » désigne trois choses différentes :

le droit réel de gage

le contrat qui crée le droit

la chose qui est l'objet de ce droit.

- selon le Code civil (art. 2075, al. 1er ancien et art. 39 nouveau), le gage entraîne une « dépossession » : le créancier gagiste n'est, en réalité, au mieux que détenteur (possessio naturalis) de la chose, du moins si le gage porte sur une species. Si cette species consiste en une créance, il doit y avoir tradition symbolique, par voie de notification au débiteur-cédé : « Le créancier gagiste est mis en possession d'une créance gagée par la conclusion de la convention de gage, à condition qu'il dispose du pouvoir de notifier le gage au débiteur de la créance gagée. » (art. 60, al. 1er, Titre XVII C.c.).

- si l'on qualifie le titulaire du droit réel de gage de créancier gagiste, c'est parce qu'il occupe la position de créancier dans le lien juridique principal qui l'unit à son débiteur. En revanche, en ce qui concerne le contrat accessoire de gage, ce même créancier gagiste est débiteur du gage, puisqu'il est tenu d'une obligation de restitution de la chose remise en gage, à l'égard du débiteur gagiste, créancier quant à cette chose.

iii) Caractéristiques

Le droit de gage est un droit civil, patrimonial, absolu, réel, accessoire, ius in re aliena, indivisible (art. 13 : « Le gage est indivisible nonobstant la divisibilité de la dette entre les ayants droit universels ou à titre universel du débiteur ou ceux du créancier ») et mobilier. Le gage porte normalement sur des species. La pratique a cependant introduit des gages ayant pour objet des genera (comme la garantie locative consistant en une somme d'argent ou en titres, que le locataire peut déposer entre les mains du bailleur lorsqu'il ne s'agit pas d'un bail de résidence principale). Une telle pratique évoque évidemment la fiducie ¹ puisque le créancier qui reçoit des genera en garantie en devient nécessairement propriétaire, le débiteur ne disposant plus que d'une créance de restitution, non d'une action en revendication. La loi a pris acte de cette pratique : « Sauf convention contraire, lorsque le gage a pour objet des choses de genre, le créancier gagiste ou le tiers convenu doit les tenir séparées des choses de même nature. Si les biens ont été confondus, le créancier gagiste doit, à l'expiration de la convention de gage, restituer au constituant du gage la même quantité de choses de même nature. » (art. 44, al. 1er et 2, Titre XVII C.c. ; v. aussi art. 59, al. 1er).

B. Constitution

En droit romain, le gage se constituait en principe par contrat réel (outre le consentement des parties, la tradition de la chose était indispensable pour la formation du contrat). Depuis la loi du 11 juillet 2013, le contrat de gage est en principe consensuel, sauf si le constituant du gage est un consommateur (au sens de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur), auquel cas il y a contrat formel (art. 4, al. 2 et 3, Titre XVII C.c.). En toute hypothèse, le contrat de gage est désormais soumis tant à un formalisme de preuve (art. 4, al. 1er : « La mise en gage est prouvée par un écrit contenant la désignation précise des biens grevés du gage, des créances garanties et du montant maximum à concurrence duquel les créances sont garanties. ») qu'à un formalisme de publicité, par son enregistrement dans le Registre national des Gages ² (art. 26, Titre XVII C.c.). C'est à l'égard des tiers et à l'instar d'un mandat que « La convention de gage peut être établie par toutes voies de droit. » (art. 40, al. 1er, Titre XVII C.c.). Le recours à la constitution d'un gage par tradition de la chose conserve cependant son indispensable opposabilité aux tiers : « Le gage d'un bien corporel est également opposable aux tiers lorsque ce bien est mis en la possession matérielle du créancier ou d'un tiers convenu. » (art. 39, Titre XVII C.c.).

Le législateur a redécouvert les vertus de l'interdit salvien et de l'action servienne en introduisant le principe d'un gage sans tradition du bien affecté en garantie : « Sauf convention contraire, le constituant du gage peut librement disposer des biens grevés dans le cours normal de ses affaires. » (art. 21, Titre XVII C.c.). « Si la tradition n'a pas été convenue, elle ne peut intervenir qu'à titre de sanction d'un grave manquement aux obligations du constituant du gage. » (art. 22, al. 2, Titre XVII C.c.). Cet effacement du principe de la tradition comme élément constitutif du gage a deux corollaires : 1) « Le gage peut avoir pour objet des biens futurs. » (art. 8) ; 2) un même bien peut être affecté en garantie de plusieurs créanciers titulaires de créances distinctes : cette possibilité entraîne la nécessité d'une publicité similaire à celle des hypothèques et l'application de la règle d'antériorité (prior tempore, potior iure) en cas de conflit de rang (art. 57, Titre XVII C.c.).

C.Droits du créancier gagiste

i) Droit de rétention

En cas de tradition du gage, le créancier gagiste dispose d'un droit de rétention, lui permettant de retenir la chose mise en gage aussi longtemps que le débiteur ne s'exécute pas, i.e. jusqu'à paiement intégral de sa dette (art. 45, Titre XVII C.c. ; cf. art. 2082, al. 1er, C.c. ancien). S'il n'y a pas tradition matérielle : « Le constituant du gage doit veiller aux biens grevés en bon constituant. Le créancier gagiste a le droit d'inspecter les biens grevés à tout moment. » (art. 16, Titre XVII C.c.).

ii) Droit d'exécution

Si le débiteur n'exécute pas son obligation et ne paie donc pas sa dette, « Le créancier gagiste peut ³ charger un huissier de justice de la vente publique ou de gré à gré ou de la location des biens grevés. » (art. 51, Titre XVII C.c. ; art. 52 : « Le créancier gagiste n'a pas le droit de se porter acheteur en cas de vente de gré à gré. »)

et être payé sur le prix, grâce à son droit de préférence :

si le prix retiré est supérieur au montant de sa créance, le surplus revient au débiteur,

si le prix retiré est inférieur au montant de sa créance, le créancier gagiste rejoindra les créanciers chirographaires pour le solde de sa créance ;

ou, moyennant convention de dation en paiement (u. infra), être autorisé par le constituant du gage à s'approprier la chose jusqu'à due concurrence (art. 53, al. 1er, Titre XVII C.c.) :

si la chose a une valeur supérieure au montant de la créance, il y aura lieu de payer une soulte au débiteur,

dans le cas contraire, le créancier gagiste est créancier chirographaire pour la différence, i.e. pour la partie non récupérée de sa créance.

Le pacte comissoire, en vertu duquel le créancier s'approprierait la chose à défaut de paiement à l'échéance, était prohibé depuis Constantin (cf. art. 2078, al. 2, C.c. ancien) et le demeure à l'égard d'un débiteur consommateur (art. 46, Titre XVII C.c.) : le créancier doit être autorisé par le tribunal à conserver le bien en paiement jusqu'à due concurrence, d'après estimation faite par experts, s'il n'est vendu aux enchères ou de gré à gré. Mais, à l'égard de tout autre débiteur gagiste, la possibilité de se voir attribuer le gage en propriété, admise depuis Justinien, est rétablie par la loi du 11 juillet 2013 sur une base conventionnelle (art. 53, al. 2, Titre XVII C.c.).

D.Obligations du créancier gagiste

i) Garder la chose en bon père de famille

« Le créancier gagiste doit veiller aux biens grevés du gage en bon créancier gagiste. » (art. 43, al. 1er, Titre XVII C.c.). L'exécution de cette obligation peut, le cas échéant, entraîner des frais pour le créancier gagiste : dans ce cas, le débiteur gagiste devient également débiteur d'indemnités qui couvrent les dépenses nécessaires et utiles que le créancier gagiste a pu engager sur la chose remise en gage (art. 2080, al. 2, C.c. ancien et art. 43, al. 3, nouveau).

ii) Ne pas se servir de la chose remise en gage (cf. art. 2082, al. 1er, C.c. ancien)

« Le créancier gagiste ne peut faire usage des biens grevés sauf si et dans la mesure où cela est nécessaire pour leur conservation. » (art. 42, Titre XVII C.c.). Il s'agit d'une obligation négative. Sa transgression peut être sanctionnée de déchéance du gage pour abus (art. 45, Titre XVII C.c.).

iii) Restituer l'objet mis en gage si le débiteur exécute ses obligations

Si l'objet du gage est constitué par des genera, seule la troisième obligation existe (restitution d'une quantité égale de genera de même nature), compte tenu cependant du « devoir de séparation » (art. 44, Titre XVII C.c. : u. supra).

E.Extinction du droit de gage

Le droit de gage s'éteint principalement :

par suite de l'exécution de ses obligations par le débiteur ;

par voie de conséquence à la dissolution du contrat principal ;

par voie de conséquence à la dissolution du contrat de gage ;

par déchéance pour abus du créancier gagiste ;

par renonciation de la part du créancier gagiste ;

par perte fortuite du gage.

3.L'HYPOTHÈQUE (EN GREC : ΥΠΟΘΗΚΗ, SOUTÈNEMENT)

A.Notion

i) Définition

L'hypothèque est un droit réel de garantie qui confère à son titulaire, le créancier hypothécaire, une sûreté spéciale réelle portant en principe sur un immeuble (en propriété, usufruit, emphytéose ou superficie) appartenant à autrui, le débiteur hypothécaire, et ce par simple affectation. Ce droit réel accessoire suppose nécessairement une créance principale à garantir.

Elle se constitue par simple affectation et ne requiert aucune tradition, aucune « dépossession » de la part du débiteur.

ii) Caractéristiques

Le droit d'hypothèque est un droit civil, patrimonial, absolu, réel, accessoire, ius in re aliena, indivisible (il subsiste pour le tout, tant que la créance garantie n'est pas éteinte), en principe immobilier (l'hypothèque peut cependant porter sur des navires) : « Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque » (art. 46 L. hyp.).

Faut-il pour autant considérer que l'hypothèque contemporaine ne permettrait plus d'obtenir le résultat atteint par l'action servienne, où elle puise son origine ? Le préteur avait admis un pignus sans dessaisissement du matériel et du bétail d'une exploitation agricole : depuis le Code civil, un tel résultat sera atteint en hypothéquant le matériel et l'outillage d'une exploitation industrielle ou agricole (voire le bétail) au motif que de tels meubles par nature peuvent être qualifiés d'immeubles par destination, lesquels peuvent être hypothéqués au même titre qu'un immeuble par nature.

B.Constitution

L'hypothèque est conventionnelle, légale ou testamentaire :

i) Par contrat

Il s'agit d'un contrat formel, solennel (un acte authentique notarié est requis, outre l'accord de volonté, pour la formation du contrat).

Pour l'opposabilité aux tiers, l'hypothèque requiert une inscription dans les registres de la conservation des hypothèques.

ii) Par la loi

Exemple : hypothèque légale des mineurs sur les biens de leur tuteur.

iii) Par testament

Dans cette hypothèse, le testateur crée une hypothèque sur un de ses biens immeubles pour garantir la bonne exécution par ses successeurs des legs faits à des tiers.

C.Droit et obligation du créancier hypothécaire

i) Droit

Le créancier hypothécaire dispose du droit, si le débiteur ne satisfait pas à son obligation, de faire saisir l'immeuble hypothéqué et de le faire vendre aux enchères, en vue d'être payé sur le prix obtenu par préférence aux créanciers chirographaires (après autorisation de justice).

Un même immeuble peut être hypothéqué plusieurs fois par son propriétaire. La première hypothèque consentie est qualifiée d'hypothèque de premier rang, la deuxième d'hypothèque de second rang, etc. Lorsqu'à la suite de l'inexécution de ses obligations par le débiteur, l'immeuble est vendu à l'initiative de l'un ou plusieurs des créanciers hypothécaires, on applique la règle *Prior tempore potior iure*, pour déterminer quel créancier hypothécaire doit être payé en premier lieu. L'ordre des dates d'inscription des hypothèques au registre de la conservation des hypothèques est donc déterminant (le créancier hypothécaire de premier rang est celui qui jouit de la plus ancienne inscription).

ii) Obligation

Consentir à la radiation de l'inscription hypothécaire après extinction de la dette, en principal et accessoires (art. 92 à 94 L. hyp.).

D.Droit et obligation du débiteur hypothécaire

i) Droit

Le débiteur hypothécaire conserve son droit de propriété, exception faite de l'abus matériel, restreint par la concession du droit réel de garantie.

ii) Obligation

Le débiteur hypothécaire ne peut pas laisser l'immeuble hypothéqué se dégrader, car, ce faisant, il diminuerait la valeur de la sûreté réelle consentie.

E.Extinction du droit d'hypothèque

Le droit d'hypothèque s'éteint principalement :

par suite de l'exécution de ses obligations par le débiteur ou par voie de conséquence à l'extinction de l'obligation principale ;

par voie de conséquence à la dissolution (contrat) ou à l'annulation (testament) de l'acte constitutif d'hypothèque ;

par renonciation de la part du créancier hypothécaire ;

par perte du bien hypothéqué (sauf report des droits du créancier sur une éventuelle indemnité d'assurance ou d'expropriation).

4.LES PRIVILÈGES

A.Introduction

1 – Le gage et l'hypothèque sont non seulement munis du droit de suite, comme tout droit réel, mais comportent en outre un droit de préférence permettant à leur titulaire d'être payé avant d'autres créanciers sur le prix de certains biens.

L'expression « sûretés réelles » englobe tous les procédés par lesquels un ou plusieurs biens du patrimoine du débiteur, ou le cas échéant d'un tiers qui accepte, sont affectés principalement et spécialement à la satisfaction d'une créance, de sorte que le créancier titulaire d'une telle sûreté échappe à la règle de l'égalité des créanciers, donc à la loi du concours, encore appelée loi de réduction proportionnelle. En effet, le principe de l'égalité des créanciers veut qu'en cas d'insuffisance des biens du débiteur, le produit de la vente de ses biens soit réparti entre les divers créanciers proportionnellement à leur créance. Le créancier titulaire d'une sûreté réelle échappe à cette loi et est payé directement, grâce au prix retiré de la vente publique du bien qui est l'objet de sa sûreté. Ce n'est que dans l'hypothèse où ce prix est insuffisant que le créancier subit le sort des créanciers chirographaires et, pour le solde de sa créance, est soumis à la loi du concours.

Un créancier chirographaire (en grec cheirographos signifie écrit à la main) est un créancier ordinaire, qui ne jouit pas d'une cause de préférence. Sera considéré comme créancier chirographaire, le créancier qui a prouvé sa créance, même si celle-ci ne fait pas l'objet d'un écrit.

2 – Certains mécanismes propres au droit des obligations peuvent aussi avoir un effet similaire à la constitution d'une sûreté réelle. Il en va ainsi notamment du droit de rétention : « Le droit de rétention confère au créancier le droit de suspendre la restitution d'un bien qui lui a été remis par son débiteur ou qui est destiné à son débiteur tant que sa créance relative à ce bien n'est pas exécutée. » (art. 73, Titre XVII C.c.).

3 – Le même effet peut être obtenu par les privilèges, qui accordent également un droit de préférence au créancier et constituent également des sûretés réelles.

B.Les privilèges

i) Notion

Un privilège est une sûreté réelle réduite au seul droit de préférence, sans droit de suite : un droit que la qualité de la créance confère au créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires. Seule la loi peut conférer un privilège, à raison de la qualité de la créance. Si le privilège octroie donc un droit de préférence, comme le gage et l'hypothèque, par contre il ne comporte pas de droit de suite, car il n'est pas un droit réel. Le droit de préférence du créancier privilégié porte sur le produit de la vente du bien qui fait l'objet de son privilège (i.e. l'assiette du privilège).

ii) Évolution

En droit romain, au départ, le *privilegium* était une loi prise en faveur ou en défaveur d'une personne spécifique. Par la suite, il s'agit d'une mesure exceptionnelle prise en faveur d'une ou plusieurs personnes, par exemple en faveur d'une catégorie de créanciers (appelés *privilegiarii*), pour leur assurer une meilleure position que les autres créanciers du même débiteur :

privilège de l'épouse sur les biens du mari pour la restitution de la dot ;

du pupille sur les biens du tuteur pour la restitution de ses biens ;

du fisc sur les biens des contribuables ;

à l'égard de la succession, pour toute personne qui a supporté des frais de funérailles.

En droit positif, la loi ayant procédé au coup par coup, des privilèges ont été octroyés à des catégories de plus en plus nombreuses de créanciers. Dans certains cas, la terminologie de privilège figure dans la loi ; dans d'autres cas, c'est le mécanisme qui aboutit à ce qu'il y ait privilège (privilège « sans texte »).

iii) Espèces

Deux questions se posent en présence d'une créance privilégiée :

1) Quelle est l'assiette du privilège ? Sur quel(s) bien(s) porte-t-il ?

À cet égard, on peut classer les privilèges en deux grands groupes :

a) les privilèges généraux portent sur :

tous les biens (meubles et immeubles) : le privilège du fisc impérial ;

tous les meubles : le privilège de la personne qui a supporté des frais funéraires en rapport avec la condition et la fortune du défunt porte actuellement sur tous les meubles de la succession.

b) les privilèges spéciaux portent sur :

un meuble : le privilège du vendeur impayé d'un objet mobilier porte sur ce meuble ;

certaines meubles déterminés : le privilège du bailleur impayé porte sur les meubles meublants du locataire, qui se trouvent dans le bien loué ;

un immeuble : le privilège du vendeur impayé d'un immeuble porte sur cet immeuble ;

certaines immeubles déterminés : le privilège des copartageants créanciers d'une soule suite à un partage porte sur les immeubles réciproquement échangés.

2) Quelle est la créance garantie ?

Elle est désignée par la loi instaurant le privilège :

le privilège du bailleur lui garantit le paiement :

de deux ans d'arriérés de loyers,

des loyers de l'année en cours,

des loyers de l'année suivante, si le bail devait s'y étendre.

Lorsque le bail a date certaine, le privilège garantit en outre le paiement de tous les loyers à échoir (art. 20, 1°, L. hyp.).

le privilège du vendeur d'effets mobiliers impayés lui garantit le paiement du prix (art. 20, 5°, L. hyp.) ;

le créancier gagiste se voit reconnaître, outre son droit réel, un privilège sur le prix de vente du bien qui est l'objet de son gage et garantit sa créance contre le débiteur gagiste (art. 20, 3°, L. hyp.) : c'est là que réside précisément l'efficacité du gage en droit positif, dans l'hypothèse où le bien affecté en gage est saisi par un créancier tiers.

iv) Concours entre créanciers

a) INTRODUCTION

1) Il y a concours entre créanciers lorsque plusieurs créanciers font valoir simultanément des prétentions contradictoires à l'égard d'un même débiteur sur les mêmes biens.

2) Lorsque l'actif du patrimoine est supérieur au passif, il n'y a aucun problème : chaque créancier, qu'il soit ou non bénéficiaire d'une sûreté spéciale, est payé intégralement (u. supra, sûreté générale). Le surplus de l'actif revient au débiteur.

3) Au contraire, lorsque l'actif du patrimoine est inférieur au passif, un problème se pose pour les créanciers qui ne pourront tous être désintéressés.

La loi des XII Tables avait souligné la gravité de ce problème en prévoyant la possibilité pour les créanciers de se partager le corps de leur débiteur insolvable... La Lex Poetelia Papiria de 326 a.C. améliore la situation du débiteur, mais non celle des créanciers : la contrainte par corps ne permet en effet au débiteur de n'être emprisonné et de ne travailler que chez un seul créancier à la fois. La relative inefficacité de cette voie d'exécution a d'abord invité le plus puissant des créanciers – l'État lui-même – à y chercher remède. Disposant de plus de droits que les particuliers (comme ceux-ci, l'État pouvait mettre à mort ses débiteurs ou les vendre comme esclaves à l'étranger – notamment si un contribuable s'était soustrait au paiement du tribut, voire s'était soustrait au recensement – mais sans avoir besoin de solliciter auparavant un jugement : c'est le « privilège du préalable » dont jouit la puissance publique), il a estimé plus efficace d'obtenir paiement en faisant saisir par les questeurs les biens du débiteur, afin de les vendre en bloc au plus offrant.

Le rendement de cette saisie était supérieur tant en termes financiers qu'en termes d'efficacité administrative, puisque les questeurs et les censeurs pouvaient y pourvoir eux-mêmes, sans avoir à déranger les consuls, qui seuls détenaient le pouvoir de recourir à des mesures extrêmes (mort, privation de liberté) contre des citoyens : dès lors que les consuls exerçaient l'imperium militiae ou commandement militaire et que la République ne connaissait guère

de trêves (les portes du temple de Janus n'ont été fermées – symbole de paix intérieure et extérieure – avant l'Empire qu'à deux reprises : en 240 a.C., après la première guerre punique, et en 29 a.C., après la bataille d'Actium), il est aisé de comprendre que les consuls étaient trop occupés pour assurer personnellement le recouvrement de l'impôt ou d'autres créances de l'État chez les débiteurs les plus récalcitrants...

Cette voie d'exécution ne sera transposée dans les litiges entre particuliers qu'à partir de la *lex Aebutia*, qui introduit, en 133 a.C., la procédure formulaire. La sentence rendue par le juge n'est qu'une décision émanant non d'un magistrat, mais d'un simple citoyen (un juré), qui ne dispose donc d'aucune parcelle de l'autorité publique lui permettant d'assurer l'exécution de son jugement. Aussi, à défaut d'exécution volontaire des obligations confirmées par le jugement, le créancier, qui a gagné le procès, doit-il mettre en œuvre les procédures suivantes :

b) PROCÉDURES

1) L'actio iudicati

À défaut pour le défendeur condamné d'exécuter le premier jugement, le demandeur doit en solliciter un second par voie d'actio iudicati ou action en exécution du (premier) jugement. Si le débiteur ne conteste pas la validité du premier jugement ni ne prétend avoir déjà payé, cette seconde procédure se termine in iure, devant le prêteur, qui ordonne alors la mesure d'exécution sollicitée par le demandeur. Si le débiteur conteste la validité du premier jugement ou offre de prouver qu'il a déjà payé, le prêteur doit désigner un nouveau juge et la seconde procédure se poursuit devant celui-ci, apud iudicem. Si le défendeur, déjà condamné une première fois, échoue à nouveau dans sa défense, il est condamné au double !

Fort d'un second jugement, le créancier a désormais le choix de procéder à l'exécution sur la personne (contrainte par corps, comme auparavant) ou sur les biens du condamné. Ce choix est forcément orienté par les circonstances : si le débiteur est présent, mais insolvable, il ne pourra y avoir que contrainte par corps. S'il disparaît en délaissant des biens, il ne pourra y avoir exécution que sur lesdits biens, voire, s'il demeure un solde dû, exécution subsidiaire sur la personne s'il réapparaît. Si le débiteur est présent et semble solvable, le créancier trouvera expédient d'éviter le pénible scénario de la manus iniectio en préférant demander au prêteur la missio in possessionem bonorum ou envoi en possession des biens du débiteur. Il ne s'agit au départ que d'une saisie conservatoire, tant pour éviter que le débiteur ne dissimule des biens que pour lui laisser un dernier délai de réflexion. S'il demeure récalcitrant, le prêteur autorise la vente globale de tous ses biens.

2) Venditio bonorum ou vente des biens en bloc

Les biens saisis ont été confiés par le prêteur à un curator bonorum ou curateur chargé de surveiller et administrer les biens du débiteur, de vérifier si ce dernier a lui-même des créances à faire valoir ou d'autres dettes à l'égard de créanciers qui n'ont pas encore sollicité un jugement. Ces derniers sont invités à produire

leur créance en prenant connaissance de la saisie annoncée par voie d'affichage (proscriptio) pendant trente jours (délai réduit à quinze jours si le débiteur est décédé). Durant ce délai, au cours duquel le débiteur a encore la possibilité de se libérer en payant ou en obtenant le paiement par un tiers, le curateur vérifie les créances des tiers et les admet ou rejette, afin de dresser la liste des créanciers admis au partage du prix de la vente annoncée.

À l'issue de ce délai, les créanciers désignent, parmi eux, un magister bonorum vendendorum ou « syndic des biens devant être vendus », qui succède au curateur en vue d'organiser la vente proprement dite. À cette fin, le magister bonorum établit la lex uenditionis ou cahier des charges de la vente : il y énumère les biens (corporels et incorporels : créances) du débiteur, les créanciers et le montant de leurs créances respectives, et indique ceux des créanciers qui, jouissant d'un droit de préférence (pignus avec ou sans dessaisissement, privilèges), seront payés par priorité et intégralement si le produit de la vente le permet. Ensuite il annonce, par un second affichage, le jour de la vente en bloc aux enchères.

Au jour dit, les biens du débiteur sont adjugés (addictio) en bloc au plus haut enchérisseur, appelé bonorum emptor ou acheteur des biens. Ce dernier répartit le prix entre les créanciers énumérés dans le cahier des charges et succède à la personne du débiteur, avec cette particularité qu'il s'agit d'une succession « intermédiaire : elle ne porte que sur le patrimoine du débiteur (en principe encore vivant...) fixé dans la lex uenditionis. En cette qualité, l'acquéreur des biens peut être amené à produire en justice les créances du saisi ou à se défendre lui-même dans le cadre de nouvelles procédures intentées contre ce dernier pour dettes antérieures à la vente. L'acquéreur n'est provisoirement que possesseur, voire propriétaire prétorien des biens qu'il a ainsi acquis : en effet, il n'y a eu, pour le transfert de la propriété des biens du débiteur, ni mancipatio, ni in iure cessio (cette dernière suppose l'acquiescement de l'aliénateur devant le préteur, ce qui n'est évidemment pas le cas lorsqu'il y a eu résistance à outrance du débiteur...) malgré le fait que la vente des biens a été ordonnée par le préteur. Le bonorum emptor ne deviendra dès lors propriétaire civil ou quiritaire des biens acquis qu'après usucapion d'un an ou deux selon qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles.

3) La lex julia de cessione bonorum ou loi julienne sur la cession des biens

La uenditio bonorum correspond à la faillite du débiteur : par analogie avec

l'exécution antérieure ou encore alternative sur la personne telle qu'elle a été limitée par la *lex poetelia papiria*, le débiteur perd tout, sauf sa vie, restant indéfiniment tenu du solde de ses dettes (rappelons qu'il n'y a pratiquement pas de prescription extinctive avant 424 p.C.) si la vente de tous ses biens n'a pas intégralement désintéressé ses créanciers, et toujours susceptible de contrainte par corps au bénéfice du créancier qui sollicite cette mesure. Même l'honneur n'est pas sauf : à l'expiration du premier affichage annonçant la saisie, le débiteur est déclaré « infâme » et se voit ainsi frappé d'une série de prohibitions socialement très dommageables (il ne peut plus être témoin à un acte formel ni en justice, ni plaider pour autrui ni demander à autrui de plaider en sa faveur...). Si l'actif de son patrimoine était intrinsèquement supérieur au passif, mais n'a pas suscité d'enchères satisfaisantes, et même si le prix de vente excédait le total des dettes, la différence profite au *bonorum emptor*, libre de conserver le surplus du prix qu'il a offert et/ou de réaliser un bénéfice ultérieur par la revente au détail des biens acquis.

Or il est possible que le débiteur ait été simplement (très) négligent ou ait été amené à une résistance judiciaire excessive précisément parce qu'insolvable, il tentait de différer la contrainte par corps et l'infamie. C'est pour éviter semblable « fuite en avant » du débiteur que la *lex julia de cessione bonorum* va instaurer le bénéfice de cession des biens au profit des débiteurs insolvables. Cette loi est dite « julienne » pour avoir été proposée au vote des comices, en 44 a.C., soit in extremis par César (*Caius Julius*

■

Caesar), soit par Octave (*Caius Julius*

■

Caesar Octavianus, qui règnera comme empereur sous le nom d'Auguste).

En vertu de cette loi, le débiteur, s'il cède la totalité de ses biens à son ou ses créanciers, à l'issue du premier jugement ou de l'*actio iudicati*, voire après l'envoi en possession mais avant l'expiration du délai d'affichage de la saisie, échappe tant à l'infamie qu'à la contrainte par corps pour le solde de ses dettes, même s'il y reste tenu, au moyen de ses éventuels biens futurs en cas de retour à meilleure fortune : pour toute dette antérieure à la cession, le débiteur ne peut dorénavant être condamné que dans la limite de ses ressources.

C'est l'un des quelques « chantiers archéologiques » que recèle notre Code civil,

où cette loi romaine a été transposée aux articles 1265 à 1270, ce dernier notamment précisant que la cession de biens « opère la décharge de la contrainte par corps ». Cette contrainte (emprisonnement pour dettes privées) a cependant été abolie en Belgique en 1871, de sorte que ces articles du Code civil sont désormais « lettre morte », le législateur ayant simplement omis de les abroger formellement.

4) Distractio bonorum ou vente des biens au détail

Même sous le bénéfice de la loi julienne, la vente en bloc des biens du débiteur privait celui-ci de tout l'actif de son patrimoine, sans pour autant offrir un rendement optimal au bénéfice des créanciers : seul le bonorum emptor, généralement animé par des motifs d'ordre spéculatif, y trouvait son compte.

C'est pourquoi le préteur intervient d'abord en faveur de l'orphelin, encore dépourvu de tuteur, qui hérite d'un débiteur condamné : il désigne un curator bonorum ou curateur chargé lui-même de procéder à la vente des biens du défunt, au détail et à l'amiable, l'intégralité du prix revenant aux créanciers, le solde éventuel à l'héritier. Cette mesure est ensuite étendue par le préteur aux autres héritiers incapables d'exercice, puis, avec une tout autre motivation et par voie de senatus-consulte au début du Haut Empire, aux membres de l'ordre sénatorial, qu'il convient de préserver de l'infamie et de ne pas dépouiller de tous leurs biens.

Cette mesure n'est pas seulement sympathique, mais s'avère également profitable aux créanciers : aussi est-elle progressivement généralisée au cours du Haut Empire. Tous les biens du débiteur sont encore saisis, mais pour être vendus au détail à un cercle d'amateurs désormais plus étendu, la vente étant interrompue dès que son produit est suffisant pour désintéresser tous les créanciers. Le débiteur récupère alors en nature les biens non encore vendus. Le ou les créanciers conservent cependant la faculté alternative de requérir la contrainte par corps, qui reste de mise en cas d'insolvabilité totale du débiteur, ou partielle s'il n'a pas offert la cession de tous ses biens.

La distractio bonorum (vente au détail par le curateur) paraît s'être substituée à la uenditio bonorum (vente en bloc par le magister bonorum) à mesure que, dans les procès de droit privé entre particuliers, la procédure dite « ordinaire », en deux étapes (préteur puis juge, simple citoyen) a fait place à la procédure dite « extraordinaire », où le juge est un fonctionnaire impérial, transformation

accomplie dans la seconde moitié du III^e siècle.

Au Bas Empire, les jugements, rendus par des fonctionnaires impériaux, sont revêtus de la force exécutoire et, à défaut d'exécution volontaire par le condamné, mis en œuvre par des fonctionnaires appelés *exsecutores* (également compétents pour le recouvrement forcé des impôts, qui ne requiert aucun jugement préalable). Si le débiteur condamné est solvable, mais encore rétif au paiement, il y a *pignus ex causa iudicati captum* ou prise de gage en vertu du jugement, les biens ainsi saisis étant vendus à concurrence du montant de la condamnation. Si le débiteur paraît insuffisamment solvable, il y a prioritairement (ce n'est plus un choix du ou des créanciers) saisie de l'ensemble des biens du débiteur, suivie d'une *distractio bonorum*. La contrainte par corps ne peut plus intervenir qu'à titre subsidiaire, à défaut pour le débiteur d'avoir offert et obtenu le bénéfice de la cession de ses biens : une constitution de l'empereur Gratien, en 379, accentue l'exigence de bonne foi (absence de fraude aux droits des créanciers) du débiteur qui propose cette mesure, en la restreignant aux situations d'insolvabilité imputables à un cas de force majeure (incendie, naufrage, infirmité...). Justinien introduira une possibilité de cession de biens extrajudiciaire, encore évoquée à l'article 1267 du Code civil.

5) Faillite, concordat, déconfiture et règlement collectif de dettes

En droit positif et contrairement au droit romain, la faillite (loi du 8 août 1997) ne concerne plus que les débiteurs commerçants, identifiés par le fait qu'ils accomplissent régulièrement des actes de commerce à titre professionnel (art. 1^{er}, C. comm.). Confrontés à un risque d'insolvabilité, ils peuvent solliciter, à titre préventif, une réorganisation judiciaire (Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises) qui, si elle est acceptée par les créanciers et déclarée recevable par le tribunal de commerce, leur accorde un sursis provisoire de paiement (suspension des poursuites des créanciers), le temps d'examiner la viabilité de l'entreprise et de mettre au point un plan de réorganisation qui, s'il est accepté par les créanciers et homologué par le tribunal, aboutit à une subordination voire à une remise totale ou partielle des dettes antérieures à la demande (v. cours de Patrimoine et personne morale et de Droit commercial).

La situation de déconfiture caractérisait l'insolvabilité des particuliers non commerçants, livrés au zèle de leurs créanciers les plus diligents : le paiement était le prix de la course, disait-on. La loi du 5 juillet 1998 a introduit en droit belge une procédure de règlement collectif de dettes, qui ne concerne que les

non-commerçants : tout particulier non-commerçant peut désormais solliciter du tribunal du travail un règlement collectif de dettes lorsqu'il n'est pas en état, de manière durable, de payer ses dettes exigibles ou encore à échoir, et pour autant qu'il n'ait pas manifestement organisé son insolvabilité.

Si le tribunal déclare la demande de règlement collectif de dettes admissible, il nomme un médiateur de dettes. Dans ce cas, une situation de concours naît entre les créanciers, et le débiteur est dessaisi de ses biens. Le médiateur est chargé de dresser un plan de règlement de dettes, qui a pour objet le rétablissement de la situation financière du débiteur, en lui permettant notamment, dans la mesure du possible, de payer ses dettes et en lui garantissant simultanément, ainsi qu'à sa famille, la possibilité de mener une existence conforme à la dignité humaine. Ce plan de règlement amiable est soumis à l'accord des créanciers. Si les créanciers rejettent ce plan, c'est au juge qu'il appartient d'imposer aux créanciers un plan de règlement judiciaire, qui peut comporter les mesures suivantes :

le report ou le rééchelonnement du paiement des dettes ;

la réduction du taux d'intérêt ;

la suspension de l'effet des sûretés réelles ;

la remise de dettes (totale ou partielle).

Le médiateur de dettes est chargé de suivre et de contrôler l'exécution des mesures prévues dans le plan de règlement amiable ou judiciaire.

c) RÉPARTITION DE L'ACTIF ENTRE LES CRÉANCIERS

Si l'actif est inférieur au passif, examinons les diverses hypothèses qui peuvent se présenter :

soit il n'y a qu'un seul créancier : le créancier obtient tout l'actif du patrimoine de son débiteur et reste créancier pour le solde, dans l'espoir que le débiteur revienne « à meilleure fortune » ;

soit il y a plusieurs créanciers :

ou bien tous sont chirographaires : tous les créanciers seront payés par application de la loi du concours ou de réduction proportionnelle. On dit aussi qu'ils seront payés au marc le franc : dans l'ancien droit français, le marc était une unité de poids valant la moitié d'une livre. D'où, l'expression « au marc la livre », qui a donné plus tard « au marc le franc », par confusion entre le franc et la livre, en tant qu'unité monétaire.

Exemple : un actif s'élève à 100 000. Le passif est de 400 000. Il est composé de trois créances chirographaires : A pour 50 000, B pour 250 000 et C pour 100 000. On calcule d'abord la fraction de l'actif sur le passif, soit $100\,000/400\,000$, donc $1/4$. Dès lors, chaque créancier reçoit $1/4$ de sa créance : soit, pour A, $1/4 \times 50\,000 = 12\,500$; soit pour B, $1/4 \times 250\,000 = 62\,500$; soit pour C, $1/4 \times 100\,000 = 25\,000$. Chacun subit ainsi une réduction proportionnelle de sa créance ;

ou bien il y a un seul créancier nanti d'une sûreté réelle et tous les autres créanciers sont chirographaires : le créancier muni de la sûreté spéciale est payé par préférence aux autres sur le prix de vente de l'assiette de sa sûreté. Si ce prix est insuffisant pour le payer, il est, pour le solde, rangé parmi les créanciers chirographaires. Les autres créanciers, chirographaires par hypothèse, subissent la loi du concours ;

ou bien il y a plusieurs créanciers nantis de sûretés réelles et plusieurs créanciers chirographaires : il faut alors commencer par ranger les créanciers nantis de sûretés réelles selon l'ordre légal de préférence. Or, la loi n'a pas prévu toutes

les possibilités : dès lors, la jurisprudence est contrainte de combler les lacunes.

Les créanciers privilégiés sont payés avant les créanciers hypothécaires. La loi, complétée par la jurisprudence, fixe l'ordre dans lequel les créanciers privilégiés doivent être payés. Quant aux créanciers hypothécaires, ils sont classés en fonction de la date d'inscription de leur hypothèque : le créancier hypothécaire dont le rang prime est payé avant les autres (*Prior tempore potior iure*). Les créanciers gagistes sont payés sur le prix rapporté par la vente de leur gage, également en fonction du rang pour un bien plusieurs fois affecté en gage.

Quid si un meuble remis en gage avait auparavant été hypothéqué comme immeuble par destination ? Le Code civil a voulu éviter une telle situation en réservant le gage aux meubles ⁴ et l'hypothèque aux immeubles, alors qu'en droit romain, un *pignus traditione* (gage avec dessaisissement) et un *pignus nuda traditione* (gage sans dessaisissement, ancêtre de l'hypothèque) pouvaient également porter sur des meubles ou des immeubles. La solution romaine est toujours valable et sans doute plus facile à mettre en œuvre aujourd'hui : le *pignus* antérieur l'emporte, un gage devant être actuellement enregistré, au même titre que l'hypothèque est inscrite, ce qui confère une date certaine de part et d'autre.

Lorsque les créanciers disposant d'une sûreté réelle ont été satisfaits, le surplus éventuel est partagé au marc le franc entre les créanciers chirographaires.

Si les créanciers munis d'un droit de préférence ne sont pas entièrement payés, ils sont, pour le solde, rangés parmi les créanciers chirographaires qui sont toujours payés en dernier lieu et au marc le franc.

1. Cf. l'article 62 du Titre XVII du Code civil : « Cession fiduciaire à titre de sûreté : Une cession de créance à titre de sûreté confère uniquement au cessionnaire un gage sur la créance cédée. »

2. Département de la documentation patrimoniale du Service public fédéral Finances.

3. Il ne doit plus solliciter une autorisation préalable de justice (cf. art. 2078 ancien, C.c.).

4. Cf. art. 19, Titre XVII C.c. : « L'immobilisation des biens grevés n'affecte pas le droit du créancier gagiste d'être payé par préférence sur le produit de ces biens. »

PARTIE IV

LES DROITS DE CRÉANCE (LES OBLIGATIONS)

SECTION 1 INTRODUCTION

SECTION 2 LES SOURCES DES OBLIGATIONS

SECTION 3 LA THÉORIE GÉNÉRALE DES OBLIGATIONS

SECTION 4 LES PRINCIPAUX CONTRATS

Section 1

Introduction

1.NOTION

Les Institutes de Justinien définissent l'obligation – *Obligatio est vinculum iuris, quo necessitate adstringimur alicuius soluendae rei, secundum nostrae ciuitatis iura* – comme « le lien de droit en vertu duquel nous sommes astreints à payer quelque chose, suivant les droits de notre cité. »

La définition du jurisconsulte Paul, dans le Digeste, est plus précise – *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut seruitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid uel faciendum uel praestandum* : « la substance des obligations ne consiste pas en ceci qu'elle rende nôtre quelque chose ou une servitude, mais en ce qu'elle astreint autrui à nous donner ou à faire quelque chose ou à en répondre » – mais encore incomplète : autrui peut aussi être obligé de s'abstenir, être tenu à une abstention.

Un droit de créance est un droit subjectif civil, créé dans le chef d'une personne, le créancier (creditor), qui porte directement et nécessairement sur une autre personne, le débiteur (debitor), permettant au créancier d'exiger de son débiteur l'exécution d'une obligation positive (dare, facere) ou négative (non facere).

En corollaire, l'obligation ou dette est le lien de droit (*vinculum iuris*) en vertu duquel une ou plusieurs personnes, le ou les débiteurs, peu(ven)t être contraint(s) par une ou plusieurs autres, le ou les créanciers, à transmettre ou créer un droit réel (dare), à faire (facere) ou ne pas faire (non facere) quelque chose, à titre personnel ou en répondant (*praestare*) de l'obligation d'un tiers.

Les droits de créance supposent nécessairement deux points de vue : celui du créancier, pour qui il y a droit de créance, et celui du débiteur, pour qui il y a obligation ou dette. Le droit de créance se trouve dans l'actif du patrimoine du créancier et, à l'inverse, l'obligation est inscrite au passif du patrimoine du débiteur.

L'obligation peut avoir pour objet une chose, une prestation (activité humaine,

service), ou encore une abstention. Le droit de créance peut donc porter indirectement sur une chose puisque l'obligation qu'il engendre consiste en une prestation ayant une chose pour objet. Ainsi le bail génère-t-il un certain nombre de droits de créance, tel celui du bailleur au loyer. Ce droit a pour objet direct le locataire et/ou sa dette. L'obligation du locataire est de payer le loyer : le loyer est donc l'objet indirect du droit de créance et l'objet direct de l'obligation.

Par opposition aux droits réels ou *iura in re*, les droits de créance sont appelés *iura in persona*, car leur objet direct est une personne, le débiteur. On parlera de *iura in persona ad rem* lorsque les droits de créance portent indirectement sur une chose.

2.CARACTÉRISTIQUES

Les droits de créance sont des droits subjectifs, civils, patrimoniaux et relatifs.

3.SOURCES

Les sources des droits de créance sont au nombre de cinq en droit romain, six en droit positif. Deux d'entre elles (trois en droit positif) existent en nombre théoriquement illimité et, par voie de conséquence, les droits de créance, les obligations existent également en nombre illimité.

A. Les contrats (contractus)

Le contrat est un accord de volontés, entre deux personnes au moins, dans le but de créer des effets juridiques. En droit romain, pour devenir obligatoire, à l'origine du moins, cet accord de volontés devait revêtir une forme légale qui le munisse d'une action judiciaire.

L'article 1101 du Code civil évoque implicitement ses sources romaines lorsqu'il définit le contrat :

« Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. »

Au regard du droit romain, cette définition n'est ni une tautologie (« le contrat est une convention... ») ni une simple confusion entre la définition d'une obligation par son contenu (donner, faire ou ne pas faire) et une seule de ses sources possibles :

1) la simple convention est, pour les Romains, un accord qui ne les engage juridiquement – donc n'est sanctionné par la possibilité d'une mise en œuvre judiciaire – qu'à la condition d'être revêtu des formes exigées par le droit civil, ou d'être assorti de la tradition de la chose qui en fait l'objet, ou encore d'avoir été reconnu, dans l'édit du préteur, comme ayant force obligatoire : ainsi contrat et convention ne sont-ils donc pas synonymes pour les Romains et un défendeur ne peut-il être attiré en justice que s'il y a contractus et non simple conventio ou pactum ;

2) c'est dans un esprit tout aussi romain – et même archaïque au regard de l'histoire du droit – que le Code civil n'évoque les trois contenus possibles d'une

obligation qu'en les rapportant à leur seule source contractuelle, en omettant apparemment l'existence des autres sources d'obligations : à l'origine, les seuls actes juridiques portant sur des biens consistent sans doute en transferts de propriété au comptant (ventes ou donations par mancipatio ou in iure cessio) tandis que seuls des faits juridiques (délits) peuvent générer des obligations (peine, réparation du dommage) dont l'exécution est, par la force des choses, différée dans le temps.

Il faut donc accomplir un important progrès dans l'imagination juridique pour concevoir des actes (volontaires, licites et intentionnels) qui génèrent une obligation, donc un lien de droit entraînant un devoir dont l'exécution est différée : dans l'intervalle, le créancier doit faire confiance (credere) à l'annonce par son débiteur (debitor, du verbe debere, devoir) que ce dernier respectera sa promesse dans l'avenir. Ainsi le contrat occupe-t-il une place prioritaire parmi les sources possibles d'obligations et de droits de créance puisqu'il est la seule source dont on puisse dire, sans abus de langage, qu'il implique la confiance et un crédit accordé par le créancier au débiteur : tel n'est évidemment pas le cas dans les autres sources d'obligations (la victime d'un délit, créancière de réparation, n'a pas fait crédit à l'auteur du délit, débiteur d'une peine et d'une obligation de réparation...).

Le principe de l'autonomie de la volonté implique que les personnes peuvent convenir de ce qu'elles désirent, et, partant, créer le(s) droit(s) de créance qu'elles souhaitent, pour autant que leur volonté ne soit pas contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou à une disposition impérative du droit objectif. Par application de ce principe, le nombre des contrats est potentiellement illimité puisque tout ce qui n'est pas expressément interdit est permis. Sur la base de l'Edit du prêteur, le nombre des contrats possibles n'en reste pas moins limité à ceux susceptibles de donner lieu à la délivrance d'une formule.

B. Les quasi-contrats (quasi ex contractu)

En droit positif, les quasi-contrats sont des actes licites générateurs d'obligations, sans accord de volontés préalable : ce qui les différencie des contrats, c'est précisément l'absence d'accord de volontés préalable. Actuellement, il existe trois quasi-contrats : la gestion d'affaires, le paiement indu (ou de l'indu) et l'enrichissement sans cause.

En droit romain, la notion de quasi-contrat était nettement moins précise et plus large. Ainsi, les Institutes de Justinien (3, 27) indiquent-elles, comme naissant quasi ex contractu, une série d'obligations, telles les obligations nées de la gestion d'affaires et du paiement indu, mais aussi celles qui sont nées de la tutelle ou de l'indivision, par exemple.

C.Les délits (delicta)

Les délits, ou fautes pénales, sont des faits juridiques illicites qui génèrent, chez leur auteur, l'obligation de subir une peine et, le cas échéant, de réparer le dommage causé à autrui par le délit. En matière délictuelle, on applique la règle *Nullum crimen, nulla poena sine lege* (littéralement : « pas de crime, pas de peine sans loi ») : seuls les faits prohibés par une disposition expresse du droit objectif peuvent donner lieu à des poursuites pénales. Cette maxime, dont le respect est constaté en droit romain, n'a toutefois été formulée comme telle (en latin) qu'au XVIII^e siècle par Cesare Beccaria et au début du XIX^e par Anselm Feuerbach.

D.Les quasi-délitss (quasi ex delicto)

En droit positif, les quasi-délits sont tous faits quelconques qui causent à autrui un préjudice et obligent leur auteur à la réparation de ce dommage.

Contrairement à la situation valant en droit romain, il n'existe actuellement aucune énumération exhaustive des quasi-délits : le critère abstrait du comportement du bonus uir ou bon père de famille, soucieux de ne causer aucun dommage illicite à autrui, suffit à délimiter le champ de cette source d'obligations de répondre d'un dommage, mais non de subir une peine.

En droit romain, la notion de quasi-délit est beaucoup plus restreinte et ne présente apparemment d'autre précision que son énumération limitative : ainsi les Institutes de Justinien (4, 5) en rapportent-elles quatre cas, par exemple, jeter ou verser de son appartement une chose qui cause un dommage à un passant, ou le juge qui *litem suam fecit* (littéralement : « qui a fait le procès sien »), i.e. qui a rendu une sentence inappropriée ou a manqué à son devoir de rendre une sentence.

E.La loi

La loi décrète que, dans certaines circonstances, telle personne est débitrice de telle obligation à l'égard de telle autre. Est notamment une obligation légale, en droit positif, l'obligation alimentaire, ou obligation imposée à une personne de fournir à une autre, dans le besoin et rattachée à elle par un lien de famille ou d'alliance déterminé, l'entretien et l'assistance nécessaires (entre époux, entre parents en ligne directe, etc.). Il ne faut pas confondre le très grand nombre d'obligations légales relevant du droit public s.l. (relations des particuliers avec l'autorité publique : vote obligatoire, impôts et taxes, obligation scolaire, règles de la circulation routière...) avec le nombre plus réduit d'obligations légales relevant du droit privé (relations des particuliers entre eux), visées à l'article 1370, al. 2 et 3, du Code civil. Les sources conservées du droit romain ne mentionnent la loi qu'une seule fois comme source d'obligations dans cette acception restreinte (chez Modestin).

F.L'engagement par déclaration unilatérale de volonté et par acte unilatéral

L'acte unilatéral est une manifestation unilatérale de volonté entraînant des effets juridiques. En droit positif, l'engagement par déclaration unilatérale de volonté apparaît comme une variété de l'acte unilatéral, mais alors que ce dernier crée indirectement des obligations, l'engagement en crée de manière directe. Une telle source d'obligations ne peut se développer aussi longtemps que les rapports de droit privé sont principalement régis par le formalisme (u. infra) : seul le respect de la solennité marque le caractère juridique d'un engagement convenu. Dès lors que deux consentements ne suffisent pas à générer une obligation, un seul ne peut pas avoir la moindre portée juridique. En revanche, lorsqu'apparaissent des obligations basées sur le seul consentement des parties (le principe du consensualisme régit le droit positif), il est concevable d'attribuer une portée juridique à la volonté unilatérale d'engagement d'un individu, dans l'attente de la réaction du destinataire de cet engagement, qui nouera ou non le lien caractéristique de l'obligation.

Exemples d'acte unilatéral : le paiement, la renonciation à un droit (ou à invoquer une cause de nullité : c'est la confirmation, qui peut entraîner la renaissance d'obligations paralysées) et la résiliation unilatérale (elle peut faire naître l'obligation de payer une indemnité). L'un des modes d'acceptation d'une succession – et ainsi, le cas échéant, des dettes du défunt – était la manifestation expresse de volonté d'un héritier à cette fin, dénuée de tout formalisme : *nuda voluntas*.

Exemples d'engagement par déclaration unilatérale : l'offre (en général, en droit positif) et la promesse de récompense.

Parmi les actes unilatéraux, on distingue ceux qui sont réceptices – adressés à une personne bien précise – de ceux qui ne le sont pas – adressés à tous. La différence concerne l'irrévocabilité de l'acte : les premiers n'ont d'effet que lorsque leur destinataire a eu ou pu en avoir connaissance ; les seconds ont un effet dès l'extériorisation de la volonté de leur auteur.

4.CLASSIFICATIONS

Les obligations peuvent être classées selon quatre critères.

A.Selon la source

Il existe six catégories d'obligations selon le critère de la source créatrice de l'obligation :

les obligations contractuelles ;

les obligations quasi contractuelles ;

les obligations délictuelles ;

les obligations quasi délictuelles ;

les obligations légales ;

les obligations par déclaration unilatérale de volonté et par acte unilatéral.

B.Selon l'étendue

Il y a deux catégories d'obligations selon le critère de l'étendue :

les obligations

▪

de moyen ou de diligence

▪

sont les obligations pour lesquelles le débiteur s'engage à faire preuve de toute la diligence possible, à utiliser tous les moyens à la disposition d'un bon père de famille pour parvenir à l'exécution correcte de l'obligation. Exemples :

obligation du médecin de guérir son patient,

obligation de l'avocat de défendre les intérêts de son client,

obligation de l'enseignant d'instruire ses élèves.

Si le résultat recherché n'est pas atteint, le créancier désireux d'engager la responsabilité de son débiteur devra apporter la preuve que celui-ci a commis une faute dans le choix des moyens utilisés ;

les obligations

▪

de résultat

▪

sont les obligations pour lesquelles un débiteur s'engage à un résultat précis. Le seul fait de ne pas aboutir à ce résultat fait présumer iuris tantum une faute dans le chef du débiteur. Il appartiendra alors au débiteur de prouver qu'il y a casus, pour se dégager des conséquences de la faute présumée et donc de sa responsabilité. Encore convient-il de noter que, dans certains cas, l'obligation de

résultat est à ce point contraignante que le débiteur ne sera pas admis à administrer cette preuve (e.g. garantie des vices cachés par le vendeur).
Exemples :

organisation d'un voyage dans des conditions normales,

paiement du loyer par le locataire au bailleur

transport de personnes et de choses dans des conditions normales.

C.Selon le contenu de l'obligation

Il y a trois catégories d'obligations selon le critère du contenu :

1) les obligations positives

les obligations de dare (littéralement : donner) sont les obligations positives qui consistent dans le transfert du droit de propriété ou dans la constitution d'un droit réel autre que le droit de propriété (dans la constitution d'un ius in re aliena) : la vente d'une servitude implique, dans le chef du vendeur, une obligation de dare, celle de constituer le droit de servitude,

es obligations de facere (littéralement : faire) sont toutes les obligations positives qui ne sont pas des obligations de dare. Il s'agit, partant, d'une catégorie résiduelle : exécuter un travail déterminé ; restituer la species empruntée ; délivrer la species vendue à l'acheteur.

Le dépôt, le prêt, tout comme le gage et la fiducie en droit romain, impliquent, au départ, la tradition de la res faisant l'objet du contrat. Cette tradition, toutefois, puisqu'il s'agit de contrats réels, constitue une condition de formation du contrat, et non une obligation résultant de ce contrat ;

2) les obligations négatives sont toutes les obligations libellées de manière négative. Il s'agit d'obligations de non facere (littéralement : ne pas faire) : ne pas causer de dommage à autrui ; ne pas détenir d'animaux ; ne pas se servir d'une chose déposée.

Le principe, en matière d'exécution forcée de l'obligation, est, en droit positif,

l'exécution en nature, sauf si celle-ci est devenue impossible ou procéderait d'un abus de droit. En droit romain, les *legis actiones* ou actions de la loi conduisaient, en cas de condamnation à une *manus iniectio* ou mainmise sur la personne du débiteur, fortement tempérée cependant par la *Lex poetelia papiria* (u. supra). La procédure formulaire généralise la *condemnatio pecuniaria* ou en argent, donc par équivalent : aussi la sentence devait-elle fixer en numéraire la valeur de la condamnation à défaut pour le défendeur de s'acquitter de son obligation (en vertu d'une *clausula arbitraria* insérée dans l'*intentio* : *nisi restituetur* : « si la chose n'avait été restituée » ¹⁾ avant qu'elle ne soit rendue.

Le Code civil (art. 1142) semble cependant encore ériger en principe l'exécution par équivalent : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur. » Les deux dispositions suivantes s'empressent toutefois de restreindre sensiblement le domaine de l'exécution par équivalent, d'abord en matière d'obligation de non facere : « Néanmoins le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement, soit détruit ; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y a lieu. » (art. 1143). Ensuite en matière d'obligations de dare ou de facere : « Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. » (art. 1144). « Demander » signifie solliciter un jugement de condamnation du débiteur ; « être autorisé » signifie obtenir un tel jugement ; « engagement » est ici synonyme d'obligation, quelle qu'en soit la source. Le créancier sera seulement autorisé à faire exécuter l'obligation, selon les modalités prévues par le jugement et le Code judiciaire pour les voies d'exécution forcée : il ne pourra évidemment se substituer *manu militari* au débiteur récalcitrant et condamné...

L'article 1142 ne vise donc, en réalité, les obligations de facere que pour leur appliquer, le cas échéant, la règle *Nemo potest (praecise) cogi ad factum* : « personne ne peut être obligé d'accomplir une prestation contre son gré ». Cette règle signifie qu'on ne peut pas imposer au débiteur d'une obligation de facere d'accomplir son obligation sous la contrainte physique. Lorsque l'exécution forcée en nature est impossible, seule l'exécution par équivalent, i.e. sous forme de dommages et intérêts reste possible. De la même manière, pour les obligations de non facere transgressées, l'exécution forcée en nature est normalement devenue impossible : l'exécution en nature fait place à l'exécution par équivalent, sauf lorsque le rétablissement de la situation antérieure à la violation de l'obligation de non facere est matériellement possible (e.g.

confiscation d'un bien détourné et restitution à son propriétaire).

D.Selon les sanctions de l'obligation

Il y a deux catégories d'obligations, selon les sanctions qui protègent l'obligation :

les obligations civiles ou juridiques sont les mieux protégées, car elles sont munies de deux sanctions :

une sanction offensive : l'action en exécution forcée permet à un créancier d'obtenir que son débiteur soit condamné à exécuter l'obligation dont il est titulaire. L'action apparaît, de ce fait, comme le droit sur pied de guerre (par sa mise en œuvre judiciaire),

une sanction défensive : l'exception de paiement dû permet au créancier, qui a été désintéressé, de se défendre lors d'une action en répétition qu'intenterait le débiteur (= irréversibilité de l'exécution d'une obligation juridique) ;

les obligations naturelles sont munies d'une seule sanction : l'exception de paiement dû (art. 1235, al. 2, C.c.). Les véritables obligations naturelles le sont dès le départ et se définissent comme des devoirs moraux, estimés suffisamment impérieux par le groupe social, et qui se transforment en obligations civiles, par la reconnaissance ou l'exécution en pleine connaissance de cause qu'en fait le débiteur. Ainsi l'obligation alimentaire entre parents en l'absence d'obligation légale (i.e. lorsqu'il ne s'agit pas de parents en ligne directe).

Se rattache également aux obligations naturelles la dégénérescence d'une obligation civile : il s'agit initialement d'une obligation civile qui, suite à une prescription extinctive, a perdu l'action en exécution forcée dont elle était munie et est ainsi devenue une obligation naturelle. L'obligation naturelle relève de la volonté de son débiteur et implique que celui-ci agisse en connaissance de cause.

Le droit ne se préoccupe guère d'une troisième espèce d'obligations, les

obligations morales, philosophiques, religieuses, en ce sens qu'il ne les assortit d'aucune sanction : aimer ses père et mère (au-delà de l'obligation juridique alimentaire).

Section 2

Ses sources des obligations

1.LES CONTRATS : THÉORIE GÉNÉRALE DES CONTRATS

A. Notion

Le contrat ou convention est un accord de volontés passé entre au moins deux personnes dans le but de produire des effets juridiques : créer, transmettre, modifier ou éteindre des droits subjectifs. Cette définition correspond au droit positif car, de nos jours, la règle générale, en matière de formation des contrats est le consensualisme : le seul accord des volontés suffit.

Pour la transposer en droit romain, il faut ajouter à cette définition une précision : « et pour autant que cet accord de volontés soit considéré par le droit objectif comme jouissant d'une valeur obligatoire » i.e. comme susceptible de donner ouverture à une action en justice (comme moyen d'action) et à une exception en justice (comme moyen de défense).

En droit romain, en effet, tous les accords de volontés passés dans le but de produire des effets juridiques n'étaient pas nécessairement des contrats, pour la simple raison qu'en matière de formation des contrats, la règle était, non pas le consensualisme, mais le formalisme :

le consensualisme est le système en vertu duquel le seul consentement des parties contractantes suffit pour la formation d'un contrat : l'accord est une condition nécessaire mais suffisante ;

le formalisme est le système en vertu duquel le consentement requis ne suffit pas : il faut en outre accomplir une formalité pour que le contrat puisse se former.

Cependant, de bonne heure, en droit romain, à côté des contrats formels, ont été admis quelques contrats réels, impliquant un transfert de propriété de l'objet au profit de celui qui en recevait tradition.

Le premier contrat réel paraît avoir été le mutuum ou prêt de consommation : une personne emprunte à une autre des choses fongibles, par exemple des denrées ou de l'argent, à charge de lui en remettre une quantité équivalente ultérieurement. À l'origine, le mutuum supposait la volonté de transférer la

propriété de la chose prêtée.

La fiducie (*fiducia*) est un autre contrat réel apparu de bonne heure. La fiducie était une convention par laquelle celui qui reçoit la propriété d'une *species*, le *fiduciarius* ou fiduciaire, était obligé de la rendre ultérieurement à son premier propriétaire, le *fiduciant*. Toute l'efficacité du contrat reposait donc sur la *fides* (littéralement : la foi), la loyauté du débiteur de la chose, devenu alors son propriétaire. La fiducie a reçu de nombreuses applications, dans le droit des personnes comme dans celui des obligations. Retenons plus particulièrement, la *fiducia cum amico*, « fiducie avec un ami », qui, selon les cas, servait à réaliser un dépôt ou un prêt à usage, et la *fiducia cum creditore*, « fiducie avec un créancier », qui servait à réaliser un nantissement. La fiducie présentait des inconvénients évidents pour celui qui tenait le rôle de l'aliénateur (perte du droit de propriété, partant, du droit de suite ; remplacement par un simple droit de créance). La fiducie a donc fait place aux diverses opérations qu'elle tendait à réaliser, qui se formaient également *re* (littéralement : « par la chose »), par la tradition de la *species*.

À une époque probablement plus récente que pour le *mutuum* (à peu près la même que pour la fiducie) apparurent quatre autres contrats, cette fois de nature consensuelle : la vente, le louage, le mandat et la société. La vente (*emptio venditio*) était le contrat par lequel le vendeur s'engageait à fournir à l'acheteur la possession utile et durable d'une chose (*res*, *merx*), en contrepartie de quoi l'acheteur s'engageait à payer une certaine somme d'argent (*pretium*). Le louage (*locatio conductio*) était la convention par laquelle une partie s'engageait à fournir à une autre, à titre temporaire, la jouissance d'une chose ou une partie de son travail, en contrepartie de quoi l'autre payait une rémunération en espèces monnayées. Le mandat (*mandatum*) était la convention par laquelle le mandant chargeait le mandataire, qui acceptait, de faire gratuitement quelque chose pour son compte. La société (*societas*) était le contrat par lequel deux personnes au moins s'engageaient à mettre quelque chose en commun afin d'en retirer un avantage réciproque par la réalisation d'un objectif licite. Le *pignus nuda conventione*, ancêtre de l'hypothèque et constituant une garantie sans tradition de la chose qui en constitue l'assiette, se formait également par contrat consensuel.

Tous les accords qui n'étaient ni formels, ni réels, ni consensuels reconnus par le droit civil, étaient de simples pactes (*pactum*). Le *pactum* n'exigeait qu'une seule condition – l'accord de volontés – mais ne pouvait équivaloir à un contrat,

car il n'était pas obligatoire. Le pacte, par lui-même, était dépourvu de valeur juridique : il ne permettait ni action, ni exception. Les parties à un pacte s'en remettaient donc à leur seule loyauté.

Peu à peu cependant, une première évolution a permis aux pactes d'entrer dans le champ d'application du droit : ils ont été dotés d'une valeur juridique sous forme d'octroi d'une exception, par application de la règle *Ex nudo pacto non nascitur actio sed exceptio* (littéralement : « d'un pacte nu ne naît pas d'action, mais une exception »). Le créancier n'a pas encore d'action en exécution forcée contre son débiteur, mais, si le débiteur exécute son obligation volontairement et en connaissance de cause, le créancier dispose d'une exception de paiement dû. Dès ce moment, les pactes créent donc des obligations naturelles.

Dans une seconde étape, le préteur accorde à un certain nombre de pactes une action en exécution forcée. À ce stade, le pacte équivaut au contrat puisqu'il crée une véritable obligation civile, même s'il continue à s'appeler pacte. Pour les différencier des simples pactes nus, cette seconde série de pactes est qualifiée de *pacta vestita* ou pactes revêtus (d'une action).

Jusqu'au bout de son évolution, le droit romain est resté attaché au principe du formalisme, même si, dans la pratique, ce dernier a coexisté avec nombre de contrats réels ou consensuels.

À un autre point de vue, le véritable contrat romain ne pouvait, en principe, faire naître que des obligations : il ne pouvait, par lui-même, faire acquérir un droit réel (comp. art. 1138 C.c.).

B. Les grands principes du régime contractuel

Cinq principes fondamentaux dominent la matière contractuelle.

i) Le principe de l'autonomie de la volonté

a) NOTION

L'Édit du préteur nous dit au sujet des pactes et conventions : « Les pactes qui auront été convenus sans dol ni contrariété aux lois, plébiscites, sénatusconsultes, édits et décrets des empereurs, ni fraude au préjudice d'autrui, je les sanctionnerai. » ²

Les parties à une convention sont libres de consentir à ce qu'elles veulent (de donner n'importe quel objet, de prévoir n'importe quelle modalité), sous réserve du respect des dispositions touchant à l'ordre public, aux bonnes mœurs et, en droit positif, aux lois impératives.

L'ordre public est constitué de règles qui touchent aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui, dans le droit privé, fixent les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société. Exemples :

la prohibition des pactes sur succession future

la prohibition du contrat conclu avec un tueur à gages...

Les bonnes mœurs sont l'ensemble des règles de conduite d'ordre moral, communément admises dans une société déterminée et sanctionnées par le droit. C'est une notion évolutive. Exemple : la prohibition de la débauche.

Les lois impératives ont, en droit positif, pour but de protéger certaines catégories de personnes en édictant des règles auxquelles on ne peut déroger à l'avance et qui protègent des intérêts privés :

la responsabilité pour dol ;

certaines dispositions en matière de contrat de travail.

Le principe de l'autonomie de la volonté a, dès lors, pour champ d'application :

l'ensemble des règles supplétives du droit objectif : les dispositions supplétives (de la volonté des parties) sont celles que le droit objectif prévoit, mais qui ne

jouent qu'à défaut de clause contraire expresse ;

l'ensemble de ce que l'on peut ajouter au droit objectif : le droit objectif peut, en effet, être complété par des dispositions issues de l'imagination des parties contractantes.

Le droit privé, et plus précisément le droit civil, est formé essentiellement de règles supplétives. En revanche, en droit public sensu lato, toutes les normes sont contraignantes.

En droit romain, le principe de l'autonomie de la volonté paraît tempéré par le fait que tous les accords de volontés n'étaient pas nécessairement munis d'effets juridiques. Certes, les Romains pouvaient convenir de ce qu'ils souhaitaient, mais leur accord de volontés ne pouvait produire d'effets juridiques que si le droit le sanctionnait d'une action et d'une exception. Les contrats abstraits de stipulatio et de sponsio n'en laissaient pas moins libre cours à l'imagination des parties...

a) les exceptions de droit positif au principe de l'autonomie de la volonté

Le droit positif apporte deux séries d'exceptions au principe de l'autonomie de volonté.

1. Les contrats d'adhésion que l'on ne peut que conclure tels qu'ils se présentent, sans pouvoir en modifier les clauses. Dans certains cas, il nous est même imposé de passer le contrat considéré : contrats de transport en commun, de fourniture d'eau, de gaz, d'électricité, contrats d'assurance...

2. Les contrats réglementés : la loi impose certaines clauses ou en interdit certaines autres. Il ne s'agit pas d'une réglementation de l'ensemble du contrat mais d'une partie de celui-ci : e.g. contrat de travail ou prêt à tempérament.

b) Le principe de l'autonomie de la volonté est relatif au contenu du contrat, i.e. à l'objet au sens large du contrat

L'objet au sens large est le contenu du contrat, ce que les parties contractantes ont choisi d'inclure dans la convention qui les lie, les prestations auxquelles les cocontractants se sont engagés.

L'objet au sens large s'oppose à l'objet au sens étroit : la res sur laquelle porte éventuellement le contrat. Un contrat a un objet s.l. sans pour autant avoir nécessairement un objet s.s. (ainsi un contrat de prestation de service contre une autre prestation de service ou une abstention).

ii) Le principe de la relativité des contrats

Ce deuxième principe du régime contractuel, posé par l'article 1165 du Code civil, est exprimé par l'adage *Res inter alios acta aliis nec prodesse nec nocere potest* (littéralement : « la chose faite entre certaines personnes ne peut ni avantager ni nuire à d'autres personnes ») et ne concerne que les effets internes des conventions, i.e. les droits et obligations découlant de la convention : création, modification, transmission et extinction de droits subjectifs. En principe, seules les parties contractantes peuvent réclamer l'exécution d'une obligation contractuelle ou en être tenues (les tiers sont, par définition, étrangers au contrat).

Les effets internes des contrats s'opposent à leurs effets externes, qui ont trait à l'opposabilité de la convention à l'égard des tiers. En principe, toute convention est en soi opposable aux tiers, quant à son existence : les tiers peuvent se prévaloir de l'existence de cette convention pour en tirer des conséquences de droit ou de fait, sans pour autant pouvoir revendiquer l'exécution du contrat. Les effets externes échappent au principe de la relativité des contrats : partant, on peut nuire ou être utile à un tiers par le biais d'un effet externe. Exemples :

le contrat de vente :

les effets internes (transfert de propriété, paiement du prix...) concernent les parties contractantes,

les effets externes : le droit de propriété, droit réel absolu, est opposable à tous ; son transfert concerne donc l'ensemble des individus ;

le contrat constituant une servitude prédielle aura pour effet externe de procurer des avantages à des tiers, les propriétaires successifs du fonds dominant, et de nuire à d'autres, les propriétaires successifs du fonds servant.

iii) Le principe du consensualisme

Il s'agit d'un principe de droit positif, le formalisme étant de règle en droit romain. En droit positif, les contrats se forment en principe solo consensu, par le seul échange des consentements. L'accord de volontés est donc nécessaire mais suffisant pour la formation des contrats, même s'il n'est accompagné d'aucune exécution matérielle (paiement d'un acompte, rédaction d'un écrit). Ce principe souffre deux séries d'exceptions :

a) les exceptions légales

Ce sont les contrats pour la formation desquels la loi refuse d'appliquer le principe du consensualisme et impose un élément constitutif supplémentaire :

1. les contrats formels (solennels) requièrent, en plus de l'accord de volontés, l'accomplissement d'une formalité pour que le contrat puisse se former.

Exemples en droit positif :

contrairement au *pignus nuda conventione* dont il est issu, le contrat d'hypothèque nécessite pour sa formation un acte authentique, passé devant notaire ;

de même que la *conuentio in manum*, le contrat de mariage – qui régit les effets du mariage quant aux patrimoines des époux – exige un acte authentique notarié pour sa formation.

2. les contrats réels nécessitent, en plus de l'accord de volontés, la tradition de la res sur laquelle porte le contrat pour que le contrat puisse se former :

prêt, dépôt, don manuel, vente à tempérament ;

gage et fiducie en droit romain.

b) les exceptions conventionnelles sont des cas où les parties décident de faire d'un contrat un contrat formel. : *Quod abundat non vitiat* (littéralement : « ce qui

surabonde ne vicie pas »), i.e. ce qui est fait en plus des exigences légales ne peut vicier l'acte.

Tout au long de l'histoire du droit romain, le principe, en matière de formation des contrats, a été le formalisme. Certes, au fil du temps, les exigences s'atténuent et le principe souffre des exceptions toujours plus nombreuses mais jamais les Romains n'ont renoncé au principe. Au rang des exceptions figuraient les contrats consensuels, les pactes, les contrats réels, ainsi que les contrats innommés : ces derniers étaient des combinaisons d'obligations (*dare*, *facere*, *non facere*) qui ne devenaient obligatoires que lorsque l'une des parties contractantes avait exécuté spontanément son obligation.

Parmi les pactes, il en est un, appelé prétorien parce que sanctionné par l'Édit du préteur³, qui a joué un rôle important : le pacte de *constitut*. Le *constitut* (*constituere*, fixer un jour) est une convention par laquelle une personne, le *constituant*, s'engage à payer une dette préexistante – la sienne ou celle d'autrui – à jour fixe. Au départ, son objectif était d'octroyer un sursis au débiteur, dont la mauvaise foi ou la négligence ultérieure pouvait être punie par l'action de *pecunia constituta*. Ensuite, le *constitut* servit à modifier ou *nover* une obligation préexistante, et l'action de *constitut*, à l'origine pénale, devient pratiquement contractuelle. À la différence de la stipulation, le *constitut* ne peut faire naître une obligation nouvelle : il suppose nécessairement une obligation préexistante, fût-elle naturelle, qu'il modifiait ou *novait*. Le *constitut* faisait naître une action et, par suite, ce pacte *adjoinct ex intervallo*, après un certain temps, fournit un procédé commode pour aboutir, de manière purement consensuelle, aux résultats qui, selon le droit civil, n'auraient pu être atteints qu'à l'aide d'un contrat formel comme la stipulation. En deux pactes – le premier créant une obligation naturelle, dépourvue d'action ; le second de *constitut*, transformant cette obligation naturelle en obligation civile, munie d'une action – les Romains parvenaient ainsi à créer, sans formalités, une obligation civile. Cette pratique des doubles pactes est appelée pratique des pactes *geminés*.

iv) Le principe de la convention-loi

Ce principe décrète que le contrat tient lieu de loi entre les parties contractantes ; la convention a la même force obligatoire entre parties qu'une loi à l'égard de tous (art. 1134, al. 1er, C.c.).

Le principe emporte deux corollaires :

a) premier corollaire

Une fois le contrat passé, interdiction est faite, en principe, aux parties de se dégager unilatéralement du contrat, pas même d'une de ses clauses (art. 1134, al. 2, C.c. ; la résiliation bilatérale reste évidemment permise). Ce premier corollaire souffre des exceptions : les vraies exceptions au premier corollaire sont les quelques cas où la loi ou la coutume autorise l'un des deux cocontractants, voire chacun des deux, à se dégager unilatéralement. Ainsi :

le mandat : la loi autorise chacune des deux parties, le mandant et le mandataire, à résilier unilatéralement le contrat (art. 2003, 2004 et 2007, C.c.) ;

le dépôt volontaire : la loi autorise la résiliation unilatérale par le déposant (restitution ad nutum, au premier signe de tête : art. 1944 C.c.) ;

la société civile (aujourd'hui dite « de droit commun ») : la loi (art. 39, 50, du Code des sociétés) autorise chacune des parties à résilier unilatéralement le contrat.

Exemples de résiliation unilatérale autorisée par la coutume ou les usages :

le contrat d'hôtellerie : le client est autorisé à résilier unilatéralement le contrat ; en principe l'inverse n'est pas possible ;

le contrat conclu avec un médecin ou un avocat : le patient ou le client peut résilier unilatéralement le contrat, mais ni le médecin ni l'avocat ne peuvent, en principe, faire de même. Il en irait autrement si, par exemple, le client a menti à

son avocat qui, par la même occasion, perd toute confiance en son client et estime, dans ces circonstances, ne plus pouvoir le défendre correctement (dans le cadre de son mandat) ;

les contrats successifs à durée indéterminée (contrats à prestations successives, qui s'échelonnent dans le temps) : comme on ne peut s'engager à vie, il est permis de se dégager unilatéralement de ce type de contrat. Ainsi le contrat d'emploi : seul l'employeur peut s'engager à garantir un emploi à vie pour l'employé, mais ce dernier ne peut être tenu à vie vis-à-vis de son employeur, et conserve toujours le droit de démissionner.

Ne prenons pas pour une exception à ce premier corollaire une clause contractuelle par laquelle les parties sont convenues d'un mécanisme de résiliation unilatérale : ainsi les arrhes versées comme moyen de dédit (art. 1590 et 1715 C.c.).

b) second corollaire

En principe, il ne peut pas y avoir d'intervention extérieure, ni légale, ni judiciaire, dans le contrat, une fois celui-ci conclu. Ce second corollaire souffre également des exceptions. Exemples d'intervention du juge :

le prêt à intérêts : si le prêteur a abusé des besoins, de l'ignorance, des faiblesses ou des passions de l'emprunteur pour lui extorquer un taux d'intérêt anormalement élevé, le juge peut intervenir, à la demande de l'emprunteur, pour ramener ce taux au taux légal (exemple de lésion qualifiée) ;

la clause pénale : si l'indemnité prévue par contrat excède manifestement le montant que les parties pouvaient fixer pour réparer le dommage résultant de l'inexécution de la convention, le juge a la faculté de réduire ce montant (art. 1231 C.c.).

Exemple d'intervention légale :

le bail à loyer : la loi s'est arrogé le droit d'intervenir, dans le cadre d'un bail à

loyer, en imposant la seule formule d'indexation autorisée.

Ces exemples ressortissent au droit positif. En dehors de ces cas rares, le juge ne peut absolument pas intervenir pour modifier un contrat, même s'il estime celui-ci déséquilibré, inéquitable ou injuste.

v) Le principe de l'exécution de bonne foi

est un principe de droit positif (art. 1134, al. 3, C.c.) et, dans une certaine mesure, de droit romain évolué : tous les contrats engagent à tout ce qu'ils contiennent, mais également à toutes les suites qu'impliquent la loi et l'équité. Il comporte également deux corollaires :

a)premier corollaire

Il faut rechercher la volonté réelle des parties, leur intention véritable, même si celle-ci est exprimée de manière maladroite ou erronée. Le Digeste (50, 16, 219) en édictait déjà le principe : *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectare placuit*, « en matière de contrats, il convient de prendre en compte la volonté des parties contractantes plus que les mots » (qu'elles ont utilisés).

b)second corollaire

Les parties contractantes doivent étroitement collaborer pendant toute la durée du contrat :

lors de la conclusion du contrat : si l'une des parties est plus compétente que l'autre en la matière, elle doit l'informer, la renseigner (obligation de renseignement) ;

lors de l'exécution du contrat : le créancier doit faire tout ce qu'il peut pour alléger et faciliter l'exécution de l'obligation par le débiteur ;

quant à la preuve du contrat : communication, s'il échet, de l'*instrumentum* ;

à l'occasion d'une éventuelle inexécution fautive : la victime de l'inexécution fautive doit limiter autant que possible le préjudice qu'elle subit : e.g. une personne achète une cargaison de fruits et constate, lors de la livraison, que la moitié de ces fruits est avariée. L'acheteur doit préserver tout ce qui peut être sauvé, et la réparation du dommage ne peut concerner que la partie avariée. Il

n'est pas question, pour l'acheteur, de demander une réparation pour la totalité de la livraison s'il a laissé la partie non avariée le devenir.

Le principe de l'exécution de bonne foi, de nos jours, a tendance à prendre de plus en plus d'importance en droit des contrats (cf. l'obligation de renseignements entre parties, si l'une de celles-ci est spécialiste ou détient des données devant être révélées à l'autre pour l'appréciation correcte de la convention).

En droit romain, à l'origine, ce qui prévalait, c'était l'exécution de droit strict : une exécution scrupuleusement limitée aux déclarations des parties. À cette époque, la malice et les bons tours joués à un cocontractant n'étaient pas répréhensibles : le dupé n'avait qu'à s'en prendre à lui-même. Dès lors, à l'acheteur de songer à préciser que l'esclave ou le bœuf qu'il achetait devait lui être livré vivant... Songeons encore à Aurore et à Titlem...

Au I^{er} siècle avant notre ère, pourtant, la conscience juridique devient plus délicate. En 66 a.C., Aquilius Gallus, préteur et ami de Cicéron, érige le dol (dolus malus, mauvais dol, par opposition au dolus bonus, dol toléré car bénin) en délit. Le dol est toute manœuvre frauduleuse destinée à tromper autrui ou à lui causer un dommage. À la même époque apparaissent les actions de bonne foi – iudicia bonae fidei – qui s'opposent aux actions de droit strict ou iudicia stricta : les actions de bonne foi donnent au juge le pouvoir d'apprécier selon la bonne foi, ex fide bona, le rapport juridique invoqué par le demandeur. Ainsi l'exception de dol y est elle sous-entendue et le juge jouit d'une grande liberté dans l'évaluation de la condamnation ; il n'en allait pas de même pour les actions de droit strict, dans lesquelles les pouvoirs du juge étaient limités.

Au fil du temps, les actions de bonne foi se multiplièrent, mais la distinction entre les deux types d'actions subsiste encore dans le droit de Justinien, même s'il ne reste alors que trois contrats donnant encore lieu à un iudicium strictum (le mutuum, la stipulatio, et l'expensilatio). L'apparition des actions de bonne foi et le passage du dol dans les délits ont, incontestablement, contribué à substituer, en droit romain, le principe de l'exécution de bonne foi au principe de l'exécution de droit strict. Toutefois, le maintien dans le droit de Justinien de quelques actions de droit strict, quand bien même elles étaient peu nombreuses et le régime qui leur était applicable était atténué, empêche de considérer que le droit romain a consacré, de manière péremptoire et exclusive, le principe de l'exécution de bonne foi.

C.Les classifications des contrats en fonction de sept critères différents :

i) Premier critère : le mode de formation

Selon ce critère, on distingue, en droit positif, trois catégories de contrats :

a) les contrats consensuels sont formés par le seul consensus des parties, par la seule réunion de leurs consentements, conformément au principe du consensualisme en droit positif : dès lors, le nombre de contrats de cette catégorie est théoriquement illimité. Parmi les plus importants contrats consensuels contemporains, nous recenserons :

1. La vente (emptio venditio)

La vente du Code civil est un contrat dont le but est le transfert de propriété, par le vendeur à l'acheteur, contre le paiement par ce dernier d'un prix certain et sérieux, consistant en une somme d'argent ayant valeur libératoire. Le contrat consensuel romain de vente (i.e. la « vente romaine ») n'engageait le vendeur qu'à fournir à l'acheteur une possession utile et durable, objectif qu'il ne pouvait mieux atteindre qu'en rendant l'acheteur propriétaire.

Une forme possible de la vente, la vente à tempérament, n'est pas un contrat consensuel, puisque la loi exige la remise d'un acompte pour sa formation : il s'agit dès lors d'un contrat réel (cf. art. 45 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation ; il s'agit d'un contrat à la fois réel et formel : v. art. 41 de la même loi).

2. L'échange (permutatio) est un contrat par lequel deux copermutants se transfèrent réciproquement des droits de propriété : do ut des, « je donne pour que tu donnes. » L'échange est l'ancêtre de la vente : il remonte à une époque où la monnaie n'était pas encore le dénominateur commun des valeurs d'échange. Ainsi la vente apparaît-elle ultérieurement comme l'échange d'un bien

quelconque contre un prix en monnaie ou argent s.l. : lingots ou pièces d'or, d'argent ou de bronze. L'échange, en droit romain, n'était pas un contrat consensuel : c'était un contrat innomé, formé, outre l'accord de volontés, par l'exécution spontanée par une des parties de son obligation.

3. Le louage (locatio conductio) comporte trois espèces :

le louage de chose ou locatio rei : l'objet du contrat est l'utilisation temporaire d'une species contre paiement d'un prix appelé « loyer » ;

le louage de services, ou louage de travail, ou locatio operarum est la première forme de louage d'ouvrage. Le contrat porte sur des prestations de services, sur la force de travail d'un individu. Les services seront prestés moyennant un prix en argent, proportionnel à la durée des services, et impliquent un lien de subordination ;

le louage d'industrie, ou contrat d'entreprise, ou locatio operis faciendiest la seconde forme de louage d'ouvrage : le contrat porte cette fois sur un travail déterminé, précisé, que devra réaliser un entrepreneur. Ce travail se fait moyennant un prix en argent, fixé en principe forfaitairement et payé par le client, appelé aussi maître de l'ouvrage, à l'entrepreneur. Aucun lien de subordination ne lie cette fois les parties.

4. Le mandat (mandatum)

En droit positif, le mandat est un contrat par lequel une personne, appelée mandant, charge une autre personne qui accepte, appelée mandataire, d'accomplir un acte juridique pour son compte et, en principe, en l'y représentant. Le mandat est le negotium, i.e. l'acte issu du contrat. La procuration est l'instrumentum, le titre qui constate le negotium, la preuve du mandat.

Le droit romain présentait plusieurs différences en regard du droit contemporain : l'acte accompli par le mandataire, s'il était souvent juridique, ne devait pas forcément l'être (acte matériel) ; l'acte accompli par le mandataire l'était, en principe, à titre gratuit (c'était un service d'ami) ; les effets de l'acte accompli se produisaient dans le chef du mandataire, qui devait ensuite les transférer au mandant (absence de représentation).

5. Le cautionnementest un contrat par lequel une personne appelée caution, ou

fidéjusseur, s'engage à payer un créancier déterminé si le débiteur principal n'exécute pas son obligation envers ce créancier. La portée de l'engagement de la caution est l'exécution de l'obligation. Le cautionnement, en droit romain, a une histoire très complexe : il a commencé par être un contrat formel pour, ensuite, se présenter en version consensuelle (u. infra).

6. La transaction (transactio) est un contrat par lequel les parties en présence soit mettent fin à un litige qui les oppose, soit préviennent un litige futur, en faisant des concessions réciproques. La transaction n'est pas un compromis : un compromis consiste à mettre fin à un litige en faisant appel à un tiers arbitre. La transaction, en droit romain, sous Justinien, était considérée comme un contrat innomé.

7. Le contrarius consensus est le contrat par lequel les parties défont de commun accord un contrat consensuel qui les unissait jusque-là et apparaît comme une application de la règle *Omnia quae iure contrahuntur contrario iure pereunt* (littéralement : « tout ce qui est contracté par une voie de droit périt par la voie de droit contraire »).

b) les contrats réels requièrent, pour leur formation, outre l'accord de volontés, la tradition de la res qui fait l'objet du contrat : tant que la tradition n'a pas été réalisée, le contrat n'est pas conclu. Parmi les contrats réels contemporains :

1. Le prêt est un contrat dont le but est l'usage d'une chose par l'emprunteur. Il en existe deux formes :

le prêt à usage ou commodat (commodatum) : le but de ce contrat est l'usage à titre gratuit d'une species par l'emprunteur, appelé commodataire. Le prêteur est appelé commodant. Le commodat est un contrat essentiellement gratuit (il l'est par essence, donc sans exception) ;

le prêt de consommation ou mutuum : le but de ce contrat est l'usage de genera, souvent en une somme d'argent. La conséquence du contrat est le transfert de propriété sur la tête de l'emprunteur, néanmoins débiteur d'une quantité équivalente de genera de même nature. Le mutuum est un contrat naturellement gratuit (il l'est par nature, donc en principe, mais peut être conclu à titre onéreux). Au départ, en droit romain, le mutuum supposait la volonté de transférer la propriété de la chose prêtée.

2. Le dépôt est un contrat dont le but est la garde d'un objet par le dépositaire. Il

en existe aujourd'hui trois espèces :

le dépôt séquestre est le dépôt d'un meuble ou d'un immeuble, en général litigieux : les déposants confient la garde du meuble ou de l'immeuble à une tierce personne en attendant l'issue du litige ;

le dépôt volontaire, librement conclu par les parties, se subdivise en deux espèces :

le dépôt ordinaire ou dépôt proprement dit porte sur des espèces et est naturellement gratuit. S'il est conclu à titre onéreux, c'est le déposant qui rémunère le dépositaire,

le dépôt irrégulier porte sur des genres et est naturellement gratuit. S'il est conclu à titre onéreux, c'est le dépositaire qui paie au déposant la rémunération ;

le dépôt nécessaire est forcé par les circonstances : le déposant n'a pas eu le temps de choisir le dépositaire.

Le commodat, le gage et le dépôt sont trois contrats issus de la fiducie romaine.

3. Le don manuel est la donation faite de la main à la main, par tradition.

4. La vente à tempérament nécessite, pour sa formation, le paiement au vendeur par l'acheteur d'un acompte, fixé par la loi. Pour ce motif, cette variété contemporaine de vente est considérée comme un contrat réel (outre son caractère formel).

c) les contrats formels ou solennels requièrent, pour leur formation, non seulement l'accord des volontés, mais également l'accomplissement d'une formalité. En droit positif, ils constituent des exceptions au principe du consensualisme, mais, en droit romain, le formalisme a toujours prévalu.

1. En droit romain

Le droit romain a connu divers types de formalisme.

Le formalisme gestuel et verbal, par l'airain et la balance (per aes et libram) supposait d'abord la présence des deux parties contractantes, de cinq témoins au moins et d'un porte-balance (libripens), ainsi qu'une balance (libra) et un morceau d'airain (aes). Celui qui remettait ou feignait de remettre le métal, prononçait des paroles consacrées, frappait la balance avec le morceau d'airain qui était alors pesé. Ainsi :

le contrat de nexum servait à faire naître une obligation et donnait au créancier un droit immédiat sur la personne de son débiteur ;

la mancipatio, mode de transfert de la propriété par excellence.

Le formalisme verbal de parole (verbis) résultait du prononcé de certaines paroles consacrées. Ainsi :

le contrat de stipulatio, évoqué supra, a été historiquement précédé par la sponsio, forme la plus ancienne de contrat se formant verbis, déjà évoquée dans la Loi des XII Tables : réservée aux citoyens romains, elle ne pouvait être conclue qu'en latin, par recours au seul verbe spondere (« promettre », d'où est dérivé le substantif sponsor) : spondesne ? « promets-tu de... » Spondeo, Je promets de... » La stipulation est une extension de la sponsio dans le cadre du ius gentium applicable à tous les habitants libres du territoire romain et permet le recours à d'autres verbes, voire à d'autres langues (le grec en particulier : les Romains n'ont jamais favorisé la diversité linguistique, ne faisant d'exception que pour le grec, pour des raisons culturelles et géopolitiques, une grande partie de l'empire étant issue des vastes territoires hellénisés par les conquêtes d'Alexandre le Grand). La seule limite juridique à la stipulation est l'utilisation obligatoire du même verbe dans la question et dans la réponse : une convention (de cum uenire : « venir ensemble ») suppose que les parties en viennent au même point et expriment donc leur accord par les mêmes mots ;

le contrat d'acceptilatio servait à remettre la dette créée par le contrat de stipulation : les formes sont, en sens inverse, celles de la stipulation. Le débiteur s'adressait à son créancier en ces termes : Quod ego tibi promisi, habesne acceptum ? « Ce que je te dois, le tiens-tu pour payé ? » et le créancier répondait : Habeo, « je le tiens. » Dès ce moment, l'obligation était éteinte.

Le formalisme d'écriture (litteris) résultait de l'usage de l'écriture, dans une

inscription faite sur un registre appelé *codex accepti et expensi*, littéralement : « code des recettes et dépenses » ou livre de caisse. Ainsi : le contrat d'*expensilatio* consistait pour un créancier à mentionner dans ses livres de comptes le montant versé au débiteur. La mention était faite évidemment avec l'accord du débiteur, qui devait contresigner, à l'aide d'une *scriptio*, i.e. une petite phrase de confirmation à la suite de laquelle il indiquait son nom (c'est l'origine de la signature) ; 2) Gaius a mentionné un mode de formation d'obligations *litteris* propre aux pérégrins : les *chirographa* (souscrits de la main du débiteur) et les *syngraphae* (authentifiés par le sceau des témoins), écrits qui auraient constaté une reconnaissance de dette abstraite de toute autre mention ou stipulation antérieure ;

le formalisme par simulacre supposait l'utilisation d'une institution à des fins différentes de celles pour lesquelles elle avait été conçue : l'*in iure cessio* est un procès fictif. Celui qui se prétendait titulaire d'un droit à l'encontre d'autrui se rendait devant le magistrat – *in iure* – avec son adversaire et prononçait la formule adéquate ; l'adversaire, au lieu de se défendre en prononçant la formule opposée, ne se défendait pas, acquiesçait – *in iure cedit* – à telle enseigne qu'il ne restait au magistrat qu'à constater le droit du premier. L'*in iure cessio* a servi, par exemple, à transférer la propriété.

Au départ, le formalisme romain était d'une rigueur extrême : ainsi, pour la *sponsio*, seul le verbe *spondere* pouvait-il être utilisé ; la réponse devait correspondre en tout point à la question et la suivre immédiatement ; le contrat ne pouvait être passé entre sourds et muets, ou entre absents, etc. Mais, au fil du temps, ces exigences s'estompent, pour disparaître pratiquement complètement dans le droit de Justinien, où il suffira que l'accord des parties sur les termes de leur contrat soit constaté par un écrit probatoire.

La distinction entre contrats formels et contrats non formels de droit romain correspond à une autre classification des contrats, spécifiquement romaine : les contrats sont abstraits ou concrets. Les contrats abstraits ont un contenu variable au gré de l'accord de volontés que les cocontractants revêtent des paroles prescrites dans la *sponsio* ou dans la *stipulatio*, voire de la reconnaissance de dette mentionnée dans le *chirographum* ou les *syngraphae* sans mentionner le contrat dont la dette est issue. La stipulation, en particulier, faisait office de « moule à contrats » puisqu'elle pouvait aboutir au même résultat que n'importe quel contrat concret. Ce dernier consiste en tout contrat dont soit la dénomination révèle le contenu (vente, prêt, dépôt...), soit le contenu n'a qu'une

variabilité limitée, tel un contrat innomé romain qui se forme par l'exécution unilatérale de son obligation par l'un des cocontractants.

2. En droit positif

Il y a trois variantes de formalisme mais seule la première constitue le formalisme proprement dit :

le formalisme de protection (de la volonté) suppose une formalité imposée à la personne qui accomplit l'acte juridique pour protéger sa volonté. Pratiquement, la solennité consiste en la passation d'un acte authentique devant un notaire :

le contrat de mariage,

le contrat d'hypothèque,

la donation (autre que le don manuel, contrat réel).

En cas de non-respect de la formalité, il y aura nullité de l'acte. En principe, lorsqu'un contrat est formel, la promesse appliquée à ce contrat n'a aucune valeur juridique. C'est le seul véritable formalisme en droit positif ;

le formalisme de publicité : la formalité imposée poursuit l'objectif de rendre l'acte opposable aux tiers, de les informer du titre du titulaire du droit : lors de la constitution d'un droit d'hypothèque, il faut nécessairement inscrire cette hypothèque dans le registre de conservation des hypothèques. Si la formalité n'est pas respectée, le contrat n'est pas invalidé, mais il ne sera pas opposable aux tiers. Le non-respect de la formalité n'entraîne donc pas la nullité du contrat, mais l'inopposabilité de celui-ci (e.g. vente d'immeuble) ;

le formalisme de preuve : la formalité concerne cette fois la manière dont le contrat doit être prouvé. Par exemple, le contrat de transaction doit être prouvé par écrit. À défaut, le contrat n'est pas invalidé (le negotium existe), mais la sanction se situera au niveau de la preuve : il ne sera pas permis d'établir autrement l'existence du contrat (si ce n'est par aveu ou serment, lesquels correspondent plutôt à une dispense de preuve).

Ainsi, en droit positif, selon le mode de formation, existe-t-il trois catégories de contrats. En droit romain, il en existait quatre : les contrats formels, les contrats réels, les contrats consensuels et les contrats innomés ; en outre, un grand

nombre de pactes, nus ou revêtus, ont coexisté.

ii) Deuxième critère : l'autonomie d'existence

Selon ce critère, on distingue deux catégories de contrats :

a) les contrats principaux existent par eux-mêmes, sans dépendre d'un autre contrat.

Exemples : la vente, le louage, le prêt, le dépôt ;

b) les contrats accessoires dépendent d'un autre contrat, d'un contrat principal : le gage, l'hypothèque, le cautionnement.

Les contrats principaux peuvent prendre fin :

soit de façon normale, par l'extinction des obligations qu'ils contiennent (extinction directe de l'obligation : paiement) ;

soit de façon anormale, par leur dissolution (extinction indirecte de l'obligation).

Les contrats accessoires, outre leur disparition de façon normale ou anormale, peuvent aussi disparaître par voie de conséquence à la disparition normale ou anormale du contrat principal : c'est une application de la règle *Accessorium sequitur principale*, l'accessoire suit le principal. Ainsi un contrat principal de bail passé entre un mineur d'âge et un adulte et un contrat accessoire de gage passé entre ce mineur, devenu majeur, et le même adulte : le contrat principal, atteint d'un vice de fond, est annulé ; dès lors, le contrat accessoire disparaît lui aussi, bien qu'il soit correct sur ce point.

iii) Troisième critère : la consécration ou non par le Code civil et les lois complémentaires

Selon ce critère, on distingue, en droit positif, deux catégories de contrats :

a) les contrats nommés sont les contrats consacrés et réglementés par le Code civil et/ou les lois complémentaires ;

b) les contrats innomés ne sont pas prévus par le Code civil et/ou les lois complémentaires : il s'agit de combinaisons d'obligations imaginées par les parties (service contre service, abstention contre abstention, constitution d'un ius in re aliena contre constitution d'un autre ius in re aliena, etc.) ou de conventions venues de droits étrangers ou en vigueur dans certains secteurs d'activité. Certains contrats innomés ne portent pas de nom, d'autres sont innomés mais portent malgré tout un nom, issu de la pratique d'un droit étranger. Portent un nom :

le contrat de compte courant (cf. l'expensilatio), par lequel une institution bancaire et un client se mettent d'accord pour inscrire les créances et les dettes du client dans un compte qu'ils ne régleront/liquideront qu'à la fin du contrat,

le contrat de fiducie en droit positif belge.

Certains contrats, de prime abord, ressemblent à des contrats innommés, mais, en réalité, ne le sont pas. Ainsi :

le contrat de fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité : il y a tout simplement vente et louage d'industrie ;

le contrat d'hôtellerie : combinaison de contrats nommés :

contrat de vente pour ce que l'on consomme,

contrat de louage de chose pour la chambre,

contrat de louage d'industrie pour le recours aux services du personnel,

contrat de dépôt pour les bagages (v. art. 1952 à 1954quater, C.c.).

En droit romain, la notion de contrat innomé recouvre une réalité différente : il s'agissait de combinaisons d'obligations (do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias, etc.) rendues obligatoires par l'exécution de son obligation par l'un des cocontractants.

iv) Quatrième critère : le caractère unilatéral ou réciproque de l'engagement

Ce critère distingue trois catégories de contrats :

a) les contrats unilatéraux ne créent d'obligations que dans le chef d'une seule des parties contractantes. Même ultérieurement, ne se crée aucune obligation dans le chef de l'autre partie :

la stipulatio,

le dépôt irrégulier de monnaie scripturale, conclu avec ou sans intérêts ;

b) les contrats synallagmatiques imparfaits, au départ, ne font naître d'obligations que dans le chef d'une seule partie. Mais il se peut qu'ultérieurement naissent des obligations dans le chef de l'autre partie : le débiteur initial reste débiteur, mais, de surcroît, devient éventuellement créancier du créancier initial, et inversement :

le commodat ou prêt à usage suppose, dès le départ, deux obligations dans le chef du commodataire :

se servir de la chose en bon père de famille,

restituer la chose en fin de contrat.

Mais il se peut qu'après sa formation, naisse(nt) une, voire deux obligations dans le chef du commodant :

rembourser certaines dépenses avancées par le commodataire : le commodant remboursera une partie des dépenses nécessaires, celles qui seront considérées comme extraordinaires. Les autres dépenses seront supportées par le commodataire,

indemniser le commodataire du préjudice qu'aurait occasionné un vice caché

que le commodant connaissait et dont il n'aurait pas prévenu le commodataire. Le commodant n'est tenu des vices cachés qu'à deux conditions : il doit en connaître l'existence et ne pas avoir prévenu le commodataire ;

le mutuum ou prêt de consommation, au départ, ne crée d'obligation(s) que dans le chef de l'emprunteur :

restituer une quantité équivalente de genera de même nature en fin de contrat, payer des intérêts si ceux-ci sont stipulés dans le contrat.

Ultérieurement peut naître une obligation dans le chef du prêteur :

indemniser l'emprunteur du préjudice causé par un vice caché que le prêteur connaissait et dont il n'a pas prévenu l'emprunteur en matière de genera : denrées avariées, fausse monnaie.

Le dépôt ordinaire à titre gratuit crée, au départ, deux obligations dans le chef du dépositaire :

garder la chose (s'il s'agit d'un dépôt à titre gratuit et que le dépositaire ne s'est pas proposé pour la garde, il sera tenu de la culpa levis in concreto) ;

restituer la species déposée.

Mais une, voire deux obligations, peuvent naître ultérieurement chez le déposant :

rembourser toutes les impenses, ordinaires et extraordinaires, nécessaires à la conservation, avancées par le dépositaire ;

indemniser le dépositaire du dommage éventuellement causé par un vice caché, même si le déposant en ignorait l'existence. Il en va de même en cas de dépôt irrégulier d'autres genera que de la monnaie scripturale (art. 1947, C.c.).

Le mandat à titre gratuit crée, au départ, deux obligations dans le chef du mandataire :

accomplir l'acte juridique en bon père de famille ;

rendre des comptes au mandant en fin de contrat.

Mais ultérieurement peut naître une obligation dans le chef du mandant : rembourser les dépenses faites par le mandataire.

c) les contrats synallagmatiques parfaits (parfois appelés contrats bilatéraux : art. 1102, C.c.) créent, dès le départ, des obligations dans le chef des deux parties contractantes : la vente, l'échange, le louage de chose et d'ouvrage, le dépôt ordinaire rémunéré, la transaction, le mandat rémunéré, les contrats innommés, etc.

Certains mécanismes juridiques sont propres aux contrats synallagmatiques parfaits :

La règle des originaux multiples

Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne peuvent être valablement prouvés, en droit positif, que s'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Chaque original doit contenir la mention du nombre total d'originaux rédigés (art. 1325, C.c.). L'acte sous seing privé est tout écrit privé revêtu de la signature des parties.

Le principe de simultanéité

Les parties à un contrat synallagmatique doivent exécuter leurs obligations simultanément, dans l'ordre d'exigibilité des obligations. Dès lors, si une partie n'exécute pas, fautivement et temporairement, son obligation, l'autre partie sera dispensée temporairement de l'exécution de sa propre obligation, et ce jusqu'à exécution par la première partie. Il y aura donc suspension du contrat. Le mécanisme de l'exception d'inexécution – l'exceptio non adimpleti contractus : exception « de contrat non exécuté » ou d'inexécution du contrat – prémunit le second débiteur lors de l'action en exécution forcée qu'intenterait éventuellement contre lui le premier.

Ne pas confondre l'exception d'inexécution avec le droit de rétention, par lequel une partie contractante retient la chose qu'elle doit livrer tant que l'autre partie n'a pas exécuté son obligation :

– il y a des cas où l'exception d'inexécution revêt la forme d'un droit de rétention : e.g. lors d'un dépôt ordinaire rémunéré, le dépositaire a le droit de retenir la chose aussi longtemps que le déposant ne lui paie pas ce qu'il lui doit (art. 1948, C.c.). Si la cause de l'inexécution est une faute, il y a en même temps exception d'inexécution ;

– mais le droit de rétention se présente aussi dans des contrats qui ne sont pas synallagmatiques parfaits, par exemple dans des contrats synallagmatiques imparfaits : e.g. le dépôt ordinaire gratuit ou le gage sur espèces entraînent éventuellement des frais de conservation de la chose. Tant qu'ils ne sont pas remboursés, le cocontractant qui les a avancés dispose d'un droit de rétention ;

– le droit de rétention se présente aussi en dehors de tout contrat : e.g. lorsque des impenses nécessaires ont été faites par un possesseur de bonne ou de mauvaise foi, celui-ci dispose d'un droit de rétention aussi longtemps que le propriétaire ne l'a pas indemnisé ;

– l'exception d'inexécution peut prendre une autre forme que le droit de rétention : un travail non réalisé en réponse à un autre travail non exécuté.

Le principe de connexité

Les obligations d'un contrat synallagmatique doivent être exécutées de manière connexe. Dès lors, si l'une des parties n'exécute pas, fautivement et définitivement, son obligation, l'autre partie a le choix entre :

– poursuivre le contrat et, s'il échec, poursuivre le débiteur récalcitrant en justice (action en exécution forcée) ;

– demander en justice la résolution judiciaire du contrat, i.e. la dissolution du contrat prononcée par le juge. En principe, le juge garde un pouvoir d'appréciation quant à la gravité de la faute invoquée (art. 1184, C.c.). La résolution est l'une des huit causes de dissolution des contrats.

En droit positif, cette seconde possibilité est appelée condition résolutoire légale ou pacte comissoire tacite (« comissoire » dérive de *committere*, encourir une peine ; « tacite » signifie, en l'espèce, prévu par la loi). Lorsque les parties

contractantes prévoient, dans le contrat, la résolution de celui-ci au cas où l'une d'entre elles manquerait à ses obligations, on parle de pacte commissoire exprès ; dans cette hypothèse, le recours au juge n'est plus nécessaire.

v) Cinquième critère : l'existence ou non d'une contre-prestation

Une contre-prestation est une charge à consentir pour pouvoir bénéficier d'une chose, d'un travail, d'une abstention. Selon ce critère, on distingue deux catégories de contrats, chacune d'entre elles se subdivisant en deux sous-catégories :

a) les contrats à titre gratuit (art. 1105, C.c.), aussi appelés contrats de bienfaisance, impliquent un avantage gratuit, sans contre-prestation. Il faut distinguer :

1. Les libéralités

La prestation consiste en un transfert direct de droits patrimoniaux, avec l'intention de gratifier le bénéficiaire, l'*animus donandi* : la donation, le don manuel.

2. Les contrats à titre gratuit qui ne sont pas des libéralités

Il n'y a pas transfert direct de droits patrimoniaux, et il y a donc, le cas échéant, obligation de restitution : le mutuum à titre gratuit, le mandat non rémunéré, le commodat, le dépôt ordinaire à titre gratuit.

b) les contrats à titre onéreux (art. 1106, C.c.) impliquent une contre-prestation, un sacrifice à consentir. Tous les contrats synallagmatiques parfaits sont nécessairement des contrats à titre onéreux, mais certains contrats à titre onéreux ne sont pas des contrats synallagmatiques parfaits.

Certains contrats synallagmatiques imparfaits sont à titre onéreux : e.g. le mutuum à intérêts (l'emprunteur paie des intérêts en contrepartie de l'usage de la somme prêtée). Certains contrats unilatéraux sont également à titre onéreux : e.g. le dépôt irrégulier à titre onéreux (le dépositaire paie des intérêts au déposant).

Au sein des contrats à titre onéreux, il faut procéder à une nouvelle distinction :

1. Les contrats commutatifs (art. 1104, al. 1er, C.c.) dans lesquels l'étendue des prestations des parties est fixée dès la formation du contrat : la vente ordinaire, le prêt à intérêts ordinaire, le bail ordinaire, etc. ;

2. Les contrats aléatoires (art. 1104, al. 2, C.c.) dans lesquels l'étendue des prestations des parties dépend d'un aléa, donc d'une chance de gain ou de perte, en principe pour chacune des parties contractantes. L'aléa peut provenir d'une condition suspensive (e.g. le contrat d'assurance et le prêt à la grosse aventure) ou d'un terme extinctif indéterminé (la mort, dans la plupart des cas : e.g. la vente contre une rente viagère ou la vente d'un usufruit). Toutefois, l'aléa ne doit pas nécessairement découler de l'un de ces deux mécanismes : en effet, un contrat peut être aléatoire sans être affecté d'une condition suspensive ou d'un terme extinctif indéterminé (ainsi la vente à toutes chances). De même, un contrat peut être affecté d'une condition suspensive ou d'un terme extinctif indéterminé sans pour autant être aléatoire : ainsi la vente d'une chose espérée (condition suspensive) ou la donation d'une rente viagère (acte à titre gratuit, donc non aléatoire).

Exemples de contrats aléatoires :

l'ensemble des contrats d'assurance (inconnus en droit romain) : la compagnie d'assurances s'engage à payer au souscripteur de la police une indemnité si un certain événement survient. Si aucun sinistre ne se produit, l'assuré aura payé ses primes en pure perte, il aura donc « perdu », tandis que la compagnie d'assurances y aura « gagné ». En revanche, si l'événement redouté survient, l'assuré se verra indemnisé, le cas échéant au-delà des sommes qu'il a payées : c'est lui alors qui y aura « gagné », la compagnie y aura « perdu » ;

la vente d'un espoir (*emptio spei*) ou vente à toutes chances ou à tous risques : vente d'une chose future, dont le prix doit être payé en toute hypothèse ;

la constitution d'un usufruit ou la cession de nue-propriété à titre onéreux : l'extinction du droit d'usufruit survenant au plus tard à la mort de l'usufruitier et la date de cette mort étant, par définition, inconnue, la durée de l'usufruit est aléatoire ;

la rente viagère à titre onéreux : on appelle rente, ou arrérages, une somme d'argent que paie un débirentier à un crédirentier, jusqu'au décès de ce dernier (le décès constitue un terme extinctif indéterminé). La rente est dite réversible lorsqu'elle est constituée sur la tête de plusieurs crédirentiers (elle est due

jusqu'au décès du dernier d'entre eux). La rente viagère existe sous deux formes :

à titre gratuit : legs ou donation de rente viagère. La donation de rente viagère n'est pas un contrat aléatoire car il s'agit d'un contrat à titre gratuit (les contrats aléatoires sont une subdivision de la catégorie des contrats à titre onéreux),

à titre onéreux : la rente viagère assortie d'une contre-prestation qui consiste e.g. dans le transfert de propriété d'un immeuble. C'est un contrat aléatoire ;

le prêt à (la) grosse aventure (mentionné à l'article 1964 du Code civil) ou *faenus nauticum* est une variante du *mutuum* : il s'agit d'un prêt de *genera*, assorti d'un intérêt élevé, mais qu'il ne faut payer que si le navire arrive à bon port (aucun remboursement n'est à faire si le navire fait naufrage). Actuellement, ce type de prêt est tombé en désuétude, remplacé par les contrats d'assurance, sauf précisément lorsqu'aucune compagnie n'accepte la couverture d'un risque jugé excessif ;

les jeux : un jeu est un contrat par lequel les parties promettent un gain à celle d'entre elles qui réussira à accomplir un fait précis. En principe, le droit civil positif prohibe le jeu, parce qu'il y voit une source d'appauvrissement potentiel. Considérés comme contraires aux bonnes mœurs, les jeux sont sanctionnés par la nullité absolue (art. 1965 C.c.), avec la conséquence, notamment, que :

le contrat fait en vue du jeu est également nul (société d'exploitation des jeux, prêt à un joueur, garantie d'une dette de jeu, bail d'une salle de jeux, etc.),

une dette de jeu ne peut faire l'objet d'une compensation, d'une novation, d'un compromis ou d'une simulation ;

Le droit n'accorde pas d'action en exécution forcée au gagnant (créancier), de même qu'il n'accorde pas d'action en répétition aux perdants (ex-débiteurs) qui ont payé leurs dettes et tenteraient de récupérer le montant payé (art. 1967 C.c.). Est en effet accordée au joueur, qui a perdu, une exception de jeu pour paralyser l'action en exécution forcée. Mais l'absence de répétition entraîne cet effet pervers que le joueur avisé exigera que la mise soit déposée sur la table : le gagnant l'emportera et personne ne pourra plus la lui réclamer (sauf délit d'escroquerie). Par exception, le droit civil admet les jeux lorsqu'ils réunissent deux conditions (art. 1966, C.c.) :

le jeu doit favoriser l'adresse, la vigueur du corps humain (sports),

l'enjeu doit être minime (question de fait que le juge appréciera) ;

les paris : un pari est un contrat par lequel les parties se promettent réciproquement un gain selon qu'un événement extérieur à leur volonté, à leur comportement, se produira ou non. Ce sont également des contrats aléatoires, puisque, dans tous les cas et pour tous les parieurs, il y a une chance de gain ou de perte. Les paris ont le même régime juridique que les jeux (art. 1965 à 1967, C.c.).

Les règles applicables peuvent être différentes selon qu'il s'agit d'un contrat à titre onéreux, commutatif ou aléatoire, ou d'un contrat à titre gratuit, libéralité ou non.

Ainsi la rescision pour lésion est-elle inconcevable en matière de contrat à titre onéreux aléatoire puisque, dès le départ, chacune des deux parties sait pertinemment qu'elle risque de gagner ou de perdre quelque chose. En revanche, la rescision pour lésion est envisageable dans le cas d'un contrat à titre onéreux commutatif, pour autant que le droit objectif l'admette en l'espèce. De la même manière, la partie contractante victime de l'aléa ne pourrait se faire indemniser sur le fondement du quasi-contrat d'enrichissement sans cause.

La donation, type même du contrat à titre gratuit, aura des règles propres, plus clémentes ou parfois plus sévères que les règles applicables aux contrats à titre onéreux.

vi) Sixième critère : le caractère unique ou répétitif de l'exécution du contrat

Ce critère distingue deux catégories de contrats :

a) les contrats instantanés s'exécutent en une seule fois ou pourraient être exécutés en une seule fois :

la vente, même à tempérament ou à crédit, car le paiement réalisé en plusieurs fois est la division du paiement que l'on aurait pu faire en une fois. De même, le contrat reste instantané si le vendeur fractionne la livraison des choses vendues ;

l'échange.

En principe, il ne peut y avoir de terme extinctif dans un contrat instantané. Par exception, la constitution à titre onéreux d'un ius in re aliena ou sa cession ultérieure lorsqu'elle est autorisée (usufruit) portent sur un droit lui-même affecté d'un terme extinctif (sauf, en principe, les servitudes prédiales).

b) les contrats successifs s'exécutent par prestations successives, leur exécution s'étend dans le temps :

le louage de chose (le loyer est ou pourrait être payé en une seule fois, mais l'usage de la chose ne peut se faire que de manière successive) ;

le commodat ;

le dépôt ordinaire ;

le mutuum à titre onéreux (prêt à intérêts).

Le critère infaillible de cette classification réside donc dans la prestation caractéristique du contrat, celle qui lui donne son nom et sa physionomie : le transfert instantané d'un droit ou la durée (« successive ») des prestations à effectuer.

Le principal intérêt de la distinction réside dans l'effet de la dissolution du contrat considéré. En cas de dissolution du contrat, de manière générale :

si le contrat est un contrat instantané, la dissolution intervient avec effet rétroactif : il s'agit d'une dissolution ex tunc, à partir d'alors. Ainsi la vente : l'acheteur restitue la chose et le vendeur restitue le prix ;

si le contrat est successif, il y aura dissolution sans effet rétroactif : pour l'avenir et pour le présent. Il s'agit d'une dissolution ex nunc, à partir de maintenant. Ainsi le bail : si le bailleur peut, à la rigueur, restituer le loyer, il serait injuste de l'y contraindre puisque le locataire ne peut rendre l'usage qu'il a fait de la species.

vii) Septième critère : la prise en considération de la personne du cocontractant, de l'intuitus personae

Ce critère distingue deux catégories de contrats :

a) les contrats intuitu personae sont conclus en considération des qualités intrinsèques de l'un, voire des deux cocontractants :

le contrat de travail (la personne dont les qualités sont prises en compte est l'ouvrier ou l'employé ; d'ailleurs une période d'essai permet de vérifier si son profil convient) ;

le contrat passé avec un avocat, un médecin ou un artiste (la personne intéressante est le titulaire de la profession libérale, l'artiste).

b) les contrats non intuitu personae ne sont pas conclus en fonction de la personnalité des cocontractants :

le bail (le bail peut contenir de nombreuses clauses éliminant nécessairement des catégories de cocontractants potentiels, mais il n'en reste pas moins un contrat normalement non intuitu personae) ;

la vente.

L'appartenance du contrat considéré à l'une ou l'autre de ces deux catégories dépend, en fin de compte, de la volonté des parties contractantes, qui peuvent décider de rattacher à la catégorie opposée un contrat ressortissant normalement à l'autre catégorie.

La distinction précitée présente plusieurs intérêts pratiques :

les obligations intuitu personae doivent en principe être exécutées par le débiteur en considération duquel on a contracté. En revanche, les obligations non intuitu

personae peuvent être exécutées par n'importe qui et le créancier ne peut s'y opposer ;

les contrats intuitu personae s'éteignent à la mort du cocontractant dont la personnalité a été prise en considération. Tel n'est pas le cas d'un contrat non intuitu personae, qui est transmissible aux héritiers des cocontractants ;

les contrats intuitu personae peuvent être annulés pour erreur sur la personne (error in persona) ; il s'agit, en effet, d'une erreur substantielle puisqu'elle porte sur l'intuitus personae, qu'elle vise l'identité de cette personne ou ses qualités et qualifications particulières. Il n'en va pas de même pour les contrats non intuitu personae.

Toutes les catégories de contrats présentées s'imposent naturellement aux parties contractantes, à deux exceptions près :

- les contrats intuitu personae peuvent être transformés en contrats non intuitu personae, et inversement ;
- les contrats non formels peuvent être transformés en contrats formels, en vertu de la règle Quod abundat non vitiat ; l'inverse est impossible.

D.La formation des contrats

Cette section se divise en deux parties :

l'aspect statique examine les conditions nécessaires à la formation des contrats ;

l'aspect dynamique traite de la rencontre des consentements.

i) L'aspect statique

a) les éléments constitutifs des contrats

1. Les éléments constitutifs essentiels sont requis impérativement par le droit objectif et se subdivisent en trois types :

les éléments constitutifs essentiels généraux sont requis pour la formation de tout contrat quelconque et sont au nombre de quatre (art. 1108 C.c.) :

la capacité (u. supra) ;

l'objet (u. infra) ;

le consentement (u. infra) ;

la cause (u. infra).

les éléments constitutifs essentiels spéciaux ne sont requis que pour certaines catégories de contrats et sont au nombre de deux en droit actuel, de trois en droit romain :

pour les contrats réels, il faut, en plus de l'accord de volontés, la tradition de la chose. Cette tradition est le plus souvent effective, mais elle peut être fictive ;

pour les contrats formels, il faut, en plus de l'accord de volontés, l'accomplissement d'une formalité déterminée ;

en droit romain, pour les contrats innommés, il fallait l'exécution volontaire unilatérale de ses obligations par l'une des parties contractantes.

Il n'existe donc pas d'élément constitutif essentiel spécial pour les contrats consensuels.

les éléments constitutifs essentiels spécifiques sont requis contrat par contrat et donnent à chaque contrat son profil, sa finalité propre :

la vente : les éléments spécifiques du contrat de vente sont le transfert de propriété et le paiement du prix par l'acheteur ;

le louage de chose : l'usage d'une species contre un loyer ;

le prêt de consommation : l'usage de genera (à titre gratuit ou à titre onéreux, et, dans ce dernier cas, contre une somme d'argent).

2. Les éléments constitutifs accidentels sont des éléments supplémentaires, qui ne sont requis pour la validité d'aucun contrat, mais que l'on peut ajouter, dans le cadre du principe de l'autonomie de la volonté des parties contractantes.

Les modalités dont un contrat peut être affecté par la volonté des parties sont en nombre presque infini. Toutefois, selon leur objectif, on peut les subdiviser en deux types :

soit elles modifient, voire renversent, une disposition supplétive prévue par le droit objectif ;

soit elles ajoutent une disposition, dite de complément, non évoquée par le droit objectif.

Éléments constitutifs accidentels qui modifient, voire renversent, une disposition supplétive du droit objectif

En principe, toute obligation, à la condition qu'elle soit valable et certaine, doit être exécutée volontairement, correctement, immédiatement, en nature et au domicile du débiteur.

volontairement : c'est une disposition impérative ;

correctement : c'est également une disposition impérative ;

immédiatement : il s'agit d'une disposition supplétive. Un terme suspensif (dies a quo) peut affecter l'obligation du débiteur, dont l'exigibilité est alors différée dans le temps. Le terme suspensif est un élément accidentel ;

en nature : il s'agit aussi d'une disposition supplétive. L'obligation prévue dans le contrat doit être exécutée en nature. Lorsque l'obligation porte sur des genera, par définition, l'exécution en nature est toujours possible. Au contraire,

lorsqu'elle porte sur des species ou consiste dans un service ou une abstention, l'exécution en nature peut devenir impossible : elle aura alors lieu sous forme de dommages et intérêts compensatoires. Les parties peuvent déroger à cette disposition supplétive (art. 1243 C.c.) par une dation en paiement (*datio in solutum*), contrat par lequel le créancier et le débiteur acceptent que le débiteur exécute une autre obligation que celle qui était prévue dans le contrat initial. La dation en paiement éteint l'obligation originaire et est un élément accidentel ;

au domicile du débiteur : il s'agit également d'une disposition supplétive. En principe, les dettes sont quérables (leur exécution doit être demandée par le créancier), et non portables. Mais on peut prévoir, par une clause expresse, un *locus solutionis*, i.e. un lieu de paiement : le plus souvent le domicile ou le compte du créancier ; dans ce cas, la dette devient portable. Le *locus solutionis* est un élément accidentel.

En principe, quand il y a obligation à sujets multiples (obligation pour laquelle il y a, soit plusieurs créanciers et un débiteur, soit plusieurs débiteurs et un créancier, soit encore plusieurs débiteurs et plusieurs créanciers), le droit objectif applique le principe de l'obligation conjointe. Ce principe prévoit la divisibilité de plein droit (automatique) de la créance entre les différents créanciers et/ou de la dette entre les différents débiteurs. Chaque débiteur ne paiera donc, en principe, que sa part et chaque créancier ne pourra donc réclamer que sa part (part virile, de uir, l'homme). Mais les parties peuvent prévoir des éléments constitutifs accidentels modifiant ce principe. Un de ceux-ci est la clause de solidarité (*solidum*, totalité d'une somme), active du côté du créancier, passive du côté du débiteur :

La solidarité active est une clause qui permet, en cas de pluralité de créanciers, à chacun des créanciers d'exiger la totalité du paiement par le débiteur. Le créancier qui aura été payé devra ensuite partager la créance avec les autres créanciers, devenant ainsi lui-même débiteur de ceux-ci ;

La solidarité passive est une clause qui prévoit, en cas de pluralité de débiteurs, que chaque débiteur est solidaire des autres, donc qu'il doit pouvoir payer la totalité de la dette qu'ils ont en commun. Celui qui a payé pourra ensuite se retourner contre les autres débiteurs, pour leur réclamer leur part de la dette, devenant ainsi lui-même créancier des codébiteurs solidaires. La solidarité passive suppose nécessairement l'existence de codébiteurs principaux. Elle constitue une sûreté personnelle, mais, à la différence du cautionnement, dans

lequel la caution est accessoire, lorsqu'il y a solidarité passive le codébiteur solidaire est un codébiteur principal.

les éléments constitutifs accidentels qui ajoutent une disposition, dite de complément sont le fruit de l'imagination des cocontractants et s'inscrivent clairement dans le cadre du principe de l'autonomie de la volonté tels :

la clause d'indivisibilité se greffe sur la solidarité passive, qui suppose l'existence d'au moins deux codébiteurs solidaires principaux. Si l'un de ceux-ci décède et laisse une pluralité d'héritiers qui acceptent la succession, à leur niveau, s'applique le principe supplétif de l'obligation conjointe. Il y aura donc divisibilité de la dette de plein droit, en parts viriles, sur la tête des héritiers : c'est un inconvénient pour le créancier, qui a, dès lors, en face de lui, un codébiteur solidaire pour la totalité et plusieurs héritiers du codébiteur solidaire prédécédé, chacun tenu pour une part virile de la dette totale. Pour pallier cet inconvénient, on peut greffer, dès l'origine, sur la solidarité passive une clause d'indivisibilité de la dette : chaque héritier devient alors codébiteur de la totalité de la dette. La clause d'indivisibilité n'est pas une sûreté personnelle en elle-même, mais un élément accidentel qui se greffe sur une sûreté personnelle et la complète ;

une sûreté réelle ou personnelle, assortissant un contrat principal, par exemple un gage remis au bailleur par le locataire au titre de garantie locative ;

clauses diverses dans le contrat de bail : interdiction de détenir des animaux, de jouer un instrument de musique, etc.

b) étude du consentement et de la cause

1. Le consentement

Un contrat suppose nécessairement le consentement des parties contractantes. Évidemment il faudra autant de consentements que de parties contractantes. Le consentement est l'un des quatre éléments constitutifs essentiels généraux. Par conséquent, en théorie, il n'y aura pas contrat, s'il n'y a pas consentement, par exemple parce qu'une partie est aliénée mentale ou victime d'une erreur-obstacle (u. infra). La jurisprudence actuelle sanctionne l'absence de consentement, non par la constatation de l'inexistence de la convention, mais par son annulation (nullité relative).

Pour être valable, le consentement doit réunir sept conditions :

le consentement doit être intentionnel

Il faut que l'on veuille véritablement créer des effets juridiques. Le contrat ne peut être confondu avec les rapports mondains ou les engagements pris sur l'honneur, qui ne sont pas suffisants pour créer des effets juridiques.

le consentement doit être sérieux

Le consentement sérieux s'oppose au consentement iocandi causa, « pour jouer. » En droit romain, une parole, une fois donnée, aboutissait nécessairement à des conséquences juridiques si elle respectait formellement les solennités requises. Ainsi, au théâtre, lorsqu'un acteur marquait sur scène son accord à un contrat, après la pièce, l'autre protagoniste pouvait intenter contre lui une action en justice pour obtenir l'exécution du contrat passé sur scène... À la fin de la République, Varron nous assure que l'acteur qui est engagé par contrat verbal dans un rôle de théâtre – in tragoedia – ou celui qui s'est engagé de la même manière iocandi causa ne peut être poursuivi en justice (De lingua latina, 6, 72).

le consentement ne peut être simulé

Il y a simulation lorsque les parties en présence concluent un acte apparent, appelé acte ostensible, dont elles conviennent simultanément soit de modifier, soit d'annihiler les effets par une autre convention, réelle quant à elle mais tenue secrète, appelée contre-lettre. En principe, la simulation n'est pas interdite et, à Rome, elle ne l'était pas non plus. Elle devient toutefois illicite si son utilisation sert à frauder les droits des tiers ou à contourner une disposition d'ordre public ou impérative du droit objectif. Il faut distinguer trois espèces de simulation :

l'acte purement fictif : la contre-lettre anéantit totalement l'acte ostensible et en détruit complètement les effets. Ainsi, pour échapper à ses créanciers, un débiteur vend fictivement ses biens à un tiers mais, en même temps, le débiteur et le tiers concluent une contre-lettre par laquelle le tiers reconnaît ne pas être devenu propriétaire des biens du débiteur et le débiteur admet qu'il n'y a pas lieu au paiement du prix ;

le déguisement : la contre-lettre modifie la nature ou les conditions de l'acte apparent. L'acte ostensible sert à déguiser totalement ou partiellement la contre-lettre. Déguisement total : un acte apparent de vente et une contre-lettre de

donation. Déguisement partiel : dans une vente d'immeuble, le prix déclaré dans l'acte ostensible est inférieur à celui mentionné dans la contre-lettre ;

l'interposition de personnes : ne pouvant légalement être gratifié par son patient (art. 909, al. 1er, C.c.), un médecin conviendrait avec celui-ci que le patient donnera un bien à un tiers, à charge pour ce dernier de céder le bien ultérieurement au médecin. Une des formes de la simulation par interposition de personne est la convention de prête-nom : il s'agit d'un mandat occulte, caché. Une personne, appelée prête-nom, agit en son propre nom, en dissimulant à son cocontractant qu'elle agit pour quelqu'un d'autre et, partant, l'identité de la personne pour laquelle elle agit.

Les effets de la simulation sont différents si on les considère entre parties ou vis-à-vis des tiers (art. 1321, C.c.) :

les effets juridiques de la simulation entre parties : la volonté réelle des parties l'emporte sur la volonté déclarée, en vertu du premier corollaire du principe contractuel d'exécution de bonne foi. Dès lors, la contre-lettre prime l'acte apparent mais ne pourra sortir ses effets que si elle remplit toutes les conditions de validité nécessaires à un contrat et, notamment, si elle ne déroge pas à une disposition d'ordre public, relative aux bonnes mœurs ou impérative. Or, très souvent, la contre-lettre n'est pas valable, parce que sa cause et/ou son objet sont illicites. La contre-lettre sera valable lorsqu'on l'utilise pour éviter une situation telle qu'un conflit familial, des conséquences psychologiques : ainsi, si quelqu'un qui n'a plus pour famille que des cousins éloignés procède à une simulation par laquelle l'acte ostensible se présente comme une vente à un tiers, alors que la contre-lettre convient qu'il y a donation, afin d'éviter des conflits avec les cousins (héritiers présomptifs), la simulation est licite (les cousins ne sont pas des héritiers réservataires) ;

les effets juridiques de la simulation vis-à-vis des tiers : les tiers peuvent choisir, de l'acte apparent ou de la contre-lettre, l'acte le plus avantageux pour eux. Ils peuvent donc préférer se prévaloir de la contre-lettre, à supposer qu'ils en connaissent l'existence mais, dans cette hypothèse, ils doivent au préalable intenter l'action en déclaration de simulation. Cette action sert à établir le mécanisme de simulation et l'existence de la contre-lettre.

le consentement doit être réel, i.e. non entaché d'erreur

L'erreur (error, ignorantia) est l'un des quatre vices de consentement : une discordance entre la volonté réelle et la volonté déclarée, résultant d'une représentation fausse ou inexacte de la réalité. Il y a trois types d'erreurs :

l'erreur-obstacle détruit complètement le consentement. Le droit positif distingue deux cas d'erreur-obstacle :

l'error in negotio, erreur sur le negotium : erreur sur le contrat lui-même, sur la nature du contrat passé. Exemple : pour une partie, il y a prêt ; pour l'autre, il y a donation,

l'error in corpore, erreur sur le corpus, est une erreur sur l'objet du contrat. Exemples :

vente d'un terrain et les deux parties n'envisagent pas le même terrain,

vente d'une chose qui a péri juste avant le moment de la convention, à l'insu des parties.

Le droit romain, à ces deux cas d'erreur exclusive du consentement, en ajoutait un troisième :

l'error in persona, erreur sur la personne, qu'il faut entendre comme l'erreur sur l'identité de la personne avec laquelle on traite, et non comme l'erreur sur les qualités de cette personne, cette dernière variété d'erreur étant indifférente ;

l'erreur substantielle : erreur vice de consentement

La substance est, en droit positif, n'importe quel élément qui a déterminé principalement le consentement du cocontractant (art. 1110, al. 1er, C.c.).

L'erreur substantielle peut porter sur n'importe quel élément du contrat, pour autant que cet élément ait déterminé principalement le cocontractant à contracter et, si cet élément n'apparaît pas substantiel au commun des mortels, qu'il ait du moins été considéré comme tel dans les négociations entre parties. L'erreur substantielle peut porter sur la matière de l'objet, sa qualité, son origine, la personne du cocontractant, etc.

L'erreur substantielle, à l'heure actuelle, peut être une erreur de droit. Les Romains, de façon générale, appliquaient la règle *Nemo censetur ignorare legem*, nul n'est censé ignorer la loi. En droit positif, la règle n'est pas

d'application en matière civile (il en va autrement en matières pénale ou fiscale). Pour éviter les abus, la jurisprudence exige aussi que l'erreur substantielle soit excusable

■

, i.e. une erreur qu'aurait pu commettre n'importe quel cocontractant diligent et prudent placé dans les mêmes conditions : un particulier achète le crâne de Napoléon enfant, puis invoque l'erreur : certes, il est victime d'une erreur substantielle, mais celle-ci est inexcusable.

En droit romain, l'*error in substantia* était l'erreur sur la matière ou l'erreur sur le sexe d'un esclave. Comme erreur in materia, Ulpien cite des chandeliers en cuivre que l'une des parties croyait en or, ou une table en citronnier qui n'est qu'en bois plaqué, et admet sur cette base l'annulation d'une vente (contrat de bonne foi). Ce faisant, il s'inscrit dans la controverse philosophique déjà évoquée à propos de la spécification : qu'est-ce qui importe le plus, la forme (selon les péripatéticiens, disciples d'Aristote) ou la matière (stoïciens) ? En juriste romain plus influencé par le stoïcisme, Ulpien opte pour la matière ;

l'erreur sur les motifs regroupe toutes les autres erreurs :

erreur sur la solvabilité du cocontractant,

erreur sur la valeur, sur le prix de l'objet,

erreur sur l'utilité de l'objet,

erreur sur la personne, en droit positif, lorsque le contrat n'est pas intuitu personae (art. 1110, al. 2, C.c.), et, en droit romain, en tant qu'erreur sur les qualités du cocontractant.

Dans tous les cas d'erreur sur les motifs, l'erreur sera assumée par celui qui l'a commise.

le consentement ne peut pas être consécutif à un dol de la part du cocontractant ou, le cas échéant, d'une tierce personne

Le dol (art. 1116 C.c.), en tant que *dolus malus* (par opposition au *dolus bonus*), est le deuxième des quatre vices de consentement et tend à provoquer une erreur : en matière de consentement, le dol est toute manœuvre frauduleuse,

toute tromperie qui provoque une erreur chez le cocontractant. Commettre un dol revient donc à tromper le cocontractant pour l'amener à contracter ou à accepter des conditions qu'il n'accepterait pas en connaissance de cause. Le dol et l'erreur sont liés mais doivent être distingués : le dol sert à provoquer l'erreur, tandis que l'erreur comme vice autonome de consentement est spontanée. Le dol peut être positif ou négatif :

dol positif :

un mensonge sur la qualité de la chose qu'on vend ou qu'on loue,

le camouflage d'un défaut de la chose qu'on vend ou qu'on loue ;

dol négatif : un silence qualifié est une dissimulation voulue, consciente. Entre le simple silence et le silence qualifié, seul ce dernier est constitutif de dol. Une réponse délibérément ambiguë, un refus de répondre risquent d'être considérés comme un silence qualifié.

En droit romain ancien, le dol est longtemps resté impuni. Il a fallu attendre le I^{er} siècle avant notre ère pour que le *dolus malus* devienne un délit prétorien : soit la victime du dol oppose l'*exceptio doli* à l'auteur du dol qui solliciterait en qualité de demandeur l'exécution de l'obligation, soit elle agit en annulation en qualité de demandeur introduisant une *actio doli*.

Il faut distinguer si le dol émane du cocontractant ou d'une tierce personne :

si le dol est commis par le cocontractant lui-même, il convient de procéder à une nouvelle distinction, selon que le dol est principal ou incident :

le dol principal est la cause déterminante du consentement de la victime : si celle-ci avait connu la vérité, elle n'aurait à coup sûr pas conclu le contrat. Aussi en obtiendra-t-elle la nullité. Ainsi en cas d'achat à distance d'un appartement censé donner sur la digue (c'est parce qu'il se trouve situé de cette manière qu'on l'achète), mais, sur place, il s'avère que tel n'est pas le cas, qu'il y a eu dol lors de la description,

le dol incident est la manœuvre qui a seulement eu pour effet de modifier les conditions normales du contrat : sans ce dol, la victime aurait tout de même conclu le contrat, mais à d'autres conditions. La victime n'obtiendra pas la nullité du contrat, puisqu'elle l'aurait tout de même passé, mais comme elle

l'aurait passé à d'autres conditions, elle obtiendra des dommages et intérêts compensatoires ;

si le dol émane d'une tierce personne :

en principe, la victime n'obtiendra pas la nullité du contrat pour dol (elle peut cependant essayer d'obtenir la nullité du contrat en prouvant que l'erreur engendrée par le dol du tiers est une erreur substantielle et excusable) : la formule indiquait en effet ce tiers et non le cocontractant comme défendeur ; aussi ce dernier ne pouvait-il être condamné qu'à des dommages-intérêts, ce procès demeurant *res inter alios acta* à l'égard du cocontractant bénéficiaire du dol ;

par exception, il existe deux cas où la victime du dol peut obtenir l'annulation du contrat pour dol, quand bien même celui-ci émane d'une tierce personne :

lorsqu'il est établi que le cocontractant était complice du tiers (même par silence qualifié) : un vendeur suscite l'intervention d'un comparse dans la conclusion d'un contrat de vente, pour vanter des mérites inexistants de l'objet à vendre, mérites que ce comparse serait censé avoir pu apprécier pour avoir lui-même déjà acheté le même objet. En droit romain, la formule eut dans ce cas désigné le cocontractant comme défendeur,

lorsqu'il s'agit d'une donation.

Le dol est réprimé même si l'erreur qu'il a provoquée est une erreur inexcusable (i. e. celle que n'aurait pas commise un bon père de famille).

le consentement ne peut pas être donné à la suite d'une violence

La violence (art. 1111 à 1115, C.c.) est le troisième vice de consentement : le fait d'inspirer à une personne raisonnable la crainte d'un mal considérable en vue de la déterminer à accomplir un acte juridique, un contrat. En réalité, le vice de consentement est la crainte (*metus*), et la violence est la cause de la crainte. Pour qu'il y ait violence reconnue en droit positif, quatre conditions doivent être réunies :

la violence doit être principale, déterminante (et non incidente) : c'est à cause d'elle que l'on a contracté ;

elle doit être de nature à impressionner une « personne raisonnable » (art. 1112 C.c.) : ce critère dépendra de l'âge de la personne, de son milieu socio-culturel, de sa situation professionnelle, et ne s'identifie pas avec celui du bon père de famille. Le droit romain était plus restrictif : la violence n'était retenue que si elle pouvait impressionner même un homo constantissimus ;

elle doit faire naître la crainte d'un mal considérable, que celui-ci soit moral (abus d'influence, chantage...), physique (coups, blessures, etc.) ou même patrimonial (mettre le feu à une maison, etc.) ;

elle doit être injuste, ce qui permet d'exclure du contexte de violence l'exercice normal de ses droits (menace d'une action en justice ou d'une plainte pénale) et la crainte révérentielle (i.e. la crainte issue du respect d'une autorité légitime).

Lorsque la violence réunit ces quatre conditions, peu importe qu'elle soit positive ou négative (acte ou abstention), physique, morale ou relative aux biens, et de qui elle émane. Elle ne doit pas forcément être dirigée contre la personne elle-même, mais peut menacer ses proches, ses amis, ses associés, ... pourvu évidemment que le cocontractant soit touché par voie de conséquence (art. 1113 C.c.).

En droit romain ancien, la violence était impunie : coacta voluntas tamen voluntas est, la volonté est contrainte, elle est cependant une volonté, disait-on. Dès lors, au regard du ius civile, le contrat conclu sous la menace était parfaitement valable. C'est au I^{er} siècle avant notre ère que la violence exercée lors de la conclusion d'un contrat est devenue un délit privé prétorien : la victime soulève l'exceptio metus contre l'auteur sollicitant une condamnation ou intente l'actio metus pour obtenir l'annulation du contrat ou la condamnation de l'auteur de la violence à des dommages-intérêts.

Si la violence est principale et remplit les trois autres conditions précitées, elle constitue un vice de consentement et entraînera la nullité du contrat conclu. Si la violence n'est qu'incidente ou ne remplit pas l'une des trois autres conditions précitées, au mieux la victime obtiendra des dommages et intérêts compensatoires.

le consentement ne peut pas être entaché d'une lésion

La lésion est le quatrième vice de consentement : le préjudice causé par une forte disproportion entre les prestations respectives des cocontractants. Cette

disproportion doit être importante parce que ce qui est peu important, en droit, n'est pas pris en considération, en vertu de l'adage de *minimis non curat praetor* : le préteur ne se soucie pas des différends mineurs. Il y a deux espèces de lésion :

la lésion intrinsèque est une disproportion interne au contrat, entre les prestations des parties : un vendeur vend un immeuble contre un prix beaucoup trop peu élevé ;

la lésion extrinsèque est une disproportion entre le contrat que l'on passe et les moyens pécuniaires du cocontractant : acheter un immeuble de 100 000 sesterces alors qu'on ne dispose que d'un revenu mensuel de 1 000 sesterces et ne dispose pas d'économies.

La lésion n'a pas le même régime pour les mineurs et les majeurs :

pour les mineurs d'âge (art. 1305, C.c.) : le droit objectif accorde aux mineurs d'âge une protection très large, et ce quels que soient la nature de la lésion (intrinsèque ou extrinsèque), la nature de l'acte (vente, échange, bail, etc.), le rôle du mineur dans l'acte (vendeur ou acheteur, par exemple), le montant du préjudice subi et l'objet au sens étroit de cette lésion (meuble ou immeuble). Fréquemment l'annulation du contrat est accordée ;

pour les majeurs : la loi accorde dans quelques cas de lésion intrinsèque importante une protection à la victime. Cette protection est donc exceptionnelle (art. 1118 C.c.). L'annulation de l'acte porte ici le nom de rescision. Les principaux cas de lésion pour les majeurs sont :

la vente d'immeuble (lésion énorme) : il y aura lésion énorme (*laesio aenormis*) lorsque le vendeur d'immeuble a touché un prix inférieur aux 5/12es du prix normal et a donc été lésé de plus des 7/12es de ce juste prix. L'acheteur peut échapper à la rescision en offrant un complément de prix (évalué en fonction du prix normal moins 10 %). Il s'agit d'une obligation facultative : si le tribunal reconnaît qu'il y a lésion et prononce la rescision, l'acheteur a l'obligation de restituer l'immeuble mais a la faculté de se libérer de cette obligation en payant le supplément. En droit romain, la lésion énorme supposait que le vendeur ait vendu pour moins de la moitié du juste prix,

le partage : si l'une des parties est lésée d'un quart au moins (elle a obtenu moins des 3/4 de ce qu'elle aurait dû obtenir), elle peut demander la rescision (art. 887,

al. 2, C.c.),

la société léonine : l'adjectif léonin provient d'une fable dans laquelle un lion (leo) refusait de partager une proie. Est dit léonin le contrat de société qui prévoit l'attribution de tous les bénéfices à un seul associé, ou le fait qu'un seul associé échappe aux pertes (art. 32 du Code des sociétés : le principe est que tous les associés participent aux pertes et aux bénéfices).

2. L'objet

Indépendamment du caractère nécessaire de son existence, l'objet doit réunir cinq conditions de validité :

Tout contrat doit avoir un objet au sens large

Si un contrat manque d'objet, il sera déclaré nul : l'objet au sens large est l'un des quatre éléments constitutifs essentiels généraux. Est nul un contrat qui ne comporte pas d'objet. Il en ira ainsi :

si un débiteur s'engage à faire quelque chose, sans autre précision, que ce soit à titre gratuit ou à titre onéreux ;

si le contrat porte sur une chose, une res, qui n'existe pas :

soit cette chose n'a jamais existé (e.g. un contrat d'assurance contre le vol d'une argenterie inexistante)

soit elle a existé, mais elle n'existe plus au moment de la formation du contrat (e.g. la chose à vendre est détruite en totalité).

La nécessité de l'existence d'un objet ne fait pas obstacle à ce que le contrat porte sur des choses futures, qui n'existent pas encore, mais qui sont probables. Ainsi peut-on vendre une chose future. Il convient néanmoins de distinguer à cet égard deux types de vente, selon l'intention des parties :

l'emptio spei (littéralement : « l'achat d'un espoir »), appelée « vente à toutes chances » ou « vente à tous risques » : c'est une vente pure et simple, portant sur une chose future et probable, contre un prix forfaitaire global à payer en toute hypothèse. L'acheteur aura à payer ce prix quand bien même le vendeur n'aurait rien à lui livrer. C'est le type même du contrat aléatoire ou contrat qui comporte

une chance de gain ou de perte pour chacune des deux parties. Exemples : vente, lors de son ensemencement, de la récolte de tel champ, vente d'un animal à naître (croît) ;

l'emptio rei speratae (littéralement : « l'achat d'une chose espérée ») est une vente de chose future, sous condition suspensive de production de chaque unité déterminée. Par la réalisation de l'événement incertain, i.e. par la production de l'unité envisagée, la vente devient effective : vente de la récolte de telle parcelle à autant le kilo, vente d'un animal à naître.

Il existe cependant des cas où l'on ne peut convenir d'une chose future, fût-elle probable : il en va ainsi pour les successions futures, même avec l'accord des futurs défunts (art. 1600 C.c. ; sous Justinien, le consentement du futur de cujus validait le pacte sur succession future, par principe prohibé).

L'objet du contrat doit réunir cinq conditions de validité :

l'objet du contrat doit être possible matériellement et juridiquement.

Seront, par exemple, considérés comme objet impossible :

vendre un hippocentaure,

les choses hors commerce (art. 1128 C.c.),

en droit positif, les choses d'autrui lorsqu'il s'agit de les vendre (art. 1599 C.c.),

en droit positif, le contrat de rente viagère si le crédientier décède, dans les 20 jours qui suivent la conclusion du contrat, d'une maladie dont il souffrait déjà au moment de cette conclusion (art. 1975 C.c.) ;

l'objet doit être suffisamment déterminé ou au minimum déterminable (art. 1129 C.c.) : l'objet est déterminé quand le contrat le fixe avec précision (par exemple, effectuer tel travail ou vendre telle chose contre tel prix). L'objet est déterminable lorsque le contrat se borne à livrer les éléments qui permettront sa détermination ultérieure. Ainsi, un contrat de vente portant sur la récolte de telle terre précise, dont on fixe le prix à l'unité, au kilo par exemple (selon l'importance de la récolte, le prix global sera fixé en multipliant la quantité produite par le prix unitaire).

Ne serait ni déterminé, ni déterminable, l'objet d'un contrat consistant e.g. à promettre un animal non précisé ou la construction d'une maison non déterminée, à vendre un objet contre un prix laissé à l'arbitraire de l'acheteur ;

l'objet doit être licite, i.e. conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Ne le seraient pas :

la promesse de commettre un délit,

les stupéfiants et armes prohibées,

les successions futures.

Il ne faut pas confondre la cause avec l'objet : l'objet répond à la question quid debetur ? Qu'est-ce qui est dû ? La cause répond à la question cur debetur ? Pourquoi est-ce dû ? La cause, ou motivation principale, est un autre des quatre éléments constitutifs essentiels généraux. Cause et objet doivent être licites. Si l'objet est licite, mais la cause illicite (art. 1131 et 1133 C.c.), le contrat est vicié. E.g. acheter une maison dans le but d'y installer un tripot ;

l'objet doit présenter un intérêt pour le créancier.

Cette condition entraîne la nullité de principe de la stipulation pour autrui, aux termes de laquelle une personne, le promettant, s'engage vis-à-vis d'une autre personne, le stipulant, à accomplir telle prestation en faveur d'un tiers, étranger à l'opération, le tiers bénéficiaire :

En droit romain, le contrat de stipulatio(n) au sens large comprenait deux parties : la stipulatio proprement dite et la promissio. Dans la première partie, le futur créancier, ou stipulant, s'adressait au futur débiteur en ces termes : spondesne ... ?, « me promets-tu de ... ? », en complétant par la mention d'une seule obligation. Cette première partie était la stipulation proprement dite, destinée à générer un droit de créance.

Le futur débiteur, ou promettant, répondait au stipulant : spondeo..., « je te

promets de »..., en reprenant exactement les termes employés par le stipulant dans la question qui lui avait été posée. Cette seconde partie était la *promissio*, la promesse qui créait l'obligation dans le chef du débiteur.

En droit positif, la terminologie de stipulation pour autrui correspond à la stipulation au sens étroit du droit romain. Elle crée un droit de créance, mais, à la différence du contrat romain, pour autrui, dans le chef d'un tiers, qui n'est pas partie au contrat et n'a pas marqué son accord en ce sens.

En principe, la stipulation pour autrui n'est pas autorisée : on ne peut créer directement un droit de créance dans le chef d'une tierce personne. Néanmoins la stipulation pour autrui est valable moyennant la réalisation de trois conditions (art. 1121 C.c.) :

la stipulation pour autrui doit être l'accessoire d'un contrat principal, l'accessoire d'une stipulation faite pour soi-même, i.e. d'un contrat passé entre le stipulant et le promettant. Le caractère accessoire, apprécié très libéralement par la jurisprudence, est réalisé lorsque le stipulant peut justifier d'un intérêt personnel à la stipulation pour autrui, fût-il même seulement moral ;

le stipulant doit être animé de la volonté de stipuler pour autrui : il faut donc qu'il y ait volonté, dans le chef du stipulant, de créer, non un droit à son profit, mais un droit direct au profit du tiers bénéficiaire ;

le tiers bénéficiaire doit être déterminé ou, au minimum, déterminable : le tiers bénéficiaire est déterminé (une assurance-vie au profit d'une personne précise) ou doit être déterminable, i.e. on peut l'identifier après la conclusion du contrat, lors de l'exigibilité des prestations (ainsi une compagnie d'assurances s'engage à indemniser les pompiers d'une commune, s'ils sont victimes d'accidents pendant leur travail ; au moment de la conclusion du contrat, les pompiers qui pourraient bénéficier de ce droit de créance ne sont pas déterminés, mais ils sont déterminables lors d'un accident).

En matière de stipulation pour autrui, dès lors qu'il s'agit de favoriser quelqu'un, il ne faut pas que le tiers bénéficiaire soit conçu : on peut donc valablement favoriser par stipulation pour autrui un enfant à naître dans quelques années. En corollaire, le tiers bénéficiaire peut ignorer la stipulation faite à son profit.

La stipulation a pour effet de faire naître, au profit du tiers bénéficiaire, un droit direct et immédiat contre le promettant, même à son insu, même s'il est

incapable (sauf incapacités spéciales de recevoir). Il faut distinguer les rapports entre :

stipulant et promettant : les deux parties sont liées par le contrat principal ; la première peut donc intenter une action en exécution forcée contre la seconde ou bénéficier d'une clause pénale ;

stipulant et tiers bénéficiaire : en principe, il n'existe aucun lien de droit entre eux. Le stipulant peut révoquer la stipulation aussi longtemps qu'elle n'a pas été acceptée par le tiers ;

promettant et tiers bénéficiaire : le second a un droit direct contre le premier et devient son créancier. Mais ce droit est l'accessoire du contrat principal, dont il dépend. Ainsi, la dissolution du contrat principal entraînera-t-elle sa disparition.

A stipulant

engagement

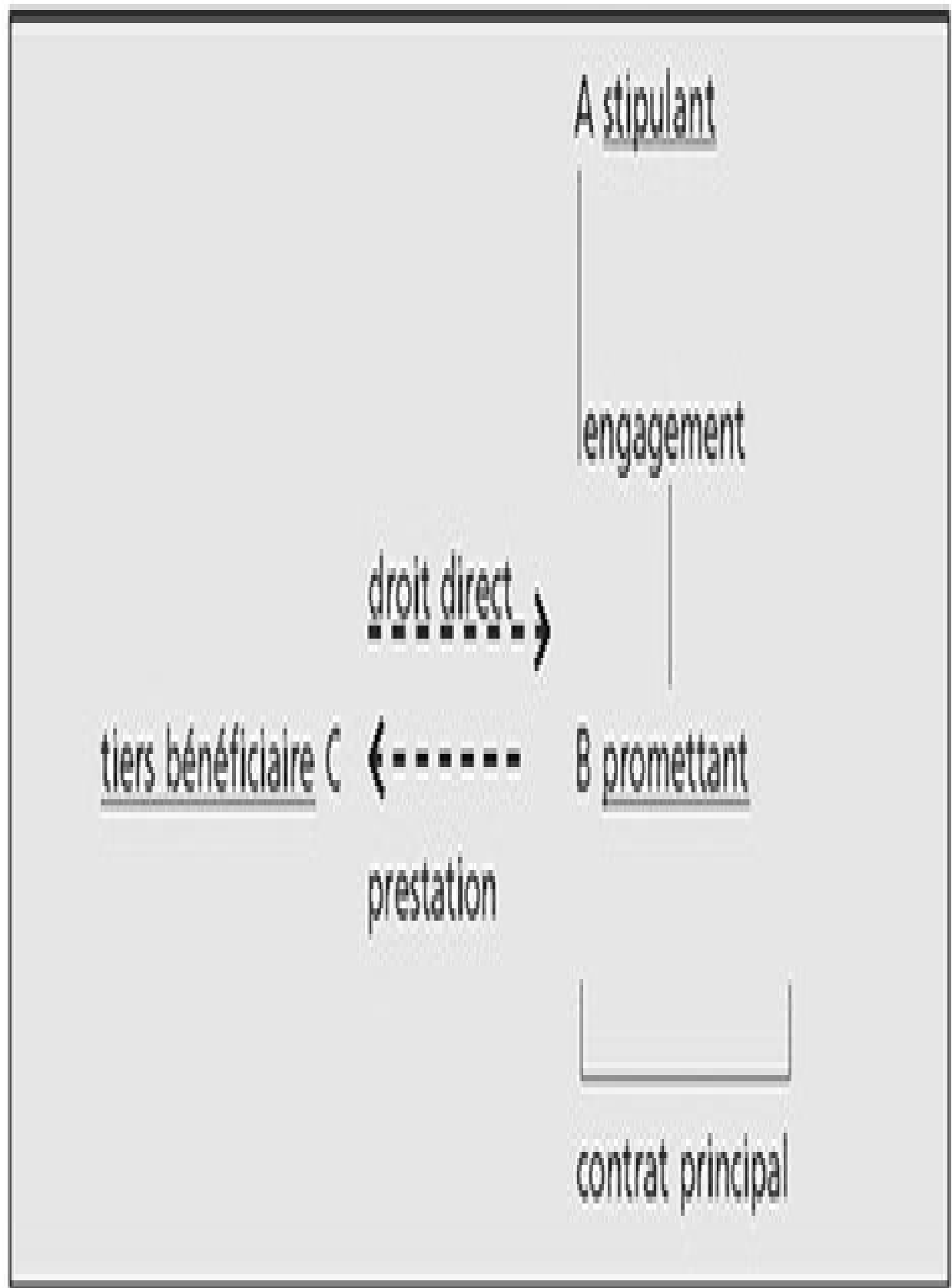
droit direct →

tiers bénéficiaire C ← - - - - -

B promettant

prestation

contrat principal



l'objet doit porter sur le fait du débiteur.

Il faut que le débiteur soit partie au contrat : il est, en principe, interdit de créer une obligation à charge d'un tiers au contrat, de promettre pour autrui (art. 1119 C.c.). Par une promesse pour autrui, le promettant s'engage vis-à-vis du stipulant à ce qu'un tiers accomplisse telle prestation :

tiers C



A stipulant

prestation

engagement

B promettant

contrat principal

Le principe de l'interdiction des promesses pour autrui souffre pourtant deux exceptions :

la convention de porte-fort (art. 1120 C.c.), aux termes de laquelle le porte-fort s'engage vis-à-vis de son cocontractant à rapporter d'un tiers non présent soit l'engagement futur, soit la ratification d'un acte déjà accompli sans mandat. Cette convention engendre, dans le chef du porte-fort, une obligation personnelle, de faire et de résultat. Se porter fort ne signifie pas se porter garant car la convention de porte-fort ne porte pas sur l'exécution de l'obligation par le tiers : le porte-fort s'engage seulement à convaincre le tiers de prendre l'engagement à sa charge.

Lorsqu'une convention de porte-fort a été conclue, selon l'attitude du tiers, deux possibilités se présentent :

la tierce personne contracte l'engagement ou ratifie le contrat conclu : *ratihabio mandato comparatur*, la ratification est assimilée au mandat pour ainsi considérer fictivement que, dès l'origine, le tiers était le mandant du porte-fort et que ce dernier l'a représenté devant le stipulant. Dès que le tiers a ratifié le contrat ou pris l'engagement, le porte-fort est délié,

la tierce personne ne contracte pas l'engagement ou ne ratifie pas le contrat conclu : dans ce cas, en principe, le porte-fort doit payer des dommages et intérêts compensatoires (réparation par équivalent) parce que son obligation était une obligation de résultat (le seul fait de ne pas avoir obtenu le résultat fait présumer la faute du débiteur). Par exception (prévue par la convention ou la loi), le porte-fort sera tenu d'exécuter lui-même l'acte envisagé dans la convention, en lieu et place du paiement des dommages-intérêts ;

la seconde exception à l'interdiction des promesses pour autrui est constituée par les quelques cas, assez rares au demeurant, où la promesse pour autrui est organisée par le contrat ou la loi, par exemple dans certains mécanismes où une majorité peut engager une minorité (organisation d'une procédure de décision) : en société ou pour des actes d'administration d'une copropriété.

3. La cause

La cause est l'un des quatre éléments constitutifs essentiels généraux : le motif, le mobile déterminant des parties, qui répond à la question *Cur debetur* ? Pourquoi est-ce dû ?

En droit romain, le principe de formation des contrats était le formalisme : à l'origine, n'importe quel contrat conclu de façon formelle était valable, quand bien même il était dépourvu de cause. En 204 a.C a toutefois été adoptée la *Lex Cincia de domis et numerilus*, visant à plafonner le montant des libéralités entre vifs : au-delà de cette limite, un transfert conventionnel d'avoirs ne pouvait plus résulter d'une *iusta causa*, donc d'un mobile admissible en droit. Cette innovation a conduit particulièrement dans les contrats reconnus par le préteur sur la base du *ius gentium*, à subordonner l'existence du contrat à l'existence d'une cause réelle et licite. C'est toujours le cas actuellement : non seulement le contrat doit avoir une cause, mais encore faut-il que celle-ci soit licite (art. 1131 C.c.)

ii) L'aspect dynamique

a) introduction

Dans un système formaliste comme le droit romain, l'aspect dynamique de la formation du contrat ne posait aucun problème parce qu'avant l'accomplissement de la formalité, il était certain que le contrat n'existait pas, et dès que la formalité avait été accomplie, le contrat sortait ses effets.

Dans notre système positif consensuel, où, en principe, le seul accord de volontés suffit pour la formation du contrat, le problème du moment et du lieu de formation se pose, parce que l'échange des consentements peut prendre des formes subtiles : il peut être donné par téléphone, télécopie, lettre, courriel... La situation se présente dès lors fort différemment de celle que connaissait le droit romain, et le problème se pose de savoir quand le stade précontractuel est dépassé, quand le contrat est réellement formé : entre « absents », quand et où se forme-t-il ? Les conséquences juridiques de la réponse à cette double question sont multiples : droit applicable, compétence des tribunaux, applicabilité des lois nouvelles, moment du transfert de propriété, moment du transfert de la charge des risques, etc. Cette problématique du contrat entre absents est contemporaine.

b) les stades précontractuels

Il y a trois stades précontractuels possibles, les deux premiers ne constituant pas un passage obligé, le troisième étant indispensable pour la formation du contrat :

1) Les propositions de contrat, les pourparlers préliminaires, les accords préliminaires ou préparatoires n'ont, en principe, aucune portée juridique, sauf s'il y a eu faute dans le chef de l'une des parties et sauf si les parties entendent leur donner une valeur juridique.

2) La promesse de contrat est convention par laquelle une partie s'engage définitivement envers l'autre partie à conclure avec elle, ultérieurement et au gré de cette dernière (si celle-ci le souhaite), un contrat précis dont la teneur essentielle est dès à présent précisée : il s'agit donc d'un véritable contrat,

rapportant l'engagement définitif d'une partie à conclure dans l'avenir un autre contrat. La promesse de contrat crée une option pour le bénéficiaire de l'engagement : si celui-ci désire passer le contrat, il lève l'option. L'option doit généralement s'exercer dans un délai assez court et déterminé par la promesse de contrat :

la promesse de vente, faite par un vendeur potentiel, s'engageant à conclure le contrat de vente dans l'avenir si l'acheteur éventuel désire acheter telle chose déterminée pour tel prix : l'acheteur dispose d'une option d'achat, lui laissant un délai, par exemple, pour rechercher les fonds nécessaires à l'acquisition du bien. La promesse (unilatérale) de vente ne peut être confondue avec le compromis de vente, qui est une promesse bilatérale de vente et, comme telle, déjà une vente parfaite (sous seing privé) ;

la promesse de bail : le bailleur potentiel promet de conclure un contrat de bail, portant sur telle chose et contre tel loyer, avec l'éventuel locataire.

3) L'offre ou pollicitation est le stade précontractuel obligatoire pour la formation de tout contrat : c'est l'émission d'une volonté définitive de contracter par une partie, appelée offrant ou pollicitant, qui ne doit plus qu'être acceptée par l'autre partie pour que le contrat soit formé immédiatement :

l'étalage d'une boutique ;

l'enseigne d'une auberge.

L'offre est donc un acte juridique unilatéral qui lie le pollicitant ou offrant dès que l'offre est connue. Le bénéficiaire de l'offre, pour sa part, n'est pas lié. Si l'acceptation a lieu, la formation du contrat est immédiate. L'acceptation ne demande aucune forme particulière ; elle peut être expresse ou tacite : par exemple, un silence circonstancié ou saisir l'objet présenté en rayon et se préparer à en payer le prix en se dirigeant vers la caisse.

En droit romain, le Digeste n'évoque que deux cas où la pollicitatio, ou déclaration de volonté de celui qui veut s'engager, obligeait celui qui l'exprimait : le votum, promesse de sacrifice qu'il fallait exécuter si la divinité invoquée avait exaucé le vœu ; la pollicitatio ou promesse de don faite à une cité par un citoyen qui sollicitait ou avait obtenu une magistrature municipale, ou par un citoyen qui avait commencé à ériger, de ses deniers, un bâtiment public et était dès lors tenu d'achever la construction. Hors ces cas, il fallait un acte du

créancier, à côté de l'engagement du débiteur, pour que ce dernier fût engagé.

c) le contrat entre « absents » : l'acceptation par l'une des parties est donnée hors de la présence de l'autre (par lettre, courriel, message télécopié, téléphone, ...), à Rome à l'intervention d'un messenger (nuntius) ou par courrier (per epistulam).

Quand le contrat entre absents se forme-t-il ? Au moment de l'acceptation ou au moment de la prise de connaissance de celle-ci ? Il est important de connaître le moment de la formation du contrat, pour déterminer l'applicabilité (éventuelle) d'une loi nouvelle, les délais de prescription, le moment du transfert de propriété et de la charge des risques.

d) la culpa in contrahendo (« faute dans la conclusion ») est une faute au sens large, commise lors de la formation du contrat, préalablement à l'existence de ce dernier :

traîner en longueur des négociations, puis les rompre pour un motif que l'on aurait pu invoquer plus tôt ;

divulguer des données confidentielles fournies dans le cadre de pourparlers préliminaires.

Dans l'hypothèse où la culpa in contrahendo engendre un dommage, elle entraîne une responsabilité extra-contractuelle.

E. Les effets des contrats

internes : création, modification, transmission ou extinction de droits subjectifs ;

externes : ceux-ci résultent de l'existence du contrat, de son opposabilité aux tiers.

i) Les effets internes des contrats

Le principe de la relativité des contrats décrie qu'un contrat ne peut ni être utile ni nuire à d'autres parties que les parties contractantes, conformément à l'adage *Res inter alios acta aliis nec prodesse nec nocere potest*, transposé à l'article 1165 du Code civil.

On entend par parties contractantes quatre séries de personnes :

les cocontractants eux-mêmes (l'acheteur et le vendeur e.g.) ;

les personnes régulièrement représentées au contrat : soit des personnes représentées légalement (par un tuteur e.g.), soit des personnes représentées conventionnellement (par un mandataire). La représentation peut être :

parfaite : elle fait naître les effets juridiques directement dans le chef du représenté : ainsi le mandat représentatif et la tutelle en droit positif,

imparfaite : les effets juridiques produits par l'acte accompli par le représentant naissent d'abord dans le chef du représentant, qui les transmettra ensuite au représenté : le mandat ou la tutelle en droit romain ; la convention de prête-nom, la gestion d'affaires, la convention de porte-fort, la déclaration de command en droit positif ;

les ayants cause universels et à titre universel sont les successeurs, dits universels ou à titre universel selon qu'ils succèdent respectivement à tout le patrimoine (ou ont la vocation à y succéder en totalité) ou à une fraction significative du patrimoine. Ces ayants cause sont considérés comme des parties au contrat de leur auteur (art. 1122 C.c.), sauf bien sûr s'il s'agit de contrats *intuitu personae* dans le chef de leurs auteurs et sauf quand les ayants cause exercent un droit propre : un ayant cause trouve dans la succession du de cuius une donation à exécuter. Or, il a un droit à la réserve, c'est-à-dire le droit de garder une fraction du patrimoine du défunt pour lui. Supposons que l'auteur ait un seul enfant : celui-ci a une réserve portant sur la moitié de la succession. L'autre moitié constitue la quotité disponible, qui peut être léguée par l'auteur à

qui il le souhaite. Si la donation à un tiers excède la moitié de la valeur du patrimoine, l'enfant peut faire primer son droit propre à la réserve, et, partant, ne sera pas considéré comme partie contractante à la donation de son auteur ;

les créanciers qui agissent par voie oblique : les créanciers qui intentent l'action oblique se substituent au débiteur inactif, et, par conséquent, sont considérés comme parties aux conventions conclues par ce dernier.

Sont en revanche considérés comme des tiers tous ceux qui ne sont pas considérés comme parties contractantes.

Le principe de la relativité des contrats connaît néanmoins des exceptions, tant du côté du créancier que du côté du débiteur.

Deux exceptions du côté du créancier :

la stipulation pour autrui (u. supra) ;

l'action directe : il y a action directe quand, en vertu de la loi, un créancier peut se prévaloir du contrat passé entre son débiteur et le débiteur de ce dernier (le sous-débiteur) pour intenter directement une action contre celui-ci.

L'action directe a un effet comparable à celui d'un privilège, puisque son produit est acquis au créancier, qui échappe ainsi au concours avec les autres créanciers du même débiteur. Elle a une origine comparable au privilège, puisque tous deux trouvent leur source dans la loi. Exemples : la victime d'un accident de roulage, contre la compagnie d'assurance du responsable de l'accident ; la victime d'un accident du travail contre la compagnie d'assurance de son employeur ; le bailleur contre le sous-locataire en paiement du loyer ; les ouvriers et sous-traitants non payés par l'entrepreneur contre le maître de l'ouvrage (art. 1798 C.c.). L'action directe se distingue de l'action indirecte, encore appelée action oblique ou subrogatoire, par laquelle le créancier agit contre le sous-débiteur, mais cette fois en prenant la qualité du débiteur, en exerçant ses droits.

L'expression action directe avait un tout autre sens en droit romain : elle désignait l'action qui ne sortait pas de son domaine, qui était utilisée dans le cas pour lequel elle avait été prévue, et s'opposait, à cet égard, à l'action dite « utile », qui, pour des raisons pratiques, était étendue au-delà de son domaine propre. Etait e.g. une action directe l'actio furti que pouvait intenter un Romain en cas de vol ; était une action utile l'actio furti étendue aux pérégrins avec la

fiction qu'ils avaient la qualité de citoyens.

Exception du côté du débiteur : la promesse pour autrui : contrat entre deux personnes, le stipulant (créancier) et le promettant, par lequel le promettant s'engage pour le fait d'un tiers, étranger au contrat. Le but est de créer une obligation dans le chef du tiers. En principe, le mécanisme de la promesse pour autrui est interdit (art. 1119, C.c.) mais cependant permis dans les conditions vues supra.

ii) Les effets externes des contrats

Les effets externes proviennent de l'existence même du contrat et de son éventuelle opposabilité aux tiers. Le principe de la relativité des contrats ne concerne pas les effets externes. Les tiers peuvent donc se prévaloir de l'existence d'un contrat auquel ils n'ont pas été parties (mais pas de son contenu), pour en tirer des conséquences de droit ou de fait : un médecin a soigné un accidenté de la route, mais celui-ci est insolvable. Le médecin peut alors invoquer l'existence d'un contrat d'assurance passé entre cet accidenté et une compagnie d'assurances, pour récupérer les honoraires qui lui sont dus.

Il convient toutefois de noter que certains contrats n'ont pas d'effets externes :

soit ils n'en auront jamais : en cas de simulation, si les tiers ignorent le recours à celle-ci ou choisissent de s'en tenir à l'acte ostensible, la contre-lettre n'aura jamais d'effets externes ;

soit ils n'en ont pas immédiatement, mais ils en auront plus tard :

la vente d'un immeuble est inopposable aux tiers tant que l'acte notarié n'est pas passé,

le contrat d'hypothèque requiert, pour être opposable aux tiers, une inscription au registre de la conservation des hypothèques.

F.L'inexécution des contrats

L'inexécution d'un contrat peut être fautive ou pas. De prime abord, en cas d'inexécution contractuelle, cette première hypothèse est prise en considération.

i) L'inexécution fautive

L'inexécution fautive engage la responsabilité contractuelle du débiteur.

a) la responsabilité : définition et espèces

Il y a responsabilité lorsqu'en principe à la suite de la commission d'une faute, on devient débiteur, i.e. titulaire d'une obligation d'indemnisation. Selon la responsabilité considérée, la faute est ou n'est pas requise ; lorsqu'elle l'est, son appréciation peut varier ; enfin, le contenu de l'obligation peut également varier. Il y a lieu de distinguer d'abord la responsabilité pénale de la responsabilité civile.

1) La responsabilité pénale naît de la commission d'une faute pénale, d'un délit au sens large, et fait naître, dans le chef de son auteur, l'obligation de subir une peine (amende, prison, ...). Il y a faute pénale dès que le comportement (acte ou abstention) incriminé est prévu par un texte pénal (Code, loi, etc.) : *nullum crimen, nulla poena sine lege*. La responsabilité pénale joue indépendamment de tout dommage à réparer : il suffit qu'il y ait faute pénale pour que naisse l'obligation de subir une peine.

2) La responsabilité civile naît en principe de la commission d'une faute civile, i.e. d'une faute au sens large, et fait naître, dans le chef de son auteur, l'obligation de réparer le préjudice causé. Elle suppose nécessairement un dommage et implique également un lien de causalité entre le dommage et la faute commise ou le fait juridique à l'origine du dommage.

La responsabilité civile se subdivise en deux espèces : contractuelle et extra-contractuelle.

La responsabilité civile contractuelle

Cette forme de responsabilité requiert quatre conditions :

une faute au sens large (on ne se demande pas si, de surcroît, cette faute est

pénale ou ne l'est pas). Le critère d'appréciation du comportement le plus souvent retenu en matière contractuelle est celui du bonus uir, du bon père de famille ;

un dommage certain, même s'il est futur. Il faut distinguer (art. 1149 C.c.), à cet égard, le *damnum emergens*, ou dommage direct (préjudice immédiat), du *lucrum cessans*, ou dommage indirect (manque à gagner) ;

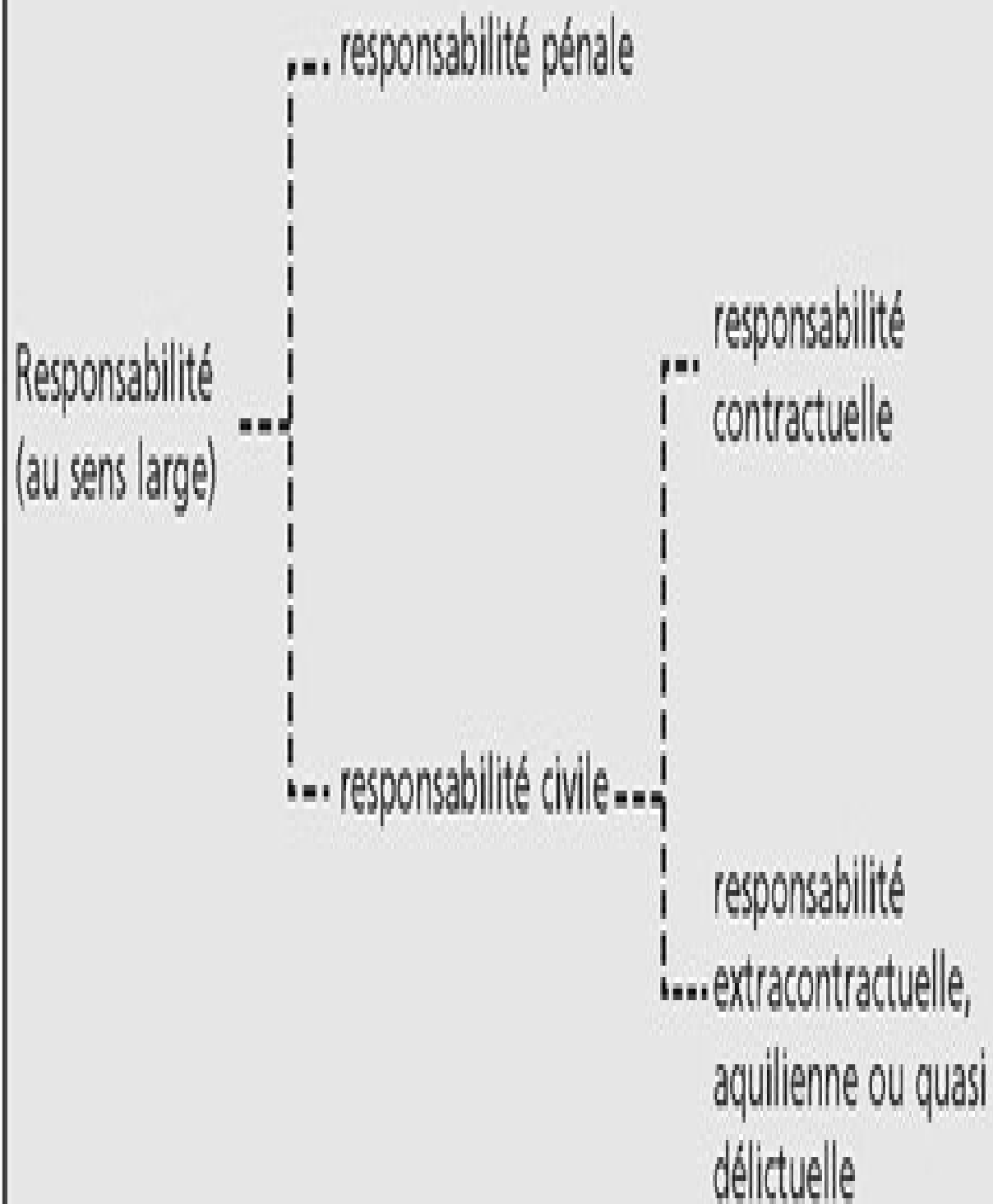
un lien de causalité entre la faute et le dommage ;

l'existence d'un contrat entièrement et valablement formé entre les parties.

La responsabilité civile extra-contractuelle, encore appelée aquilienne ou quasi délictuelle

On appelle actuellement quasi-délit tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage et oblige son auteur à la réparation de ce dommage. La responsabilité extra-contractuelle n'exige pas nécessairement l'existence d'un contrat et, cette fois, lorsque la faute est requise, en théorie du moins, la plus petite faute, la *culpa levissima*, suffit pour entraîner la responsabilité. Cette responsabilité peut même parfois être mise en œuvre en dehors de l'existence d'une faute.

Le tableau général de la responsabilité se présente donc ainsi :



b) la responsabilité contractuelle

1. Les conditions de mise en œuvre

Pour qu'il y ait responsabilité contractuelle, le créancier de l'obligation non exécutée devra prouver la réunion des quatre conditions précitées. En cas d'obligation de résultat, la tâche sera toutefois plus simple : il suffira de prouver l'existence du contrat et le fait que le résultat promis n'a pas été atteint.

2. La réparation du dommage

Le dommage causé par une faute contractuelle doit en principe être réparé en nature, i.e. par l'exécution de l'obligation en cause (la species, la quantité de genera prévue, etc.). En cas d'impossibilité de réparation en nature, il y aura réparation par équivalent, i.e. paiement de dommages et intérêts. Deux types de dommages et intérêts :

les dommages et intérêts moratoires sont destinés à réparer le dommage résultant du retard fautif (mora) apporté à l'exécution d'une obligation,

les dommages et intérêts compensatoires sont destinés à réparer le dommage consistant dans l'inexécution fautive définitive de l'obligation : ils compensent cette dernière.

En droit positif, les astreintes sont des peines pécuniaires supplémentaires, prononcées par le juge pour obliger le débiteur à exécuter en nature. Le débiteur n'échappera au paiement de ces astreintes qu'en exécutant son obligation en nature. Une astreinte ne peut être prononcée lorsque la condamnation porte sur le paiement d'une somme d'argent.

3. Les clauses contraires expresses en matière de responsabilité contractuelle

Les règles relatives à la responsabilité peuvent, sauf quelques exceptions, faire l'objet de clauses dérogatoires. Les clauses, en la matière, susceptibles d'être introduites dans le contrat, peuvent être de deux types :

tantôt elles touchent au champ d'application, à l'étendue de la responsabilité contractuelle et, dès lors, selon le cas :

exonèrent de la responsabilité, donc pratiquement la limitent au dol (minimum incompressible),

limitent la responsabilité ; ainsi peut-on limiter la responsabilité à la culpa levis in concreto ou à la culpa lata,

étendent la responsabilité, par exemple jusqu'à la culpa levissima ;

limitent les délais de recours, le dommage réparable (e.g. exclusion du *lucrum cessans*, etc.).

Les clauses de ce premier type sont licites, sauf dans trois cas :

il est interdit de s'exonérer du dol : une telle exonération réduirait à néant le principe de la convention-loi. Il importe de bien distinguer les deux sens du mot « dol » dans le Code civil : 1) le vice de consentement visé à l'article 1116 ; 2) l'inexécution volontaire d'une obligation, visée aux articles 1150, 1151 et 1153, al. 4. C'est de la seconde variété de dol – donc au stade de l'exécution d'une obligation – qu'il n'est pas permis de s'exonérer par convention, le premier étant prohibé de façon générale au stade de la formation du consentement à toute obligation. En droit romain, on ne pouvait pas non plus s'exonérer de la faute lourde, en vertu de la règle *Culpa lata dolo aequiparatur* : la faute lourde est assimilée au dol,

dans les matières où la loi régit de manière impérative la responsabilité d'un cocontractant, ou interdit certaines clauses (e.g. en matière de transport),

lorsque l'exonération est tellement étendue qu'elle revient à dénaturer l'obligation : un transporteur de marchandises s'exonère de toute responsabilité en cas de perte ou avarie, lorsque celles-ci peuvent faire l'objet d'un contrat d'assurance ;

tantôt les clauses touchent à la réparation du dommage : il s'agit alors de clauses

pénales (art. 1226 C.c.), déterminant l'indemnisation du dommage causé par l'inexécution fautive du contrat (ou de l'une des obligations qu'il contient), par la fixation d'une somme forfaitaire, qu'il conviendra de payer quel que soit d'ailleurs le montant réel du préjudice subi. Ces clauses pénales évitent toute contestation sur l'évaluation du dommage en cas d'inexécution fautive, les parties s'étant mises d'accord sur cette question lors de la conclusion du contrat. En principe, la clause pénale est licite, sauf dans trois cas :

en matière de dol : le législateur a voulu éviter que la fixation par les parties de dommages et intérêts dérisoires n'entraîne pour conséquence que le débiteur s'autorise à commettre un dol (y trouvant plus d'avantages qu'à l'exécution de l'obligation principale : c'est la condition suspensive d'inexécution de l'obligation principale qui est, dans ce cas, purement potestative et donc nulle en vertu des articles 1174 et 1175 du Code civil),

dans les matières où la loi réglemente la responsabilité d'un cocontractant ou interdit expressément les clauses pénales,

lorsque la clause pénale excède manifestement le montant que les parties pouvaient fixer pour réparer le dommage résultant de l'inexécution fautive de la convention ; dans cette hypothèse, le juge jouit d'une faculté de modération du montant repris dans la clause (art. 1231 C.c.) : c'est une exception au principe de la convention-loi.

4. Les limitations légales de responsabilité

En droit positif, la loi prévoit elle-même des dérogations au régime de droit commun de la responsabilité. Il s'agit, en l'espèce, de limitations de responsabilité, qui peuvent être de trois types :

la loi maintient le régime de droit commun de la culpa levis in abstracto, mais prévoit que la faute pourra être appréciée de manière plus clémente par le juge :

le mandat conclu à titre gratuit (art. 1992, al. 2, C.c.),

la gestion d'affaires à raison des circonstances (art. 1374, al. 2, C.c. ; il s'agit, dans ce cas, d'une limitation de responsabilité extra-contractuelle) ;

la loi limite la responsabilité au critère de la culpa levis in concreto : le dépôt ordinaire conclu à titre gratuit, et lorsque le dépositaire ne s'est pas proposé pour

la garde (art. 1927 et 1928 C.c.) ;

la loi limite la responsabilité à la faute lourde et au dol : le commodant n'est tenu que du dol et de la faute lourde en matière de vices cachés : il n'en répond que s'il les connaissait et ne les a pas signalés au commodataire (art. 1891 C.c.).

ii) L'inexécution fortuite (casu)

Pour échapper à la responsabilité contractuelle, le débiteur doit prouver que le dommage résulte, non de sa faute, mais d'un événement qui ne lui est pas imputable, d'une cause étrangère (à la faute). S'il y parvient, il pourra être exonéré de responsabilité (art. 1148 C.c.).

a) DÉFINITION DE LA CAUSE ÉTRANGÈRE

La cause étrangère, ou casus, est une cause d'exonération de responsabilité : tout obstacle justifiant l'inexécution de l'obligation par le débiteur, toute cause d'exonération qu'il peut invoquer (et parvient à établir : art. 1147 C.c.) pour échapper à la réparation du dommage qui lui incomberait normalement par la mise en cause de sa responsabilité contractuelle.

b) ESPÈCES DE CAUSE ÉTRANGÈRE

Diverses circonstances peuvent être constitutives de cause étrangère. Ainsi :

le cas fortuit (casus minor) est un événement dû au hasard, que l'on aurait pu éviter en prenant des précautions exceptionnelles, plus grandes que celles qu'aurait prises un bon père de famille : ainsi le vol ordinaire avec effraction ;

le cas de force majeure (casus maior) est un événement dû au hasard, que l'on n'aurait vraiment pas pu éviter, même en prenant des précautions exceptionnelles, supérieures à celle qu'aurait prises un bon père de famille : un cyclone, un glissement de terrain ;

le fait du créancier lui-même : le créancier détériore lui-même l'objet alors que celui-ci se trouve entre les mains du débiteur ;

le fait d'un tiers dont le débiteur ne doit pas répondre : le voleur casse un objet prêté dans la maison de la personne qu'il cambriole ;

le fait du Prince, i.e. le fait de l'État, de l'autorité : la réquisition de toutes les voitures pour le transport des troupes en temps de guerre ;

l'état de nécessité désigne la situation dans laquelle on se voit contraint de commettre un acte répréhensible, illicite, pour éviter un dommage plus grand : survient un accident de voitures ; pour sauver une personne qui se trouve à l'intérieur de l'un des véhicules, on se voit contraint de fracturer une portière bloquée.

c) CONDITIONS DE RECONNAISSANCE DE LA CAUSE ÉTRANGÈRE

Pour être acceptée comme telle, la cause étrangère doit réunir trois caractères :

elle doit être imprévisible : un fait prévisible ne peut être considéré comme un casus ;

elle doit être irrésistible : n'importe quel bon père de famille débiteur, dans des conditions semblables, n'aurait pas pu exécuter l'obligation considérée ; la cause étrangère doit donc présenter un caractère insurmontable ;

elle doit être exempte de toute faute de la part du débiteur (art. 1147 C.c.) : une faute, même légère, intervenant dans la chaîne des événements empêchera le débiteur d'exciper du casus.

d) LA THÉORIE DES RISQUES

Il y a application de la théorie des risques lorsqu'un dommage trouve sa source dans un casus. Cette théorie joue aussi bien en matière extra-contractuelle qu'en matière contractuelle :

1. En matière extra-contractuelle

Deux règles sont principalement applicables :

Casus a nullo praestatur, la cause étrangère n'est commise par personne : personne n'en répond. La victime du dommage en supporte en fin de compte les conséquences ;

Res perit domino, la chose périt pour le (son) propriétaire. Cette règle est employée surtout en matière de biens appropriés qui ne font pas l'objet d'un contrat.

2. En matière contractuelle

Deux règles s'appliquent spécifiquement au cas des choses dues et se rapportent donc aux dommages causés casu aux biens qui font l'objet d'un contrat, d'une obligation. Elles diffèrent selon que cet objet est une species ou un genus/des genera :

lorsqu'il s'agit d'une species, *Debitor certae rei interitu casu rei liberatur* : le débiteur d'une chose certaine est libéré par la perte survenue casu de cette chose. Les risques sont donc supportés par le créancier, en parfaite conformité avec la règle *Res perit domino* puisque le créancier se trouve être également le propriétaire. Ce principe de libération du débiteur connaît cependant quelques exceptions :

le débiteur ne sera pas libéré s'il est mis en demeure, soit de manière expresse, soit de plein droit. En effet, l'un des effets de la mise en demeure est le renversement de la charge des risques : les risques seront donc supportés par le débiteur qui est en retard fautif. Cette exception connaît elle-même une

exception : si le débiteur peut prouver que la species aurait également péri entre les mains du créancier, la charge des risques passe sur la tête du créancier et le débiteur est libéré de son obligation (ce dernier cas étant une exception à l'exception, on retombe sur la règle *Debitor certae rei...*) : l'incendie de tout un îlot bâti, le débiteur et le créancier y habitant tous les deux. Cette exception à l'exception du principe est également dotée d'une exception : si le débiteur est un voleur ou s'il a accepté la charge des risques par une clause du contrat. Les risques sont alors supportés par le débiteur (la règle *Debitor certae rei...* est à nouveau renversée),

les clauses contraires expresses, dont la teneur peut évidemment varier. Ainsi ne distingue-t-on généralement pas le *casus maior* du *casus minor*, mais les parties sont libres de s'accorder sur cette distinction et de prévoir e.g. que seul le *casus minor* serait à charge du débiteur ;

lorsque la loi met la charge de tous les risques, ou de certains risques seulement, sur la tête du débiteur : cette situation correspond à ce qu'en droit romain, on appelait la *custodia*, « la garde », i.e. la charge de certains cas fortuits (vol, détérioration, etc.). Ainsi :

le voleur a la charge de tous les risques dès qu'il a commis le vol,

l'hôtelier a, en principe, la charge des risques pour les effets du client qui se trouvent dans l'hôtel (art. 1952, al. 1er, C.c.),

l'accipiens de mauvaise foi, dans le quasi-contrat de paiement indu (art. 1379 in fine, C.c. ; l'accipiens est de mauvaise foi lorsqu'il sait qu'il reçoit, de la part du solvens, un paiement indu) ;

lorsqu'il s'agit de *genera*, *Genera non pereunt* : les choses de genre ne périssent pas. Les risques sont donc supportés par le débiteur, qui devra se procurer une quantité équivalente de *genera* de même nature, si ceux-ci ont péri entre ses mains. *Genera non pereunt* revient à *Res perit domino*, puisque le débiteur est devenu propriétaire des *genera*.

Avant la mise en demeure, le débiteur ne doit supporter que les dommages directs ; après la mise en demeure, il y a un renversement partiel de la charge des

risques : les dommages indirects passent également sur la tête du débiteur.

e) LES EFFETS DE LA THÉORIE DES RISQUES APPLIQUÉE AUX CONTRATS

En principe, le casus a un effet exonératoire de responsabilité, qui peut être soit :

suspensif de l'exécution de l'obligation qui, par ailleurs, subsiste ;

libératoire de l'exécution de l'obligation, qui disparaît, et provoque, par voie de conséquence, la dissolution du contrat.

À cet égard, il faut cependant distinguer les contrats unilatéraux des contrats synallagmatiques parfaits. Les contrats synallagmatiques imparfaits seront assimilés aux premiers ou aux seconds, selon qu'ils ont fait naître ou pas des obligations dans le chef du créancier initial.

Dans un contrat unilatéral, qui ne crée d'obligations que d'un seul côté, en cas d'inexécution par cette partie, ne se pose qu'une seule question : que peut faire le créancier vis-à-vis du débiteur qui n'exécute pas son obligation ?

Dans un contrat synallagmatique parfait, par contre, deux questions se posent en cas d'inexécution : que peut faire le créancier vis-à-vis du débiteur qui ne s'exécute pas ? Que devient l'obligation dont ce créancier, considéré en tant que débiteur cette fois, était tenu ?

1. Les contrats unilatéraux

Le casus entraîne une inexécution qui sera, selon les cas, temporaire ou définitive. Que peut faire le créancier face au débiteur qui n'exécute pas son obligation temporairement ou définitivement ?

inexécution fortuite temporaire

Quand un casus empêche temporairement le débiteur d'exécuter son obligation, il y aura simplement suspension de l'exécution du contrat (le temps pour le débiteur de trouver une quantité équivalente de genre de même nature, de s'arranger pour être en mesure d'exécuter l'obligation sur species, d'exécuter le

travail promis ou de respecter l'abstention), et par voie de conséquence, suspension du contrat.

inexécution fortuite définitive

En matière de species dues, on applique la règle Debitor certae rei interitu casu rei liberatur (art. 1245 C.c.), et il y aura, en principe, effet libératoire de l'exécution de l'obligation. Par voie de conséquence, le contrat disparaîtra : c'est l'une des causes de dissolution des contrats, qui porte le nom de risque contractuel

■

. En matière d'obligation de facere ou de non facere, la même solution sera adoptée : dissolution du contrat, risque contractuel.

En ce qui concerne les genera, l'inexécution définitive ne se conçoit pas, puisque, par définition, le débiteur doit toujours être en mesure de fournir une quantité équivalente de genera de même nature : genera non pereunt.

2. Les contrats synallagmatiques parfaits

inexécution fortuite temporaire

Le casus aura un effet suspensif tant de l'obligation du débiteur no 1 que de celle du débiteur no 2 : si l'un n'exécute pas temporairement casu, l'autre ne doit pas exécuter temporairement non plus. Si le débiteur de l'obligation no 1 réclame l'exécution de l'obligation no 2, le débiteur de l'obligation no 2 lui oppose l'exception de casus.

inexécution fortuite définitive

En cas d'inexécution fortuite définitive, outre l'effet exonératoire de responsabilité, le casus aura, en principe, un effet libératoire de l'exécution de l'obligation du débiteur no 1 et de celle du débiteur no 2. Par voie de conséquence, le contrat disparaîtra : c'est l'une des causes de dissolution du contrat, appelée risque contractuel.

Ce principe comporte cependant des exceptions : dans certaines circonstances, bien qu'il y ait inexécution fortuite définitive par le débiteur no 1, qu'il s'agisse d'un contrat synallagmatique parfait et que ce débiteur no 1 soit libéré, le

débiteur no 2 ne le sera pas. Ces exceptions supposent que le contrat en question remplisse quatre conditions :

le contrat doit être synallagmatique parfait ;

il doit avoir pour objet le transfert de propriété ;

ce transfert doit porter sur une species ;

l'exécution du contrat doit être différée dans le temps : elle doit être affectée d'un terme suspensif (qui ne peut évidemment porter sur le transfert de propriété, mais portera sur l'exécution matérielle, savoir la délivrance de la chose : « ...encore que la tradition n'en ait point été faite... » dit l'article 1138, al. 2, C.c.).

Pratiquement, trois contrats peuvent réunir ces conditions : la vente, l'échange et la donation avec charges. Lorsque les quatre conditions sont réunies, le transfert de propriété se réalise dès la formation du contrat et avant la délivrance, puisque nous nous trouvons dans un système consensualiste. L'acquéreur de la species devient, dès lors, titulaire du droit de propriété avant d'avoir reçu la délivrance de la species et, en même temps, titulaire de la charge des risques.

Si le vendeur, le copermutant no 1 ou le donateur avec charges n'exécute pas son obligationcasu, l'autre cocontractant devra exécuter la sienne malgré tout, puisque, dès la formation du contrat, l'acheteur, le copermutant no 2 et le donataire avec charges sont devenus propriétaires, partant également titulaires de la charge des risques.

Ces exceptions connaissent elles-mêmes des exceptions. Il existe, en effet, trois hypothèses où les deux parties seront libérées :

s'il y a, dans le contrat, clause contraire expresse en ce sens ;

s'il y a mise en demeure (du vendeur, du copermutant no 1 ou du donateur avec charges : art. 1138, al. 2 in fine, C.c.) ;

s'il s'agit d'un contrat sous condition suspensive : le second cocontractant ne sera pas libéré de son obligation lorsque les trois conditions suivantes sont réunies (art. 1182, al. 3, C.c.) :

si la condition suspensive se réalise ultérieurement,

s'il y a perte partielle de la chose pendente condicione,

si l'acheteur choisit de poursuivre le contrat, tout en sachant qu'il aura alors à payer le prix initialement prévu, le prix total sans ventilation.

Les exceptions apportées au risque contractuel, ainsi d'ailleurs que leurs propres exceptions, sont un héritage du droit romain, plus particulièrement de la matière de la vente romaine. Les Romains dissociaient le transfert des risques, qui se réalisait dès la conclusion du contrat, sur la tête du cocontractant, de celui du titre de propriété. À la conclusion du contrat, le transfert de la charge des risques se réalisait immédiatement, alors que le titre de propriété restait sur la tête du vendeur jusqu'à la tradition de la species : *Nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet* (Dig., 18, 6, 8 pr. : « en effet, le vente étant parfaite, les risques en incombent à l'acheteur ») ; *Emptoris periculum esse placet* (Dig., 18, 6, 13 : « il convient que le risque incombe à l'acheteur »).

En droit positif, le transfert de la charge des risques a lieu en même temps que celui du titre de propriété, donc en principe à la conclusion du contrat (art. 1138, C.c. ; art. 1583 pour la vente ; art. 1703 pour l'échange), mais la règle en matière de risques est restée identique.

Le casus a donc un effet exonératoire de responsabilité, selon les cas, suspensif ou libératoire de l'exécution de l'obligation. Cependant, dans les hypothèses suivantes, la cause étrangère ne peut produire ces effets, ou du moins l'un d'entre eux :

en ce qui concerne les choses fongibles, librement interchangeables : en vertu de l'adage *genera non pereunt*, il ne peut y avoir d'effet libératoire, mais il peut y avoir un effet suspensif, qui laisse du temps au débiteur pour trouver une quantité équivalente de *genera* de même nature ;

lorsqu'une clause contraire expresse prévoit la prise en charge de certains ou de tous les risques par le débiteur ;

lorsqu'il existe une dérogation légale mettant les risques à charge du débiteur (par exemple, l'accipiens de mauvaise foi : art. 1379, C.c.) ;

lorsqu'il y a mise en demeure, expresse ou de plein droit, du débiteur, sauf si

celui-ci peut prouver que la chose aurait également péri entre les mains du créancier (voir les développements consacrés à ce sujet supra).

Le contenu même du dommage peut varier considérablement, selon le point de vue et le moment du contrat considérés. Ainsi, en matière de bail d'immeuble :

– avant la mise à disposition du bien loué au locataire, le débiteur de la species est le bailleur : s'il y a perte casu de l'immeuble, s'applique la règle debitor certae rei interitu casu rei liberatur et les risques sont supportés par le créancier de l'immeuble, en l'espèce le locataire. Le locataire subit alors un dommage résultant de l'inexécution du contrat, mais sa perte se limite à peu de chose : la location projetée de l'immeuble n'aura pas lieu (par contre, la perte de l'immeuble est supportée par le bailleur, s'il est propriétaire : res perit domino) ;

– après la délivrance de l'immeuble au locataire, celui-ci en devient le débiteur : si la chose périt casu, s'applique également la règle debitor certae rei interitu casu rei liberatur et les risques sont aussi supportés par le créancier, en l'espèce le bailleur, qui perd son immeuble. Mais si la perte casu survient après la mise en demeure du locataire, ce dernier devra payer des dommages et intérêts équivalents à la valeur de l'immeuble.

G.La dissolution des contrats

La dissolution d'un contrat est son anéantissement accidentel et vise les modes indirects d'extinction des obligations, qui ne valent que pour les obligations contractuelles ; les modes directs d'extinction des obligations, au contraire, valent pour toutes les obligations, quelle que soit leur source. Neuf modes de dissolution des contrats peuvent être regroupés selon les effets qu'ils produisent :

les cinq modes de dissolution ex nunc sont dépourvus d'effets rétroactifs.

les quatre modes de dissolution ex tunc sont munis d'effets en principe rétroactifs ;

i) La dissolution ex nunc (à partir de maintenant) est dépourvue d'effet rétroactif : elle n'agit donc que pour le présent et pour l'avenir. Cinq modes de dissolution ex nunc :

a) la résiliation bilatérale (contrarius consensus ou mutuus dissensus) :

les parties contractantes défont de commun accord le contrat qu'elles avaient passé ensemble : un second contrat anéantit le premier, par application du principe de la convention-loi. Toutefois il convient de respecter la règle *omnia quae iure contrahuntur contrario iure pereunt*, tout ce qui a été fait par une voie juridique doit être défait par la voie juridique contraire : si un contrat consensuel peut être anéanti par un autre contrat consensuel qui lui serait postérieur, un contrat formel ne peut l'être que par un autre contrat formel ⁴. En principe, tous les contrats sont susceptibles de résiliation bilatérale.

b) la résiliation unilatérale :

l'une des parties met fin au contrat, par sa seule volonté. En vertu du premier corollaire du principe de la convention-loi, la résiliation unilatérale est, en principe, interdite. Mais ce corollaire admet des exceptions. Il ne peut, en droit positif, y avoir de résiliation unilatérale que lorsque la loi ou la coutume (les usages) l'autorise (u. supra).

c) la dissolution des contrats *intuitu personae*

Le décès de la partie dont les qualités personnelles ont été prises en compte pour la conclusion du contrat entraîne la dissolution du contrat, puisque, en principe, seule cette partie pouvait exécuter ses obligations. Dans certains cas, on assimile à la mort la faillite ou la déconfiture, par exemple en matière de mandat (art. 2003, C.c.).

d) le risque contractuel résulte de l'application particulière de la théorie des risques au domaine contractuel (contrat unilatéral ou contrat synallagmatique parfait).

e) la caducité

En droit positif, on appelle caducité la disparition d'un contrat par la perte, par définition postérieure à sa formation, d'un élément qui était essentiel à sa formation. Ainsi la disparition de la cause ou de l'objet, ou la survenance d'une cause d'incapacité, empêchera le contrat de subsister, rendra son exécution impossible (e.g. art. 1724, al. 3, C.c.).

ii) La dissolution *ex tunc* (à partir d'alors) avec effet rétroactif de principe, vaut pour le présent, l'avenir et le passé. Quatre modes de dissolution *ex tunc* :

a) la résolution

Il y a réalisation d'une condition résolutoire, qui peut être :

expresse : prévue dans le contrat.

tacite : prévue par la loi. Le type même en est le pacte comissoire, qui suppose un contrat synallagmatique parfait et une inexécution fautive définitive (art. 1184 C.c.).

b) la révocation

La révocation est un mode de dissolution propre aux donations. En principe, une donation est irrévocable mais, dans certaines circonstances, sa révocation est permise (art. 953 C.c.) :

lorsque la donation est affectée d'une charge, qu'il s'agit d'une *donatio sub*

modo, et que le donataire n'exécute pas la charge qui lui incombe, partiellement ou totalement, le donateur peut demander la révocation du contrat. La même logique sous-tend la révocation et la condition résolutoire tacite ;

pour toutes les donations, il peut y avoir révocation pour ingratitude du donataire. Cette ingratitude doit cependant se manifester clairement (art. 955, C.c.) :

en tentant d'attenter à la vie du donateur, même si le donataire échoue,

en refusant des aliments au donateur qui serait dans un état de besoin,

lorsqu'il y a, de la part du donataire et à l'égard du donateur, des sévices graves (mauvais traitements), des injures graves ou un délit ;

les donations faites entre époux sont révocables (art. 1096, C.c. ; méfiance à l'égard des abus d'influence ou d'autorité) quand bien même les époux auraient prévu le contraire. Cette défiance remonte à l'époque d'Auguste, lorsque se généralisent les mariages sine manu. Une telle donation n'était pas concevable lorsque l'épouse cum manu restait, comme telle, alieni iuris, son paterfamilias fût-il décédé : hormis sa dot et un héritage, elle ne pouvait acquérir de patrimoine propre. Si elle le peut dans le mariage sine manu, le législateur redoute les glissements de patrimoine d'une famille (patrilinéaire) à l'autre : aussi les donations entre époux sont-elles purement et simplement prohibées, en pratique donc annulables aussi longtemps que dure le mariage ;

lorsqu'il y a donation constitutive d'acte d'appauvrissement frauduleux, le créancier qui en souffrirait peut intenter l'action paulienne, qui n'aboutit pas à proprement parler à une révocation mais en tiendra lieu (art. 1167, C.c. ; u. infra) ;

l'article 953 du Code civil mentionnait encore, jusqu'à une loi du 10 décembre 2012, la révocation « pour survenance d'enfants » : c'était une inadvertance puisque les articles 960 à 966 anciens du Code civil qui la régissaient ont été abrogés par la loi du 31 mars 1987. Cette cause de révocation transposait la règle du Bas Empire (auparavant les donations faites par un patron à son ancien esclave affranchi étaient toujours révocables) en vertu de laquelle une donation faite à un affranchi par un citoyen sans enfant était révocable en cas de naissance ultérieure d'un premier enfant du donateur.

c) la rescision pour lésion

La lésion, lorsqu'elle est intrinsèque, est prise en considération par le droit objectif, dans certaines hypothèses étroitement définies.

L'une de ces hypothèses est la lésion énorme : il y a lésion énorme lorsque le vendeur d'un immeuble a été lésé, lors de la vente, de plus des 7/12es de la valeur réelle de l'immeuble. Le prix obtenu doit donc être inférieur aux 5/12es du juste prix. L'acheteur peut échapper à la rescision en offrant de payer un complément de prix pour faire disparaître le préjudice. Ce complément de prix sera la différence entre la valeur vénale normale de l'immeuble diminuée de 10 % et le prix d'achat qu'il avait payé (art. 1674 à 1685 C.c. ; cf. en matière de partage : art. 887 à 892 C.c.).

d) l'annulation (ou nullité)

■

Il y a nullité chaque fois que le contrat ne réunit pas ses éléments constitutifs essentiels de formation : ainsi le contrat était-il annulable, au regard du droit civil, en l'absence de consentement, ou, en droit prétorien, en cas de vice de consentement (dol, violence, erreur...). Il y a deux types de nullité en droit positif :

la nullité absolue sanctionne la violation d'une disposition d'ordre public ou les atteintes aux bonnes mœurs et présente trois caractéristiques :

elle ne permet pas la confirmation de l'acte nul, donc la renonciation par les cocontractants à invoquer sa nullité ; ;

toute personne justifiant d'un intérêt peut la demander ;

la nullité absolue doit être prononcée d'office par le juge ;

la nullité relative sanctionne la violation d'une règle impérative ou un vice autre touchant à la formation du contrat et présente aussi trois caractéristiques :

la confirmation, expresse ou tacite, de l'acte entaché d'une nullité relative est possible, à la double condition que son auteur connaisse le vice entachant l'acte et ne soit plus sous son emprise (art. 1304, al. 2, C.c.). La confirmation tacite doit évidemment être certaine ;

seules les personnes protégées par le droit objectif peuvent l'invoquer ;

la nullité relative ne peut être prononcée d'office par le juge.

Le principe de rétroactivité de la dissolution ex tunc suppose la remise des choses dans leur état initial, dans leur pristin état (comme si rien ne s'était passé). Ce principe souffre quelques exceptions :

– les contrats successifs : on ne pourrait restituer un usage, une garde, une attitude de bon père de famille. Les contrats successifs ne peuvent donc être dissous rétroactivement ;

– les fruits de la chose et les intérêts du prix : ni les uns ni les autres ne doivent être restitués (ils sont réputés se compenser) ;

– un incapable d'exercice ne doit restituer, de ce qui lui a été payé, que ce qui lui reste dans l'actif de son patrimoine (art. 1312 C.c. : l'incapable ne peut s'appauvrir) : en exécution d'un contrat, un incapable reçoit 1 000 sesterces et, sur le champ, en dépense 800 ; dans l'hypothèse de la dissolution ex tunc du contrat, il ne devra restituer que les 200 sesterces qui lui restent ;

– lorsqu'il y a application, en matière d'objet ou de cause illicite, des règles suivantes, propres à la matière contractuelle (Dig., 12, 5, 3) :

- *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, personne n'est entendu (en justice) s'il met en évidence sa propre turpitude, règle invoquée à titre d'exceptio en cas de demande tendant à la condamnation à l'exécution d'une obligation issue d'une convention affectée d'une cause illicite ou d'un objet illicite,

- *In pari causa turpitudinis*, à égale cause de turpitude,

- *cessat repetitio* : la répétition cesse, savoir n'a pas lieu,

- *possessor est potior* : le possesseur est le plus fort,

- *possessor est melior* : le possesseur est le meilleur.

La première règle refuse au demandeur toute répétition chaque fois qu'il y va de

sa propre turpitude, savoir de sa propre immoralité : le demandeur a payé une somme d'argent au défendeur pour qu'il vote pour lui (brigade électorale).

La seconde règle refuse la répétition (à titre d'exceptio dans une *condictio indebiti* ou action en répétition de l'indu) lorsque la turpitude, l'immoralité est partagée : une personne a payé un acompte à un tueur à gages, qui n'a pas exécuté le contrat passé.

Par conséquent, en vertu de ces deux adages, la répétition n'est possible que lorsque le contrat est immoral dans le chef du seul défendeur : le demandeur a payé une somme d'argent au défendeur pour que ce dernier ne commette pas un crime déterminé.

– en outre, en ce qui concerne la résolution, celle-ci ne porte pas atteinte aux actes d'administration. Ainsi, un bail conclu par l'acheteur avec un locataire de bonne foi, malgré la résolution ultérieure du contrat de vente, ne sera-t-il pas mis à néant.

La théorie des impenses s'applique lorsque la partie qui doit restituer la chose a procédé à des dépenses de conservation ou d'amélioration.

2.LES QUASI-CONTRATS

Il s'agit d'actes licites, générateurs d'obligations, qui ne résultent pas d'un accord de volontés préalable (v. art. 1371 C.c.). Les quasi-contrats sont en nombre limité : en droit positif, il en existe trois.

A. La gestion d'affaires (negotiorum gestio)

i) Notion et éléments constitutifs

Il y a gestion d'affaires lorsqu'une personne, appelée gérant, sans y être obligée, prend sciemment l'initiative de gérer les biens ou les intérêts d'une autre personne, appelée géré ou maître de l'affaire, sans être personnellement intéressée à la dette, avec l'intention de se faire rembourser et dans l'intérêt du géré (art. 1372, al. 1er, C.c.) :

« sans y être obligée » : cette précision permet d'écarter du champ d'application de la gestion d'affaires tous les cas où quelqu'un est obligé de gérer les biens ou les intérêts d'autrui, en vertu de la loi (père et mère, tuteur) ou d'un contrat (mandat) ;

« prend sciemment » : en pleine connaissance de cause, en sachant qu'elle s'occupe du bien d'autrui. Cette précision permet d'écarter de la gestion d'affaires le cas du possesseur de bonne foi qui, n'étant pas propriétaire mais croyant l'être, gérerait, sans le savoir, le bien d'autrui (entretien, réparation, ...). Au possesseur de bonne foi s'appliqueront d'autres théories (accession, impenses, etc.) ;

« l'initiative » : le gérant prend proprio motu l'initiative de gérer, à l'insu du géré ou, du moins, sans que le géré ne l'interdise. La gestion d'affaires se fait souvent à l'insu du maître de l'affaire. Si celui-ci l'apprend, il garde toujours la possibilité de s'y opposer, ce qui a pour effet, non pas d'annuler les actes accomplis antérieurement, mais bien d'interdire que soit posé tout acte futur ;

« gérer » : la gestion d'affaires peut consister aussi bien dans un acte matériel (s'occuper d'animaux abandonnés, soigner une personne blessée) que dans un acte juridique (contracter, payer une dette) ;

« sans être personnellement intéressée à la dette » : une caution ne gère pas les biens d'autrui car elle est intéressée à la dette, même si elle l'est subsidiairement, après le débiteur principal ;

« avec l'intention de se faire rembourser » : cette précision permet d'écarter

toutes les libéralités du champ d'application de la gestion d'affaires. Ainsi, le bon Samaritain de l'Évangile qui soigne un blessé et paie ses frais, dans une intention libérale, ne remplit-il pas les conditions de la gestion d'affaires ;

« dans l'intérêt du géré » : la gestion d'affaires poursuit l'objectif d'éviter au géré un préjudice : il faut donc que la gestion soit nécessaire. Elle ne peut être entreprise simplement dans l'intention de faire faire une bonne affaire au voisin. Cette précision explique également que l'idée sous-jacente du gérant ne peut être de se procurer un avantage personnel.

Exemples de gestion d'affaires :

quant à la personne physique d'autrui : un passant vient en aide à un accidenté de la route, le conduit à l'hôpital, avance des frais d'hôpital ;

quant à l'intérêt d'autrui : un parent, un voisin paie une dette en notre absence, afin de nous éviter, par exemple, une coupure d'électricité ou de gaz ;

quant aux biens d'autrui : l'intervention dans la sauvegarde d'un immeuble voisin, pour, en éviter la dégradation (toit arraché ou écroulé) ; les soins prodigués à un animal errant (nourriture, vétérinaire, médicaments).

ii) Effets de la gestion d'affaires

La gestion d'affaires crée immédiatement trois obligations dans le chef du gérant et crée normalement une ou des obligations à charge du géré :

a) création immédiate de trois obligations dans le chef du gérant

Le gérant doit :

1. gérer en bon père de famille

Le gérant doit gérer les biens ou les intérêts du maître de l'affaire en bon père de famille (art. 1374, al. 1er, C.c.) et est donc tenu de la culpa levis in abstracto. Mais, selon les circonstances de la prise en charge de la gestion, le juge peut apprécier sa responsabilité de manière plus clémentine (art. 1374, al. 2, C.c.).

2. continuer la gestion entreprise (art. 1373 C.c.)

Le gérant ne peut abandonner avant la fin de la gestion ; il doit la continuer jusqu'à la reprise en main de la situation par le géré, voire par ses héritiers en cas de décès du géré.

3. rendre des comptes

Le gérant doit rendre des comptes de sa gestion, établir les dépenses et la manière dont il les a faites, par exemple en fournissant des factures (art. 1372, al. 2, C.c.). Cette reddition de comptes servira de fondement à l'évaluation de l'indemnisation qui lui sera due par le géré.

b) création normale d'obligation(s) dans le chef du géré

1re hypothèse : le maître de l'affaire apparaît et ratifie la gestion, l'ensemble des opérations faites par le gérant. La gestion d'affaires est rétroactivement assimilée à un mandat par application de la règle *ratihabitio mandato aequiparatur*, « la ratification équivaut au mandat ». Les effets des actes du gérant passent sur la

tête du géré, qui se voit obligé de remplir toutes les obligations contractées par le gérant et de lui rembourser tous les frais qu'il a engagés (art. 1375 C.c.).

2de hypothèse : le géré apparaît, mais ne ratifie pas la gestion, ne reprend pas à son compte les obligations contractées. Le gérant peut alors citer le géré en justice en vue de le faire condamner à lui rembourser tous les frais nécessaires, savoir les impenses nécessaires, ainsi que, s'il échet, certaines impenses utiles. À l'égard des tiers, le géré ne sera tenu que dans l'hypothèse où le gérant serait intervenu alieno nomine, en indiquant aux tiers qu'il contractait pour le compte et au nom d'autrui, et pour autant que les conditions de la gestion d'affaires soient réunies. Dès lors, lorsqu'il n'y a pas ratification par le maître de l'affaire, le tiers est privé de tout recours à l'égard de ce dernier si le gérant est intervenu non alieno nomine, pas au nom d'autrui, donc en son nom personnel, ou s'il est intervenu alieno nomine mais les conditions de la gestion d'affaires ne sont pas réunies (e.g. s'il est intervenu sans nécessité). Comme, dans cette hypothèse, le tiers savait que le gérant n'intervenait pas pour son propre compte, il ne disposera pas non plus d'action contre le gérant, et, concrètement, sera donc privé de tout recours.

B. Le paiement indu ou paiement de l'indu (solutio indebiti)

i) Notion et éléments constitutifs

Une personne appelée soluens (littéralement : le « payant ») paie par erreur à une autre personne, appelée l'accipiens (littéralement : le « recevant »), une dette qu'elle n'a pas, et à la condition que l'accipiens n'ait pas détruit son titre (art. 1377 C.c.) :

le soluens paie : il s'agit du paiement au sens juridique, i.e. l'exécution volontaire de n'importe quelle obligation ;

par erreur : si le paiement est fait sciemment, c'est soit pour gratifier quelqu'un (libéralité), soit pour gérer les affaires d'autrui ; au contraire, le paiement indu suppose une erreur de la part du solvens. Si l'erreur existe, par définition, dans l'hypothèse de chaque paiement indu, elle ne devra pas nécessairement être prouvée : elle ne devra l'être que si un doute est possible quant au caractère indu du paiement. Ainsi lorsque le paiement est fait par un tiers, puisque, de façon générale, le droit positif autorise ce paiement ;

une dette que le soluens n'a pas : l'inexistence de la dette peut être soit objective, soit subjective.

inexistence objective : absence totale de dette. Trois hypothèses :

la dette n'existe pas avec certitude au moment où le soluens paie, mais elle existera peut-être un jour : ainsi un contrat sous condition suspensive, aussi longtemps que la condition est pendante,

la dette n'a jamais existé et n'existera jamais : ainsi lorsque le titre qui établit la dette est un faux,

la dette a existé mais n'existe plus : une mensualité de trop, dans une vente à crédit ; on paie en ignorant qu'il y a eu remise de dette ;

inexistence subjective : la dette existe bel et bien, mais sur la tête d'un autre ou au profit d'un autre.

dette inexistante du côté de l'accipiens : la dette existe, mais le paiement aboutit chez un autre que le créancier : erreur de mention de numéro de compte lors d'un virement bancaire,

dette inexistante du côté du soluens : la dette existe, mais le véritable débiteur n'est pas celui qui la paie : on se croit héritier d'une personne et, en conséquence, paie les dettes de sa succession ; or, par la suite, un testament rédigé au profit d'autrui est révélé et il s'avère ainsi que l'on n'était pas le débiteur. Rappelons néanmoins qu'il n'y a pas de paiement indu si l'on paie une dette prescrite ;

à la condition que l'accipiens n'ait pas détruit son titre (art. 1377, al. 2, C.c.) : en principe, le soluens peut agir en répétition de l'indu (et l'accipiens devra rembourser). Toutefois, il y a exception à ce principe lorsque l'accipiens, suite au paiement, convaincu que sa créance est désormais éteinte, a détruit son titre, laissé son action se prescrire ou libéré les garanties dont il disposait à l'égard du véritable débiteur (si l'accipiens devait effectuer un remboursement dans de telles conditions, il deviendrait la victime de l'erreur commise par le soluens). Cette dernière condition d'existence du paiement indu a été rajoutée par le droit positif.

ii) Effets du paiement indu

Le paiement indu crée, dans le chef de l'accipiens, l'obligation de restituer le paiement au soluens, de préférence en nature, et si c'est impossible, par équivalent. Il convient cependant, en droit positif, de distinguer la situation de l'accipiens de bonne foi de celle de l'accipiens de mauvaise foi :

1re hypothèse

■

: l'accipiens est de bonne foi : la présomption de bonne foi, non irréfragable, joue en cette matière également (au soluens de prouver que l'accipiens est de mauvaise foi). L'accipiens de bonne foi ne peut être pénalisé ; dès lors, il devra restituer de la manière suivante :

s'il a reçu une somme d'argent, il devra la restituer sans intérêts, même s'il l'a fait fructifier,

si le paiement indu a porté sur une chose frugifère, il n'y aura pas de restitution des fruits, du moins tant que l'accipiens n'a pas été mis en demeure, car, dès ce moment-là, il voit sa bonne foi ébranlée,

si le paiement indu a porté sur une chose que l'accipiens a revendue, celui-ci ne devra restituer que le prix obtenu lors de la vente, quand bien même le juste prix n'aurait pas été atteint (art. 1380 C.c.),

si le paiement a porté sur une species qui, depuis, a péri casu, l'accipiens ne devra rien restituer. Par contre, si l'accipiens avait été mis en demeure, il y aurait eu renversement de la charge des risques et, si la chose avait péri casu, l'accipiens aurait dû rembourser sous forme de dommages et intérêts compensatoires au soluens ;

2de hypothèse

■

: l'accipiens est de mauvaise foi ; cette hypothèse suppose que l'adversaire soit parvenu à établir la mauvaise foi de l'accipiens. Celui-ci est alors traité avec une grande sévérité. Il devra restituer de la manière suivante :

s'il s'agit d'une somme d'argent, l'accipiens devra la restituer avec les intérêts (art. 1378 C.c.),

si la chose est frugifère, il doit la restituer avec les fruits qu'elle a produits (ibid.),

s'il l'a vendue, il doit rembourser le prix obtenu, et, s'il l'a mal vendue, il doit compléter jusqu'au prix normal de la chose (« sa valeur » : art. 1379 C.c.), prix évalué par un expert,

si la chose est une species, qu'elle ait péri casu ou par sa faute, l'accipiens devra rembourser sa contre-valeur sous forme de dommages et intérêts compensatoires.

Le paiement indu crée aussi, dans le chef du soluens, une obligation de rembourser les impenses faites sur la chose par l'accipiens, que celui-ci soit de bonne ou de mauvaise foi (art. 1381 C.c.).

En droit romain, le paiement indu suppose nécessairement un accipiens de bonne foi : celui qui reçoit sciemment le paiement d'une dette inexistante commet un vol et peut donc être poursuivi par le biais d'une *condictio furtiva*, non par celui d'une *condictio indebiti*.

C.L'enrichissement sans cause

Ce quasi-contrat se fonde sur l'adage *Nemini licet cum alterius detrimento et iniuria locupletiolem fieri*, personne ne peut s'enrichir au détriment d'autrui (littéralement : « avec préjudice et injustice aux dépens d'autrui »).

i) Notion et éléments constitutifs

Il y a enrichissement d'un patrimoine, corrélativement à l'appauvrissement d'un autre, et ce sans cause :

enrichissement et appauvrissement corrélatifs : il y a déjà enrichissement lorsqu'une personne évite une dépense, grâce aux frais avancés par une autre (ainsi l'éducation d'un enfant par un parent autre que ses père et mère, alors que ceux-ci sont encore en vie). A fortiori cette condition est-elle réalisée lorsqu'il y a un réel accroissement d'un patrimoine au détriment d'un autre ;

sans cause : aucune justification à ce glissement de valeurs ne peut être trouvée :

ni dans la loi. Ainsi a une cause légale :

la prescription acquisitive, qui fait acquérir un droit à une personne qui n'en était pas titulaire jusque-là, et par voie de conséquence, le fait perdre à une autre qui l'avait,

l'accession s.s. naturelle (alluvion, avulsion...) : un fonds de terre s'enrichit et un autre s'appauvrit,

l'acquisition des fruits et des produits aménagés en fruits par un autre que le propriétaire de la chose principale,

ni dans un contrat. Ainsi a une cause conventionnelle :

un contrat de bail contenant une clause (dérogatoire au régime supplétif) prévoyant que toute amélioration sera acquise, en fin de bail, au bailleur, sans indemnité pour le locataire ;

un contrat de vente contre un prix intéressant ;

ni dans la volonté de celui qui s'appauvrit. Ainsi y a-t-il une cause dans la volonté même de celui qui s'appauvrit :

lorsqu'on accomplit quelque chose dans notre propre intérêt et que, par voie de conséquence, cela profite à autrui : ainsi abattre des arbres sur son terrain pour combattre l'humidité et gagner de la lumière, ce qui, par voie de conséquence, combat l'humidité chez le voisin, et lui permet également d'avoir plus de clarté,

lorsqu'on accomplit une activité dans un but spéculatif, qui n'est pas atteint : donner des conseils juridiques à des voisins, dans le but qu'une fois diplômé, on soit choisi par eux comme avocat ; or, les voisins prennent un autre avocat ;

ni dans la faute de celui qui s'appauvrit : ainsi y a-t-il une cause dans la faute de celui qui s'appauvrit lorsque l'appauvri laisse un délai de prescription s'écouler sans agir.

Exemples d'enrichissement sans cause :

une personne, non tenue à une obligation alimentaire, héberge le créancier d'une obligation alimentaire, sans intention libérale ; il s'appauvrit sans cause et procure un enrichissement au(x) débiteur(s) alimentaire(s), qui pourra(ont) dès lors se voir assigner sur la base de l'enrichissement sans cause ;

en matière de contribution à la dette, le recours des codébiteurs solidaires entre eux peut être fondé sur l'enrichissement sans cause.

ii) Effets de l'enrichissement sans cause

En droit romain, le principe *Suum cuique tribuere*, « rendre à chacun ce qui lui appartient », paraissait à ce point fondamental que les Romains ont multiplié les moyens de le faire respecter. C'est ainsi que, sans parler de la *condictio indebiti* qui tentait de le satisfaire en matière de paiement indu, ils ont multiplié les actions – *condictiones* – en matière d'enrichissement injuste. Peut-être est-ce, d'ailleurs, en cette matière que le *ius civile*, le droit civil, a pour la première fois admis qu'une obligation non délictuelle ait pu se former sans le respect de formalités. La théorie de la *condictio*, empêchant l'enrichissement injustifié d'une personne au détriment d'une autre, présente un intérêt capital pour l'histoire du droit romain. En effet, elle apparaît comme une réaction contre le système antérieur qui ne connaissait que les actes abstraits : dorénavant, la recherche du motif de l'acte sert à apprécier la valeur juridique de celui-ci. Suivant un processus fréquent en histoire du droit, le principe a reçu des applications particulières avant de recevoir une portée générale – *condictio sine causa* – mais, de façon générale, le droit romain n'admettait la *condictio* qu'à défaut d'un autre moyen d'empêcher l'enrichissement sans cause.

Dès qu'il y a réellement enrichissement sans cause, se crée une obligation de restitution dans le chef de celui qui s'est enrichi. Cette obligation est sanctionnée par une action appelée en droit positif *actio de in rem verso*, « de ce qui a été versé dans le patrimoine ». Si l'enrichissement et l'appauvrissement sont équivalents, il y aura restitution du montant de l'enrichissement à l'appauvri. Si l'enrichissement et l'appauvrissement ne sont pas équivalents, il n'y aura restitution que du plus faible des deux montants.

En la matière, il n'y a pas à la distinction entre bonne et mauvaise foi et, comme en droit romain, le domaine de l'enrichissement sans cause est un domaine subsidiaire : on ne peut donc y recourir qu'à défaut d'un autre recours ou d'une autre théorie.

3.LES QUASI-DÉLITS

A. Notion

En droit positif, un quasi-délit correspond à la source d'obligation visée à l'article 1382 du Code civil : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui, par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. » Ce fait juridique, à la différence d'un acte juridique, n'est, par définition, pas intentionnel, mais peut être volontaire ou involontaire : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence » (art. 1383 C.c.).

Le second de ces deux articles souligne la portée de la notion de responsabilité extra-contractuelle : l'élément essentiel n'est pas le fait à l'origine de la responsabilité, mais bien l'obligation de réparer un dommage causé à autrui. Aussi, en présence d'un dommage à la personne et/ou aux biens, deux questions se posent-elles successivement : 1) le dommage trouve-t-il sa cause dans une situation propre à la victime ou est-il imputable à la situation d'un tiers ? Dans la première hypothèse s'applique la théorie des risques, en vertu de laquelle la victime supporte elle-même son dommage, sauf, en droit positif, à avoir pris la précaution de conclure un contrat d'assurance ; dans la seconde, se pose la question propre à la responsabilité : 2) à quel tiers faut-il imputer la cause du dommage et, selon la réponse, à quel(s) tiers l'obligation de le réparer incombe-t-elle ? Ce tiers responsable est identifié en droit positif comme l'auteur personnel du fait (art. 1382 et 1383 C.c.), ou le responsable civil de l'auteur personnel du fait (art. 1384, al. 2 à 4, C.c.), ou le propriétaire d'un bien à l'origine du dommage (art. 1384, al. 1er, et art. 1386 C.c.), ou le gardien d'un animal (art. 1385 C.c.), ou encore la personne que des lois particulières de droit positif rendent objectivement responsable en vertu des risques que leur activité crée (automobilistes à l'égard des usagers faibles, employeur en matière d'accidents du travail ou sur le chemin du travail, transporteurs aériens, exploitants de centrales nucléaires, etc.).

La commission d'un quasi-délit engendre une responsabilité extra-contractuelle appelée actuellement quasi délictuelle ou encore aquilienne : c'est la seconde forme de responsabilité civile, à côté de la responsabilité contractuelle.

En droit romain, le principe de la responsabilité civile extra-contractuelle n'a jamais été formulé en une règle générale et abstraite comparable à l'article 1382 du Code civil. Aussi, à s'en tenir à la terminologie actuelle, la notion de quasi-délit y apparaît-elle imprécise et beaucoup plus restreinte qu'en droit positif. Les Institutes de Justinien (4, 5) en rapportent quatre cas :

1) faire le procès sien – *litem suam facere* – pour un juge (rendre une mauvaise sentence ou manquer à son devoir de la rendre) ; rappelons que, avant que la procédure dite « extraordinaire » (i.e. hors de l'*ordo iudiciorum privatorum*) ne se généralise à partir du Bas Empire, le juge est un simple citoyen – un « juré » dirions-nous aujourd'hui – qui a le devoir civique de trancher le litige qui lui a été déferé par les parties après que le préteur a délivré la formule qualifiant le litige en termes juridiques. À l'instar d'un juré actuel (qui, en Belgique, ne se rencontre plus qu'en Cour d'assises ; la situation est toutefois très différente aux États-Unis), le juge romain ne doit faire preuve d'aucune formation et/ou expertise juridique particulière : en la matière, il est placé sur le même pied que les parties litigantes. Simplement le préteur – qui, lui, est un magistrat investi de la parcelle de puissance publique consistant dans l'administration de la justice – lui a « mâché la besogne » en entendant au préalable les déclarations et prétentions contradictoires des parties, pour les exprimer en termes juridiques adéquats et les réduire à la ou aux seules questions que le juge doit trancher après avoir écouté à son tour les parties. Ainsi le juge ne pourrait-il se voir imputer à faute une méconnaissance du droit comme telle – il ne doit rendre sa sentence qu'en bon père de famille ou bon citoyen – mais pourrait-il se voir reprocher une faute lourde (assimilée au dol), voire un dol, consistant dans l'abstention pure et simple de présider les débats ou de rendre sa sentence (déné de justice), ou encore en faisant preuve d'une incompétence excessive, voire d'une partialité plus ou moins flagrante (qu'il y ait eu ou non corruption) : c'est en ce sens seulement qu'il « ferait le procès sien ». Le recours contre un tel juge ouvert à la partie injustement déboutée ou condamnée ne consiste toutefois nullement en une voie d'appel : le jugement rendu reste acquis à la partie qui l'a obtenu, mais la partie déboutée ou condamnée de manière ainsi illicite peut obtenir contre le juge fautif des dommages-intérêts fixés en équité par un second juge présidant le nouveau procès, noué cette fois entre le premier juge et la partie à qui il a causé un préjudice illicite. Les dommages-intérêts s'élèvent au maximum (e.g. en cas de corruption) à la valeur pécuniaire du litige initial.

2) placer sur l'entablement ou l'avant-toit d'une maison un objet dont la chute sur la voie publique est susceptible de causer un dommage. L'action de *positis et*

suspensis, préventive d'un dommage, est accordée à quiconque veut l'intenter – elle est dès lors dite populaire – et intentée contre le propriétaire et/ou l'habitant ; la peine fixe s'élève à dix mille sesterces.

3) jeter ou verser de son habitation une chose qui blesse ou tue un passant, ou endommage un bien (objet, animal ou esclave). L'action de effusis et deiectis, pénale et indemnitaire, est accordée au propriétaire du bien endommagé, ou au passant blessé, ou à quiconque lorsqu'un passant a été tué (elle est alors également populaire) et est intentée contre le ou les habitants (mais non contre le propriétaire comme tel) de la maison ou de l'appartement d'où l'objet contondant a été jeté ; s'il y a plusieurs habitants, ils sont condamnés solidairement mais conservent un recours contre l'individu qui a commis matériellement le fait (lex Aquilia : u. infra). La peine/indemnité (nb : ces deux notions ne sont pas clairement distinctes dans les délits privés et quasi-délits romains) est soit du double du dommage causé à un bien, soit évaluée en équité (in aequum et bonum : dans les procédures actuelles, on recourt plutôt à l'expression ex aequo et bono) par le juge pour un passant blessé, soit de cinquante mille sesterces pour un passant tué.

4) répondre du dommage causé par un vol ou par un délit de damnum iniuria datum (« dommage par atteinte illicite » : u. infra) commis par des gens au service d'un batelier, d'un hôtelier ou de l'exploitant d'un relais d'écurie : ces derniers sont ainsi responsables des dommages causés par leurs préposés à leurs clients, la peine/indemnité s'élevant au double du préjudice subi. Si le dommage a été causé par un tiers, c'est cependant en vertu de son obligation contractuelle de custodia ou garde des objets nécessairement déposés que le batelier ou l'hôtelier ou le maître d'écurie sera tenu d'indemniser son client, sauf à prouver le cas de force majeure (e.g. vol avec violence...). Le quasi-délit signifie donc en l'espèce une extension de la responsabilité contractuelle : le délit commis par un préposé ne constitue pas une cause d'exonération de la responsabilité contractuelle du batelier, de l'hôtelier ou du maître d'écurie. Le client lésé peut évidemment intenter une action contre l'auteur du délit mais, si ce dernier est en fuite ou ne peut être identifié, il est beaucoup plus aisé de mettre en cause la responsabilité contractuelle ou quasi délictuelle du cocontractant du client...

Ces quatre quasi-délits romains appellent les observations suivantes :

ils engendrent des obligations nées quasi ex delicto, donc « comme si » elles étaient issues d'un délit ou fait volontairement dommageable, selon la symétrie

déjà rencontrée entre les obligations contractuelles (ex contractu) et quasi-contractuelles (quasi ex contractu) ;

c'est en vertu d'un semblable souci de symétrie formelle que les Institutes de Justinien en énumèrent quatre, mis ainsi en regard des quatre principaux délits privés de droit civil (u. infra) exposés dans les Institutes de Gaius ;

les hypothèses 2 à 4 font prévaloir la responsabilité proprement dite (i.e. l'obligation de prévenir ou de réparer un dommage) sur la notion de faute : partant du constat que celle-ci ne consiste pas en un fait volontairement dommageable mais en une imprudence illicite (e.g. le choix inadéquat des préposés de l'hôtelier), l'objectif est avant tout de désigner le débiteur de l'obligation de réparer le dommage, en instaurant une responsabilité objective (hypothèse 2) ou, le cas échéant, pour autrui (hypothèses 3 et 4) ;

à défaut de dénominateur commun expressément indiqué dans les sources romaines, il apparaît cependant que la réglementation de ces quatre quasi-délits a pu être animée par le souci de pallier une carence du droit des délits – le droit romain ne connaissait pas de délit par omission, mais seulement des délits par commission – en prescrivant, dans deux domaines d'intérêt général, un supplément de civisme et de diligence qui dépasse la seule prohibition des comportements volontairement dommageables : ainsi importait-il de sanctionner, le cas échéant, l'omission de précautions suffisantes pour que justice soit rendue correctement dans les litiges entre citoyens, ou pour que la liberté individuelle soit assortie d'une sécurité élémentaire de déplacement, en ville ou en voyage... ;

la réglementation des quasi-délits 2 et 3 nous paraîtrait revêtir une proportion démesurée si l'on n'évoquait à leur propos l'urbanisme romain. À l'échelle du monde antique, Rome était une mégapole : au cours du Haut Empire, sa population peut être raisonnablement estimée à 1 200 000 personnes (soit environ 1 % de la population totale de l'empire). Or aucune ville antique n'avait été planifiée pour accueillir une telle densité de population et n'a pu être aménagée pour y faire face : ainsi Rome a-t-elle progressivement été bâtie en hauteur (il y avait beaucoup plus d'insulae ou immeubles de rapport à cinq ou six étages, composés d'appartements ou cenacula, que de domus ou maisons unifamiliales) à défaut de pouvoir être encore étendue en superficie. Mais les rues et autres voies de communication n'avaient pas été tracées en proportion de cette urbanisation en hauteur : « Incapables d'agrandir leur territoire au rythme

de leur augmentation numérique, les Romains durent se résigner, sur un terrain qui leur était strictement compté par la stagnation de leurs techniques, à rattraper l'espace perdu par des moyens qui n'étaient que des expédients contradictoires : la petitesse des rues et la hauteur des maisons. » (J. Carcopino, *La vie quotidienne à Rome à l'apogée de l'empire*, éd. 1947, pp. 37-38). Ainsi comprend-on mieux le souci de protéger les piétons parcourant « les lacets d'étroites et sombres venelles » évoqués par l'historien cité... et, les mêmes causes produisant les mêmes effets, la sélection de ces deux quasi-délits dans le *Corpus iuris ciuilis* : même si l'empereur Constantin a pu beaucoup mieux planifier Constantinople, cette dernière est aussi devenue une mégalopole à l'échelle de la fin de l'antiquité et du moyen-âge européen (environ 400 000 habitants sous Justinien, puis, après de grandes fluctuations, à nouveau au XIII^e siècle, ce qui a fort impressionné les Croisés ne connaissant que les gros bourgs qui tenaient lieu de villes dans le reste de l'Europe médiévale).

La qualification d'aquilienne encore attribuée actuellement à la responsabilité quasi délictuelle, si elle déborde largement le champ d'application des quasi-délits romains, se réfère cependant à son origine en droit romain : en 286 avant notre ère, une loi Aquilia (à l'origine un plébiscite voté sur proposition d'un tribun de la plèbe nommé Aquilius, qui a acquis la portée d'une loi, en raison de l'adoption, en 286 a.C., de la *lex Hortensia* qui a étendu à tous les citoyens – donc en ce compris les patriciens – la force obligatoire des plébiscites adoptés par les seules assemblées de plébéiens) obligea celui qui, par sa faute, avait causé un dommage au bien d'autrui à le réparer par une compensation en argent.

En vue sans doute de réprimer des voies de fait commises par des patriciens au préjudice de plébéiens, la *lex Aquilia* a érigé en délit civil ou de droit privé le *damnum iniuria datum* ou dommage illicite infligé aux biens d'autrui dans trois cas :

1) le fait de tuer un esclave ou un animal vivant habituellement en troupeau (*res Mancipi* ou *nec Mancipi*) : le responsable doit payer la plus haute valeur que la chose a pu avoir au cours de l'année ayant précédé le délit. La différence entre la valeur de la chose au jour du délit et son éventuelle valeur plus élevée au cours de l'année antérieure constitue la pénalité proprement dite, en ce qu'elle excède l'indemnisation ou réparation du seul dommage actuel. Comme pour les deux cas suivants, l'aspect pénal est accentué lorsque le responsable nie, à tort, sa responsabilité devant le préteur (*in iure*) mais est finalement condamné par le juge (*apud iudicem*) : l'indemnité est alors portée au double.

2)un créancier accessoire (adstipulator) remet la dette du débiteur au détriment du créancier principal, par voie d'acceptilatio : par inadvertance ou, plus probablement, en conservant le paiement dont il devrait rendre compte au créancier principal ? Quoi qu'il en soit, il manque à la fides, à la parole donnée à ce dernier, qui perd tout recours contre le débiteur initial et doit dès lors exiger le paiement de la part de l'adstipulator : si ce dernier nie de façon téméraire, il est condamné au double.

3)le fait de blesser un esclave ou un animal vivant habituellement en troupeau, ou de détruire tout autre bien corporel appartenant à autrui : l'indemnité s'élève à la valeur la plus élevée atteinte par la chose au cours du mois ayant précédé le délit.

Le deuxième cas, expressément abrogé par Justinien dès lors qu'il a ultérieurement ressorti à la seule responsabilité contractuelle, ne présente qu'un lien fort ténu avec les deux autres : il est néanmoins cité ici comme exemple de lex per saturam ou loi votée en bloc, à l'instar de nos lois-programmes votées au moins deux fois l'an (avant les vacances parlementaires et avant le 1er janvier) et qui comportent un nombre sans cesse croissant de dispositions relevant des matières les plus diverses, n'ayant d'autre lien entre elles que d'être censées concourir à la mise en œuvre d'une déclaration de politique générale du Gouvernement. A Rome, ce procédé législatif avait disparu au Ier siècle a.C. ...

Ainsi la lex Aquilia n'établissait-elle pas véritablement un principe général, mais procédait plutôt par solutions d'espèces déterminées, sur la base toutefois de trois critères abstraits qui permettront une extension de son champ d'application :

1)il faut un dommage (damnum

■

) causé à un corpus et non seulement à son propriétaire (l'esclave ou l'animal simplement libérés par un tiers ne subissent pas de dommage, mais bien leur propriétaire...) ; le mot ruptum (rompu, brisé) sera considéré en droit classique et notamment par Gaius comme synonyme de corruptum ou détérioré, ce qui étendra considérablement le champ des dommages pris en considération.

2)ce dommage est provoqué par iniuria

■

ou atteinte illicite, donc contraire au droit : jusqu'à l'apparition tardive et limitée de la notion d'abus de droit en droit romain, il reste bien entendu que celui qui exerce son droit ne peut être censé infliger à quiconque un dommage qu'il serait tenu de réparer. Cela étant, l'*iniuria* sera rapidement assimilée à la *culpa* ou faute (donc même dépourvue de toute intention de nuire), et même étendue à la *culpa leuissima* ou faute la plus légère : ainsi l'auteur du dommage ne sera-t-il exonéré qu'en cas de légitime défense (*vim vi repellere licet* : il est permis de s'opposer à la force par la force), de cas fortuit ou de force majeure, de consentement de la victime (*uolenti non fit iniuria* : il n'y a pas d'atteinte illicite pour celui qui consent) ou d'incapacité de l'auteur : cette dernière correspond à la notion de capacité aquilienne

■

ou discernement du bien et du mal, aptitude dont sont dépourvus l'aliéné et l'enfant de moins de sept ans (dont la maladresse n'engage donc pas la responsabilité du *paterfamilias*).

3) le dommage affecte (*datum*

■

) le bien, selon un lien de causalité qui a évolué comme suit : il fallait un acte matériel (commission, mais non simple omission) de l'auteur du dommage, qui devait avoir été occasionné *corpori et corpore*, i.e. « au corps et par le corps », donc à la chose par contact avec l'agent du dommage. Le préteur a ensuite admis la demande de réparation d'un dommage provoqué *corpori nec corpore* : à la chose mais sans contact matériel avec l'agent, par exemple lorsque des animaux effarouchés (nb : le mot « épave » provient de l'adjectif *expavidus* qui qualifie notamment l'animal qui s'égare, affolé par la peur) se précipitent dans un ravin ; puis la réparation d'un dommage provoqué *nec corpori nec corpore* : par exemple lorsqu'un bateau, dont les amarres ont été détachées, dérive et se perd au large.

Cette loi fut donc le point de départ d'une responsabilité sans cesse étendue et elle présente cet intérêt de substituer à des peines fixes édictées antérieurement (dans des délits visés notamment par la Loi des XII Tables) la réparation pécuniaire du dommage causé. Alors qu'était seul visé à l'origine le dommage causé à des biens, le préteur étendra l'accueil de l'action fondée sur la *lex Aquilia* à toute atteinte involontaire mais illicite à l'intégrité physique d'une personne libre, en raison de toute forme d'imprudence, de négligence, voire

d'impéritie de l'auteur du dommage. Les atteintes volontaires à la personne resteront cependant qualifiées et réprimées par les crimes ou délits publics visant l'homicide ou l'incendie volontaire, ou par les délits privés spécifiques visant les coups et blessures volontaires (iniuria proprement dite) ou les atteintes volontaires aux biens d'autrui avec but de lucre (furtum ou vol, rapina ou vol commis à main armée et/ou en bande, donc avec menaces et/ou violences).

En droit positif, la responsabilité civile se distingue de la responsabilité pénale, notamment en ce que l'objet de la responsabilité civile est de réparer un dommage, alors que l'objet de la responsabilité pénale est de sanctionner, par le prononcé d'une peine, une attitude que la loi considère comme illégitime. La responsabilité civile protège donc les victimes, alors que la responsabilité pénale est censée protéger la société.

La responsabilité contractuelle – qui ne se conçoit que dans le cadre d'un contrat – suppose l'inexécution fautive d'une obligation contractuelle, alors que la responsabilité extra-contractuelle, qui peut se concevoir dans le cadre d'un contrat – dans ce cas, le dommage doit être distinct du dommage purement contractuel – ou hors contrat, suppose l'inexécution fautive d'une obligation générale de prudence.

Schématisons les grandes différences qui existent entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité extra-contractuelle :

Responsabilité contractuelle	Responsabilité extra-contractuelle
• elle suppose nécessairement l'existence d'un contrat	• elle suppose nécessairement l'existence d'un dommage
• elle suppose nécessairement l'existence d'une faute	• en principe, le critère de la faute est écarté
• le débiteur ne doit réparer que les dommages prévisibles, sauf en cas de faute inexcusable	• elle suppose la capacité d'exercice des droits de la victime

B.Champ d'application de la responsabilité quasi délictuelle

i) Introduction

En droit positif, la responsabilité quasi délictuelle se subdivise en trois branches :

la responsabilité simple, ou responsabilité du fait personnel, de son propre fait ;

la responsabilité complexe (dans ce cas, on parle de civilement responsable), qui se subdivise, pour sa part, en deux branches :

la responsabilité du fait des personnes dont on a l'obligation de répondre,

la responsabilité du fait des choses au sens large (dont on est propriétaire ou gardien) ;

la responsabilité objective ou responsabilité sans faute.

ii) La responsabilité simple est la responsabilité encourue pour le fait personnel et suppose :

une faute que l'on commet soi-même ;

un dommage ;

un lien de causalité entre la faute et le dommage.

iii) La responsabilité complexe

a) RESPONSABILITÉ COMPLEXE DU FAIT DES PERSONNES DONT
ON A L'OBLIGATION DE RÉPONDRE

1) Introduction

Longtemps la famille romaine n'a comporté qu'une seule personne jouissant d'une capacité complète en droit et en fait : le paterfamilias, seul titulaire d'un patrimoine. Seule s'y ajoutait la femme sui iuris (donc n'ayant plus de paterfamilias et non mariée cum manu), également titulaire d'un patrimoine, qu'elle pourra gérer lorsque la tutelle de son agnat le plus proche se relâchera en fait avant de disparaître en droit. La grande majorité des individus n'avait dès lors pas la capacité de répondre des dommages causés par leurs éventuels délits et quasi-délits, ce qui ne signifie évidemment pas qu'ils n'en commettaient pas : si l'auteur d'un dommage était un alieni iuris ayant atteint l'âge du discernement (membres de la familia au sens large : parents agnatiques, fils de famille placés in mancipio, esclaves), la victime (i.e. le paterfamilias pour toute atteinte à sa propre personne ou à celle de ses alieni iuris, ou à ses biens) devait dénoncer le fait au paterfamilias de l'auteur supposé du fait dommageable et le plaçait devant l'obligation alternative suivante : soit il contestait la responsabilité, soutenait un procès – l'action intentée par la victime est dite « noxale

■

» – et s'exposait à une condamnation personnelle (exécutée sur sa personne ou sur ses biens) ; soit, pour se soustraire à l'action noxale, il livrait le coupable à la victime, définitivement s'il s'agit d'un esclave, temporairement s'il s'agit d'un alieni iuris libre placé ainsi in mancipio chez le paterfamilias créancier de l'indemnité : il conserve toutefois la faculté de « racheter » l'auteur du fait par une indemnisation pécuniaire ultérieure (c'est un exemple d'obligation facultative).

Le régime de la noxalité est caractéristique tant de la structure juridique de la famille romaine que d'un système de responsabilité extra-contractuelle où la réparation comporte à la fois une pénalité et une indemnité qui ne sont jamais totalement distinctes. Ainsi la réparation du dommage causé par un alieni iuris ne peut-elle pas excéder la valeur que le paterfamilias attache lui-même au membre de sa familia in potestate ou famille en puissance dont il décide ou non l'abandon noxal... S'il fait l'objet d'un abandon noxal, l'auteur du dommage se trouve dans la même situation qu'un débiteur condamné soumis à l'exécution sur sa personne, donc par son travail chez et au profit de son créancier, avec le droit de retrouver sa liberté lorsque le créancier a été ainsi indemnisé. Notons qu'il

n'y a pas d'attestation d'abandon noxal d'une femme alieni iuris libre et qu'à partir de Justinien, un tel sort ne peut plus être infligé au fils de famille, l'esclave acquérant à la même époque le droit d'être libéré lorsqu'il aura indemnisé son nouveau maître.

En droit positif, la responsabilité extra-contractuelle pour autrui recouvre trois cas différents :

la responsabilité des père et mère pour leurs enfants mineurs (art. 1384, al. 2, C.c.) ;

la responsabilité des instituteurs pour leurs élèves et des artisans pour leurs apprentis (art. 1384, al. 4, C.c.) ;

la responsabilité des maîtres et commettants pour leurs préposés (art. 1384 al. 3 C.c.).

Quels principes communs sous-tendent-ils ces diverses responsabilités ?

Dans les trois cas, la responsabilité se fonde encore sur l'idée d'autorité dont dispose le civilement responsable à l'égard de celui qui a causé le dommage et dont il a à répondre. On estime, en effet, que si une faute a été commise, c'est parce que l'autorité n'a pas été suffisamment bien exercée. Par conséquent, il y a présomption de faute dans le chef du civilement responsable. Cette présomption est, selon le cas, iuris tantum ou iuris et de iure.

Dans les trois cas, il faut une faute dans le chef de celui dont répond le civilement responsable, ou du moins un acte qui aurait été qualifié de faute s'il avait été commis par quelqu'un disposant du discernement (cette dernière précision permettra, par exemple, que les parents soient considérés comme responsables de leurs jeunes enfants, alors que, théoriquement, un acte accompli par une personne ne disposant pas du discernement n'est pas une faute).

Ces trois responsabilités ne jouent qu'en cas de dommage causé à des tierces personnes : elles ne jouent donc pas lorsque le dommage est subi par le civilement responsable ou par la personne dont il répond.

2) Esquisse des différentes espèces de responsabilité complexe du fait des personnes dont on a à répondre

1er cas : la responsabilité des père et mère pour leurs enfants mineurs (non émancipés) repose sur une double présomption de faute dans le chef des parents : avoir mal éduqué et mal surveillé leurs enfants. La présomption est iuris tantum (simple, non irréfragable), donc susceptible de preuve contraire. Si les parents prouvent la bonne éducation et la bonne surveillance de leur enfant, ils échapperont à leur responsabilité.

2e cas : la responsabilité des instituteurs pour leurs élèves et des artisans pour leurs apprentis, contrairement au cas précédent, joue également pour les mineurs émancipés et pour les majeurs. Par instituteurs et artisans, on vise toutes les personnes chargées d'une mission d'enseignement, collective ou individuelle, tels, par exemple, le curé lors des leçons de catéchisme, le moniteur d'auto-école, le moniteur de sport... La présomption de faute, en l'espèce, est d'avoir mal surveillé l'élève ou l'apprenti, mais pendant le temps de l'enseignement seulement. Cette présomption est iuris tantum (non irréfragable). Si l'enseignant ou l'artisan prouve qu'il a surveillé correctement l'élève ou l'apprenti, il échappera à sa responsabilité. Comme en matière de responsabilité des père et mère, les instituteurs et artisans seront civilement responsables dès que l'élève ou l'apprenti a commis un acte objectivement illicite. Peu importe donc que l'élève ait ou non atteint l'âge du discernement.

3e cas : la responsabilité des maîtres et commettants pour leurs préposés.

Pour sa mise en œuvre, cette responsabilité requiert deux conditions :

l'existence d'un lien de subordination, aussi léger soit-il, entre le préposé et le maître ou commettant. Tel sera le cas e.g. s'il existe un contrat de travail entre eux. Ce lien de préposition est indépendant de toute compétence et peut exister en dehors d'un contrat (par exemple entre amis) ;

la faute du préposé doit être commise à l'occasion des fonctions au sens large : la jurisprudence interprète largement cette notion : un chauffeur de camion qui, pendant sa journée de travail, entre deux chargements, décide de faire une promenade et, à cette occasion, cause un accident, commet une faute qui engage

la responsabilité de l'employeur. La présomption de faute, en l'espèce, repose sur l'idée que le civilement responsable a mal choisi son préposé. Cette présomption est iuris et de iure, irréfragable, donc non susceptible de preuve contraire. Pour échapper à sa responsabilité, l'employeur est contraint de prouver que le dommage résulte, non de la commission d'une faute, mais d'un casus.

b) RESPONSABILITÉ COMPLEXE DU FAIT DES CHOSES AU SENS
LARGE

1) Introduction

Les trois cas regroupés sous l'appellation de responsabilité complexe du fait des choses au sens large n'apparaissent pas comme le fruit d'une réflexion générale sur la question et sont simplement présentés l'un à la suite de l'autre. Toutefois apparaît une similitude entre eux : l'existence d'une présomption de responsabilité (il ne s'agit plus d'une présomption de faute), on présume que le propriétaire, ou du moins, le gardien, est responsable. Cette présomption est irréfragable. Pour échapper à sa responsabilité, le civilement responsable devra établir qu'une cause étrangère est à l'origine du dommage.

2) Étude des différentes espèces de responsabilité complexe du fait des choses

1er cas : la responsabilité générale du fait des choses (art. 1384, al. 1er, C.c.) recouvre tous les cas de responsabilité du fait des choses, hormis les bâtiments et les animaux, ces derniers cas faisant l'objet d'une responsabilité particulière, et requiert la réalisation de trois conditions :

le civilement responsable doit être le gardien de la chose, i.e. celui qui use de la chose, en jouit ou la conserve pour son propre compte, avec pouvoir de surveillance, de direction et de contrôle. Cette définition implique que le civilement responsable est en principe propriétaire de la chose, mais il pourrait être également un locataire. En revanche, en principe, le préposé ne pourra être considéré comme gardien de la chose dont il use en vertu de ses fonctions ;

la chose doit comporter un vice, i.e. toute caractéristique anormale de la chose susceptible de causer un dommage (le vice est la « faute » de la chose...). En principe, ce vice doit être intrinsèque, i.e. consister en une caractéristique tenant à l'état de la chose elle-même : une route au revêtement naturellement glissant, un moteur défectueux, etc. Ce qui exclut, en principe, le vice extrinsèque, qui résulte de la position ou de l'emplacement de la chose : une flaque de savon liquide dans une grande surface... ;

il faut un lien de causalité entre le vice de la chose et le dommage. S'il y a une cause étrangère, il n'y aura pas responsabilité générale du fait des choses.

2e cas : la responsabilité du fait des bâtiments (art. 1386 C.c.) nécessite la réalisation de cinq conditions :

le civilement responsable doit être le propriétaire du bâtiment, ou le nu-propriétaire en cas de démembrement de la propriété ; il ne peut s'agir du gardien ;

il doit s'agir d'une construction immobilière en matériaux durables attachés au sol ;

le bâtiment doit être atteint de ruine : la ruine est un effondrement, un écroulement, une chute importante de matériaux et doit donc présenter une certaine gravité ;

la ruine doit trouver sa cause dans un défaut d'entretien ou dans un vice de construction ;

il faut un lien de causalité entre la ruine du bâtiment et le dommage.

Cette responsabilité se rapproche de la responsabilité objective, dans la mesure où le propriétaire ne peut pas s'exonérer en prouvant que le défaut d'entretien est dû à la force majeure et non à une faute de sa part. Pour s'exonérer de sa responsabilité, il peut, en revanche, établir que la ruine du bâtiment est due à la force majeure. Il pourrait aussi prouver que le dommage causé à la victime n'a pas été causé par la ruine du bâtiment, mais par une cause étrangère.

La responsabilité du propriétaire d'un bâtiment est demeurée étrangère à la *lex Aquilia*. Il convient cependant de rappeler, d'une part, que la dénonciation de nouvel œuvre – qui vise, il est vrai, une hypothèse différente : des travaux entamés à un bâtiment paraissent susceptibles d'entraîner un dommage à un immeuble voisin – est un héritage direct (par voie de réception pratique) du droit romain et, d'autre part, qu'à défaut d'avoir prévu une indemnisation du dommage déjà subi, le préteur avait du moins accordé une action préventive : si un bâtiment menace ruine et risque d'entraîner ainsi un dommage à un immeuble voisin – *damnum infectum* signifie littéralement « dommage non encore réalisé » – le propriétaire voisin peut demander au préteur d'enjoindre à celui de l'immeuble en cause, par voie de stipulation *damni infecti*, de procéder aux réparations nécessaires. À défaut d'obtenir cet engagement du défendeur, le voisin est autorisé par le préteur à prendre possession de l'immeuble en péril et à effectuer les travaux nécessaires avec d'autant plus d'empressement que la possession lui restera acquise : le propriétaire actuel ne peut être contraint de remédier lui-même à la vétusté – *nemo potest cogi ad factum* – mais peut renoncer à sa possession de l'immeuble, à l'instar de l'abandon noxal d'un *alieni iuris* qui aurait commis un délit.

3e cas : la responsabilité du fait des animaux (art. 1385 C.c.) nécessite la réalisation de trois conditions :

le civilement responsable doit avoir l'usage et la maîtrise de l'animal. Il s'agira

donc du propriétaire, ou du moins du gardien de l'animal au sens que revêtait cette notion en matière de responsabilité du fait des choses. Sera aussi considérée comme gardienne la personne qui recueille un animal errant, ainsi que le voleur d'un animal. Par contre, en principe, ne sont pas considérés comme gardiens : le vétérinaire, le palefrenier, le maréchal-ferrant, le transporteur, le dépositaire ;

il faut qu'il y ait un animal. Celui-ci, par son état, en toute hypothèse, est potentiellement dangereux. Il n'importe pas qu'il s'agisse d'animaux domestiques, d'animaux sauvages, apprivoisés ou non, ou même de microbes ;

il faut un lien de causalité entre le dommage et l'animal, même sans contact corporel (dommage occasionné corpori nec corpore) : un chien aboie et fait peur à un automobiliste, l'amenant ainsi à provoquer un accident.

La présomption de responsabilité, en l'espèce, est irréfragable. La responsabilité du propriétaire ou du gardien est donc engagée, sauf si celui-ci peut prouver que le dommage a été causé par un casus.

En droit romain, le dommage causé par un animal approprié – dommage appelé pauperies – donnait lieu à une action délictuelle – actio de pauperie – contre son propriétaire, qui avait le choix entre le paiement de l'indemnité ou l'abandon noxal de l'animal (à condition qu'il s'agisse d'un quadrupède ayant une valeur économique et encore vivant...).

iv) La responsabilité objective ou responsabilité sans faute

Cette troisième forme de responsabilité extra-contractuelle ne se réfère plus du tout à la notion de faute. C'est une responsabilité exceptionnelle, donc d'interprétation restrictive. Le droit objectif a créé quelques cas de responsabilité sans faute, sans présomption de faute, sans présomption de responsabilité : il suffit qu'il y ait un dommage et la réalisation d'un certain contexte pour que la responsabilité objective puisse jouer. À titre d'exemples, citons :

la responsabilité du chef d'entreprise, lorsqu'il y a accident du travail ou sur le chemin du travail (système d'assurance obligatoire) ;

la responsabilité du transporteur aérien, lorsqu'il y a dommage aux personnes transportées ou à la surface de la terre (détachement de parties de l'avion...).

la responsabilité de l'exploitant en matière d'énergie nucléaire.

C.Exonération de la responsabilité quasi délictuelle

Pour s'exonérer de la responsabilité quasi délictuelle dont les conditions de mise en œuvre paraîtraient, de prime abord, réalisées, il faut faire appel à la théorie antithétique : la théorie des risques. Si l'on parvient à prouver, par exemple, que le dommage a été causé par un casus, une cause étrangère, la responsabilité civile quasi délictuelle ne sera plus engagée.

4.LES DÉLITS

Le droit pénal positif présente une classification tripartite des délits s.l. par ordre de gravité décroissante : crimes, délits s.s. et contraventions. Son objectif est de prévenir les comportements qui portent atteinte à l'intérêt général en comminant des peines afflictives dont la crainte doit jouer un rôle dissuasif et qui, si l'infraction est commise, seront appliquées par les tribunaux au délinquant à titre de sanction infligée au nom de la société tout entière, sur la base d'un répertoire limitatif : *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Toute la matière est d'ordre public et, à ce titre, est un domaine d'application de l'adage *nemo censetur ignorare legem* : nul n'est censé ignorer la loi et ne peut donc invoquer son éventuelle ignorance d'une disposition pénale comme cause de justification l'exonérant de sa responsabilité. La peine proprement dite (emprisonnement, amende, confiscation du produit d'une infraction...) ne vise que l'amendement du délinquant et la dissuasion d'une éventuelle récidive, à l'exclusion en principe de toute idée de vengeance.

Pourquoi un délit s.l. peut-il être la source d'une obligation au regard du droit privé ? Parce que, s'il constitue toujours la transgression d'une norme d'ordre public, transgression sanctionnée comme telle, il est aussi souvent la cause d'un préjudice ou dommage infligé à la personne et/ou aux biens d'une ou de plusieurs victimes en particulier : celles-ci ont dès lors droit à l'indemnisation du dommage subi, sur la base des règles régissant la responsabilité civile aquilienne. À ce titre, la victime qui présente la demande de réparation de son préjudice devant une juridiction pénale est appelée partie civile.

Indépendamment des considérations que cette dernière peut développer, pour les crimes et les délits les plus graves, au sujet des peines qu'il convient d'appliquer au délinquant, la mission légale de requérir la condamnation pénale proprement dite incombe au seul Ministère public, qui plaide au nom de l'État, détenteur de la puissance publique déléguée par la collectivité.

Il apparaît d'emblée que l'importance du dommage civil n'a pas de proportion nécessaire avec la gravité de l'infraction au regard du droit pénal : un objet volé ou détourné peut être retrouvé et récupéré intact par son propriétaire,

circonstance qui ne réduit pas en principe le degré de responsabilité pénale de l'auteur du délit. Inversement, un léger excès de vitesse ou un simple défaut de prévoyance d'un automobiliste – qui ne sont qualifiés que de contraventions – peuvent entraîner un accident avec dommages corporels et/ou matériels graves : les dommages-intérêts civils peuvent être d'un montant fort élevé alors même qu'aucune sanction pénale ne sera infligée au conducteur responsable du point de vue civil. La passerelle entre les régimes respectifs de la responsabilité pénale et de la responsabilité civile réside dans l'identification de toute infraction pénale avec la faute visée aux articles 1382 et 1383 du Code civil : il suffit donc que la faute pénale soit déclarée établie par un tribunal pour que la responsabilité civile ou obligation de réparer le dommage privé subi par la victime puisse être mise en œuvre, chaque régime de responsabilité obéissant à ses règles spécifiques pour le surplus.

L'état actuel du droit pénal et de sa relation avec la responsabilité aquilienne est évidemment le produit d'une longue évolution dont les prémisses remontent à l'époque légendaire de l'histoire romaine. Même si Romulus et Remus font valoir leur identité par une révolte légitime – ils assassinent l'usurpateur Amulius pour rétablir leur grand-père Numitor sur le trône d'Albe-la-Longue – leur paternité est attribuée à Mars, dieu de la guerre, et leurs premiers compagnons sont une bande de hors-la-loi qui ne peuvent s'établir à Albe (faute de place... dit la légende rapportée par Tite-Live) et errent à la recherche d'un gîte, amenés ainsi à fonder leur propre cité, à défaut d'être accueillis ailleurs. Après avoir tracé le sillon délimitant la ville qu'il fonde, Romulus assoit son pouvoir non sur un présage indécidable en droit – lesquels des six aigles d'abord ou des douze aigles ensuite auraient-ils dû prévaloir ?... – mais sur le meurtre de Remus, sans déclencher pour autant une première guerre civile. Les premiers Romains enlèvent ensuite les Sabines, en violation de leurs devoirs d'hospitalité envers les Sabins qu'ils avaient invités à célébrer des jeux en commun : il n'est mis fin à la guerre ainsi provoquée que par l'interposition des Sabines entre leurs parents et leurs maris (le mariage romain s'avérant puiser ainsi dans son origine légendaire son statut de fait et non d'acte juridique) : bref, la fondation de Rome est clairement rapportée par la légende comme antérieure à l'apparition du droit appelé à régir les rapports entre citoyens...

Historiquement, les règles obligatoires étaient peu nombreuses à l'origine et seules les atteintes illicites (littéralement : qui ne sont pas permises) les plus graves à la personne et aux biens d'autrui ont été considérées comme portant atteinte à la cité tout entière et donc comme constitutives de délits publics :

trahison (*perduellio*), désertion (voire soustraction au recensement, pour éviter l'incorporation à la légion), concussion (détournement de biens publics par un magistrat), incendie volontaire, rapt (d'un Romain *sui iuris*...), *parricidium*. Ce dernier délit est expressément cité en latin car, fort longtemps, il ne désigne pas le parricide au sens contemporain du mot, mais plus généralement l'homicide d'un autre citoyen quelconque, i.e. l'assassinat ou le meurtre d'un pair, d'un égal (par) ; lorsque son sens se restreindra, il désignera encore aussi bien l'infanticide ou l'homicide perpétré sur un collatéral (e.g. *parricidium fraternum* : fraticide) que celui perpétré sur la personne d'un ascendant.

Seuls ces délits publics entraînent des poursuites intentées au nom de la cité. L'initiative appartient à tout citoyen même si elle sera généralement prise par un magistrat, détenteur d'une parcelle plus ou moins étendue de l'autorité publique. En tout cas, les peines sont prononcées au nom de la cité et radicales : peine de mort, *capitis deminutio maxima* ou *media* (privation de l'eau et du feu, ce qui revient à un bannissement hors de la cité), lourdes amendes, voire confiscation des biens. L'emprisonnement dans une prison publique est envisagé non comme peine, mais comme détention préventive dans l'attente d'un procès.

Toutes les autres atteintes illicites à la personne (coups et blessures, diffamation : *carmen famosum*) ou aux biens (vol, destruction, fauchage du champ d'autrui...) ne constituent que des délits privés et ne débouchent dès lors qu'en procès entre auteurs et victimes : le magistrat et le juge se bornent à contrôler la légitimité de la demande et son fondement en droit et en fait. L'initiative des poursuites appartient à la victime (en droit à son *paterfamilias* s'il n'est personnellement la victime) ou à tout autre citoyen introduisant une procédure en faveur de la victime : il n'existe pas de ministère public ou office chargé de l'initiative des poursuites au nom de la cité en général et des victimes en particulier. Aussi est-ce au profit de la victime seule que sont prononcées les peines, lesquelles réunissent tant la sanction pénale (aspect afflictif) que la sanction civile (aspect indemnitaire, réparateur du préjudice matériel). S'il ne s'agissait d'un anachronisme, il serait permis d'écrire que l'amende est perçue par la victime ou l'emprisonnement privé subi dans sa demeure.

Schématiquement, les délits privés ont donc été réprimés comme suit :

1) Liberté totale de la vengeance privée : étape plutôt théorique puisque le *bellum omnium contra omnes* (« guerre de tous contre tous »), appelant l'intervention régulatrice du Léviathan selon la fiction de Hobbes, ne paraît correspondre à

aucun stade des origines légendaires de Rome. Au contraire, Rome semble bien s'être épargné les guerres claniques ou la vendetta de vengeances collectives.

2)Contrôle de la vengeance privée, quant à la proportion à respecter entre l'atteinte initiale et la vengeance : en termes contemporains de stratégie, il s'agit de la riposte proportionnelle, censée permettre d'éviter la dangereuse escalade de la riposte graduelle ; la loi du talion tire sa dénomination (talio dérive de talis, tel) de la Loi des XII Tables, où elle n'apparaît toutefois déjà plus que comme la survivance d'un état antérieur du droit et une peine supplétive : « s'il (l'auteur) a mutilé un membre et ne transige pas avec (la victime), qu'il y ait talion » (Table VIII, 2).

3)Régime des compositions volontaires : la vengeance privée, dans les limites de la loi du talion, reste le principe ; l'auteur du délit répond donc de son méfait sur son corps et peut être légitimement capturé à cette fin par la famille de la victime ; celle-ci peut cependant choisir de renoncer à la violence, transiger et accepter un dédommagement matériel payé par la famille du délinquant, qui libère ainsi ce dernier : il y a donc paiement d'une rançon, dite « poînè » (expiation, rançon) en grec dorien de l'Iliade, d'où dérive « poena » en latin et « peine » en français. Le montant est négocié entre les deux familles et fonction de la valeur qu'elles concordent à fixer au préjudice de la victime comme à l'expiation et à l'intégrité corporelle du délinquant. Par définition, cette rançon ou peine revient entièrement à la famille de la victime, sans que la cité n'y prenne part.

4)Régime des compositions légales : hormis la légitime défense, qui permet de s'opposer à la violence par une violence similaire immédiate (uim ui repellere licet), il n'est plus permis d'exercer une vengeance et donc une violence privée différée contre l'auteur d'un délit. La cité s'efforce de préserver la paix entre les citoyens en leur imposant, en cas d'atteinte illicite, de déférer leur plainte à un juge, qui est appelé, si elle est fondée, à autoriser l'application de la poena à l'auteur du délit, sur la base d'une fixation par la loi (à commencer par la Loi des XII Tables) des cas dans lesquels une peine doit être appliquée et d'un taux de peine (« tarif criminel ») approprié à chaque cas. Une fois ce contrôle exercé au nom de la cité, la peine revient entièrement à la victime (ou à son paterfamilias) et réunit en un seul montant l'amende (sanction pénale expiatoire) et l'indemnité (sanction civile consistant dans la réparation du dommage), sans que les proportions de l'une et de l'autre ne soient discernées.

Tout au long de son histoire, le droit romain a conservé la distinction entre délits publics et délits privés. Cette distinction n'a été conservée en droit positif – où tout le droit pénal est d'ordre public – que dans un nombre très limité de cas. Ainsi peut-on citer la calomnie ou la diffamation (qui ne sont poursuivies que sur la seule plainte de la victime ou de ses ayants droit : v. art. 450 C. pén.), le recel successoral (art. 792 C.c. : l'héritier qui a détourné ou dissimulé des biens de la succession est privé, à titre de peine, de toute part dans lesdits biens s'ils sont retrouvés et s'il ne les a pas mentionnés au plus tard à la prestation de serment clôturant l'inventaire de la masse successorale) et le recel de communauté matrimoniale (art. 1448 C.c. : régime similaire).

Le droit romain ayant appliqué, sans la formuler, la règle *nullum crimen, nulla poena sine lege*, il a toujours existé une nomenclature des délits s.l. dont la commission entraînait une responsabilité délictuelle s.l., laquelle réunissait donc la responsabilité pénale (obligation de subir une peine) et la responsabilité délictuelle s.s. (obligation de réparer le dommage subi par la victime).

Ce principe – dit de la légalité des infractions et des peines – doit s'entendre des sources du droit romain : ainsi la loi, au sens large du mot, a-t-elle pu consister en une loi proprement dite (e.g. Loi des XII Tables), en un plébiscite (*lex Aquilia*), en une règle instaurée par un préteur au cours de sa magistrature et conservée dans l'Edit du préteur (e.g. en matière de dol et de violence – *metus* – viciant le consentement à un acte), voire ultérieurement en une constitution impériale.

À la suite des Institutes de Gaius et de celles de Justinien, quatre délits privés, qui remontent au *ius civile*, sont traditionnellement présentés comme les principaux :

1) l'*iniuria* s.l. vise, dans la Loi des XII Tables, la mutilation (*membrum ruptum* : peine du talion, sauf composition volontaire), la fracture (*os fractum* : composition légale de 300 as pour une victime libre, de 150 as pour un esclave eu égard au dommage ainsi infligé à son maître...) et l'*iniuria* s.s. ou violences mineures (composition légale de 25 as). Dans la procédure formulaire, le préteur introduit ultérieurement une action générale, soumise à un tribunal de trois ou cinq juges (*recuperatores*) habilités à estimer en équité le montant de la composition/amende demandée par la victime, et accueille des demandes fondées sur d'autres griefs : paroles infamantes prononcées en public, écrits injurieux, attentat à la pudeur. En fin d'évolution, l'*iniuria* vise ainsi toute

atteinte à l'intégrité physique ou morale de la personne autre qu'un homicide volontaire (délict public) ou l'homicide ou les blessures involontaires que vise le délict de *damnum iniuria datum*. Si la demande n'est pas fondée, le défendeur obtient une indemnité égale à 1/10e du montant de l'amende sollicitée à tort par le demandeur. Il y a prescription extinctive après un an (présomption de pardon).

2)le *damnum iniuria datum* : u. supra.

3)le *furtum* est toute atteinte volontaire non violente mais illicite, avec but de lucre, à un bien meuble appartenant à autrui. S'il faut bien traduire *furtum* par vol, il faut aussitôt préciser que cette notion est beaucoup plus large en droit romain qu'en droit positif : elle englobe non seulement le flagrant délict de vol (*furtum manifestum* : peine du quadruple de la valeur du bien volé) et la simple soustraction frauduleuse (*furtum nec manifestum* : peine réduite au double), ainsi que le vol d'usage (*furtum usus*) par un détenteur (dépositaire, créancier-gagiste, commodataire abusant de la chose prêtée) et le « vol de possession » (*furtum possessionis*) commis par un propriétaire qui soustrait son propre bien à un tiers détenteur légitime, mais aussi l'enlèvement d'une personne libre *alieni iuris*, l'abus de confiance ou détournement (un détenteur aliène frauduleusement le bien à un tiers), l'escroquerie, le recel (acquisition, en connaissance de cause, d'une chose volée) et l'acceptation (de mauvaise foi : en connaissance de cause) d'un paiement indu.

4)la *rapina* est un vol avec violence, sanctionné d'une peine au quadruple de la valeur de la chose, outre la revendication de celle-ci ou de sa valeur, sur la base d'une action introduite par le préteur Lucullus en 75 a.C., qui visait à l'origine les vols ou extorsions commis en bande (c'est l'époque des grandes révoltes d'esclaves et de Spartacus).

Le préteur est intervenu pour étendre le champ d'application des délits issus du droit civil. Il a aussi instauré certains délits nouveaux, étrangers à l'ancien *ius civile* et appelés « délits prétoriens ». Trois d'entre eux méritent d'être mis en évidence en raison de l'importance qu'ils revêtent encore dans la théorie générale des contrats ou dans la théorie générale des obligations :

1)La violence susceptible d'entraîner par crainte (*metus*) un tiers à accomplir un acte juridique ou matériel contre son gré a été érigée en délict au plus tard en 71 a.C. Elle pouvait donner lieu soit à une action pénale intentée par la victime contre l'auteur des violences ou menaces (peine égale au quadruple du dommage

causé, comme en matière de rapina) – avec cette particularité que l’auteur de la violence pouvait échapper à la condamnation en restituant spontanément ce qu’il avait extorqué – soit à une exception soulevée par la victime pour paralyser l’action en exécution forcée que l’auteur de la violence aurait eu l’audace d’intenter sur la base d’un acte ainsi vicié.

2)Le dol a été érigé en délit en 66 a.C. par le préteur Aquilius Gallus et offrait une alternative similaire à la victime : soit intenter une action conduisant en principe à la simple restitution en nature de ce que le défendeur avait obtenu par ses manœuvres frauduleuses, soit soulever une exception paralysant l’action en exécution forcée de l’obligation contractée suite au dol.

3)La *fraus creditorum* ou fraude aux droits des créanciers : u. infra l’action paulienne.

5.LA LOI

Nous renvoyons aux exemples repris passim.

6.L'ENGAGEMENT PAR DÉCLARATION UNILATÉRALE DE VOLONTÉ ET PAR ACTE UNILATÉRAL

La rareté de cette source d'obligation dans les témoignages romains – sinon sans doute dans la pratique lorsque des contrats consensuels aussi importants que la vente et le louage se sont répandus et ont ainsi pu conférer une portée juridique à l'offre – explique la présentation traditionnelle (notamment dans le Code civil) des vices de consentement dans l'exposé consacré aux contrats : il n'en demeure pas moins qu'ils peuvent affecter le consentement à tout acte, bilatéral ou unilatéral, et peuvent ainsi altérer aussi un engagement par déclaration unilatérale de volonté.

Section 3

La théorie générale des obligations

La théorie générale des obligations examine successivement les effets des obligations, leur modification, leur transmission et leur extinction, quelle qu'en ait été leur source.

1.LES EFFETS DES OBLIGATIONS

Parmi les effets des obligations on distingue les effets généraux des effets spéciaux.

A. Les effets généraux des obligations

Toute obligation doit être exécutée correctement, volontairement, immédiatement, en nature et au domicile du débiteur :

correctement : l'exécution doit être loyale, faite en conformité avec le principe de bonne foi. Elle doit porter, par exemple, tant sur l'objet principal de l'obligation que sur les accessoires nécessaires. Ce prescrit découle du principe de l'exécution de bonne foi et apparaît, bien sûr, comme impératif en droit positif (mais non en droit romain pour les contrats de droit strict) ;

volontairement : le principe est l'exécution volontaire. Ce n'est qu'à défaut d'exécution volontaire qu'il y aura exécution forcée, débutant normalement par une mise en demeure et suivie d'une citation en justice introduisant la procédure judiciaire. L'exécution forcée permettra au créancier d'obtenir un jugement de condamnation du débiteur. Ce jugement, lorsqu'il sera coulé en force de chose jugée (et ne sera donc plus susceptible de recours) ou même, dans certains cas, avant d'être coulé en force de chose jugée (lorsque le juge a décidé que son jugement serait exécutoire « par provision »), constituera un titre exécutoire qui permettra au créancier de faire, s'il échoue, appel à la force publique pour obtenir l'exécution de son obligation. Cette dernière est l'exécution forcée au sens strict ; elle se réalisera concrètement par la saisie des biens du débiteur (biens qui, rappelons-le, constituent le « gage commun » des divers créanciers). Le principe de l'exécution volontaire est évidemment impératif ;

immédiatement : le principe est que l'obligation doit être exécutée immédiatement. Les parties pourraient toutefois affecter l'obligation d'un terme suspensif qui retardera l'exigibilité de la dette ;

en nature : le principe est que l'obligation doit être exécutée en nature. Ce n'est que par exception à ce principe que l'exécution se fera par équivalent, c'est-à-dire sous forme de dommages et intérêts u. supra) ;

au domicile du débiteur : les dettes sont quérables, et non portables. Les parties

peuvent déroger à ce principe et prévoir un locus solutionis, un lieu de paiement différent, tel le domicile du créancier, avec cette conséquence que la dette devient alors portable.

L'actif du patrimoine du débiteur constituant le gage commun des différents créanciers, il va de soi que ces derniers ont intérêt à en maintenir la consistance et à se prémunir contre toute fraude éventuelle du débiteur qui, d'une manière ou d'une autre, dissiperait son patrimoine. Quels sont les moyens dont disposent les créanciers pour se prémunir à cet égard ? Ils sont de deux types : les mesures conservatoires et les actions judiciaires.

i) Les mesures conservatoires

Les créanciers disposent tout d'abord de mesures conservatoires qu'ils peuvent mettre en œuvre pour empêcher la dissipation du patrimoine. Ainsi :

l'apposition de scellés (leur objet est d'empêcher tout déplacement de biens hors du meuble ou de l'immeuble sur lequel les scellés sont apposés) ;

l'inventaire (son objet est de se réserver une preuve de la constitution du patrimoine) ;

l'interruption de la prescription.

ii) Les actions judiciaires

Les créanciers disposent également d'actions judiciaires, qui leur permettront soit de faire entrer dans le patrimoine du débiteur certaines créances (action oblique), soit de rendre a posteriori certains actes ou certaines opérations frauduleuses inopposables (action en déclaration de simulation et action paulienne) :

a) l'action oblique indirecte ou subrogatoire

■

est exercée par un créancier qui a un intérêt personnel à agir au nom et pour le compte de son débiteur, en cas d'inaction de son débiteur, lorsqu'il dispose d'une créance certaine et exigible contre son débiteur, pour protéger les droits et actions du débiteur inactif (art. 1166 C.c.) :

l'action subrogatoire a un champ d'application très large et couvre en même temps les droits et les actions du débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne. Le créancier peut procéder en cas d'inaction du débiteur à :

l'acceptation d'une succession bénéficiaire,

l'inscription d'une hypothèque garantissant une créance du débiteur (si le créancier constate que son débiteur, créancier d'un autre débiteur, pourrait inscrire l'hypothèque d'un immeuble appartenant à ce dernier mais ne le fait pas, le créancier peut se substituer à lui pour ce faire),

la déclaration à l'assureur du débiteur d'un dommage subi par celui-ci,

la production d'une créance du débiteur à la faillite du sous-débiteur ;

l'action en paiement du prix d'un objet vendu,

l'action en rescision pour lésion ;,

l'action en résolution d'un contrat synallagmatique parfait,

l'action en partage,

l'appel (le créancier peut interjeter appel si le débiteur est condamné en première instance) ;

le créancier qui a un intérêt personnel à agir : le créancier est censé être intéressé si son débiteur est insolvable, en tout ou en partie ;

et qui dispose d'une créance certaine et exigible : la créance ne peut donc être respectivement conditionnelle ou à terme ;

en cas d'inaction du débiteur : c'est le motif pour lequel l'action oblique a été imaginée ;

pour protéger les droits et actions du débiteur. Par l'action subrogatoire, le créancier se subroge, se met à la place de son débiteur inactif : il agit au nom et pour le compte de celui-ci. En cela l'action subrogatoire se différencie de l'action directe et mérite son appellation d'action indirecte, oblique ou subrogatoire.

Pour des actions considérées comme personnelles, le créancier ne peut se subroger à son débiteur :

l'action en divorce ;

l'action en révocation d'une donation entre époux ou pour ingratitude ;

l'action en dommages et intérêts pour préjudice moral (diffamation, calomnie).

Si l'action subrogatoire aboutit, le bénéfice de l'opération tombe dans l'actif du patrimoine du débiteur et profite ainsi à tous les créanciers, ne conférant dès lors aucun droit de préférence à celui qui a intenté l'action indirecte.

b) l'action en déclaration de simulation suppose évidemment qu'il y ait eu simulation et que le créancier s'en soit aperçu. Le créancier d'un débiteur qui aurait pratiqué une simulation dispose d'une option : il peut soit s'en tenir à l'acte ostensible, soit faire prévaloir la contre-lettre (art. 1321 C.c.). Dans cette seconde hypothèse, le créancier devra intenter l'action en déclaration de

simulation, qui lui permettra d'obtenir que l'acte ostensible lui soit déclaré inopposable, de manière telle que n'existera plus à son égard que la contre-lettre.

Ainsi, si un débiteur vend fictivement ses biens à un tiers, tout en faisant signer par celui-ci une contre-lettre dans laquelle le tiers reconnaît qu'en réalité il n'est pas devenu propriétaire des biens, le créancier pourra intenter une action en déclaration de simulation pour que l'acte ostensible de vente lui soit rendu inopposable, et que n'existe plus à son égard que la contre-lettre, ce qui, concrètement lui permettra de pratiquer une saisie des biens apparemment mais non réellement vendus à ce tiers.

L'action en déclaration de simulation se distingue à deux égards de l'action oblique : 1) le créancier agit pour son propre compte, à son seul profit ; 2) il agit en son nom propre et ne doit dès lors aucunement redouter des exceptions opposables au débiteur.

L'action en déclaration de simulation ressemble à l'action paulienne en ce sens que l'une et l'autre cherchent à dépister une fraude et à la rendre inopposable au seul demandeur, au seul créancier ; mais, alors que la première action combat un acte fictif, la seconde s'attaque à un acte réel.

Rappelons que la simulation n'est pas, par elle-même, illicite. Ainsi l'acquisition d'un bien par l'intermédiaire d'un prête-nom est-elle, en principe, licite. La simulation ne devient illicite que lorsqu'elle sert à réaliser une fraude, et plus particulièrement à l'encontre des créanciers. C'est évidemment dans cette hypothèse que des créanciers auront intérêt à intenter l'action en déclaration de simulation.

c) l'action paulienne est une action par laquelle un créancier qui a un intérêt personnel à agir et dispose d'une créance certaine et exigible fait déclarer inopposables tous les actes d'appauvrissement frauduleux de son débiteur, et ce à son profit personnel :

une créance certaine et exigible : la créance du demandeur à l'action paulienne doit évidemment être antérieure à l'acte attaqué ;

tous les actes d'appauvrissement frauduleux : l'acte attaqué doit avoir eu pour effet de rendre le débiteur plus insolvable qu'il ne l'était (acte d'appauvrissement du patrimoine du débiteur). Peu importe que l'acte ait été passé à titre gratuit ou à titre onéreux. En revanche, il importe que l'acte ait été accompli avec

l'intention d'aggraver sa situation patrimoniale (fraude) : une donation à ses père et mère, un paiement de dette non échue, une vente contre un prix dérisoire ou anormalement bas ;

à son profit personnel : au contraire de l'action subrogatoire, mais comme l'action en déclaration de simulation, l'action paulienne comporte un bénéfice personnel éventuel, car si elle aboutit, elle profitera entièrement au créancier qui l'a intentée.

L'action paulienne tend à rendre inopposable au seul créancier demandeur l'acte attaqué. Si l'action aboutit :

pour le créancier demandeur, l'acte sera inopposable : le bien aliéné sera encore censé faire partie de l'actif du patrimoine du débiteur (sûreté générale) ;

vis-à-vis des tiers, l'acte subsiste, car l'action paulienne n'est pas une action en nullité.

Il convient cependant de distinguer, à cet égard, selon que l'action paulienne est intentée contre un acte à titre gratuit ou un acte à titre onéreux :

1re hypothèse

■

: l'acte attaqué est un acte à titre gratuit, une libéralité. L'action paulienne aboutit et la libéralité sera déclarée inopposable au créancier demandeur :

si la libéralité est une donation directe, le bien, qui se trouve dans le patrimoine du donataire, pour le créancier demandeur, appartient encore au donateur ; il est donc susceptible d'être saisi ;

si la libéralité est une donation indirecte (comme la remise de dette), l'action paulienne rend le contrat de donation indirecte inopposable au créancier, qui peut alors intenter l'action subrogatoire pour obtenir le paiement du sous-débiteur, s'il y a inaction du débiteur (ce sera le cas, parce qu'après avoir libéré le sous-débiteur de sa dette, le débiteur ne peut évidemment plus intenter contre lui une action en exécution forcée).

2nde hypothèse

■

: l'acte attaqué est un acte à titre onéreux. Il faut alors distinguer si le tiers est complice ou non :

le tiers qui a acquis à titre onéreux était complice du débiteur. Il suffit, à cet égard, qu'il ait su que le débiteur s'appauvrissait. Le tiers est alors considéré comme de mauvaise foi et, dès lors, l'acte à titre onéreux passé avec lui sera déclaré inopposable au créancier qui intente l'action paulienne ;

le tiers n'était pas complice. Dans ce cas, on ne le pénalisera pas : l'acte attaqué subsistera.

L'action paulienne tire son origine du droit romain : elle est ainsi nommée dans les compilations de Justinien, mais remonte à une époque bien plus ancienne. Au départ, elle a été conçue comme une action pénale, créée par le préteur pour sanctionner un nouveau délit prétorien, la *fraus creditorum* : la fraude (aux droits) des créanciers supposait un acte d'appauvrissement, accompli frauduleusement par le débiteur – *conscius fraudis* – avec un tiers bénéficiaire également conscient de la fraude, du moins quand il s'agissait d'un acte à titre onéreux, car, quand l'acte était gratuit, la complicité était présumée. Néanmoins, à la différence du droit positif, l'*actio Pauliana* apparaissait comme une action en révocation, profitant à tous les créanciers et donc similaire à l'actuelle action oblique.

B. Les effets spéciaux des obligations

i) Notion

Les effets spéciaux des obligations découlent de deux types de situations :

a) soit de l'introduction d'éléments constitutifs accidentels :

la dation en paiement (datio in solutum) : au lieu d'exiger une exécution en nature, le créancier permet (art. 1243 C.c.) à son débiteur de se libérer en payant autre chose que ce qui était initialement prévu ;

l'élection d'un domicile de paiement (locus solutionis) ;

le terme et la condition.

b) soit de la nature propre de certaines obligations :

lorsqu'il s'agit d'une obligation de facere ou de non facere, l'exécution forcée en nature n'est pas possible ;

lorsqu'il s'agit d'une obligation de non facere qui a été transgressée, il y aura un effet spécial automatique : la mise en demeure du débiteur (art. 1145 C.c.) ;

lorsqu'il s'agit d'obligations naturelles, le créancier ne peut intenter d'action en exécution forcée ;

lorsqu'il s'agit d'obligations à objets multiples ou à sujets multiples.

ii) Les effets spéciaux des obligations à objets multiples

Les obligations à objets multiples supposent une pluralité d'objets. À cet égard, il faut distinguer l'objet de l'obligation dit in obligatione et l'objet de l'obligation dit in solutione : l'objet in obligatione (littéralement : dans l'obligation) est déterminé au moment de la formation de l'obligation, tandis que l'objet in solutione (littéralement : dans le paiement) est celui qui est dû au moment de l'exécution de l'obligation. S'il est vrai qu'en principe l'objet in obligatione est identique à l'objet in solutione, cette règle n'est pas absolue. Les obligations à objets multiples peuvent être de trois espèces (aucune d'entre elles n'apparaît comme le principe en la matière) :

a) les obligations conjonctives ou cumulatives qui, de leur formation jusqu'à leur exécution, in obligatione et in solutione, comportent plusieurs objets identiques : ainsi l'échange d'une maison d'une valeur de trois millions de sesterces contre un appartement d'une valeur de deux millions et une soulte d'un million (la soulte est une valeur pécuniaire de complément).

b) les obligations alternatives (art. 1189 à 1196 C.c.) comprennent plusieurs objets in obligatione, mais un seul objet in solutione : il appartient, dès lors, à l'une des parties de choisir, parmi les objets déterminés à l'origine, celui qui sera effectivement payé. Sauf clause contraire, le choix est présumé appartenir au débiteur : ainsi une obligation portant sur le paiement d'une certaine somme d'argent, mais avec une clause d'option de change, en vertu de laquelle il est prévu, dès le départ, que le créancier peut exiger l'exécution de l'obligation dans telle ou telle monnaie déterminée.

c) les obligations facultatives comportent un seul objet in obligatione, et un seul objet in solutione, avec cette particularité que le débiteur peut valablement se libérer en payant une autre chose – in solutione – que celle qui avait été envisagée au départ – in obligatione : ainsi, lorsqu'il y a rescision pour lésion de plus des 7/12es, dans une vente d'immeuble, s'il est vrai qu'en principe, l'acheteur doit restituer l'immeuble, il peut néanmoins échapper à cette

restitution en payant un complément de prix (la différence entre le prix normal de l'immeuble, diminué d'1/10e, et le prix qu'il a payé au vendeur lésé).

iii) Les effets spéciaux des obligations à sujets multiples

Une obligation classique concerne un seul créancier et un seul débiteur. Il est cependant certains cas où, pour une même obligation, il y a pluralité de sujets : il y a plusieurs créanciers et/ou plusieurs débiteurs.

Dans de telles hypothèses, il importe de déterminer, d'une part, ce que le(s) créancier(s) peut(vent) réclamer au(x) débiteur(s) ; cette question ressortit à la notion d'obligation à la dette, qui régit les rapports entre créanciers et débiteurs. Il importe également de préciser ce que les créanciers entre eux ou les débiteurs entre eux vont pouvoir se réclamer respectivement, lorsque l'un des créanciers a reçu plus que sa part ou lorsque l'un des débiteurs a payé plus que sa part ; cette question ressortit à la notion de contribution à la dette, qui régit les rapports entre créanciers ou entre débiteurs après l'exécution de l'obligation.

Il y a quatre catégories parmi les obligations à sujets multiples. La première catégorie apparaît comme le principe en la matière, auquel les trois autres apportent des exceptions :

a) les obligations conjointes constituent le droit commun des obligations à sujets multiples : ce sont des obligations divisibles par nature et dont le régime juridique est tel qu'elles se divisent de plein droit entre les créanciers et/ou entre les débiteurs.

Du point de vue de l'obligation à la dette, en cas de pluralité de créanciers (divisibilité active), chaque créancier ne peut réclamer que sa part au débiteur, qui, lorsqu'il a payé l'un des créanciers, n'est libéré qu'à l'égard de ce dernier et à concurrence de la part qui lui revient. En cas de pluralité de débiteurs (divisibilité passive), chaque débiteur ne doit payer au créancier que la part de la dette qui lui incombe et, lorsque l'un des débiteurs a effectué le paiement de la part qui lui incombait, les autres ne sont pas personnellement libérés à l'égard du créancier. Par voie de conséquence, lorsque l'obligation est conjointe, il faudra autant de mises en demeure et d'interruptions de prescription qu'il y a de

débiteurs. Dans ce système, les parts incombant aux débiteurs ou revenant aux créanciers sont en principe des parts viriles, i.e. égales (uir, homme) : deux époux prêtent 10 000 sesterces ; chacun n'est créancier que de la moitié de la somme prêtée.

b) les obligations solidaires constituent une exception au droit commun (art. 1202 C.c.) : il y a solidarité lorsqu'en vertu de la loi, d'une disposition contractuelle ou d'une règle coutumière, plusieurs personnes sont créancières ou débitrices de la totalité de la créance ou de la dette.

Lorsqu'il y a pluralité de créanciers et solidarité prévue par le contrat, chaque créancier peut réclamer la totalité de la créance : c'est la solidarité active (art. 1197 C.c. : le créancier qui a perçu la totalité de la créance doit évidemment partager son produit avec les autres créanciers).

Lorsqu'il y a pluralité de débiteurs (art. 1200 C.c.) et solidarité prévue par le contrat, la loi ou une règle coutumière, chaque débiteur est tenu de la totalité de la dette : c'est la solidarité passive (le débiteur qui a payé toute la dette peut se retourner contre les autres codébiteurs solidaires pour leur part contributive).

La solidarité active résulte d'un contrat (art. 1202, al. 1er, C.c.) ; la solidarité passive résulte d'un contrat (ibid. ; exemple : deux colocataires s'engagent solidairement), de la loi (art. 1202, al. 2, C.c. ; ainsi deux commodataires empruntent conjointement la même species) ou d'une règle coutumière (en droit positif, la solidarité est présumée entre codébiteurs commerçants).

Lorsqu'il y a solidarité active, la mise en demeure (art. 1207 C.c.) et l'interruption de la prescription (art. 1199 et 1206 C.c.) faites par un créancier profitent aux autres. Lorsqu'il y a solidarité passive, la mise en demeure adressée à l'un des débiteurs et l'interruption de la prescription à l'égard de l'un d'entre eux valent à l'égard des autres débiteurs.

La solidarité passive constitue une sûreté personnelle que l'on peut comparer avec le cautionnement :

lorsqu'il y a solidarité passive, chacun des codébiteurs est débiteur principal vis-à-vis du créancier, qui, sans avoir à se justifier, peut choisir celui des codébiteurs à qui il réclamera l'exécution de l'obligation. Le codébiteur sollicité est obligé de payer la totalité de la dette.

au contraire, lorsqu'il y a cautionnement, la caution est un débiteur accessoire, subsidiaire, qui ne peut, en principe, être sollicité par le créancier que si ce dernier n'a pas réussi à obtenir du débiteur principal l'exécution, en tout ou en partie, de l'obligation.

c) les obligations indivisibles constituent une autre exception aux obligations conjointes : il y a obligation indivisible lorsqu'une obligation ne peut être exécutée qu'en une seule fois pour sa totalité (art. 1218 C.c.). L'indivisibilité résulte :

soit de la nature : l'indivisibilité résulte du caractère naturellement indivisible de l'objet de l'obligation (deux héritiers acceptent une succession et trouvent dans celle-ci l'obligation de livrer un cheval...) ;

soit de la convention : l'indivisibilité résulte d'une clause prévue dans le contrat (trois sœurs empruntent un million ; le contrat prévoit que ce million est indivisible, et devra donc être remboursé en une seule fois pour sa totalité).

En cas de prédécès d'un codébiteur principal, solidaire, s'il y a pluralité d'héritiers qui acceptent la succession, en ce qui les concerne, on retrouve le régime de droit commun (obligation conjointe : art. 1219 C.c.). Ce régime, favorable aux héritiers (chacun n'est tenu que de sa part de la dette totale), comporte des inconvénients pour le créancier (fractionnement des poursuites). Supposons un créancier et deux codébiteurs solidaires. Un des codébiteurs meurt et laisse trois héritiers qui acceptent la succession. À leur niveau, s'applique normalement le principe de droit commun : la division de la dette en parts viriles. Le créancier a donc, en face de lui, d'une part, une personne tenue de payer la totalité de la dette (le codébiteur solidaire encore en vie) et, d'autre part, trois personnes tenues ensemble de payer la totalité, mais chacune n'étant tenue que d'1/3 de la dette. On peut éviter ce fractionnement en prévoyant, dans le contrat initial, une clause d'indivisibilité de la dette, en sorte que chacun des héritiers sera tenu de la totalité de la dette. Le créancier aura ainsi quatre codébiteurs solidaires.

La clause d'indivisibilité est un attribut, un complément ajouté à la sûreté personnelle qu'est la solidarité passive : elle ne constitue pas une sûreté personnelle en tant que telle.

d) les obligations in solidum (pour le tout)

Il y aura obligation in solidum, lorsqu'il résulte des nécessités de la situation que plusieurs personnes sont tenues vis-à-vis d'un créancier au paiement total d'une obligation. L'obligation in solidum résulte donc des caractéristiques de la situation qui fait naître l'obligation ; elle implique que plusieurs personnes soient tenues à l'exécution intégrale de cette obligation vis-à-vis du créancier. Par excellence, le domaine d'application de l'obligation in solidum est la responsabilité extracontractuelle : ainsi, entre l'assureur en responsabilité civile et l'assuré auteur de l'accident automobile.

En droit romain, l'obligation in solidum s'est développée en matière de délits, mais elle constitue le fruit d'une réflexion juridique : au départ, les actions nées de délits pouvaient s'intenter cumulativement contre tous les auteurs du délit. Ce n'est qu'après une certaine évolution que le droit romain a admis que, si la réparation d'un préjudice pouvait être demandée à chacun de ceux qui en sont responsables, cette réparation ne pouvait être fournie qu'une seule fois au total.

iv) Les effets spéciaux des obligations à terme et conditionnelles

a) LE TERME (DIES)

1) Notion générale

Le terme est un événement futur et certain, déterminé (dies certus) ou indéterminé (dies incertus), qui a pour effet :

soit de suspendre l'exigibilité d'une obligation entièrement et valablement formée : terme suspensif ou dilatoire (l'obligation existe ; seule son exigibilité est différée dans le temps jusqu'à l'échéance du terme).

soit de provoquer, lors de son échéance et pour l'avenir l'extinction d'une obligation entièrement et valablement formée : terme extinctif (l'obligation existe ; son exigibilité subsiste jusqu'à l'échéance du terme).

Le terme court jusqu'à son échéance (terme échu).

2) Le terme suspensif ou dilatoire (dies a quo, jour à partir duquel)

Espèces

Il y a deux classifications tripartites en matière de terme suspensif ou dilatoire :

selon l'origine du terme :

1) Le terme de droit ou terme convenu est prévu par les parties contractantes :

soit expressément : une date de restitution prévue dans un contrat de prêt à usage.

soit tacitement : un prêt à usage non assorti d'une date de restitution ; quand l'emprunteur n'aura plus besoin de la species, il devra la restituer.

2) Le terme de fait est accordé par le créancier à son débiteur lorsque le terme de droit est échu, mais le créancier ne met pas son débiteur en demeure. Le débiteur qui n'est pas mis en demeure par son créancier peut, en effet, considérer que le

créancier lui accorde un laps de temps supplémentaire pour exécuter son obligation.

3^ole terme de grâce est accordé par le juge au débiteur qui se trouve dans certaines conditions : il faut, pour pouvoir en bénéficier, que le débiteur soit malheureux et de bonne foi, ce qui signifie, respectivement, victime des circonstances et exempt de faute (art. 1244, al. 2, C.c.).

selon le bénéficiaire du terme :

1^ole terme consenti au seul profit du débiteur

Le droit positif présume de manière non irréfragable que le terme est consenti au profit du débiteur (art. 1187 C.c.) : sauf preuve contraire :

le commodat ou prêt à usage ;

le prêt de consommation sans intérêt.

2^ole terme consenti au seul profit du créancier :

ainsi le dépôt ordinaire à titre gratuit.

3^ole terme consenti au profit des deux parties, débiteur et créancier

le louage de chose ;

le dépôt ordinaire à titre onéreux ;

le prêt de consommation avec intérêts.

Effets du terme suspensif

Pour examiner les effets du terme suspensif, il faut considérer deux moments : dans un premier temps, avant l'échéance du terme, donc entre la conclusion du contrat et l'exigibilité de l'obligation, et, dans un second temps, à l'échéance du terme.

les effets avant l'échéance du terme

Praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio, l'obligation est présente,

mais jusqu'à l'échéance du terme, le paiement est retardé : il y a donc obligation constituée mais l'exigibilité de cette obligation est différée dans le temps jusqu'à l'échéance du terme. Avant l'échéance du terme, il faut distinguer deux types d'effets :

les effets positifs se produisent dès la conclusion du contrat, malgré le fait que l'exigibilité de l'obligation soit suspendue jusqu'à l'échéance du terme ;

les effets négatifs ne se produisent pas encore mais deviendront des effets positifs lorsque le terme sera échu.

1o Les effets positifs sont au nombre de huit : sept effets généraux valent pour tous les contrats et un effet spécifique ne joue que pour une catégorie particulière de contrats.

1) C'est au jour de la formation du contrat qu'il faut se placer pour vérifier si tous les éléments constitutifs essentiels requis, les *essentialia negotii*, ont été réunis : un mineur d'âge passe le 1er janvier un contrat de bail affecté d'un terme suspensif, portant sur l'exécution du contrat, arrivant à échéance le 1er juillet. Bien qu'à cette date, le mineur d'âge ait atteint la majorité, le contrat n'en sera pas moins susceptible de faire l'objet d'une action en nullité relative.

2) Le principe de la convention-loi joue dès la conclusion du contrat : il n'est donc pas permis aux parties, sauf dans les cas où la loi et la coutume le permettent, de se dégager unilatéralement du contrat conclu.

3) En cas de décès du créancier à terme ou du débiteur à terme se produit une transmissibilité active (du côté du créancier) ou passive (du côté du débiteur) : le contrat se transmet aux héritiers qui acceptent la succession.

4) Le créancier à terme est en droit d'accomplir divers actes de nature conservatoire pour préserver ses intérêts (souscription d'une police d'assurance, accomplissement d'un acte interruptif de prescription, ...).

5) Dès la formation du contrat, s'il y a lieu, les délais de prescription acquisitive commencent à courir.

6) Quand les droits du créancier à terme sont mis en péril, il y a déchéance de plein droit du terme (art. 1188 C.c.) : par mise en péril, on entend faillite (en matière commerciale), la déconfiture (en matière civile), la diminution par la

faute du débiteur des sûretés spéciales consenties au créancier. Dès lors que le terme disparaît de plein droit, la créance devient pure et simple, et le créancier peut participer à la liquidation de l'actif.

7) Le paiement avant terme est parfaitement valable dès lors qu'il procède de la volonté de celui en faveur duquel le terme a été consenti. Si le terme a été consenti au profit du débiteur et du créancier, le paiement avant terme peut être effectué à la condition qu'ils soient tous deux d'accord. Si le terme a été consenti au profit du seul créancier, celui-ci peut renoncer au bénéfice du terme et demander le paiement avant l'échéance. Si le terme a été consenti au profit du seul débiteur, celui-ci peut effectuer un paiement anticipatif, qui ne sera pas considéré comme un paiement indu (de telle manière qu'une action en répétition de l'indu ne pourrait pas aboutir : art. 1186 C.c.). Il arrive cependant que, dans les faits, le créancier refuse le paiement anticipatif : à cet effet, il existe une mora creditoris, ou mise en demeure du créancier (sommation que fait le débiteur au créancier d'accepter le paiement anticipé). Cette mise en demeure prend, en droit positif, la forme d'une procédure appelée procédure d'offres réelles suivies de consignation : le débiteur offrira à son créancier de le payer, mais si celui-ci refuse le paiement, le débiteur déposera le paiement à la Caisse des dépôts et consignations.

8) Cet effet est propre aux contrats synallagmatiques parfaits, translatifs de propriété, portant sur une species et affectés d'un terme suspensif pour l'exécution des obligations autres que celle de transférer la propriété, par application de la règle Res perit domino : dès la conclusion du contrat, l'acheteur est devenu propriétaire et titulaire de la charge des risques (sauf clause contraire expresse). Si la chose périt casu entre le moment de la conclusion du contrat et son exécution différée (délivrance de la chose), les risques seront, en principe, supportés par l'acquéreur de la species (sauf les exceptions vues précédemment).

2o Les effets négatifs sont au nombre de quatre :

1) Le créancier ne peut pas mettre son débiteur en demeure avant le lendemain de l'échéance du terme (en droit, les délais se comptent en jours et non en heures : v. art. 2260 C.c.). Il y a deux exceptions à ce principe :

– lorsque le terme existe au profit du seul créancier (le créancier peut y renoncer) ;

– lorsqu’il y a mise en péril des droits du créancier (déchéance du terme de plein droit).

2) Le créancier ne peut accomplir aucun acte d’exécution avant le lendemain de l’échéance du terme.

3) Les délais de prescription extinctive de l’action en exécution forcée de l’obligation ne commencent à courir qu’à partir de l’échéance du terme (art. 2257 C.c.), et bien évidemment sans rétroactivité. Dans ce cas, s’applique la règle *Actioni non natae non praescribitur*, il n’y a pas de prescription pour une action qui n’est pas née : le créancier n’a, en effet, aucune raison d’intenter une action en exécution forcée contre son débiteur pour une obligation qui n’est pas encore exigible.

4) La compensation n’est pas possible entre une dette pure et simple et une dette à terme, sauf si le terme est un terme de grâce. La compensation est un mode d’extinction de deux obligations réciproques jusqu’à concurrence du montant le plus faible.

les effets à l’échéance du terme

À l’échéance du terme suspensif, l’obligation devient exigible, mais le retard fautif ne commence éventuellement que le lendemain de l’échéance du terme. En principe, en cas de retard fautif, il faut que le débiteur soit mis en demeure par une sommation expresse de son créancier, par application de la règle *Dies non interpellat pro homine* (art. 1146 C.c.). À l’échéance du terme, les effets négatifs deviennent positifs :

1) le créancier peut mettre son débiteur en demeure ;

2) le créancier peut accomplir des actes d’exécution ;

3) les délais de prescription extinctive commencent à courir (à partir de l’échéance du terme, le créancier peut intenter une action en exécution forcée) ;

4) la compensation entre une dette pure et simple et une dette à terme échu devient possible.

3) Le terme extinctif (*dies ad quem*, jour jusqu’auquel)

Le terme extinctif en droit romain

Dans l'ancien droit romain, le terme extinctif n'existait pas : Ad tempus debere non potest, pour un temps (limité), il ne peut être dû. L'obligation persistait, sauf à s'éteindre par un procédé contraire à celui qui l'avait constituée, et le terme extinctif adjoint à l'acte générateur de l'obligation était non avenu. La situation était particulièrement heurtante lorsqu'il y avait stipulation de rente viagère : la rente viagère existait en droit romain, mais, au départ, elle présentait cette particularité que si l'on avait stipulé, par un contrat de stipulation, que l'on paierait une rente viagère, la rente était perpétuelle. Elle se transmettait donc activement aux héritiers du crédirentier et passivement aux héritiers du débirentier. Devant cette situation inéquitable parce que contre nature, le préteur est intervenu pour corriger les excès du droit civil et a mis en œuvre une exception de dol au profit du débirentier, dans l'hypothèse de la mort du crédirentier. En effet, il était absurde de transmettre activement la rente viagère alors que celle-ci était liée à la personne du crédirentier. La notion de dol permit donc de mettre fin au paiement de la rente lors de la mort du crédirentier. L'exception de dol contribua ainsi à la systématisation du terme extinctif.

Les effets du terme extinctif

avant l'échéance du terme

Pendant que le terme court, l'obligation est entièrement valide mais n'est, en principe, pas exigible.

à l'échéance du terme

Les effets du terme sont d'éteindre complètement l'obligation. Pour qu'il y ait terme extinctif, il faut, en principe, qu'il y ait contrat successif ; par exception, le terme extinctif peut se concevoir dans le cadre d'un contrat instantané, lorsque celui-ci a pour objet la constitution d'un ius in re aliena : vente d'une servitude prédiale pour une durée de vingt ans.

Remarques relatives aux deux espèces de terme

-
- :

1o – Il arrive que le même contrat comprenne un terme suspensif et un terme extinctif : un contrat de bail débutant le 1er avril et prenant fin le 31 juillet.

2o – Il arrive que la même date présente un aspect suspensif et un aspect extinctif, selon l'obligation qu'elle affecte : une maison louée pour un mois ; la fin du mois constitue l'échéance du terme suspensif de l'obligation de restituer en même temps que celle du terme extinctif de l'obligation de se comporter en bon père de famille.

3o – Le terme, qu'il soit suspensif ou extinctif, produit ses effets sans rétroactivité (ex nunc, à partir de maintenant).

b) LA CONDITION (CONDICIO)

1) Notion générale

La condition est un événement futur, incertain (art. 1168 C.c.), positif ou négatif, possible, licite, exprès ou tacite, qui ne peut dépendre de la pure volonté du débiteur, et qui a pour effet :

soit de suspendre l'exécution d'une obligation jusqu'à sa réalisation éventuelle : condition suspensive (art. 1181 C.c.) ;

soit de provoquer l'anéantissement, lors de sa réalisation éventuelle, d'une obligation entièrement formée : condition résolutoire (art. 1183 C.c.).

- Événement futur : peu importe, à cet égard, l'intention des parties. Le caractère futur, comme d'ailleurs le caractère incertain, de la condition doit être objectif. Il se pourrait que les parties contractantes subordonnent l'exécution d'une obligation à un événement qui s'est déjà passé au moment de la conclusion du contrat, mais qui leur est encore inconnu, de manière telle que, dans leur esprit, l'obligation est affectée d'une condition suspensive. Si l'événement s'est déjà déroulé, l'obligation ne pourra être considérée comme une obligation conditionnelle : elle apparaîtra en réalité comme une obligation pure et simple (art. 1181, al. 3, C.c.). Or, les conséquences en cas de perte casu différeront selon les hypothèses :

1

■

re hypothèse

■

: au moment de l'accord de volontés, la res qui fait l'objet du contrat a déjà péri casu, mais les parties l'ignorent :

– si la perte casu est une perte totale, le contrat sera nul faute d'objet (art. 1601, al. 1er, C.c.). Les risques seront supportés par le vendeur, en vertu de la règle

Res perit venditori (ou Res perit domino).

– si la perte casu est une perte partielle, l'acheteur va pouvoir demander la nullité pour erreur-obstacle. Les risques seront également supportés par le vendeur, en vertu de la règle Res perit venditori. L'acheteur peut cependant poursuivre l'exécution du contrat mais en demandant alors une ventilation (réduction) du prix, au prorata de la perte de la chose vendue (art. 1601, al. 2, C.c.).

2e hypothèse

■

: au moment de l'accord de volontés, la chose existe mais le contrat n'est pas exécuté immédiatement et la res disparaît casu entre la conclusion et l'exécution du contrat :

– le contrat est affecté d'une condition suspensive : l'obligation ne sera exécutée que si la condition se réalise.

Exemple : j'achète votre maison si j'obtiens telle nomination (la nomination n'est pas acquise). Dans cette première sous-hypothèse, si la chose périt pendente condicione, deux cas peuvent se présenter :

– soit la condition ne se réalise pas, et le contrat disparaît. Celui qui aurait été le vendeur supporte en conséquence les risques : Res perit venditori (ou Res perit domino) ;

– soit la condition se réalise, et il faut encore distinguer :

- si la perte est totale, le vendeur va supporter la perte, parce qu'il n'a plus d'objet à livrer : Res perit venditori (art. 1182, al. 2, C.c.),

- si la perte est partielle, l'acheteur peut choisir (art. 1182, al. 3, C.c.) de demander :

– la résolution du contrat, et, dans ce cas, le vendeur supporte la perte : Res perit venditori,

– la chose dans l'état où elle se trouve ; dans cette dernière hypothèse l'acheteur ne peut réclamer une diminution du prix, et, il supporte la perte partielle : Res

perit emptori ;

– le contrat n'est pas affecté d'une condition suspensive, car l'événement futur et incertain s'est en réalité déjà réalisé à notre insu.

Exemple : j'achète votre maison si j'obtiens telle nomination (la nomination est acquise, mais je l'ignore encore). Il s'agit alors d'une vente pure et simple, et l'acheteur supportera la perte casu, qu'elle soit partielle ou totale : Res perit emptori (ou Res perit domino).

- incertain : l'incertitude doit être objective. Les parties ne peuvent être certaines que l'événement se produira ou non, encore que, selon les cas, l'incertitude puisse être grande ou limitée. À cet égard il ne faut pas s'en tenir, pour distinguer la condition et le terme, au libellé de la modalité :

– si vous mourez : il s'agit d'un événement certain, donc d'un terme ;

– si vous mourez avant telle date : il s'agit d'un événement incertain, donc d'une condition.

- positif ou négatif : les conditions peuvent, en effet, se présenter tantôt :

– sous la forme positive : telle obligation devra être exécutée si tel événement se produit ;

– sous la forme négative : telle obligation devra être exécutée si tel événement ne se produit pas.

- possible : l'événement doit être possible matériellement et juridiquement. Si la condition est impossible, il faut examiner si elle est positive ou négative :

1) la condition impossible et négative est réputée non écrite car deux négations sont réputées s'annuler. Le législateur estime qu'il s'agit là d'un jeu gratuit et ignore la condition (art. 1173 C.c.) : e.g. si Titius ne touche pas le ciel du doigt (si Titius caelum digito non tetigerit).

2) si la condition est impossible et positive, il faut examiner si elle s'inscrit dans un contexte de libéralité ou dans un autre contexte :

– si la condition impossible et positive s'inscrit dans le contexte d'une libéralité,

elle sera réputée non écrite, mais n'entraînera pas la nullité du contrat. La libéralité restera valable (art. 900 C.c. : le Code civil applique à la lettre la solution romaine) ;

– si la condition impossible et positive ne s'inscrit pas dans le contexte d'une libéralité, la condition est nulle, et entraînera la nullité de tout le contrat (art. 1172 C.c.).

La jurisprudence contemporaine n'applique pas la lettre du Code civil mais examine si la condition incriminée est déterminante ou non du consentement du ou des auteurs de l'acte.

- licite et morale : la condition doit être conforme aux dispositions impératives fixées par le droit objectif, ainsi qu'à l'ordre public et aux bonnes mœurs ; conditions non valables, parce qu'illicites ou immorales :

si vous divorcez (sauf s'il s'agit de régir les effets d'un divorce par consentement mutuel),

si vous changez de religion,

si vous commettez un dol,

si vous installez une maison de jeux.

S'il s'agit d'une libéralité, la condition seule est réputée non écrite, mais la libéralité reste valable. S'il s'agit d'un contrat autre qu'une libéralité, la condition est nulle, elle n'est pas réputée non écrite, et par conséquent entraîne la nullité de la totalité de l'acte (même remarque qu'en matière de condition impossible) ;

exprès ou tacite : elle peut être soit expressément prévue dans le contrat, soit exister tacitement. Par exemple, une condition tacite de mariage existe dans les situations suivantes :

le contrat de mariage, passé avant le mariage, ne sort évidemment ses effets que si le mariage a lieu,

la promesse de dot ne sortira évidemment ses effets que si le mariage a lieu ;

ne pouvant dépendre de la pure volonté du débiteur : est seule visée ici la condition purement potestative suspensive au profit du débiteur. Issue de la pure fantaisie du débiteur, elle rend le contrat nul (art. 1174 C.c.). Il convient, à cet égard, de distinguer :

les conditions potestatives sont les conditions dont la réalisation ou la défaillance dépend de la volonté de l'une des parties (art. 1170 C.c.). On distingue encore en leur sein :

1o les conditions purement potestatives dépendent du pur caprice, de la pure fantaisie du cocontractant, soit du créancier, soit du débiteur : tu promets si tu veux bien (spondesne si volueris),

2o les conditions simplement potestatives dépendent d'une volonté réfléchie, rationnelle, dans laquelle interviennent des éléments extérieurs pouvant être de deux types :

soit le hasard : e.g. j'achète si l'essai du char me paraît satisfaisant,

soit l'intervention d'un tiers : e.g. j'achète si j'épouse Marcia,

Les conditions simplement potestatives sont mixtes puisque leur réalisation ou leur défaillance éventuelle dépend à la fois de la volonté d'une des parties et d'un élément extérieur (art. 1171 C.c.).

les conditions casuelles sont celles dont la réalisation ou la défaillance éventuelle dépend exclusivement d'éléments extérieurs (art. 1169 C.c.) :

soit le hasard : s'il pleut ;

soit un tiers : si Gaius vient habiter en Gaule.

Seules les conditions suspensives purement potestatives au profit du débiteur sont nulles et annulent le contrat. Au contraire sont admises, par conséquent :

les conditions résolutoires purement potestatives ou simplement potestatives : e.g. vente à réméré (re-emere, acheter à nouveau). Cette terminologie est incorrecte : il s'agit d'une vente unique dans laquelle le vendeur se réserve la faculté de résoudre le contrat s'il se repent d'avoir vendu. Il ne s'agit dès lors pas d'une seconde vente ou d'un rachat.

les conditions suspensives, à la condition qu'elles soient, selon les cas :

simplement potestatives :

au profit du débiteur : e.g. vente à l'essai avec condition suspensive. En droit positif, lorsque les parties ne précisent rien, on présume que la vente à l'essai est conclue sous condition suspensive simplement potestative au profit du débiteur du prix,

au profit du créancier : e.g. promesse de contrat. Une partie s'engage et l'option qui appartient au créancier constitue une condition suspensive simplement potestative au profit de ce créancier,

purement potestatives au profit du créancier : je vous donne tel bien si vous le désirez ;

les conditions suspensives ou résolutoires casuelles : si je gagne à la loterie ou au jeu des osselets.

Tant que la condition n'est pas réalisée, ou qu'il n'est pas établi qu'elle ne se réalisera pas, elle est pendante (pendente condicione). Si la condition ne se réalise pas, on parle de défaillance de la condition. La condition est pendante tant qu'il n'est pas acquis qu'elle ne se réalisera pas (art. 1176 C.c.).

L'incertitude peut donc, en théorie, durer fort longtemps dans certains cas. C'est la raison pour laquelle les parties veilleront à prévoir un délai maximum de réalisation de la condition. Dès ce moment, si la condition n'est pas réalisée dans le délai prévu, il y aura défaillance de cette condition, même s'il apparaît que l'événement peut encore se produire ultérieurement (art. 1177 C.c.).

2) La condition suspensive (condicio a qua, condition à partir – de la réalisation – de laquelle)

Notion

En droit positif, la Cour de cassation a tranché en faveur de l'effet confirmatif de la condition suspensive : l'obligation est d'emblée valide mais son exécution est suspendue jusqu'à la réalisation éventuelle de la condition.

En droit romain, la situation est plus complexe. Certains textes s'expriment dans le sens d'un effet créateur, la condition suspendant la formation complète de

l'obligation ; d'autres textes s'expriment au contraire dans le sens de l'effet confirmatif, supposant que l'obligation avait déjà une certaine existence avant la réalisation de la condition. En synthèse, le droit romain présente à la fois des solutions qui se rattachent au premier point de vue et des solutions qui impliquent le second, parce que les jurisconsultes se sont prononcés d'une manière empirique, désireux de respecter au mieux l'intention des parties et de servir au mieux l'utilité pratique.

Effets de la condition suspensive

Il faudra les considérer à trois moments distincts :

avant la réalisation éventuelle de la condition ;

lors de sa réalisation éventuelle ;

lors de sa défaillance éventuelle.

a) Avant la réalisation éventuelle de la condition

On distingue deux groupes d'effets lorsque la condition est pendante (pendente condicione) :

d'une part, les effets positifs se produisent dès l'origine ;

d'autre part, les effets négatifs ne se produisent pas encore mais deviendront éventuellement des effets positifs dans l'hypothèse où la condition se réaliserait.

1o Les effets positifs se produisent dès le départ et sont au nombre de cinq :

1) C'est au jour de la formation du contrat qu'il convient de se placer pour vérifier si les *essentialia negotii*, les éléments constitutifs essentiels requis sont réunis.

2) Le principe de la convention-loi joue dès le départ ; il est donc en principe impossible pour les parties de se dégager unilatéralement. Si le débiteur empêche la condition de se réaliser, celle-ci sera considérée comme réalisée (art. 1178 C.c.).

3) Il y a transmissibilité active, pour le créancier conditionnel, ou passive, pour

le débiteur conditionnel, en cas de décès. Les héritiers qui acceptent la succession trouvent donc la créance ou la dette sous condition dans la succession de leur auteur.

4) Les créanciers conditionnels peuvent participer à la procédure de liquidation, si jamais le débiteur tombe en faillite ou en déconfiture alors que la condition est pendante. Les créanciers vont produire leurs créances conditionnelles et sera provisionné pour eux un dividende correspondant au montant de leurs créances conditionnelles. Si la condition se réalise, ils deviendront créanciers purs et simples, partant le dividende leur sera attribué. Par contre, si la condition ne se réalise pas, le dividende sera redistribué entre les autres créanciers (chirographaires).

5) Les créanciers peuvent prendre des mesures conservatoires de leurs droits conditionnels (art. 1180 C.c.) :

- faire assurer l'immeuble contre l'incendie ;
- faire assurer des meubles contre le vol ;
- interrompre une prescription qui serait en train de courir.

2o Les effets négatifs ne se produisent pas encore et sont au nombre de sept :

1) Le créancier conditionnel ne peut pas mettre son débiteur en demeure tant que la condition n'est pas réalisée.

2) La compensation est impossible entre une dette exigible et une créance conditionnelle.

3) Le créancier ne peut accomplir aucun acte d'exécution.

4) Les délais de prescription extinctive de l'action en exécution forcée ne courent pas encore contre le créancier conditionnel.

5) Les délais de prescription acquisitive ne courent pas encore.

6) Si le débiteur conditionnel paie pendente condicione, le paiement est indu, car nul ne sait encore si la condition va se réaliser. Le paiement peut donc faire l'objet d'une action en répétition.

7) Si le contrat est synallagmatique parfait, translatif de propriété et porte sur une espèce, les risques restent à charge du débiteur conditionnel de la chose (par exemple le vendeur) qui est encore propriétaire, en vertu de la règle *Res perit venditori* ou *Res perit domino* (sauf s'il y a réalisation ultérieure de la condition, perte casu partielle de la chose et que l'acheteur choisit d'exiger la chose telle quelle, sans diminution de prix).

Ainsi la condition suspensive produit-elle sept effets négatifs alors que le terme suspensif en produit quatre : les quatre premiers effets négatifs de la condition suspensive sont identiques à ceux rencontrés en matière de terme suspensif ; les trois autres sont des effets positifs du terme suspensif qui deviennent des effets négatifs pour la condition suspensive.

b) Lors de la réalisation (éventuelle) de la condition suspensive (*condicio impleta*, *existens*)

L'obligation doit être exécutée. L'obligation produit ses effets rétroactivement, en principe du moins (art. 1179 C.c.) : la rétroactivité, qui est de principe, ne constitue cependant pas l'essence de la condition suspensive, de manière telle qu'elle subit nombre d'aménagements. Ainsi, les actes d'administration normaux accomplis par le débiteur conditionnel restent-ils opposables au créancier (par exemple, un bail qui n'excéderait pas neuf ans). Le débiteur conditionnel conserve les fruits acquis pendente *condicione*. La théorie des risques subit également des aménagements à la rétroactivité (les risques restent à charge du vendeur). Pour le surplus, la rétroactivité existe bel et bien. Ainsi un paiement fait pendente *condicione* (et donc indu au départ) est-il validé lors de la réalisation de la condition suspensive. Le débiteur pourra répéter ce paiement tant que la condition n'est pas réalisée, mais une fois la condition réalisée, le paiement perd son caractère indu du fait que la condition produit ses effets avec rétroactivité. Si le débiteur conditionnel a apporté certains aménagements, certaines améliorations à la chose, la théorie des impenses est d'application.

c) Lors de la défaillance (éventuelle) de la condition suspensive (*condicio deficiens*)

S'il est acquis qu'elle ne pourra jamais être réalisée ou ne s'est pas réalisée dans les délais prévus par les parties, le contrat disparaît, il devient caduc.

3. La condition résolutoire (*condicio ad quam*, condition jusqu'à – la réalisation

de – laquelle)

- Notion

La condition résolutoire anéantit une obligation entièrement et valablement formée lorsqu'elle se réalise (art. 1183 C.c.). Si l'anéantissement se produit sans rétroactivité lors de l'échéance du terme extinctif, il suppose la rétroactivité de principe lors de la réalisation de la condition résolutoire, sous réserve de certains aménagements.

Au départ, le droit romain ne connaissait pas plus la condition résolutoire que le terme extinctif. Mais, pour arriver au résultat d'une condition résolutoire, les Romains, avec ingéniosité, adjoignaient au contrat principal un pacte (adjoint) de résolution, lui-même affecté d'une condition suspensive. Avant la réalisation de la condition suspensive, l'opération juridique principale produisait tous ses effets, de manière pure et simple. Si la condition suspensive se réalisait, le pacte de résolution produisait son objectif d'anéantissement du contrat principal auquel il avait été adjoint : Gaius vendait tel bien à Stichus (contrat principal, vente). Si Stichus ne payait pas le prix, Gaius se réservait le droit de résoudre la vente (pacte adjoint de résolution, affecté d'une condition suspensive). Dès lors, si l'acheteur Stichus ne payait pas, le pacte de résolution devenait d'application et son effet était de provoquer la dissolution du contrat principal de vente. Ce n'est qu'à la suite d'une évolution que le droit romain a admis le mécanisme de condition résolutoire.

- ***Les espèces de condition résolutoire***

La condition résolutoire peut être expresse ou tacite :

a) Les conditions résolutoires expresses

En droit romain, les conditions résolutoires expresses se rencontraient avant tout dans la vente. Parmi les quatre conditions résolutoires qui suivent, trois fonctionnaient au profit du vendeur, une seule au profit de l'acheteur.

1o Conditions au profit du vendeur

– Le pactum de retrouendendo : littéralement « pacte de revente » ; à l'heure actuelle, pacte de rachat ou vente à réméré (art. 1659 à 1673 C.c.). En réalité, il s'agit d'une seule et unique vente, affectée d'une condition résolutoire expresse

au profit du vendeur, qui a pour effet, si elle se réalise, de résoudre le contrat : le vendeur se réserve le droit de résoudre le contrat si, dans le délai fixé par le contrat (ce délai est de cinq ans maximum : art. 1660 C.c.), il se repent d'avoir vendu, et peut restituer le prix à l'acheteur.

– La *lex commissoria* : le pacte comissoire (*committere*, encourir une peine) est une condition résolutoire expresse par laquelle le vendeur se réserve le droit de résoudre la vente si l'acheteur ne paie pas le prix à l'échéance du terme suspensif prévu pour le paiement du prix. Si le vendeur se réserve ce droit, il n'est cependant pas obligé de le mettre en application : dans l'hypothèse où l'acheteur ne paie pas, le vendeur peut encore préférer le poursuivre en exécution forcée pour obtenir le paiement du prix (v. art. 1654 à 1657 C.c.). La *lex commissoria* paraît avoir moins servi au vendeur de sûreté pour le cas où il ne serait pas payé que de moyen de recouvrer sa liberté d'action faute de paiement. En effet, sauf si le vendeur s'en remettait à la foi de l'acheteur (par exemple, en lui concédant un terme suspensif pour le paiement), le droit romain liait le transfert de propriété au paiement du prix. Le droit positif a récupéré l'idée qui sous-tendait la *lex commissoria* mais en a étendu le champ d'application à l'ensemble des contrats synallagmatiques parfaits (art. 1184 C.c., à l'exception du bail : art. 1762bis, C.c.).

– L'*in diem additio* : l'adjudication au jour (fixé) est une clause par laquelle le vendeur se réserve le droit de résoudre le contrat de vente si, dans un certain délai, fixé dans le contrat, il trouve un autre acheteur qui lui offre de meilleures conditions. Le premier acheteur ne deviendra donc définitivement propriétaire qu'en cas de défaillance de la condition résolutoire.

2o Condition au profit de l'acheteur

– Le *pactum displicentiae* : le « pacte de déplaisir » est la vente à l'essai sous condition résolutoire. L'acheteur se réserve le droit de résoudre le contrat d'achat s'il apparaît, dans un certain délai, que l'essai est non satisfaisant, que l'objet vendu cesse de lui plaire (cette condition est déjà évoquée dans une comédie de Plaute, *Mercator*).

b) Les conditions résolutoires tacites sont celles que les cocontractants ne prévoient pas dans le contrat, mais qui sont prévues par le droit objectif. Ainsi :

– le pacte comissoire tacite. L'article 1184 du Code civil dispose que : « La

condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances. »

La résolution ne joue jamais de plein droit :

- le créancier garde le choix entre poursuivre l'exécution du contrat et demander la résolution ;
- même si le créancier choisit de demander la résolution, le juge conserve un pouvoir d'appréciation, de vérification de la gravité de la faute invoquée : le juge appréciera si le manquement est assez grave pour produire la résolution ;
 - en matière de donation, la donatio sub modo (donation avec charges) pourra être révoquée si le donataire n'exécute pas sa charge, et ce par sa faute. Il s'agit, en l'espèce, d'une variante du pacte commissoire tacite ;
 - dans la vente, la matière des vices cachés peut déboucher sur la résolution. Pour qu'il y ait vice caché, quatre conditions doivent être réunies :
 - il faut que le défaut ne soit pas apparent, i.e. visible ou décelable par un examen attentif de bon père de famille (art. 1642 C.c. : il existe des vices apparents visibles et d'autres détectables),
 - il faut que le vice existe au moment de la vente, ne fût-ce qu'en germe (maladie, par exemple) : il ne peut donc s'agir d'un défaut né ultérieurement,
 - il faut que le vice diminue ou supprime l'usage de la chose,
 - il faut que le vice présente une gravité certaine : si l'acheteur avait connu l'existence de ce vice, il n'aurait certainement pas acheté l'objet, ou du moins pas au prix qu'il a payé (art. 1641 C.c.).

En droit positif, le vendeur est tenu de la garantie des vices cachés, même s'il est de bonne foi, s'il ignore leur existence (art. 1643 C.c.). L'acheteur a le choix entre deux actions, qu'il doit intenter à bref délai (art. 1648 C.c.) :

- l'action rédhibitoire (actio redhibitoria ; re-habere, récupérer) : il choisit alors de demander la résolution du contrat ; cette résolution est rendue possible par l'existence d'une condition résolutoire tacite.
- l'action estimatoire (actio quanti minoris, « d'autant moins ») : il demande alors une réduction proportionnelle du prix (réduction évaluée par le juge ou par un expert).
- Les effets de la condition résolutoire

Il faut distinguer trois moments :

avant la réalisation ou la défaillance éventuelle de la condition ;

lors de sa réalisation éventuelle ;

lors de sa défaillance éventuelle.

– Avant la réalisation ou la défaillance

Le contrat, formé dès l'accord de volontés, sort immédiatement tous ses effets. Ainsi, en cas de vente, l'acheteur peut, s'il le désire, revendre la chose achetée, il peut l'hypothéquer s'il s'agit d'un immeuble, il peut la grever d'un ius in re aliena. Mais tout se passe nécessairement sous condition résolutoire, car, en vertu de la règle Nemo plus iuris..., on ne peut transférer plus de droit qu'on n'en a soi-même.

– Lors de la réalisation éventuelle de la condition résolutoire

Si la condition se réalise, il y aura, en principe, résolution ex tunc du contrat (rétroactivité de principe). Ainsi, en cas de vente, le vendeur reprendra la chose entre les mains de l'acheteur. Par exception, la résolution n'aura pas d'effet rétroactif en ce qui concerne :

- les fruits et les intérêts du prix ;
- les impenses ;
- les contrats successifs ;

- les incapables d'exercice ;
- les actes d'administration normaux ;
- les risques restent sur la tête de l'acheteur (sans quoi, dans le cadre d'une vente assortie d'une lex commissoria, il suffirait à l'acheteur qui, en principe, supporte la perte casu, de ne pas payer le prix, pour renvoyer les risques sur la tête du vendeur par la résolution de la vente).

– Lors de la défaillance éventuelle de la condition résolutoire

Le contrat reste acquis. Ainsi, en cas de vente, la chose reste acquise à l'acheteur, le prix au vendeur.

2.LA MODIFICATION DES OBLIGATIONS

A.Notion

Il y a modification des obligations lorsque, de commun accord, les parties modifient l'un ou l'autre élément d'un lien de droit déterminé et préexistant qu'elles entendent maintenir. Tel serait, par exemple, le cas lorsque les parties modifient le taux d'intérêt dans le cadre d'un prêt de consommation à intérêts, ou lorsque, dans un bail, elles reportent le terme extinctif en décidant de poursuivre leurs relations contractuelles pendant un certain temps.

B.Comparaison avec la novation

La modification doit être distinguée de la novation, encore que cette dernière suppose également qu'on porte atteinte à une situation préexistante. Cependant, cette atteinte décidée par les parties dans le cadre d'une novation est beaucoup plus fondamentale : elle suppose que l'obligation primitive disparaisse purement et simplement (avec ses sûretés) et fasse place à une obligation entièrement nouvelle.

La simple modification généralement sur l'une (ou plusieurs) des modalités de l'obligation préexistante que l'on choisit de conserver. La novation suppose l'*animus novandi*, i.e. l'intention des parties d'éteindre l'obligation primitive et de la remplacer par une nouvelle obligation. La simple modification des obligations ne présente pas d'*animus novandi*. L'intention des parties est donc un élément déterminant. Il n'y aura pas novation, mais simple modification de l'obligation, si le changement, bien que portant sur un élément essentiel de l'obligation initiale, n'a pas été clairement effectué dans l'intention de *nover*.

3.LA TRANSMISSION DES OBLIGATIONS

A. Notion

Il y a transmission d'une obligation lorsque l'obligation primitivement nouée entre un créancier et un débiteur passe telle quelle sur la tête d'une ou plusieurs autres personnes. Il s'agit donc d'une substitution de sujet(s), dans un lien obligatoire préexistant qui, en principe, subsiste tel quel (avec les sûretés et les exceptions). Si cette transmission se fait du côté du créancier, on parle de transmission active ; si elle se fait du côté du débiteur, on parle de transmission passive.

Ce changement de créancier et/ou de débiteur, entre vifs ou à cause de mort, dans un lien de droit préexistant que l'on maintient tel quel, s'appelle la subrogation personnelle au sens large (sub-rogare, appeler en dessous, mettre en seconde position). Le nouveau créancier ou le nouveau débiteur est appelé subrogé, tandis que l'ancien est appelé subrogeant.

Il existe également une subrogation réelle, une subrogation d'une chose à une autre : un immeuble hypothéqué fait l'objet d'une assurance contre l'incendie ; en cas de sinistre, l'indemnité payée par la compagnie d'assurances se subroge à l'immeuble hypothéqué incendié.

La transmission des obligations doit être distinguée :

du mécanisme de novation. Certes, la novation peut s'accompagner d'un changement de créancier ou d'un changement de débiteur, mais la novation provoque l'extinction de l'obligation préexistante, alors qu'en cas de la transmission des obligations, l'obligation préexistante est maintenue ;

du mécanisme de délégation, opération, par laquelle une personne, le délégant, prie une autre, le délégué, ou lui ordonne, de s'engager personnellement vis-à-

vis d'une troisième, le délégataire, qui accepte, relativement à une chose déterminée. Dans la délégation, la dette du délégant, vis-à-vis du délégataire subsiste, et ce dernier acquiert simplement un nouveau débiteur, le délégué : il y a donc deux dettes au profit du même créancier, alors que, dans la transmission des obligations, la même dette ou créance subsiste et passe sur une autre tête.

Le droit romain ancien n'offrait aucun procédé pour faire passer, à titre particulier, une créance d'une tête sur une autre : la créance était anciennement un droit attaché à la personne, à l'instar de l'usufruit par exemple. Cependant la réflexion juridique conduisit à prendre conscience que la créance est un élément actif du patrimoine (*res incorporalis*), qu'elle doit, dès lors, pouvoir être cédée. Dans un premier temps, les jurisconsultes ont alors récupéré, en les adaptant, deux procédés qui, sans transférer la créance à proprement parler, atteignaient un résultat pratique équivalent : la novation par changement de créancier faite sur la délégation du créancier (sur la délégation du créancier, sur son *iussum*, le débiteur promettait à un nouveau créancier ce qu'il devait à l'ancien : naissait ainsi une nouvelle créance) ; le mandat judiciaire (le mandataire judiciaire, nouveau créancier, obtenait la condamnation du débiteur à son profit si le mandant, ancien créancier, était reconnu créancier : le mandataire était dispensé de rendre des comptes). La technique a consisté à emprunter des formes indépendantes et à les accommoder aux nouveaux besoins. Par la suite, des réformes particulières sont venues consolider et compléter la cession de créance. En revanche, à titre universel, le droit romain a, de bonne heure, admis la cession de créance et de dette (à l'héritier).

B.Espèces de subrogation personnelle

La transmission d'obligation, active ou passive, peut avoir lieu :

à cause de mort (suite au décès du créancier ou du débiteur) : c'est la succession au sens étroit. Elle peut se faire :

à titre universel ;

à titre particulier.

entre vifs (du vivant du créancier ou du débiteur). Elle peut se faire :

à titre universel (e.g. adrogatio : adoption d'un sui iuris) ;

à titre particulier : on distingue la cession de créance et le paiement avec subrogation (transmission active) de la cession (ou reprise) de dette (transmission passive).

i) La transmission universelle ou à titre universel peut avoir lieu entre vifs (dans un nombre très limité de cas) ou à cause de mort :

la transmission universelle ou à titre universel à cause de mort découle de la dévolution successorale : les héritiers ou légataires universels ou à titre universel succèdent à la personne de leur auteur et deviennent, dès lors, créanciers ou débiteurs des droits et dettes de leur auteur, sans qu'il soit aucunement requis qu'il y ait consentement des tiers intéressés ;

la transmission universelle ou à titre universel entre vifs se produit en cas de mariage cum manu d'une femme sui iuris ou en cas d'adrogatio, voire en cas de venditio bonorum, au profit de l'acquéreur des biens du débiteur défaillant. En droit positif, elle est rare et se réalise, par exemple, lorsqu'il y a fusion ou scission de sociétés commerciales : le patrimoine d'une société est transmis à une autre, tant sur le plan actif que passif, sans qu'il faille le consentement des créanciers ou débiteurs de la première société.

Il existe cependant une exception quant à la validité de la transmission active ou passive universelle ou à titre universel : les obligations qui auraient un caractère intuitu personae.

ii) La transmission à titre particulier

a) La transmission active

1. La cession de créance est une convention par laquelle une partie, le créancier cédant, cède à une autre partie, le créancier cessionnaire, la créance qu'il possède contre un tiers, le débiteur cédé. Il s'agit donc d'un contrat entre deux parties (subrogeant et subrogé, créancier cédant et créancier cessionnaire). Le débiteur cédé n'intervient pas, en principe, et ne peut dès lors s'y opposer.

Initialement, le droit romain ne connaissait que la novation (en l'espèce par changement de créancier), par voie de stipulation (appelée alors delegatio) supposant encore le consentement du débiteur cédé et impliquant encore la perte des sûretés personnelles et/ou réelles attachées à la créance cédée. Pour éviter ces deux inconvénients, le cédant peut donner mandat au cessionnaire de procéder au recouvrement judiciaire de la créance en l'autorisant à conserver le montant auquel le cédé est condamné : ce procédé demeure toutefois précaire eu égard à la révocabilité du mandat ou à sa dissolution en cas de décès du cédant ou du cessionnaire.

Ce système de cession de l'action judiciaire plutôt que de la créance elle-même – où le consentement du débiteur n'est plus requis – est amélioré lorsqu'à partir du III^e siècle, le cessionnaire obtient une action utile contre le débiteur cédé, avec la fiction qu'il est entendu comme s'il était le créancier initial de ce dernier. Encore importe-t-il – puisque la créance est un ius in persona, donc relatif – que le cessionnaire ait porté la cession à la connaissance du cédé pour éviter que ce dernier ne se libère en payant au cédant : c'est la notification qui aboutira à l'article 1690 du Code civil.

Ce contrat entre cédant et cessionnaire peut être conclu à titre onéreux (e.g. vente) ou à titre gratuit (e.g. donation) ; il est, en principe, consensuel, mais les exigences relatives à sa formation dépendent en réalité du contrat dans lequel cette convention s'insère (e.g. respect de la solennité propre à la donation). La cession de créance a un champ d'application fort large, puisqu'elle peut, en

principe, concerner toutes créances, à l'exception des créances alimentaires et des créances intuitu personae (dans le chef du créancier). Dès le moment où elle ne porte pas sur une créance incessible, la cession de créance est valable entre parties. Ses effets particuliers sont ceux de la convention en laquelle elle s'analyse (vente, dation en paiement, donation, apport en société, nantissement, etc.).

2. Le paiement avec subrogation est un cas particulier d'application du mécanisme général de subrogation : le paiement avec subrogation suppose qu'un tiers paie la dette d'autrui. Ce n'est pas une cession de créance mais, du fait de la subrogation, il entraîne automatiquement la cession au profit du subrogé payeur, de tous les droits, actions et sûretés dont le créancier subrogeant payé disposait contre le débiteur.

Le paiement avec subrogation consiste donc, à la fois, en un paiement, par hypothèse de la dette d'autrui (certains effets du paiement avec subrogation ne s'expliquent que par l'idée de paiement, par exemple, le fait que la créance du créancier initial est considérée comme éteinte) et en une cession de créance consécutive. La cession de créance, conséquence du paiement avec subrogation, n'est pas soumise aux modalités requises pour que la cession de créance soit opposable au débiteur cédé.

La subrogation peut se réaliser de deux manières : soit elle est conventionnelle, parce qu'elle résulte d'une initiative du créancier ou du débiteur (art. 1250 C.c.) ; soit elle est légale (art. 1251 C.c.), parce qu'elle constitue un effet de plein droit du paiement réalisé, dans certaines circonstances définies par la loi, et à supposer que ce paiement ait été exécuté par un tiers personnellement intéressé à la dette (par exemple, l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession, ou encore le codébiteur solidaire, indivisible, in solidum, la caution qui a payé la dette : v. art. 1252 C.c.).

b) LA TRANSMISSION PASSIVE : CESSIION OU REPRISE DE DETTE

Alors que le débiteur n'a qu'un intérêt de convenance à demeurer en présence de son créancier, le créancier, en revanche, a un intérêt patrimonial à conserver le débiteur qu'il a accepté (solvabilité). Dès lors, la cession de dette ne saurait, sans l'accord du créancier, avoir pour résultat de libérer le débiteur de son obligation (art. 1275 C.c.).

La cession de dette est une convention par laquelle une partie s'engage envers l'autre à exécuter envers un tiers les obligations dont cette dernière est tenue. Si la convention ne porte pas atteinte aux droits du créancier, elle est valable et opposable au créancier, mais elle a seulement pour effet d'adjoindre au débiteur initial un second débiteur pour la totalité. Le simple accord du créancier quant au fait de la cession de dette ne lui enlève pas ses recours à l'encontre du débiteur cédant. Pour que le débiteur cédant soit libéré de son engagement à l'égard du créancier cédé, il convient que celui-ci l'ait expressément déchargé de son obligation.

4.L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS

Les obligations sont faites pour s'éteindre : c'est la raison pour laquelle le législateur a multiplié les causes d'extinction. Les modes directs d'extinction des obligations valent pour toutes les obligations, quel que soit leur mode de constitution. Ils diffèrent des modes indirects, qui valent uniquement pour les obligations contractuelles et correspondent aux causes de dissolution des contrats. Il y a sept modes directs d'extinction des obligations :

A.Le paiement (solutio)

Le paiement est le mode normal d'extinction des obligations : il s'agit de l'exécution volontaire de son obligation par le débiteur ; cette exécution a pour conséquence l'extinction de la dette. C'est un acte juridique unilatéral, pour lequel l'accord du créancier n'est nullement requis (il pourrait même, dans certains cas, avoir lieu contre le gré du créancier). Le mot latin solutio évoque le dénouement de l'obligation qui liait le débiteur à son créancier, lien qui, aussi longtemps que l'exécution forcée avait lieu sur la personne, pouvait aboutir à l'enchaînement du nexus dans le contrat de nexum ou d'un débiteur condamné et réticent après l'actio iudicati (u. supra).

Le paiement suscite cinq questions :

i) Qui peut payer, qui peut être solvens (littéralement : le payant) ?

Le débiteur, ou n'importe quel tiers, intéressé ou non à la dette (art. 1236 C.c.), sauf bien sûr lorsqu'il s'agit d'obligations intuitu personae (art. 1237 C.c.).

ii) À qui faire le paiement, qui peut être accipiens (littéralement : le recevant) ?

En principe (art. 1239, al. 1er, C.c.), le paiement n'est valable que s'il est fait au créancier, ou à son représentant (légal ou conventionnel). Deux séries d'exceptions à ce principe :

les cas où il est interdit de payer au créancier (art. 1241 et 1242 C.c.) : quand la procédure de faillite a débuté, un curateur est désigné, qui doit, notamment, recevoir les paiements. Le paiement fait entre les mains du créancier failli est inopposable au curateur de la faillite ;

les cas où le paiement fait à un autre que le créancier ou son représentant est valable : le paiement fait au possesseur de la créance, à celui qui se présente comme le créancier, mais qui serait par la suite évincé de la créance (art. 1240 C.c., e.g. un héritier apparent qui toucherait les créances du défunt). Ce paiement est libératoire pour le débiteur.

iii) Que faut-il payer ?

Il faut, en principe, payer en nature, ad ipsam rem (littéralement : la chose elle-même), sauf dation en paiement. Le paiement porte sur ce qui est dû, tout ce qui est dû (art. 1244, al. 1er, C.c.), mais rien que ce qui est dû (art. 1243 C.c.), par exemple la prestation de service, l'abstention, les genera, etc. Si le contrat ne précise rien quant aux genera, on admet que le débiteur se libère en livrant une qualité loyale et marchande, i.e. une qualité moyenne (art. 1246 C.c.).

Si l'obligation porte sur une somme d'argent, normalement celle-ci sera libellée dans la monnaie ayant valeur libératoire dans le pays, mais une clause peut être prévue par les parties, qui permettra au débiteur de se libérer valablement en payant dans une monnaie différente ; il faut distinguer, à cet égard, la monnaie de compte (qui fixe le montant de l'obligation) de la monnaie de paiement (dans laquelle le débiteur exécutera son obligation). De plus, le débiteur sera valablement libéré en payant la somme prévue au contrat, sans indexation, sans qu'il soit tenu compte d'une dévaluation éventuelle de la monnaie (principe du nominalisme monétaire : art. 1895 C.c.).

iv) Où faut-il payer ?

En principe, les dettes sont quérables et non portables : le créancier doit se faire payer au domicile du débiteur (art. 1247, al. 2, C.c.). Toutefois, il est fréquent que les parties prévoient un locus solutionis, un lieu de paiement (par exemple, le compte bancaire ou le domicile du créancier).

v) Quand payer ?

Les dettes sont, en principe, exigibles immédiatement mais elles peuvent être affectées d'un terme suspensif, voire d'une condition suspensive.

B.La novation (novatio)

La novation est une convention par laquelle les parties substituent à une obligation existante une obligation nouvelle (art. 1271 C.c.). L'obligation ancienne est éteinte (ce qui entraîne, en principe, l'anéantissement des sûretés qui la garantissaient : art. 1279 à 1281 C.c.) et remplacée par une obligation nouvelle. Trois conditions doivent être réunies pour qu'il puisse y avoir novation :

il faut tout d'abord une obligation préexistante ;

il faut ensuite un élément nouveau, consistant en un changement de créancier, de débiteur, d'objet ou de cause (ainsi, n'y aura-t-il pas novation si le changement affecte seulement l'une des modalités de l'obligation préexistante) ;

il faut enfin que les parties aient l'intention de procéder à une novation, qu'elles aient l'*animus novandi* (cette intention ne se présume pas : art. 1273 C.c.).

Ces trois conditions sont cumulatives. L'intention de nover est sans doute le critère essentiel qui permettra de distinguer la novation d'autres mécanismes comme la transmission ou la modification des obligations.

C.La compensation (compensatio)

La compensation est le mode d'extinction de deux obligations réciproques jusqu'à concurrence du montant le plus faible. Elle n'a acquis une portée générale qu'à partir d'une constitution de Justinien en 531 : auparavant deux dettes réciproques ne pouvaient faire l'objet, dans la procédure formulaire, que de deux actions unilatérales en sens contraire, chaque créancier (et débiteur) obtenant la condamnation ou étant condamné sans effet extinctif de la créance ou de la dette de l'autre. Actuellement la compensation peut être légale, conventionnelle ou judiciaire.

Le régime de principe est celui de la compensation légale, qui exige la réunion de cinq conditions :

les deux créances doivent être en sens contraire : les deux parties à la compensation sont créancières et débitrices l'une vis-à-vis de l'autre (art. 1289 C.c.) ;

les créances existent entre deux parties agissant en même qualité (il est ainsi impossible de compenser une dette que l'on aurait vis-à-vis d'un ministère avec une créance que l'on détiendrait contre un autre ministère, malgré le fait que les deux ministères concernés font partie de l'État) ;

les créances doivent être fongibles (art. 1291 C.c. : les obligations doivent avoir pour objet des choses qui peuvent être remplacées l'une par l'autre) ;

les créances doivent être liquides (l'obligation doit être certaine – non douteuse, non contestée – et son montant doit être déterminé) ;

les créances doivent être exigibles (les créances à terme ou les créances conditionnelles ne peuvent donc pas faire l'objet d'une compensation légale, sauf lorsqu'il y a terme de grâce).

Lorsque ces cinq conditions sont réunies, la compensation légale joue de plein droit.

Les parties peuvent convenir d'éteindre des dettes réciproques : il s'agit alors d'une compensation conventionnelle. Le juge pourrait également imposer une compensation (par exemple, dans l'hypothèse où une demande reconventionnelle est introduite par le défendeur, qu'il estime recevable et fondée) : il s'agit alors d'une compensation judiciaire. la compensation conventionnelle et la compensation judiciaire ne requièrent que les deux premières conditions.

En droit romain, la compensation était d'abord exclusivement conventionnelle ; ensuite, elle a pu être judiciaire, à partir d'une constitution de Marc Aurèle.

D. La remise de dette

La remise de dette est une convention par laquelle le créancier renonce, en tout ou en partie, à faire valoir ses droits à l'encontre de son débiteur.

Exceptionnellement, la remise de dette peut être le fruit, non d'une convention, mais d'un testament. En droit romain, il fallait observer strictement la règle *omnia quae iure contrahuntur contrario iure pereunt*. Or, jusqu'en 424 p.C., la prescription extinctive ne s'appliquait qu'à un nombre très restreint de situations : aussi convenait-il, pour assortir une remise de dette de la certitude juridique, de l'inscrire dans la forme qu'avait revêtue la naissance de l'obligation. Si celle-ci était née e.g. d'une stipulation, il fallait donc une stipulation en sens contraire pour l'éteindre, l'*acceptilatio* : « ce que je te dois, acceptes-tu de le considérer comme payé ? Oui, j'accepte. » Il s'agissait d'un paiement « imaginaire », donc symbolique. Un simple *contrarius consensus* ou contrat consensuel de remise de dette ne pouvait s'appliquer qu'à une dette née d'un contrat consensuel.

En droit positif, le régime appliqué à la remise de dette dépend encore de l'institution dont elle découle. S'il s'agit d'une convention, on exigera nécessairement et préalablement l'acceptation du débiteur. Elle peut alors être faite avec une intention libérale et constituer une donation indirecte, de manière telle que les règles de fond – et non de forme – des donations lui seront alors applicables (ainsi, les règles en matière de révocation ou de réduction). À défaut d'intention libérale (e.g. lorsque le créancier accorde une remise de dette partielle afin d'être payé plus rapidement), le droit commun des contrats est applicable. Si la remise de dette résulte d'un testament, les conditions de fond et de forme applicables au testament doivent être remplies. S'il s'agit de la remise d'une dette fiscale, elle doit résulter d'une initiative du débiteur (le contribuable) qui doit être déclarée recevable et donc acceptée par l'Etat créancier (cf. la déclaration de régularisation, qui remet les dettes d'amendes fiscales et d'intérêts de retard en cas de déclaration tardive mais spontanée de revenus imposables).

La remise de dette éteint l'obligation préexistante et cette extinction s'étend aux accessoires de cette obligation. Ainsi, la remise de dette consentie au débiteur

principal entraînera nécessairement la libération des cautions. Ainsi encore, la remise de dette à un codébiteur solidaire fera présumer de l'intention de libérer les autres codébiteurs solidaires (présomption iuris tantum).

Il ne faut pas confondre la remise de dette avec la remise du titre de la dette de l'instrumentum. En droit positif, la remise par le créancier à son débiteur du titre établissant la dette, de l'instrumentum, fait présumer la libération du débiteur (celui-ci est donc tenu quitte de sa dette) :

- lorsque le titre (l'instrumentum) est un acte sous seing privé, on suppose qu'il n'en n'existe qu'un, détenu par le créancier qui le détient : si le créancier remet l'instrumentum au débiteur, la loi présume iuris et de iure que le débiteur est libéré de son obligation (art. 1282 C.c.) ;

- lorsqu'il s'agit d'un acte authentique passé devant notaire, il en existe plusieurs exemplaires, l'original et les copies (l'original d'un acte notarié s'appelle la minute ; la première copie s'appelle la grosse ; les autres copies s'appellent les expéditions). Le notaire garde la minute et, dès lors que le créancier remet à son débiteur une copie, cela pourrait également être interprété comme un rappel de sa dette, et non comme une remise de dette. Dès lors, la remise par le créancier d'une copie à son débiteur fera seulement présumer iuris tantum la remise de la dette (art. 1283 C.c.).

E. La confusion

La confusion est la réunion sur la tête d'une même personne des qualités de créancier et de débiteur. En pratique, cette notion trouve son intérêt en matière successorale, dans l'hypothèse du décès d'un créancier ou d'un débiteur, dont respectivement le débiteur ou le créancier se trouve être le successeur du défunt. La confusion ne pourra jouer que s'il n'y a pas séparation des patrimoines : ainsi, si le créancier d'une succession, qui est en même temps successeur, accepte la succession sous bénéfice d'inventaire, le patrimoine du défunt et le patrimoine du successeur acceptant sous bénéfice d'inventaire ne se confondent pas juridiquement, de manière telle que le successeur du débiteur prédécédé reste titulaire de sa créance à l'égard de la succession.

Rigoureusement, l'obligation ne s'éteint pas vraiment par l'effet de la confusion, qui est plutôt un obstacle à l'exécution de l'obligation. Certes, cet obstacle peut se révéler définitif, auquel cas l'exécution de l'obligation n'aura jamais lieu ; mais il se peut aussi qu'il soit temporaire (par exemple, si le débiteur du défunt, lui-même héritier, cède ses droits successoraux à un tiers), auquel cas l'obligation redevient exigible dès la disparition de l'obstacle qui avait provoqué la confusion.

F.L'impossibilité définitive d'exécuter suite à un casus

L'obligation s'éteint lorsque la prestation est devenue impossible par suite de la survenance d'un casus. Il en ira ainsi e.g. si l'obligation portait sur une species et que celle-ci a péri de manière fortuite (art. 1302 C.c.).

G.La prescription extinctive

C'est un mode direct d'extinction de l'action en exécution forcée : l'obligation initiale subsiste, mais sous forme d'obligation naturelle, et le débiteur qui l'exécute sciemment effectuerait un paiement dû, donc non susceptible de répétition. Lorsqu'il y a prescription extinctive de l'action en exécution forcée, le créancier ne dispose plus d'aucun moyen judiciaire pour forcer son débiteur à exécuter son obligation.

Section 4

Les principaux contrats

Si on compare le droit romain et le droit positif en matière de contrats, le principe de l'autonomie de la volonté présente une similitude et une différence fondamentales : comme similitude, les parties sont libres de convenir de tout ce qui n'est pas interdit et de revêtir ou non leur accord d'une portée juridiquement contraignante en le qualifiant de contrat (et non de simple convention ou « pacte nu » en droit romain, ou de simple accord « mondain » en droit positif) ; comme différence, le droit romain présente un système contractuel fermé en ce sens que, pour être assorti d'une sanction juridique, le contrat doit y emprunter une dénomination propre et/ou pouvoir donner lieu à une action judiciaire spécifique accueillie par le préteur (ces actions ayant été récapitulées dans l'Edit du préteur).

Si tout contrat romain porte donc un nom qui lui est propre ou, pour les contrats innomés, peut donner lieu à une action dénommée par le préteur, l'imagination contractuelle des Romains n'est ni bridée ni censurée pour autant : la stipulatio est en effet un contrat abstrait, où le seul respect des formes prescrites permet de conférer la forme et la portée juridique d'un contrat à tout accord licite que les parties entendent pouvoir sanctionner, le cas échéant, d'une action judiciaire. Ainsi avaient-ils le choix de conclure un contrat concret (dénommé par son contenu, comme la vente, la location, le prêt, la fiducie) ou une stipulation abstraite, voire une combinaison de stipulations, où les paroles prononcées conféraient à l'accord le contenu de l'un des contrats concrets, voire un contenu original qu'il n'était pas nécessaire de dénommer plus précisément. Il y avait dès lors essentiellement une différence de méthode : une stipulation (toujours unilatérale du créancier au débiteur : « me promets-tu de... ») étant nécessaire pour chaque versant d'un accord synallagmatique, voire pour chaque élément spécifique de l'accord (e.g. une première stipulation pour l'engagement de restituer la somme prêtée, et une seconde pour le paiement d'intérêts), le recours au contrat abstrait imposait la vigilance d'une méthode analytique, tandis que le recours à un contrat concret pouvait se satisfaire d'une méthode globale : la

vente, la location, la société, etc. se voyaient appliquer un régime global lié à la réunion de leurs éléments constitutifs essentiels spécifiques.

En droit positif, le principe de l'autonomie de la volonté a pour conséquence que le nombre de contrats possibles est illimité, non seulement quant au contenu, mais aussi quant aux dénominations et aux éléments constitutifs spécifiques dont conviennent les parties. Seuls les contrats les plus importants, parce que les plus répandus dans la pratique, retiendront notre attention.

1.LA VENTE (EMPTIO VENDITIO)

A.Définition et particularités de la vente quant aux éléments constitutifs essentiels

i) Définition

La vente est un contrat par lequel une partie, appelée vendeur, transfère la propriété d'une chose à une autre partie, appelée acheteur, moyennant paiement par cette dernière d'un prix certain et sérieux, consistant en une somme d'argent ayant valeur libératoire.

C'est la vente romaine que l'article 1582, al. 1er, du Code civil, définit apparemment : « La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. »

La vente romaine supposait en effet que le vendeur s'oblige à fournir la possession utile et durable d'une chose à l'acheteur, en contrepartie du pretium, d'un prix monnayé. Elle se bornait à faire naître des obligations de part et d'autre : en s'engageant à livrer une chose, donc à en faire la tradition à l'acheteur, le vendeur s'obligeait à transférer le droit de propriété inhérent à la chose. Les Romains ne niaient pas que la vente ait pour finalité un transfert de propriété – preuve en est que le vendeur devait garantir l'acheteur contre l'éviction – seulement ils n'exigeaient pas qu'elle ait effectivement ce résultat dès l'échange des consentements. C'est l'hiatus que comble l'article 1583 du Code civil : « Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. »

ii) Particularités de la vente quant aux éléments constitutifs essentiels

a) ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS ESSENTIELS GÉNÉRAUX

1) Du point de vue du consentement

Tout contrat est susceptible d'être vicié par l'erreur, à condition que celle-ci soit substantielle et excusable. En matière de vente, l'erreur sur le prix, sur la valeur de la chose, sur les modalités du paiement, sur la solvabilité de l'acheteur ne seront pas considérées comme substantielles.

2) Du point de vue de la capacité

En matière de vente, il existe quelques interdictions de vendre ou d'acheter, dictées essentiellement par des considérations de prudence. Ainsi, la vente est-elle en principe (sauf quatre cas visés à l'art. 1595 C.c.) interdite entre époux, afin d'éviter que les époux ne contournent le principe de révocabilité des donations entre époux, afin d'éviter les abus d'influence ou encore de prévenir les fraudes au préjudice de leurs créanciers. Ainsi est-il interdit aux personnes chargées de vendre pour autrui (art. 1596 C.c. : mandataire, curateur de faillite, curateur de succession vacante...) d'acheter ce qu'elles sont chargées de vendre, afin d'éviter un conflit d'intérêts. Il est interdit aux tuteurs d'acheter les biens de ceux dont ils ont la tutelle : l'objectif est également d'éviter un conflit d'intérêts. En revanche, les autres représentants ou protecteurs des incapables ne sont pas frappés par la même interdiction : l'administrateur d'une personne protégée (v. art. 490/10 C.c.), les père et mère peuvent être momentanément remplacés par un administrateur ad hoc, désigné pour exercer provisoirement les intérêts de l'incapable d'exercice, pendant le temps nécessaire à l'achat, par les parents ou l'administrateur, du bien en question.

3) Du point de vue de l'objet (au sens étroit) (res, merx)

L'objet de la vente peut être un objet futur. Deux hypothèses :

la vente à toutes chances ou à tout risque (emptio spei, vente d'un espoir) est une vente pure et simple contre un prix forfaitaire, à payer en toute hypothèse. Il s'agit donc d'un contrat aléatoire ;

vente sous condition suspensive (emptio rei speratae, vente d'une chose espérée) : le contrat de vente existe mais ne sortira ses effets que si la condition se réalise.

Néanmoins, en aucun cas, l'objet de la vente ne peut être une succession future, même avec l'accord du futur défunt (art. 1600 C.c.).

L'objet de la vente doit être dans le commerce et licite (art. 1598 C.c.). On ne peut donc vendre des choses communes (art. 714 C.c.) ou encore des stupéfiants, du gibier en temps de chasse prohibée, etc.

b) ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS ESSENTIELS SPÉCIAUX

La vente est un contrat consensuel, donc entièrement et valablement formé dès que l'acheteur et le vendeur sont d'accord sur la chose et le prix. Toutefois, dans certaines circonstances, la vente exige la réalisation d'une condition supplémentaire :

en cas de vente d'un immeuble, un acte authentique, passé devant notaire, doit être établi afin que sa transcription assure l'opposabilité aux tiers (formalisme de publicité). Dans l'hypothèse où le vendeur refuserait de passer l'acte authentique, l'acheteur pourra l'assigner en passation d'acte, ce qui signifie qu'il sollicitera l'obtention d'un jugement qui tiendra lieu d'acte authentique et pourra être transcrit en vue d'assurer l'opposabilité de la vente aux tiers ;

la vente d'une chose excédant la valeur de 375 € doit être constatée par un écrit (formalisme de preuve : art. 1341 C.c.) ;

dans la vente à tempérament, le contrat n'est formé que lorsque l'acheteur a remis l'acompte prévu par la loi au vendeur (tradition de la chose : contrat réel).

c) ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS ESSENTIELS SPÉCIFIQUES

1) Le transfert de propriété d'une chose (res, merx)

En principe, en droit positif, le but de la vente est le transfert de propriété d'une chose. Mais un autre droit peut être vendu : droit d'usufruit, droit de passage, etc. Dans cette hypothèse, la vente ne transfère pas la propriété : elle a pour objet de constituer un droit réel.

En principe, le transfert de propriété a lieu dès la conclusion du contrat, dès l'accord de volontés. Ce principe souffre cependant plusieurs exceptions :

la vente de choses fongibles : le transfert de propriété se réalise lors de la spécification (étiquetage, emballage, emballage, ...). Tant que les choses fongibles ne sont pas spécifiées, elles restent la propriété du vendeur qui supporte tous les risques de perte casu ;

la vente affectée d'un terme suspensif quant au transfert de propriété : le vendeur se réserve la propriété de la chose, par exemple jusqu'au paiement intégral du prix. Cette clause est parfaitement valable entre parties ;

la vente de choses futures : le transfert de propriété s'opère seulement lorsque la chose arrive à existence ;

la vente avec obligation alternative : le transfert de propriété se réalise lorsque le vendeur a choisi ce qu'il veut vendre ou l'acheteur ce qu'il veut acheter ;

la vente commerciale : il est généralement admis, en matière commerciale, que le transfert de propriété se réalise lors de la délivrance ;

la vente affectée d'une condition suspensive.

En droit romain, la vente ne donnait naissance qu'à des obligations et le transfert de propriété ne se réalisait éventuellement qu'à la délivrance de la chose. Le but de la vente romaine étant de procurer une possession paisible et durable à l'acheteur, ce contrat pouvait donc avoir pour objet la chose d'autrui. Le vendeur devait cependant faire tout ce qui dépendait de lui pour rendre l'acheteur propriétaire, puisqu'il devait garantir l'acheteur contre l'éviction. Dans le Code

civil (art. 1599), la vente est translatrice de propriété ; dès lors, la vente de la chose d'autrui est nulle (art. 1599 C.c.).

2) Le prix en argent (pretium)

Le prix doit remplir trois conditions :

il doit consister en une somme d'argent (in pecunia numerata), dans la monnaie du pays dans lequel on se trouve (sauf clause prévoyant une autre monnaie libératoire et sauf monnaie commune). Sauf clause d'obligation alternative, le créancier peut refuser une monnaie étrangère ;

il doit être certain (certum), i.e. déterminé ou au minimum déterminable.

déterminé (art. 1591 C.c.) : fixé de commun accord par l'acheteur et le vendeur, ou par l'un des deux séparément sur le fondement d'éléments objectifs (le vendeur, dans la majorité des cas).

En le cas de la vente aux enchères, le vendeur peut fixer un prix plancher (dit « de réserve »), en dessous duquel il n'accepte pas de vendre. Mais c'est avant tout l'acheteur qui fixe le prix d'achat,

déterminable : au minimum, le prix doit pouvoir être déterminé à l'aide des éléments objectifs contenus dans le contrat (prix du jour de l'expédition, jour qui doit être précisé ; prix fixé ultérieurement par un expert choisi de commun accord : art. 1592 C.c., etc.) ;

le prix doit être sérieux, donc réel (verum) ; il ne peut être ni fictif ni, normalement du moins, dérisoire. Mais, en droit civil, rien n'interdit de vendre à perte et prix sérieux ne signifie pas juste prix (iustum).

L'acheteur paie, en principe, les frais de la vente (art. 1593 C.c. ; honoraires de notaire, papier timbré, taxes, etc.). Il faut souligner, à cet égard, que les frais dont il est question sont les frais générés par le contrat de vente lui-même, et non pas les frais d'exécution des obligations résultant de la vente. Par exemple, si la délivrance de la chose implique des frais de transport, ces frais sont, sauf clause contraire, à charge du vendeur.

L'interprétation de la vente : tout ce qui est obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur, censé connaître l'objet vendu, tout au moins en matière civile (art. 1602 C.c.).

B.Obligations des parties

i) Obligations du vendeur

a) OBLIGATION DE TRANSFÉRER LA PROPRIÉTÉ DE LA CHOSE
ACHETÉE À L'ACHETEUR

C'est une obligation de dare. En droit positif, la vente de la chose d'autrui est nulle ; en droit romain, il en allait différemment (u. supra).

b) OBLIGATION DE DÉLIVRANCE (VACUAM POSSESSIONEM TRADERE, REM PRAESTARE)

C'est l'obligation du vendeur de mettre la chose vendue à la disposition de l'acheteur pour qu'il en prenne livraison. Cette obligation de facere recouvre quatre aspects :

si la chose n'est pas livrée lors de la conclusion du contrat, le vendeur doit la conserver en bon père de famille jusqu'à la livraison (custodia ou garde effective : le vendeur n'est exonéré de son obligation de délivrance qu'en cas de force majeure) ;

le vendeur doit livrer, i.e. remettre matériellement à l'acheteur la chose vendue (ou son symbole, par exemple les clés de l'appartement : art. 1605 C.c.) ;

le vendeur doit remettre une chose conforme à la chose vendue : s'il s'agit d'une chose non fongible, la chose même qu'a choisie l'acheteur ; s'il s'agit d'une chose fongible, le vendeur doit livrer une quantité de choses interchangeables de l'espèce prévue au contrat ou, à défaut de précision dans le contrat, d'une qualité loyale et marchande, i.e. moyenne.

la garantie des vices apparents est absorbée par l'obligation de délivrance.

l'agrément est la reconnaissance par l'acheteur de ce que l'exécution donnée par le vendeur à son obligation de délivrance est conforme aux conditions du contrat. : elle signifie donc que l'acheteur renonce à se plaindre par la suite, tant de la non-conformité de la chose livrée par rapport à la chose vendue, que des vices apparents de la chose livrée (vices visibles ou décelables par un examen attentif de bon père de famille). L'agrément peut être expresse ou tacite (utilisation de la chose, transformation de celle-ci, etc.). Sauf clause contraire, l'agrément s'effectue à l'époque et au lieu fixés pour la délivrance : si l'acheteur n'exprime pas clairement qu'il n'a agréé pas, dès ce moment-là, l'agrément sera réputé réalisé ;

le vendeur doit remettre la chose et ses accessoires, tant juridiques (le terrain avec la servitude qui l'accompagne) que matériels (un char avec ses accessoires

d'origine). Ce dernier aspect de l'obligation de délivrance est une simple application du principe de l'exécution de bonne foi, ainsi que de la règle *Accessorium sequitur principale*.

c) OBLIGATION DE GARANTIE

C'est l'obligation qui incombe au vendeur de fournir à l'acheteur une possession paisible (garantie d'éviction) et utile (garantie contre les vices cachés).

L'obligation de garantie comporte donc deux aspects :

1) Garantie d'éviction (art. 1626 C.c.)

L'éviction est tout fait quelconque qui enlève à l'acheteur tout ou partie de la propriété ou de la possession de la chose. La garantie d'éviction couvre deux garanties :

la garantie du fait personnel : le vendeur garantit qu'il ne troublera pas l'acheteur par son fait personnel, par ses propres agissements (obligation de non facere). Cette garantie est impérative (art. 1628 C.c.) et vaut pour tous les troubles, de droit (prétention à un droit) comme de fait ;

la garantie du fait des tiers : le vendeur garantit que l'acheteur ne sera pas troublé par des tiers au contrat (obligation de facere). Cette garantie est supplétive (elle peut donc être modifiée) et ne vaut que pour les troubles de droit. Si le contrat prévoit une clause d'exonération de la garantie du fait des tiers, pour être valable, celle-ci suppose d'abord que le vendeur ignore l'existence d'une cause d'éviction ; ensuite, celle-ci ne vaudra que pour l'exonération des dommages et intérêts. Le vendeur n'échappera à la restitution du prix que dans deux cas :

s'il a stipulé que l'acheteur achète « à ses risques et périls » ;

si l'acheteur connaissait le danger d'éviction lors de la vente.

Si la garantie du fait personnel est une obligation de ne pas faire (ne pas troubler la possession de l'acheteur), la garantie du fait des tiers est une obligation de faire qui consiste :

- soit à prendre fait et cause pour l'acheteur dans le litige qui l'oppose aux tiers ;
- soit, dans l'hypothèse où le vendeur ne peut éviter l'éviction, à indemniser l'acheteur.

2) Garantie contre les vices cachés

Les vices cachés ou vices rédhibitoires sont des défauts non apparents, qui existent au moment du contrat, sont nuisibles à l'usage de la chose et présentent une certaine gravité :

non apparents : non seulement les vices non visibles, mais également les vices non décelables par un examen attentif de bon père de famille. Il ne suffit pas à l'acheteur d'invoquer après coup son ignorance du vice pour prétendre que ce dernier était caché, dans la mesure où le vendeur a l'obligation de se faire assister, le cas échéant, par une personne qualifiée, afin d'être à même de procéder à la vérification diligente de la chose vendue ;

existant au moment de la conclusion de la vente : le vice ou, à tout le moins, le germe de vice doit exister au moment de la vente ;

nuisibles à l'usage de la chose : l'usage en est tout à fait impossible ou il est fortement diminué. Est pris en considération l'usage que compte en faire l'acheteur, même si cet usage n'est pas celui qu'en faisait le vendeur, à condition bien sûr que cet usage ne dénature pas la chose ;

présentant une certaine gravité : l'acheteur n'aurait pas acheté du tout ou, du moins, n'aurait pas acheté à ce prix-là, s'il avait connu l'existence du vice caché : e.g. esclave fugitif ou devant faire l'objet d'un abandon noxal...

La garantie des vices cachés est supplétive. En principe, le vendeur en est tenu, même s'il est de bonne foi. Cependant le vendeur professionnel est présumé de mauvaise foi : on entend par vendeur professionnel, le marchand-fabricant ou le marchand vendant habituellement des choses pareilles à la chose litigieuse. Ce vendeur ne pourra renverser la présomption de mauvaise foi qui pèse sur lui qu'en faisant la preuve de son ignorance invincible. Si le vendeur est de bonne foi, la clause de non-garantie est valable ; par contre, s'il est de mauvaise foi, elle ne l'est pas.

Sanction des vices cachés : si l'acheteur constate des vices cachés, il a le choix entre deux actions, qu'il doit intenter « à bref délai » (art. 1648 C.c. : délai non précisé par la loi) :

l'action rédhibitoire (*redhibitoria*, de re-habere, avoir à nouveau) aboutit à la résolution du contrat (restitution de l'objet et du prix) ;

l'action estimatoire (*aestimatoria* ; *quanti minoris*, d'autant moins) aboutit à accorder à l'acheteur une diminution du prix (restitution partielle du prix). Il s'agit de réaliser une estimation de la valeur de la chose affectée du vice caché.

Tout comme la garantie d'éviction, la garantie des vices cachés provient du droit romain : toutes deux furent, dans un premier temps, assurées par un contrat distinct, un contrat dans lequel le vendeur engageait sa garantie, e.g. une stipulation. Le progrès devait consister à faire rentrer dans le contrat de vente les deux garanties extérieures. Ce progrès, en matière de vices cachés, c'est aux édiles curules qu'on le doit. Chargés de la police des marchés, les édiles s'occupèrent d'organiser la garantie des vices pour les ventes de leur compétence, i.e. pour les ventes d'esclaves et d'animaux (bêtes de somme et bétail). Partant du postulat que le vendeur connaît la chose qu'il vend, ils imposèrent au vendeur de faire connaître (*titulus*, écriteau au cou, et déclaration lors de la vente) à l'acheteur les vices de la chose mise en vente (maladies ; esclave fugitif, vagabond, qui a commis un délit ; ventes antérieures, etc.). L'édit des édiles rend obligatoire la *stipulatio duplae*, stipulation double, contenant tout à la fois la clause sur l'absence de vices cachés et celle garantissant contre l'éviction. Afin de faire respecter cette réglementation, il délivre deux actions, l'*actio redhibitoria* et l'*actio aestimatoria*, à l'acheteur, que celui-ci doit intenter très rapidement (six mois pour l'action rédhibitoire, un an pour l'action estimatoire : deux des rares hypothèses de prescription extinctive avant la constitution de Théodose II en 424 p.C.) et qui se trouvent être, dans leur conception originelle des actions pénales. Quant aux autres ventes, partant du caractère de bonne foi du contrat, dans un premier temps, seul le vendeur de mauvaise foi était tenu des vices cachés, puis, au plus tard sous Justinien, tous les vendeurs, fussent-ils de bonne foi, durent supporter la garantie des vices cachés et les actions délivrées à cet égard perdirent leur caractère pénal. Le droit positif est l'héritier direct du droit de Justinien : on distingue encore le vendeur de bonne foi de celui qui connaît le vice, l'acheteur a le choix entre les deux mêmes actions que celles que délivrait le droit romain, et il doit toujours les intenter « à bref délai ».

ii) Obligations de l'acheteur

a) OBLIGATION DE PAYER LE PRIX (PRETIUM DARE)

Le paiement du prix doit se faire selon les modalités prévues au contrat. À défaut de clause à ce propos, le prix sera payé au lieu et au temps où doit se faire la délivrance (art. 1651 C.c.).

S'il s'agit d'une vente de choses non fongibles, dont l'exécution est différée dans le temps (délivrance et paiement ultérieurs), du fait que la vente est un contrat consensuel, en droit positif, dès la conclusion du contrat, l'acheteur devient propriétaire et supporte la charge des risques. Partant, si, lors de la livraison, le vendeur n'a plus rien à livrer, par suite de la disparition casu de la chose non fongible, l'acheteur devra malgré tout en payer le prix. Ce principe – *res perit domino* – n'est cependant que supplétif et peut donc être renversé par une clause dérogatoire.

b) OBLIGATION DE RETIREMENT

L'acheteur doit prendre livraison de la chose, selon les modalités du contrat (lieu, temps, ...). Cette obligation n'était pas érigée en tant que telle en droit romain.

1) sanctions de droit commun :

si le vendeur veut poursuivre le contrat, il peut poursuivre l'exécution forcée de l'obligation de l'acheteur. Dès lors, il peut recourir à une procédure de sommation faite au créancier de la chose (acheteur) d'accepter le paiement, en l'espèce la livraison de la chose. Si l'acheteur persiste dans son refus, le vendeur pourra valablement déposer la chose dans un lieu tiers ;

si le vendeur veut mettre fin au contrat, il peut en demander la résolution judiciaire (art. 1654 C.c.).

2) sanction propre à la vente de denrées et effets mobiliers :

s'il s'agit d'une vente de denrées et effets mobiliers, qu'un terme a été fixé pour le retraitement et que l'acheteur, par sa faute, ne prend pas livraison de l'objet dans le délai prévu, le vendeur peut demander la résolution de plein droit, sans sommation (art. 1657 C.c. ; en général pour des choses périssables).

C.Modalités usuelles de la vente civile

i.La promesse de vente ou option d'achat est un contrat par lequel une personne s'engage unilatéralement et définitivement vis-à-vis d'une autre personne à lui vendre, plus tard et au gré de celle-ci, une chose, moyennant un prix déterminé ou au minimum déterminable. L'acheteur dispose ainsi d'une option, qu'il peut lever, sans y être obligé. Un délai est prévu pour la levée (« l'exercice ») de l'option.

ii.La vente à l'essai est une vente subordonnée à l'essai de l'acheteur. Si rien n'est précisé quant à sa construction, on présume qu'il s'agit d'une vente sous condition suspensive d'un essai satisfaisant (art. 1588 C.c.). Mais si les parties le souhaitent, elles peuvent aussi construire la vente à l'essai sous la condition résolutoire d'un essai non satisfaisant (la vente est formée, mais l'acheteur peut résoudre le contrat si l'essai ne le satisfait pas). Sous cette deuxième forme, l'origine de la vente à l'essai est à rechercher dans le pactum displicentiae : vente affectée d'une clause résolutoire sous condition suspensive du « déplaisir » de l'acheteur. En droit positif, la condition résolutoire peut être purement potestative : « satisfait ou remboursé. »

iii.La vente à réméré (re-emere, acheter à nouveau) :

Son origine est à rechercher dans le pactum de retrovendendo : c'est une vente dans laquelle le vendeur se réserve la faculté ultérieure de résoudre la vente, endéans un certain délai, qui ne peut dépasser cinq ans. Il s'agit d'une résolution de la première vente, suite à la réalisation d'une condition résolutoire.

iv.La vente avec arrhes (arrae).

C'est une vente avec remise d'une somme d'argent (ou même remise d'une autre chose mobilière, mais le cas est très rare). Si rien n'est précisé et malgré le texte clair – mais insidieux – de l'article 1590 du Code civil, les arrhes constituent un acompte, à valoir sur le prix total. Mais si les parties le souhaitent, ces arrhes peuvent prendre une autre signification. Par exemple, elles peuvent être versées

dans un but probatoire (également rare). Elles peuvent être aussi utilisées comme moyen de dédit : elles constituent alors une somme perdue au simple par l'acheteur (qui consent à la perdre s'il se dédit de l'achat), et au double par le vendeur (qui devra non seulement rembourser la somme que l'acheteur lui avait remise, mais également payer une somme équivalente, s'il se dédit de la vente). C'est l'une des rares situations où les parties doivent se référer expressément à une disposition supplétive de la loi... Le droit romain a connu les trois fonctions des arrhes.

v. La vente avec déclaration de command ou vente avec élection d'ami :

Un acheteur apparent, le commandé, se réserve la faculté d'élire un command, de déclarer un ami (au sens juridique du terme), i.e. de se substituer un autre acheteur, dans ses droits et obligations, dans un certain délai, à défaut de quoi il reste le véritable acheteur. En général, on utilise ce procédé dans le but de cacher l'identité du véritable acheteur, qui est bel et bien déterminé à acheter. La vente avec déclaration de command suppose une représentation imparfaite : contrairement à la simulation par interposition de personne (mandat occulte, donc ignoré du tiers), un cocontractant sait que son interlocuteur n'est pas son véritable cocontractant, même s'il ignore l'identité de ce dernier : un collectionneur de tableaux, très connu dans le monde artistique, désire acheter une toile. Si, officiellement, il se déclare acheteur, le prix risque fort de grimper, le vendeur sachant à qui il a affaire. Le collectionneur peut alors demander à quelqu'un de passer un contrat de vente avec élection d'ami : ce mécanisme lui permettra de cacher son identité jusqu'à ce que le vendeur ait conclu le contrat pour un prix raisonnable.

vi. La vente à crédit : le vendeur exécute ses obligations mais l'acheteur, bien que devenu propriétaire de la chose, bénéficie de termes suspensifs pour le paiement du prix.

vii. La vente à tempérament : le vendeur livre la chose mais l'acheteur bénéficie de termes suspensifs pour le paiement du prix (au minimum, trois paiements, en ce non compris l'acompte). L'acompte est indispensable à la formation du contrat (réel). Par une clause spéciale, le vendeur se réserve la propriété jusqu'au dernier paiement. La clause de réserve de propriété n'est pas opposable aux tiers, pour qui le propriétaire de la chose est donc l'acheteur, entré en possession de celle-ci. Cette modalité de la vente en droit positif ne serait pas évoquée dans un manuel de droit romain si elle n'avait fourni opportunément un exemple

supplémentaire de contrat réel contemporain et un exemple de clause contractuelle dépourvue d'effet externe jusqu'à ce que la loi du 11 juillet 2013 ne confère expressément à la réserve de propriété l'opposabilité aux tiers et, partant, l'action en revendication (art. 69 Titre XVII C.c.).

viii. La location-vente débute comme une location mais le locataire peut, à tout moment, lever une option d'achat, s'il désire acheter l'objet qu'il a pris en location.

2.L'ÉCHANGE (PERMUTATIO)

A. Notion

Deux parties, appelées copermutants, se transfèrent mutuellement la propriété d'une chose (do ut des). L'une des deux choses ne peut pas être une somme d'argent ayant cours dans le pays, sinon il s'agit d'une vente. L'échange est un contrat synallagmatique parfait et à titre onéreux.

Comme il peut arriver que les deux choses échangées n'aient pas la même valeur, il peut y avoir paiement d'une soulte (de solutum, ce qui a été payé). Cette somme de complément doit rester inférieure, en principe, à la valeur de la prestation en nature, de l'objet. La qualification du contrat passé en vente ou en échange, selon l'importance principale ou accessoire de la soulte, relève, en droit positif, de l'appréciation souveraine du juge du fond.

Si l'échange est un contrat consensuel en droit positif (art. 1703 C.c.), il n'en allait pas de même en droit romain, où il appartenait à la catégorie des contrats innomés : il n'était formé que lorsque l'un des copermutants avait exécuté sa prestation.

B.Régime

L'échange est l'ancêtre de la vente. Dès lors, les deux contrats présentent un certain nombre de règles et mécanismes communs, notamment du point de vue :

transfert de propriété ;

transfert de la charge des risques ;

obligations des deux copermutants (délivrance, garantie, retirement) ;

prohibition du contrat entre époux.

Mais certaines règles de la vente ne s'appliquent pas à l'échange, notamment :

la rescision pour lésion (art. 1706 C.c.) ;

les frais à charge de l'acheteur ;

l'interprétation du contrat contre le vendeur.

3.LE LOUAGE (LOCATIO CONDUCTIO)

A. Notion générale

Le louage est un contrat par lequel une des parties s'engage à fournir soit l'usage d'une chose, soit une fraction de son ouvrage (art. 1708 C.c.), moyennant une rémunération, en principe en espèces monnayées, que s'engage à fournir l'autre partie.

Le louage comporte, dès lors, plusieurs formes :

le louage d'ouvrage (art. 1710 C.c.), qui se subdivise lui-même en deux espèces :

le louage de services ou louage de travail (*locatio operarum*) : prestations de services, comportant un lien de subordination (aussi léger soit-il) contre une rémunération proportionnelle à la durée des prestations,

le louage d'industrie ou contrat d'entreprise (*locatio operis faciendi*) : prestation d'un travail indépendant et précis, contre rémunération souvent fixée forfaitairement ;

le louage de chose ou bail (*locatio rei*) : jouissance d'une chose moyennant paiement d'un loyer (art. 1709 C.c.).

Le louage de services relève, en droit positif, du droit social. Nous n'étudierons donc que le louage d'industrie et le louage de chose.

B. Le louage d'industrie ou contrat d'entreprise (locatio operis faciendi)

i) Notion, caractéristiques et régime

Le louage d'entreprise est un contrat par lequel une personne, appelée entrepreneur ou conductor, s'engage vis-à-vis d'une autre personne, appelée client ou maître de l'ouvrage ou locator, à exécuter un travail précis, indépendant, sans représenter le client, et ce, en principe contre un prix forfaitaire :

travail indépendant : il n'y a pas de lien de subordination. Les directives ou injonctions que peut donner le maître de l'ouvrage ne sont pas révélatrices d'un quelconque lien de subordination ;

sans représenter le client : le travail accompli par l'entrepreneur est autre que l'accomplissement d'un acte juridique pour le compte du client ;

en principe contre un prix forfaitaire : le prix de l'entreprise ne doit pas obligatoirement consister en une somme d'argent. Il l'est cependant le plus souvent ; généralement, c'est l'entrepreneur qui le fixe, de manière forfaitaire.

Exemples d'entrepreneurs : teinturiers, peintres, entrepreneurs de construction et de démolition, réparateurs, coiffeurs, transporteurs, artistes, architectes, acteurs, cordonniers, et, en droit contemporain, avocats, médecins, ingénieurs-conseils, etc.

Le contrat d'entreprise est un contrat consensuel, synallagmatique parfait, à titre onéreux et en principe intuitu personae. Le Code civil ne réglemente que les contrats d'entreprise de construction (les « devis et marchés » : art. 1787 à 1799) et les contrats de transport (les « voituriers » : art. 1782 à 1786).

Dès lors, en présence d'un autre contrat d'entreprise, il faut se référer, outre à ces règles lorsqu'elles sont transposables, d'une part, aux règles de droit commun des contrats et obligations, d'autre part, aux règles déontologiques propres à la profession concernée. Or, ces dernières peuvent varier considérablement :

un patient qui renonce à un traitement médical en cours ne paiera que les

prestations effectuées ;

le client d'un architecte qui résilie unilatéralement le contrat paiera :

les prestations effectuées,

la moitié des honoraires que l'architecte aurait pu percevoir ;

le client d'un entrepreneur de construction qui renonce au contrat paiera (art. 1794 C.c.) :

les prestations effectuées,

la totalité des bénéfices qu'aurait pu réaliser l'entrepreneur (lucrum cessans).

ii) Obligations des parties

a) OBLIGATIONS DU MAÎTRE DE L'OUVRAGE

Faciliter le travail de l'entrepreneur

C'est une application du principe de l'exécution de bonne foi. S'il s'agit, par exemple, d'un contrat de construction, le client doit faciliter l'accès au terrain, fournir les documents nécessaires (permis d'urbanisme, etc.).

Assurer la réception de l'ouvrage

La réception n'est pas un acte matériel : il s'agit de l'approbation de l'ouvrage par le client, donc de la vérification du travail exécuté et de sa conformité avec le travail convenu. Les modalités de la réception peuvent être diverses :

elle peut être expresse ou tacite. La réception tacite découle d'actes dont on peut déduire avec certitude la volonté d'approuver le travail réalisé : le paiement de la facture, l'utilisation de l'objet, la mise en location de l'objet, la vente de l'objet réalisé, etc. ;

elle peut être concomitante à la livraison, antérieure ou postérieure ;

elle peut être unique ou décomposée en deux temps : réception provisoire, délai de garantie (en général de six mois à un an), puis réception définitive.

La réception provisoire sert à :

constater l'achèvement de l'ouvrage ;

faire courir un laps de temps pendant lequel le client peut commencer à déceler les défauts éventuels de l'ouvrage, qui devront être corrigés par l'entrepreneur.

La réception unique ou la réception définitive sert à :

transférer la propriété et la charge des risques (si l'objet n'appartenait pas au maître de l'ouvrage) ;

libérer l'entrepreneur de la garantie des malfaçons et des vices apparents (l'entrepreneur reste tenu des vices cachés ainsi que des malfaçons cachées, pour le motif que le client n'a pas pu, par définition, les réceptionner).

Prendre livraison de l'ouvrage : il s'agit cette fois d'un acte matériel.

Payer le prix : en général, le prix est forfaitaire, le forfait pouvant consister en un taux de rémunération horaire. Si le travail réalisé est d'importance, le paiement peut se faire par tranches, selon les modalités prévues au contrat.

b) OBLIGATIONS DE L'ENTREPRENEUR

Conseiller le maître de l'ouvrage

Exécuter le travail convenu selon les règles de l'art et dans le délai convenu

Comme le contrat est normalement intuitu personae, l'entrepreneur doit en principe exécuter en personne, et dans le délai prévu au contrat. Cette obligation comporte deux facettes :

exécuter dans les règles de l'art : c'est une obligation de moyen ou de résultat selon les cas. Dans la première hypothèse, le client devrait prouver que l'entrepreneur n'a pas exécuté son obligation selon les règles de l'art ; dans la seconde, l'entrepreneur est présumé en faute si le résultat promis n'est pas atteint ;

exécuter dans le délai prévu : c'est une obligation de résultat. Le seul dépassement de ce délai fait présumer iuris tantum la faute dans le chef de l'entrepreneur, qui doit alors tenter d'établir qu'il n'est pas en faute, mais est victime d'une cause étrangère.

Livrer l'objet du travail : éventuellement, cette obligation s'accompagne de celle de restituer les matériaux que le client lui aurait confiés et qu'il n'aurait pas utilisés.

Conserver la chose jusqu'à la livraison si celle-ci a été fournie par le maître de l'ouvrage : l'entrepreneur doit conserver la chose jusqu'à la livraison, dans l'hypothèse où la matière a été fournie par le maître de l'ouvrage. Cette conservation doit se faire en bon père de famille, conformément au droit commun de la custodia.

iii) Responsabilité de l'entrepreneur

Vis-à-vis des tiers : responsabilité de droit commun (aquilienne), troubles de voisinage, etc.

Vis-à-vis du maître de l'ouvrage :

responsabilité de droit commun (responsabilité contractuelle), mais clauses dérogatoires possibles ;

en outre, s'il s'agit d'un contrat de construction, il existe une responsabilité décennale (art. 1792 C.c. ; la durée de 10 ans est un minimum : la règle est d'ordre public). Cette garantie décennale suppose qu'il s'agisse d'une construction immobilière (gros ouvrage immobilier, en ce compris pont, digue, etc.) qui subisse un désordre grave (instabilité du sol ou de l'immeuble lui-même) et joue à charge de l'entrepreneur, mais s'étend aussi à l'architecte et aux sous-traitants (la multiplication des responsabilités entraîne des problèmes d'imputabilité). Cette garantie se transmet à l'acquéreur de l'immeuble construit, en tant qu'accessoire de ce dernier.

iv) Dissolution du contrat d'entreprise

Outre les causes de droit commun, le contrat d'entreprise connaît deux causes de dissolution qui méritent une observation :

la mort de l'entrepreneur met fin au contrat (art. 1795 C.c.), même si celui-ci n'est pas intuitu personae. Il n'en va pas de même en cas de faillite (sauf contrat intuitu personae) ;

la résiliation unilatérale par le client est prévue par la loi (art. 1794 C.c.) et est possible si le contrat a une durée déterminée. Si le client use de cette faculté, il doit payer tous les frais déjà avancés par l'entrepreneur, ainsi, en principe, que tout le dommage qui en résulte pour celui-ci : ce dommage comprendra donc le *damnum emergens*, le dommage subi, et le *lucrum cessans*, le manque à gagner. Par exception, les parties peuvent conclure des clauses dérogatoires à ce principe. Les usages propres à certaines professions y dérogent parfois.

C.Le louage de chose ou bail (locatio rei)

i) Notion et régime

C'est un contrat par lequel une partie, appelée bailleur, met une chose à la disposition d'une autre partie, appelée locataire ou preneur, afin que cette partie l'utilise moyennant un certain prix que le preneur s'engage à payer, en principe un loyer (merces).

En droit positif, on distingue principalement, au sein du louage de chose :

le louage sur meuble : bail à loyer ;

le louage sur immeuble :

d'habitation : bail de résidence principale ou bail ordinaire à loyer,

rural : bail à ferme ;

à usage commercial : bail commercial.

Dans la pratique, on parle de bail pour la location d'immeubles et de location pour celle de meubles.

Le louage de chose est une matière qui a subi de nombreuses modifications depuis la rédaction du Code civil (plusieurs dizaines). À l'heure actuelle, il se présente donc très différemment de ce qu'il était au départ et, malgré l'affirmation qu'« on peut louer toutes sortes de biens meubles et immeubles » (art. 1713 C.c.), il faut bien constater que le Code civil se consacre exclusivement à la réglementation des baux de biens immobiliers.

comme le but du contrat est seulement de mettre une chose à la disposition d'autrui, et non d'en transférer la propriété, on peut valablement mettre en location la chose d'autrui : un usufruitier peut mettre en location la chose usufruituaire.

on peut prendre en location sa propre chose si, jusque-là, on n'en a pas la

jouissance : un nu-propriétaire peut prendre en location sa propre chose.

en cas d'indivision, du fait que le bail est un acte d'administration, le concours de tous les indivisaires est requis.

ii) Obligations des parties

a) OBLIGATIONS DU BAILLEUR

1) Délivrer la chose et ses accessoires

En principe, la chose doit être délivrée en bon état (critère à apprécier en fonction de sa destination), sauf clause contraire expresse ou bail à la rénovation.

2) Entretenir le bien loué

Le bailleur doit maintenir la chose en bon état de servir à l'usage auquel elle est destinée et procéder aux réparations nécessaires, celles qui ne sont pas imputables au locataire et trouvent leur origine dans un usage normal de la chose, a fortiori dans sa vétusté, dans une malfaçon, ou encore dans une cause étrangère. Les réparations nécessaires doivent permettre au preneur de jouir normalement de la chose louée. Cependant, le bailleur n'est pas tenu de procéder aux dépenses et frais suivants :

dépenses d'agrément (appréciation concrète, selon la nature du bien loué) ;

dépenses de reconstruction : s'il y a perte partielle ou totale de l'immeuble, il y aura dissolution du contrat dans la mesure de la perte (art. 1722 C.c.) ;

frais rendus nécessaires par la faute du locataire, ainsi que par celle de ses amis, parents, visiteurs ou hommes de métier engagés par lui ;

frais qualifiés de réparations locatives, à savoir les réparations de menu entretien (référence aux usages des lieux).

Gardien de fait de l'immeuble, le locataire doit prévenir le bailleur de tout ce qui pourrait mettre l'immeuble en péril. S'il ne le fait pas, il perd son droit aux réparations et à l'indemnisation, et peut, le cas échéant, devoir lui-même une indemnité au bailleur. Le bailleur a un droit de visite, donc le droit de pénétrer, s'il échet, dans l'immeuble pour en vérifier l'état et procéder aux réparations urgentes (sauvegarde de ses intérêts). Le locataire ne peut, en principe, prendre l'initiative d'effectuer les réparations nécessaires, en demandant le remboursement par le bailleur ultérieurement : il s'exposerait à une contestation de la nécessité des travaux effectués. Mais si le bailleur est absent, le locataire devra agir en bon père de famille, et, dès lors, procéder éventuellement aux réparations indispensables urgentes (quasi-contrat de gestion d'affaires).

3) Garantir le bien loué

Cette obligation recouvre trois aspects :

la garantie du fait personnel

Le bailleur ne peut, par son propre fait, troubler la jouissance de la chose par le preneur. La garantie du fait personnel concerne aussi bien les troubles de droit que les troubles de fait. Il s'agit évidemment d'une garantie impérative et une clause générale d'exonération de garantie est donc interdite. Néanmoins il est permis de prévoir, par une clause expresse, que tel fait précisé (e.g. des travaux) ne sera pas couvert par la garantie. L'existence de cette garantie n'empêche pas le bailleur de procéder, même contre le gré du locataire, aux réparations urgentes qui s'imposeraient, moyennant indemnisation pour le dommage qui en résulterait. Exemples de manquements du bailleur à la garantie du fait personnel :

donner à bail à une autre personne le bien déjà loué,

enlever les portes et les fenêtres en prétextant un non-paiement du loyer ;

vouloir exercer sur le bien loué des droits qui s'opposent à ceux du preneur, alors que le bailleur ne s'est pas réservé ces droits dans le contrat de bail (percevoir les fruits, exercer un droit de passage) ;

dans l'hypothèse où le bailleur occupe l'immeuble voisin, effectuer à cet immeuble des modifications qui affectent la jouissance du preneur (e.g. surélévation de l'immeuble voisin, ce qui aurait pour conséquence de priver le preneur d'air et de lumière) ;

la garantie du fait des tiers

Le bailleur doit garantir le locataire que les tierces personnes ne troubleront pas la jouissance de la chose mise à bail. La garantie, supplétive, ne couvre que les troubles de droit (art. 1725 C.c.). Les clauses d'exonération sont donc permises mais d'interprétation restrictive ;

la garantie des vices cachés

Le bailleur doit garantir le locataire contre les vices cachés, même s'il en ignore l'existence (art. 1721 C.c.). Cette garantie est supplétive ; les clauses d'exonération sont donc permises mais d'interprétation restrictive. Lorsqu'un préjudice résulte soit du fait des tiers, soit d'un vice caché, le locataire doit immédiatement en prévenir le bailleur, sans quoi il s'expose à la perte de son droit de garantie.

Les sanctions des obligations du bailleur sont les suivantes : le locataire a le choix entre :

surseoir au paiement du loyer (exception d'inexécution) ;

mettre le bailleur en demeure et, par la suite, demander, soit l'exécution forcée, soit la résolution du contrat.

b) OBLIGATIONS DU LOCATAIRE

1) Garnir le bien loué de meubles meublants suffisants

Ces meubles meublants constituent une garantie (art. 1752 C.c.) pour le bailleur et doivent, en principe, pouvoir couvrir deux termes de loyer, ainsi que tous les frais de saisie : ils vont servir d'assiette au privilège du bailleur. À défaut de meubles meublants, le locataire doit offrir au bailleur une autre sûreté (gage, caution, etc.). Une sanction particulière de cette obligation est prévue par la loi : l'expulsion du locataire.

2) Payer le loyer

Le bail est un contrat à titre onéreux. Le prix à payer est le plus souvent une somme d'argent, le loyer, mais il pourrait être convenu que le locataire paie autrement (services, en nature, etc.).

Sanctions de cette deuxième obligation : le bailleur a le choix entre :

faire saisir les meubles meublants et les faire vendre aux enchères, pour ensuite se payer sur le prix obtenu ;

mettre le locataire en demeure et demander soit l'exécution forcée, soit la résolution du contrat (mais jamais par voie de clause compromissoire expresse).

3) Jouir de la chose en bon père de famille et selon sa destination

En bon père de famille, avec soin, prudence, vigilance, etc. Le locataire est tenu :

des dégradations anormales provenant de sa faute, d'un défaut d'entretien ou du fait de toutes les personnes qu'il introduit chez lui ;

des réparations locatives, sauf celles qui sont issues d'un usage normal, de la vétusté, d'une cause étrangère ou d'une malfaçon.

Selon sa destination signifie que le locataire ne peut pas apporter de modifications principales (abattre un mur, abattre des arbres, ...). Lorsqu'il quittera les lieux, il devra remettre ceux-ci dans leur pristin état (état antérieur).

4) Restituer la chose louée

En principe, le locataire doit restituer le bien dans l'état où il l'a reçu, sauf les dégradations dues à un usage normal, à la vétusté, à une malfaçon ou à une cause étrangère. Cet état pourrait être déterminé par un état des lieux détaillé, mentionnant les vices et défauts éventuels, établi au début du bail (une simple clause dans le contrat de bail, du type « l'appartement a été mis en location en bon état », sera d'interprétation restrictive). Mais, à défaut d'état des lieux, la loi établit une présomption : le preneur est censé avoir reçu les lieux dans l'état dans lequel il les restitue, sauf preuve contraire. Cette présomption *iuris tantum* joue, de façon générale, en faveur du locataire.

4.LE PRÊT

A. Notion générale

Le prêt est un contrat par lequel une personne, appelée prêteur, remet une chose à une autre, appelée emprunteur, pour que celle-ci l'utilise et la lui restitue ensuite.

Si le prêt porte sur une chose non fongible, il s'agit d'un prêt à usage ou commodat ; s'il porte sur une chose fongible, il s'agit d'un prêt de consommation ou mutuum.

B. Le commodat ou prêt à usage (commodatum)

i) Caractéristiques

Le commodat est un contrat réel (la remise de la chose est indispensable à la formation du contrat), synallagmatique imparfait, et essentiellement gratuit (art. 1876 C.c. ; sinon il s'agirait d'une location). Le prêteur reste propriétaire de la chose prêtée (art. 1877 C.c.) et supporte en principe la charge des risques, en vertu de la règle Debitor certae rei... Par exception, il ne supportera pas la charge des risques (renversement de la charge des risques) dans six cas (art. 1881 à 1884 C.c.) :

si l'emprunteur accepte de supporter les conséquences d'une cause étrangère ;

si l'emprunteur a été mis en demeure ;

s'il y a usage anormal de l'objet prêté, différent de l'usage prévu dans le contrat, ou de l'usage normal de la chose à défaut de précision expresse. L'usage anormal a pour effet d'entraîner la mise en demeure de plein droit, laquelle renverse la charge des risques.

s'il y a usage trop long de l'objet prêté ;

si on a estimé, déterminé, la valeur de la chose lors du prêt ;

s'il y a péril et que l'emprunteur sauve sa propre chose plutôt que celle du prêteur.

Le commodat était sanctionné par l'action prétorienne *Commodati uel contra* ⁵

ii) Obligations des parties

a) OBLIGATIONS DE L'EMPRUNTEUR

Au départ, il n'existe que deux obligations dans le chef de l'emprunteur :

Se servir de la chose selon sa destination et en bonus uir

La destination de la chose est celle prévue dans le contrat (destination conventionnelle) ou, à défaut, la destination normale de la chose (destination naturelle). En droit romain, le fait pour l'emprunteur de se servir de la chose autrement que le contrat le lui permettait, était constitutif de furtum usus, de vol d'usage, une des formes de furtum, délit de vol. En droit positif, ce fait entraîne le renversement de la charge des risques. La référence au bon père de famille signifie que l'emprunteur doit entretenir la chose, supporter les frais ordinaires à exposer en vue de sa conservation et la garder avec soin et diligence. Ne seraient pas des comportements de bon père de famille :

surmener un animal emprunté ;

employer un char pour participer aux courses du cirque ;

céder l'usage de la chose empruntée à des tiers ;

utiliser un appartement comme salle de danse.

Restituer la chose

La restitution doit se faire selon les modalités du contrat, au terme convenu, ou, à défaut, après usage (art. 1888 C.c.). Cependant, si le prêteur fait état d'un besoin pressant et imprévu de la chose, il peut la redemander à l'emprunteur de manière anticipée (le juge peut contraindre l'emprunteur à la lui restituer : art. 1889 C.c.).

b) OBLIGATIONS ÉVENTUELLES ET POSTÉRIEURES DANS LE CHEF DU PRÊTEUR

Ultérieurement et éventuellement peut (peuvent) naître une, voire deux obligations dans le chef du prêteur :

Rembourser les frais extraordinaires de conservation de la chose avancés par l'emprunteur (art. 1890 C.c.)

L'emprunteur n'a pas de droit de rétention à l'égard du prêteur (art. 1885 C.c.).

Réparer le préjudice causé par un vice caché que le prêteur connaissait et dont il n'a pas prévenu l'emprunteur (art. 1891 C.c.)

Le prêteur peut ne pas avoir prévenu l'emprunteur d'un vice caché qu'il connaissait, soit volontairement (c'est un dol), soit involontairement (c'est une faute lourde). La responsabilité du prêteur ne peut donc être engagée si le vice était apparent, si l'emprunteur connaissait le vice caché, ou si le prêteur ignorait le vice caché.

C.Le prêt de consommation ou mutuum

i) Caractéristiques

Le mutuum est un contrat réel, synallagmatique imparfait, et naturellement gratuit. L'emprunteur devient propriétaire des choses fongibles prêtées (art. 1893 C.c.), mais débiteur d'une quantité équivalente de choses fongibles de même nature (art. 1892 C.c.). Il supporte la charge des risques en vertu de la règle *Genera non pereunt*.

Le mutuum – mot utilisé par métonymie : il s'agit d'une *mutui datio* ou « tradition d'un mutuum » qui est l'objet s.s. fongible du contrat – paraît avoir été le premier contrat réel du droit romain, remontant au moins à l'apparition de la monnaie fiduciaire et rencontrant le succès tant en raison d'une rigueur moins redoutable que celle du *nexum* (contrat formel susceptible d'aboutir à la contrainte par corps) que de son ouverture aux pérégrins, sans qu'il s'agisse d'un contrat issu du *ius gentium* : le prêteur est protégé par une « action de la loi », la *condictio*, reproduite comme action civile dans l'Edit du préteur et qui demeurera de droit strict dans le C.i.c. Le contrat suppose dès l'origine que les parties entendent un transfert de la propriété de la quantité de choses fongibles prêtées, bien sûr à charge pour l'emprunteur de restituer une quantité équivalente de choses de même nature.

ii) Obligations des parties

a) OBLIGATIONS DE L'EMPRUNTEUR

Au départ, elles sont les seules à exister. Il en existe au minimum une, parfois deux :

Restituer une quantité équivalente de choses fongibles de même nature

Si le prêt porte sur une somme d'argent, l'emprunteur ne doit rembourser que la somme d'argent indiquée dans le contrat : il ne doit donc pas tenir compte d'une éventuelle dévaluation ou réévaluation (art. 1895 C.c. : nominalisme monétaire). L'emprunteur doit restituer à l'échéance du terme prévu dans le contrat ou, si rien n'est prévu, lorsque le prêteur le réclame (impossible ici de prévoir une restitution après usage, puisque dans la plupart des cas, l'usage consiste en une consommation immédiate). Le débiteur peut-il payer avant l'échéance du terme ? Normalement, le terme est consenti en faveur du débiteur et la loi (art. 1899 C.c.) présume même qu'il en est ainsi. Puisqu'il est loisible à la partie en faveur de qui le terme est établi d'y renoncer, le débiteur peut rembourser avant terme ; le créancier ne peut s'opposer à ce remboursement. Il en va autrement lorsque le terme est établi en faveur du créancier ou dans l'intérêt des deux parties, comme c'est le cas lorsqu'il y a prêt à intérêts. Le débiteur ne peut alors rembourser avant terme, sauf si le contrat prévoit la faculté de remboursement anticipé. L'emprunteur recourant à cette faculté aura à payer une indemnité de remploi, censée couvrir les frais d'un nouveau placement et le manque à gagner du prêteur pendant la période intermédiaire entre l'ancien et le nouveau placement.

Payer des intérêts, si ceux-ci sont stipulés (stipulatio usurarum)

Si les intérêts ne sont pas stipulés au contrat, ils ne sont pas dus : le mutuum est naturellement gratuit (art. 1905 C.c.). Cependant, si l'emprunteur paie des intérêts non stipulés, il effectue un paiement dû (non susceptible de répétition : art. 1906 C.c.). Le taux d'intérêt peut être librement fixé par les parties, mais si le prêteur a abusé des passions, des faiblesses, des besoins ou de l'ignorance de l'emprunteur pour lui extorquer un taux d'intérêt anormalement élevé, le juge peut procéder à une réduction de ce taux d'intérêt et le ramener au taux légal

(art. 1907ter C.c.). À défaut de détermination par le contrat du taux des intérêts, le taux d'intérêt légal sera appliqué (art. 1907, al. 4, C.c.). Les intérêts doivent être payés lorsque le prévoit le contrat ou, au plus tard, en fin de contrat.

Le droit romain avait conçu le mutuum comme un prêt consenti essentiellement à titre gratuit, conception demeurée tant en droit canonique qu'en droit islamique. Dès lors, il fallait lui adjoindre ou recourir à un autre contrat, une stipulation e.g., pour faire naître l'obligation de payer des intérêts (usurae). La loi est intervenue pour protéger les emprunteurs contre les exigences des prêteurs, en réglementant le taux de l'intérêt (au maximum, 12 % à la fin de la République et, en principe, 6 % sous Justinien) et en prohibant la convention d'anatocisme (stipulation que les intérêts seraient assimilés au capital et produiraient à leur tour des intérêts : v. art. 1154 C.c.). Rappelons cependant le faenus nauticum ou prêt à la grosse aventure pratiqué en matière de commerce maritime et nécessairement à intérêts.

b) OBLIGATION ÉVENTUELLE ET POSTÉRIEURE DANS LE CHEF DU PRÊTEUR

Ultérieurement et éventuellement peut naître une obligation dans le chef du prêteur : réparer le préjudice causé par un vice caché que le prêteur connaissait et dont il n'avait pas prévenu l'emprunteur (denrées avariées, fausse monnaie...).

5.LE DÉPÔT (DEPOSITUM)

A. Notion générale

Le dépôt est un contrat par lequel une partie, appelée déposant, remet une chose mobilière à une autre partie, appelée dépositaire, pour qu'elle la garde et la restitue (art. 1915 C.c.) à la première demande (ad nutum : art. 1944 C.c.). On distingue plusieurs espèces de dépôt :

le dépôt volontaire : librement consenti. Il se subdivise en :

dépôt ordinaire (sur choses non fongibles), également appelé dépôt proprement dit par le Code civil (art. 1917),

dépôt irrégulier (sur choses fongibles) ;

le dépôt nécessaire (art. 1949 C.c.) : forcé par les circonstances ;

le dépôt séquestre (art. 1956 et 1961 C.c.) : entre les mains d'un tiers.

B. Le dépôt volontaire ordinaire

i) Notion et caractéristiques

Il porte sur des choses non fongibles, des species. C'est un contrat réel, synallagmatique imparfait s'il est conclu à titre gratuit ou synallagmatique parfait s'il est conclu à titre onéreux, et naturellement gratuit. Le déposant supporte en principe la charge des risques en vertu de la règle *Debitor certae rei...* Par exception, il ne supportera pas la charge des risques (renversement de la charge des risques) dans les cas suivants :

si le dépositaire accepte de supporter les conséquences d'une cause étrangère (clause contraire expresse) ;

si le dépositaire a été mis en demeure ;

si le dépositaire s'est servi de l'objet déposé.

ii) Obligations des parties

a) OBLIGATIONS DU DÉPOSITAIRE

Au départ, elles sont au nombre de deux et les seules à exister si le dépôt est conclu à titre gratuit et est ainsi synallagmatique imparfait :

Garder la chose – cette obligation présente en réalité trois aspects :

le dépositaire ne peut se servir de la chose, sauf permission expresse ou présumée du déposant (art. 1930 C.c.). En toute hypothèse, l'usage doit rester accessoire, marginal, sinon le contrat devient un contrat de prêt à usage. En droit romain, le dépositaire qui se servait de la chose commettait un *furtum usus*, un délit de vol d'usage. ;

le dépositaire doit conserver la chose déposée. En principe, la responsabilité du dépositaire est appréciée par rapport au critère de la *culpa levis in concreto*. Par exception, le dépositaire sera tenu de la *culpa levis in abstracto* dans quatre cas :

s'il y a clause contraire expresse dans le contrat ;

si le dépôt est rémunéré (cas très fréquent) ;

si le dépositaire s'est offert pour garder la chose ;

si le dépôt profite uniquement au dépositaire (dépôt de prestige).

En droit romain, le dépôt étant conçu comme un contrat conclu à titre gratuit, le dépositaire n'était tenu que de son *dol* et de sa faute lourde ;

le dépositaire doit respecter le secret du dépôt (art. 1931 C.c.).

Restituer la chose ad nutum (au premier signe de tête)

Même si le dépôt est assorti d'un terme, et même s'il est rémunéré, le déposant peut y mettre fin quand il le désire : *ad nutum*.

b) OBLIGATIONS DU DÉPOSANT

1) Si le dépôt est conclu à titre gratuit, les obligations à charge du déposant ne sont qu'éventuelles et postérieures à la formation du contrat, au nombre de deux :

Réparer l'éventuel préjudice causé par un vice caché

Le déposant doit réparer le préjudice même s'il ignorait l'existence du vice caché. En effet, il est tenu de tous les vices cachés, même de ceux qu'il ignore (comme le sont le vendeur et le bailleur) : cette différence par rapport au commodat s'explique par le fait que le dépôt est à l'avantage du déposant tandis que le commodat est à l'avantage de l'emprunteur.

Rembourser les dépenses de conservation de la chose (art. 1947 C.c.)

Sont visées ici toutes les dépenses de conservation, ordinaires ou extraordinaires, car le dépositaire ne peut se servir de la chose. Le dépositaire dispose du droit de rétention tant qu'il n'a pas reçu le remboursement dû par le déposant (art. 1948 C.c.).

2. Si le dépôt est conclu à titre onéreux : en toute hypothèse, le déposant doit payer la rémunération convenue au dépositaire, outre les deux obligations précitées.

C.Le dépôt volontaire irrégulier

Il porte sur des choses fongibles, sur des genera, et principalement sur des sommes d'argent. Le dépositaire devient, par la force ces choses, propriétaire des genera déposés entre ses mains mais débiteur d'une quantité équivalente de choses fongibles de même nature. Il supporte la charge des risques en vertu de la règle Genera non pereunt. Le dépôt irrégulier est un contrat réel et naturellement gratuit. Par exception, s'il est conclu à titre onéreux, c'est le dépositaire, et non le déposant cette fois, qui doit payer les intérêts.

Les dépôts en banque ne constituent pas de vrais dépôts irréguliers : s'ils sont à vue, ils sont liés au contrat innommé de compte courant ; s'ils sont à terme, ce sont en réalité des prêts à intérêt.

D. Le dépôt nécessaire et le dépôt d'hôtellerie

Le dépôt nécessaire est forcé par les circonstances (incendie, ruine, naufrage). Y sont assimilés les dépôts faits dans les vestiaires des théâtres, des restaurants, etc. La preuve peut en être rapportée par témoins, quelle que soit la valeur de la chose déposée (art. 1950 C.c.).

Le dépôt d'hôtellerie est l'aspect du contrat complexe d'hôtellerie qui concerne les bagages des clients de l'hôtel. Est considéré comme hôtelier toute personne qui fournit le logement à titre principal. Ne sont donc pas considérés comme hôteliers le patron d'un restaurant qui loue des chambres, le gérant d'une auberge de jeunesse ou d'un pensionnat, etc. La responsabilité de l'hôtelier est une responsabilité aggravée : il est responsable de toute destruction, détérioration ou disparition des objets apportés à l'hôtel. En principe, la responsabilité par sinistre est limitée à cent fois le prix du logement par journée (art. 1952, al. 3, C.c.). Par exception, la responsabilité de l'hôtelier sera illimitée dans trois cas (art. 1953 C.c.) :

- si les objets ont été déposés dans les mains de l'hôtelier ou de son personnel ;
- si l'hôtelier a refusé de recevoir en dépôt des objets qu'il était obligé d'accepter ;
- si la détérioration, la destruction ou la disparition est imputable à l'hôtelier ou à son personnel.

Au contraire, la responsabilité de l'hôtelier sera exclue dans les quatre cas suivants (art. 1954 C.c.), lorsque la détérioration, la destruction ou la disparition est due :

- au voyageur, à ses invités, à ses domestiques ;
- à un cas de force majeure ;
- à un vol à main armée ;

à la nature ou au vice de la chose.

Toute modification conventionnelle (exclusion ou restriction) de cette responsabilité est interdite. Mais le régime ne s'applique ni aux véhicules et objets qui y sont laissés, ni aux animaux vivants.

E.Le dépôt séquestre

Dans cette forme de dépôt, la garde d'un objet est confiée à une tierce personne qui sera normalement rémunérée à cet effet (dès lors, responsabilité pour culpa levis in abstracto). En l'espèce, le dépositaire est un tiers et l'objet à garder peut aussi bien être un immeuble qu'un meuble. Le séquestre peut être conventionnel ou judiciaire (ordonné en justice). Le dépôt séquestre est conclu ou ordonné notamment lorsque l'objet est l'enjeu d'un litige.

6.LE MANDAT (MANDATUM)

A. Notion et caractéristiques

Le mandat est un contrat par lequel une personne, appelée mandant, charge une autre personne, appelée mandataire, d'accomplir un acte juridique pour son compte et en l'y représentant.

Le contrat de mandat est le *negotium* ; la preuve du contrat est appelée *procuratio*, c'est l'*instrumentum*. Le mandat implique, en principe, une représentation, mais il y a d'autres cas de représentation que le mandat. Ainsi, la représentation légale (e.g. le tuteur) ou décidée par la justice (e.g. l'administrateur d'une personne protégée). Il convient cependant de noter que tous les mandats ne sont pas représentatifs : ainsi, dans le cas du prête-nom, celui-ci agit en son propre nom, mais pour le compte du mandant (le prête-nom est, dès lors, d'abord, partie à l'acte qu'il conclut).

Le mandat peut être passé de manière tacite (art. 1985, al. 2, C.c.) : e.g. la gestion d'un immeuble par l'un des deux copropriétaires. Lorsque le mandat implique une représentation, le mandataire ne doit pas être capable d'exercice : c'est le mandant qui doit l'être puisque les effets de l'acte juridique auront lieu dans son chef. Cette règle ne vaut toutefois qu'entre le mandant et le tiers : entre mandant et mandataire, les règles d'incapacité d'exercice restent d'application, voire sont renforcées (v. art. 1990 C.c.).

Le mandat est un contrat consensuel, synallagmatique imparfait s'il est conclu à titre gratuit ou synallagmatique parfait s'il est conclu à titre onéreux, naturellement gratuit et *intuitu personae*.

En droit romain, la tâche dont le mandataire se chargeait n'était pas nécessairement un acte juridique : il pouvait être un acte matériel, par exemple, prononcer une plaidoirie ou nettoyer un vêtement. L'article 1984, al. 1er, du Code civil – qui assimile erronément l'acte (mandat) à sa preuve (*procuratio*) – témoigne encore de la définition romaine : « Le mandat ou *procuratio* est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose

■

pour le mandant et en son nom. » À l'origine, le contrat ne pouvait être conclu qu'à titre gratuit : s'il y avait rémunération, il s'agissait d'un louage d'industrie. C'est ultérieurement, dans le cadre de la procédure extraordinaire, qu'on admit qu'il pouvait être rémunéré (honos, honorarium, salarium).

B.Obligations des parties

i) Obligations du mandataire

Si le contrat a été conclu à titre gratuit, seules deux obligations se présentent au départ :

a) EXÉCUTER LE MANDAT

En principe, le mandat doit être exécuté en bon père de famille. Mais si le mandat est conclu à titre gratuit, le juge pourra apprécier de manière plus clémente les fautes éventuellement commises par le mandataire (art. 1992, al. 2, C.c.). L'obligation d'exécuter le mandat entraîne parfois des obligations accessoires, par exemple garder la chose confiée ou tenir le mandant au courant de l'exécution du mandat.

Le mandat est un contrat intuitu personae : en principe, le mandataire ne pourrait se substituer quelqu'un d'autre, sauf si le contrat de mandat le permet expressément. Toutefois, lorsque le contrat ne se prononce pas sur la faculté de substitution, cette dernière existe, avec les conséquences, sur le plan de la responsabilité du mandataire originel, visées à l'article 1994 du Code civil (exemple d'action directe).

Le mandataire ne peut se porter contrepartie dans l'acte qu'il est chargé d'accomplir. Ainsi lui est-il interdit d'acheter l'objet qu'il est chargé de vendre (art. 1596 C.c.). Cette interdiction vise à éviter un conflit d'intérêts.

b) RENDRE DES COMPTES

La reddition des comptes est préalable à la décharge que le mandant donnera au mandataire (la décharge, en matière de mandat, correspond à la réception, en matière d'entreprise, et à l'agrément, en matière de vente). Le mandant est lié par les actes accomplis par le mandataire dans la limite de ses pouvoirs, mais pas par ceux qui dépasseraient les pouvoirs qui lui étaient attribués, sauf ratification tacite ou expresse de ces derniers par le mandant (art. 1998 C.c.).

ii) Obligations du mandant

a) SI LE MANDAT EST CONCLU À TITRE GRATUIT

Dans ce cas, il y a deux obligations éventuelles et postérieures à la formation du contrat :

Rembourser toutes les dépenses faites par le mandataire, même si l'objectif poursuivi par le mandat n'a pu être atteint (art. 1999 C.c.) ;

Indemniser le mandataire des pertes qu'il aurait éventuellement subies.

b) SI LE MANDAT EST CONCLU À TITRE ONÉREUX

Outre ces deux obligations éventuelles et postérieures, le mandant doit payer la rémunération promise au mandataire.

C.Extinction du mandat

En plus des causes d'extinction de droit commun, le mandat connaît trois causes d'extinction particulières :

le changement d'intention du mandant comme celui du mandataire : chacun d'eux peut résilier unilatéralement le contrat (révocation du mandataire par le mandant, renonciation par le mandataire au mandat), car il s'agit d'un contrat basé sur la confiance personnelle ;

le décès du mandant comme celui du mandataire ;

la faillite ou la déconfiture du mandant comme celle du mandataire.

7.LA TRANSACTION (TRANSACTION)

A. Notion et caractéristiques

C'est un contrat par lequel les parties en présence mettent fin à un litige qui les divise ou préviennent une contestation éventuelle par des concessions réciproques (art. 2044 C.c.). Si les concessions doivent être réciproques, elles ne doivent pas forcément être équivalentes : l'auteur d'un accident et sa victime transigent sur le montant que le premier paiera à la seconde. Le premier renonce à contester le principe de la réparation ; la seconde renonce à réclamer en justice un montant plus élevé.

La transaction est un contrat consensuel (à défaut de preuve écrite, le negotium peut être prouvé par aveu ou serment), synallagmatique parfait (chaque cocontractant doit faire des concessions) et à titre onéreux (les concessions de chaque partie). Le caractère consensuel de la transaction ne s'oppose pas à ce que ce contrat soit soumis à un formalisme de preuve : il faut un écrit pour l'établir, quel qu'en soit le montant. Son caractère synallagmatique parfait implique, si un écrit est rédigé, la règle des originaux multiples (art. 1325 C.c.).

En droit romain, la transaction était un contrat innomé, dans le droit de Justinien du moins (auparavant il fallait recourir à une ou deux stipulations).

– La transaction ne peut être annulée ni pour erreur de droit, ni pour lésion (art. 2052, al. 2, C.c.).

– Il est interdit de transiger en certaines matières (accidents du travail, impôts, etc.).

– Il ne faut pas confondre la transaction avec le compromis : ce dernier (à partir de Justinien, en 530 ; auparavant il fallait deux stipulations ou promesses faites ensemble : compromissum) est une convention par laquelle les parties ne résolvent pas elles-mêmes leur litige mais décident de le soumettre à un arbitre privé, qu'elles choisissent, et de s'en tenir à la sentence arbitrale qu'il rendra

(actuellement « convention d'arbitrage » : art. 1676 à 1723 C. jud.).

B.Obligations des parties

Chacune des parties contractantes est tenue de deux obligations :

exécuter la concession convenue ;

renoncer à intenter l'action judiciaire relative à la prétention initiale.

8.LE CAUTIONNEMENT

A. Notion et caractéristiques

Le cautionnement est un contrat par lequel une personne, appelée caution ou fidéjusseur, s'engage à payer un créancier déterminé, si le débiteur principal de ce dernier n'exécute pas son obligation (art. 2011 C.c.). Il s'agit d'une sûreté personnelle issue d'un contrat consensuel, unilatéral et accessoire.

Le cautionnement est un contrat consensuel, mais il doit être exprès : la caution doit s'être exprimée sans ambiguïté sur sa volonté de cautionner. Comme le cautionnement est unilatéral (il ne comporte d'engagement que d'un seul côté), s'il porte sur des choses fongibles (notamment de l'argent), ou bien la caution doit écrire entièrement l'acte à la main, ou bien on applique la règle du « Bon pour... », en vertu de laquelle le débiteur doit écrire : « Bon pour la somme de... » ou « Approuvé pour la somme de... » avec la quantité en toutes lettres (art. 1326 C.c.). Le caractère accessoire du cautionnement entraîne quatre conséquences principales :

si l'obligation principale est nulle, le cautionnement est également nul, sauf le cas où l'obligation principale a été contractée par un mineur ;

si la dette principale s'éteint, le contrat accessoire s'éteint par voie de conséquence ;

la caution peut compenser ce que le créancier exige d'elle avec ce que le créancier doit lui-même au débiteur principal (e.g. le débiteur principal doit 100 000 sesterces au créancier ; le créancier doit 60 000 sesterces au débiteur principal. Si le débiteur principal n'exécute pas son obligation, la caution ne doit payer que 40 000 sesterces, i.e. la différence entre les deux dettes) ;

le cautionnement ne peut être contracté sous des conditions plus onéreuses que celles qui sont prévues dans le contrat principal (e.g. la caution ne peut être tenue de payer des intérêts de retard de 20 % alors que le débiteur principal n'est tenu qu'au paiement d'intérêts de retard de 10 %).

Le décès de la caution n'éteint pas son engagement, qui passera à ses héritiers

s'ils acceptent sa succession (art. 2017 C.c.).

En droit romain, le cautionnement a une histoire très complexe. Il a commencé comme un contrat formel et a fini par exister sous forme consensuelle. L'ancien droit était caractérisé par la prédominance des sûretés personnelles, conformément au principe de l'exécution sur la personne (contrainte par corps). À s'en tenir aux mécanismes pratiqués à l'époque du droit classique, il faut d'abord mentionner le contrat formel de sponsio, réservé aux citoyens romains : *spondesne mihi centum dare*, « promets-tu de me donner cent ? » demande d'abord le créancier au débiteur principal. Ce dernier s'engage en répondant *spondeo*, je promets. Le créancier s'adresse ensuite à la future caution et lui demande : *idem dari spondes*, « promets-tu que la même chose soit donnée ? » Le sponsor répond : *spondeo*, « je promets », et répond ainsi du débiteur principal comme de lui-même. Ce témoignage de confiance – envers un débiteur principal qu'il est censé mieux connaître que ne le peut le créancier – l'expose à payer lui-même, ou, à défaut, à subir lui-même la contrainte par corps. La *lex Publilia* lui offre, s'il a dû payer, un recours contre le débiteur principal qui ne l'aurait pas remboursé dans les six mois : il peut procéder à la contrainte par corps comme si le débiteur principal (à qui il avait ainsi fait confiance...) avait été condamné par jugement.

Si un pérégrin veut se porter caution, il faut recourir à une *stipulatio* en ces termes : *idem fide promittisne*, « me promets-tu la même chose sur ta foi ? » La caution pérégrine répond *fide promitto*, « je promets sur ma foi. » Aussi le cautionnement par stipulation s'appelle-t-il *fidepromissio*.

Les cautionnements par sponsio ou fidepromissio ne pouvaient garantir qu'une dette principale née d'un contrat verbal et étaient intransmissibles aux héritiers des cautions. S'il y a plusieurs sponseurs et/ou fidepromissores et que l'un d'eux a dû payer intégralement le créancier, la *Lex Appuleia* lui accorde un recours contre chacune des autres cautions, à hauteur de sa part virile. Vers 100 a.C., la *Lex Furia* limite à deux ans la durée d'engagement des cautions et leur applique le principe de l'obligation conjointe : chacune n'est plus tenue envers le créancier qu'à concurrence de sa part. La *Lex Cicereia* introduit, en matière de cautionnement, une publicité (qui, rappelons-le, a toujours fait défaut en matière d'hypothèque romaine) : au moment de recevoir l'engagement des cautions, le créancier doit proclamer leur nom et le montant pour lequel chacune s'engage (en sachant ainsi l'endettement du débiteur principal et contre qui précisément exercer, le cas échéant, un recours contributoire). Enfin une *Lex Cornelia* tente

de brider le surendettement en interdisant de se porter caution d'un même débiteur au cours d'une même année pour plus de 20 000 sesterces...

Le terme « fidéjusseur » (à vrai dire peu usité en droit positif) provient de la fideiussio, apparue en réaction aux avantages accordés aux cautions par certaines des lois précitées : elle constitue un cautionnement solidaire, transmissible passivement (donc aux héritiers éventuels des cautions) et susceptible de s'appliquer à toute dette principale, quelle qu'en soit la source.

Le fidéjusseur est d'autant plus mal loti que le créancier est confronté à un choix délicat. Une dette principale cautionnée reste une seule et même dette, même s'il y a plusieurs codébiteurs solidaires. Or, dans la procédure formulaire (devant le préteur, puis le juge-citoyen), s'applique la règle bis de eadem re ne sit actio : une action judiciaire ne peut être intentée deux fois pour la même chose. Le créancier doit donc assigner soit le débiteur principal, soit la caution : cette dernière ne jouit pas, avant l'époque de Justinien, du bénéfice de discussion (u. infra) et, à défaut ainsi de pouvoir imposer au créancier de discuter au préalable le débiteur principal, doit s'en remettre à l'éventuel scrupule du créancier. Celui-ci ne va-t-il pas offenser le débiteur principal en donnant à penser qu'il est insolvable s'il juge préférable d'assigner la caution ? Le débiteur principal, vexé de la sorte, pourrait intenter contre le créancier l'actio iniuriarum et lui réclamer des dommages-intérêts. Mais cette action délictuelle ne pourrait aboutir que si le débiteur principal démontre sa solvabilité par le paiement de la dette principale (voire par un rapide remboursement de la caution), ce qui précisément ne paraît pas le cas au moment où le créancier doit se résoudre à introduire une action judiciaire... Celle-ci mettra dès lors, tout scrupule écarté, la caution en cause.

C'est en cherchant à éviter ce choix délicat de procédure que le créancier et la caution vont faire évoluer le cautionnement du formalisme au consensualisme, et ce en recourant au mandat (contrat consensuel), selon deux schémas possibles : soit la caution donne au créancier mandat d'introduire l'action judiciaire contre le débiteur principal ; si le créancier obtient la condamnation de ce dernier et le paiement, la dette accessoire de la caution est éteinte ; à défaut, l'action en exécution forcée de la dette principale est éteinte sans résultat tangible, mais le créancier peut exercer, pour le montant cautionné, l'action du mandat contre son mandant/caution ; soit le candidat au cautionnement offre sa garantie en donnant au créancier mandat de prêter au débiteur principal : à défaut de paiement par ce dernier, le créancier/mandataire demande le paiement au mandant/caution tenu, en vertu du mandat, d'indemniser son mandataire de tous les coûts que

l'exécution du mandat a entraînés.

C'est ce dernier procédé qui demeure à l'époque de Justinien, après disparition de la sponsio et de la fidepromissio, mais encore aux côtés de la fideiussio, cette dernière se trouvant sensiblement améliorée par l'introduction du bénéfice de discussion et la suppression officielle du choix procédural qu'imposait la procédure formulaire (le créancier peut assigner tant le débiteur principal que la ou les cautions). Le régime du cautionnement en droit positif est directement issu de celui en vigueur sous Justinien.

Le terme caution est toujours utilisé au féminin, celui de fidéjusseur toujours au masculin.

On peut être cautionné à son insu (art. 2014, al. 1er, C.c.) : le contrat accessoire (à la dette principale, qui peut résulter de n'importe quelle source d'obligations) de cautionnement n'est conclu que par le créancier et la ou les cautions, sans que le débiteur principal n'y soit l'une des parties.

Une caution peut elle-même être cautionnée (art. 2014, al. 2, C.c.).

B.Espèces

Le cautionnement peut être légal, judiciaire ou – cas le plus fréquent – conventionnel. Dans les deux premiers cas, il est imposé ; dans le dernier, il est volontaire. Le cautionnement conventionnel peut être de deux espèces : le cautionnement simple et le cautionnement solidaire :

i) Le cautionnement simple : la caution jouit de deux bénéfices :

le bénéfice de discussion (discutere provient de dis-quater, secouer) : la caution, qui se voit poursuivie par le créancier, a le droit de renvoyer celui-ci « secouer » au préalable le patrimoine du débiteur principal. La caution apparaît donc comme un débiteur subsidiaire, secondaire, qui ne paiera qu'à défaut de paiement par le débiteur principal. Toutefois, l'existence du bénéfice de discussion est subordonnée à la réalisation de quelques conditions, notamment que la caution indique les biens du débiteur principal à discuter et qu'elle avance les frais de discussion. NB : la discussio désigne aussi l'inspection et la vérification des contribuables pour la perception des impôts, un contrôleur impérial étant appelé discussor ;

le bénéfice de division : en cas de pluralité de cautions, la dette est divisible entre elles par parts viriles (chacune des cautions n'est tenue que d'une fraction identique de la dette). C'est le principe de l'obligation conjointe, transposé en matière de cautionnement simple.

ii) Le cautionnement solidaire peut lui-même être de deux types :

a) SOLIDARITÉ ENTRE CAUTIONS

Les cautions conservent le bénéfice de discussion, mais renoncent au bénéfice de division. Si le créancier n'obtient pas le paiement de la dette par le débiteur principal, il peut choisir l'une des cautions et exiger d'elle le paiement de la totalité de la dette.

b) SOLIDARITÉ ENTRE CAUTION(S) ET DÉBITEUR PRINCIPAL

La (ou les) caution(s) renonce(nt) aux deux bénéfices, tant à celui de discussion qu'à celui de division. Le cautionnement solidaire, bien que présentant un certain nombre de points communs avec la solidarité passive, ne doit pas être confondu avec elle.

Les espèces de cautionnement conventionnel ressortissent à la question de l'obligation à la dette (qui doit payer quel montant de la dette ? Question des rapports entre créancier(s) et débiteur(s)).

Les effets du cautionnement entre débiteur et caution(s), ainsi que ceux entre cautions, ressortissent à la question de la contribution à la dette (comment se répartit finalement la dette entre codébiteurs ?).

Lorsque la caution a payé, elle dispose d'un recours contre le débiteur principal (par voie de subrogation personnelle : art. 2029 C.c.), pour le remboursement de l'intégralité (dette, intérêts, frais et dommages-intérêts éventuels : art. 2028 C.c.), et d'un recours contre les autres cautions, pour le remboursement de leur part contributive dans la dette (art. 2033 C.c.). Dans certaines circonstances (v. art. 2032 C.c.), la caution qui n'a pas encore payé, peut agir contre le débiteur principal, pour être indemnisée par ce dernier, lorsque le recours ultérieur de la caution pourrait être rendu illusoire par l'insolvabilité du débiteur.

1. Ce sont les actions dites « arbitraires » ou actiones arbitrarie qui se caractérisent par l'insertion d'une clause restitutoire dans l'intentio : l'actio doli, l'actio metus, les actions noxales, la revendication et l'action publicienne, ainsi que l'hereditatis petitio ou revendication de l'universalité que constitue un patrimoine successoral.

2. Édit du préteur, IV. De pactis et conuentionibus, apud Dig., 2, 14, 7, 7 :
« Pacta conuenta, quae neque dolo malo neque aduersus leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, seruabo. »

3. Édit, XVI. De rebus creditis, 3 : De pecunia constituta. Qui pecuniam debitam constituit (Dig., 13, 5, pr et 1, 1 (se soluturum eoue nomine se satisfacturum esse, in eum iudicium dabo), selon la formule caractéristique de l'action prétorienne.

4. Cf. confarreatio et diffarreatio.

5. Édit, XVII, 4 : « Quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo » (Dig., 13, 6, 1pr.).

Index thématique

abus de droit 1, 2, 3, 4, 5

abusus 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9

acceptation 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7

acceptilatio 1

accession s.l. 1, 2, 3

accession s.s. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7

accessoire 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36

accident(s) du travail 1, 2, 3

accipiens 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20

acte juridique 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14

actif 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20

actio 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12

actio de in rem verso 1

actio quanti minoris 1

actio redhibitoria 1, 2

action confessoire 1, 2, 3, 4, 5, 6

action de effusis et deiectionis 1

action de positis et suspensis 1

action directe 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7

action en déclaration de simulation 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10

action en exécution forcée 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21

action en répétition 1, 2, 3, 4, 5

action estimatoire 1, 2

action indirecte 1, 2

action négatoire 1, 2, 3, 4, 5

action oblique 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9

action paulienne 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16

action personnelle 1

action pétitoire 1, 2

action possessoire 1, 2, 3

action publicienne 1, 2, 3

action rédhibitoire 1, 2

action réelle 1, 2, 3, 4

action subrogatoire 1, 2, 3, 4, 5

actions de bonne foi 1, 2, 3

actions de droit strict 1, 2

ad nutum 1, 2, 3, 4, 5

adjudication 1

aes et libra 1, 2

agrégation 1, 2, 3, 4

animal 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11

animus 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10

animus donandi 1

animus novandi 1, 2

annulation 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11

antichrèse 1

apposition de scellés 1

apprentis 1, 2

artisans 1, 2, 3, 4

assurance 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15

astreinte 1

auteur 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9

autonomie de la volonté 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11

ayant cause 1

bail 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23,
24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45

bailleur 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22,
23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44

bâtiment 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9

bénéfice de discussion 1, 2, 3

bénéfice de division 1, 2

bien s.s. 1, 2

bien(s) immeuble(s) 1, 2, 3, 4

bien(s) incorporel(s) 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9

bien(s) meuble(s) 1, 2, 3, 4, 5

bien(s) principal(aux) 1, 2, 3

biens accessoires 1, 2, 3

biens appropriés 1

biens corporels 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16

biens dans le commerce 1

biens divisibles 1

biens hors commerce 1, 2, 3

biens indivisibles 1, 2

biens non appropriés mais appropriables 1

biens non consommables 1

biens non librement interchangeables 1

biens s.l. 1, 2

bon père de famille 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11

bonnes mœurs 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9

bonus vir 1

caducité 1, 2

capacité d'exercice 1, 2, 3, 4, 5

capacité de discernement 1

capacité de droit 1

capacité de fait 1, 2

cas de force majeure 1, 2, 3, 4

cas fortuit 1, 2, 3

casus 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21

casus maior 1, 2

casus minor 1, 2, 3

cause 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95

cause étrangère 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22

caution 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28

cautionnement 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25

cautionnement simple 1, 2, 3

cautionnement solidaire 1, 2, 3

cession de créance 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20

cession de dette 1, 2, 3

charge de la preuve 1, 2

choses au sens large 1, 2, 3, 4

choses certaines 1, 2

choses collectives 1, 2

choses communes 1, 2

choses de genre 1, 2, 3, 4

choses publiques 1, 2

choses sans maître 1, 2

clause de réserve de propriété 1

clause(s) pénale(s) 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7

codex accepti et expensi 1

commodant 1, 2, 3, 4, 5, 6

commodat 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12

commodataire 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7

commodatum 1, 2

compensatio 1

compensation 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16

complainte 1, 2, 3

compte courant 1, 2

concordat 1, 2, 3

condictio 1, 2, 3

condictio indebiti 1, 2

condictio sine causa 1

condition 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16

condition résolutoire 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19,

20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27

condition(s) suspensive(s) 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29

conditions casuelles 1

conditions potestatives 1

conditions résolutoires 1, 2, 3, 4

confusion 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9

connexité 1

consciis fraudis 1

consensualisme 1, 2, 3, 4, 5

consentement 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38

consolidation 1, 2

constitut 1, 2, 3, 4

constitut possessoire 1, 2

contractus 1, 2

contrarius consensus 1

contrat 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344,

345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506

contrat d'entreprise 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8

contrat(s) à titre gratuit 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7

contrat(s) à titre onéreux 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9

contrat(s) accessoire(s) 1, 2, 3, 4, 5

contrat(s) aléatoire(s) 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9

contrat(s) consensuel(s) 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20

contrat(s) formel(s) 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13

contrat(s) innommé(s) 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14

contrat(s) instantané(s) 1, 2, 3, 4

contrat(s) intuitu personae 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9

contrat(s) non intuitu personae 1, 2, 3, 4

contrat(s) principal(aux) 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14

contrat(s) réel(s) 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19

contrat(s) successif(s) 1, 2, 3, 4, 5, 6

contrat(s) synallagmatique(s) parfait(s) 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13

contrat(s) unilatéral(aux) 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11

contrats commutatifs 1

contrats de bienfaisance 1

contrats nommés 1, 2

contrats réglementés 1

contrats solennels 1

contrats synallagmatiques imparfaits 1, 2, 3, 4, 5

contre-lettre 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12

convention-loi 1, 2, 3, 4, 5, 6

convention de porte-fort 1, 2, 3, 4, 5, 6

copermutant 1, 2

copropriété 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24

corpus 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12

créancier chirographaire 1, 2

culpa 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20

culpa in contrahendo 1, 2

culpa lata 1, 2

culpa levis in abstracto 1, 2, 3, 4, 5, 6

culpa levis in concreto 1, 2, 3, 4, 5

culpa levissima 1, 2, 3, 4, 5

curateur 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10

curateur de faillite 1, 2

damnum emergens 1, 2

datio in solutum 1, 2

dation en paiement 1, 2

déchéance du terme 1

déconfiture 1, 2, 3, 4, 5, 6

délégation 1, 2

délit 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17

délivrance 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15

déménagement 1

demeure 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18

dénonciation de nouvelle œuvre 1, 2

déposant 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19

dépositaire 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35

dépôt 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57

dépôt forcé 1

dépôt nécessaire 1, 2, 3, 4

dépôt séquestre 1, 2, 3, 4, 5

dépôt volontaire 1, 2, 3, 4, 5, 6

dépôt volontaire irrégulier 1

dépôt volontaire ordinaire 1

détention 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17

devis et marchés 1

displicentiae 1, 2

disposition(s) supplétive(s) 1, 2

dispositions impératives 1, 2, 3, 4

dissolution des contrats 1, 2, 3, 4, 5, 6

dol 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35

dol incident 1, 2

dol négatif 1

dol positif 1

dol principal 1

dolus 1, 2, 3, 4, 5

dolus bonus 1, 2, 3

dolus malus 1, 2, 3, 4

dommage 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63

dommage direct 1

dommage indirect 1

dommages et intérêts 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29

don manuel 1, 2, 3

donatio sub modo 1, 2

donation 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10

donation avec charge 1, 2

donation indirecte 1

droit à la réserve 1

droit absolu 1, 2, 3

droit civil 1, 2

droit de créance 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21

droit de faire saisir 1, 2

droit de jouissance 1, 2

droit de préférence 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8

droit de rétention 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13

droit de suite 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9

droit objectif 1, 2, 3

droit personnel 1

droit privé 1, 2

droit public 1, 2, 3

droit réel 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39

droit romain 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16

droit subjectif 1, 2, 3, 4, 5, 6

droits extra-patrimoniaux 1, 2, 3

droits patrimoniaux 1, 2, 3, 4

droits politiques 1

droits relatifs 1, 2, 3, 4, 5, 6

échange 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23

effet juridique 1, 2, 3, 4

effets des contrats 1

effets des obligations 1, 2

élèves 1, 2, 3

émancipation 1

emphytéose 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13

emptio rei speratae 1, 2

emptio spei 1, 2, 3

emptio venditio 1, 2

énergie nucléaire 1

enfants mineurs 1, 2, 3

enrichissement sans cause 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10

entrepreneur 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21

épaves 1, 2

erreur 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36

erreur excusable 1

erreur substantielle 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7

erreur sur les motifs 1, 2

essentialia negotii 1, 2

état de nécessité 1

état des lieux 1, 2

éviction 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11

ex nunc 1, 2, 3

ex tunc 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13

exception de contrat non exécuté 1

exception de dol 1, 2

exception de paiement dû 1, 2, 3

exécution de bonne foi 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8

exécution des obligations 1, 2

expensilatio 1, 2

extinction des obligations 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8

faillite 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15

fait du Prince 1

fait juridique 1, 2, 3, 4

faute 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12

fidéjusseur 1, 2, 3

fides 1, 2, 3, 4

fiducie 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11

fonds dominant 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14

fonds servant 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14

formalisme 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25

formalisme en droit positif 1

formalisme romain 1

fraude 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9

fraus creditorum 1

fructus 1, 2, 3, 4

fruits civils 1, 2, 3

fruits naturels 1, 2, 3

fruits s.l. 1, 2, 3, 4

fruits s.s. 1, 2, 3, 4

gage 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61

garantie 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58

gardien 1, 2, 3, 4, 5, 6

gardien de la chose 1

genera 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32

genera s.l. 1, 2

gérant 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15

géré 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10

gestion d'affaires 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20

habitation 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7

hérédité jacente 1

hôtellerie 1, 2, 3, 4, 5

hypothèque 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34

impenses 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15

impératif 1, 2

in diem addictio 1

in iure cessio 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9

indivisibilité 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8

indivision 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7

industrie 1, 2, 3, 4, 5

inexécution des contrats 1

inscription 1, 2, 3, 4, 5, 6

instituteurs 1, 2, 3, 4

instrumentum 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9

interruption de la prescription 1

interversion de titre 1, 2, 3, 4, 5

intuitu(s) personae 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19,

20, 21

inventaire 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7

inventio 1

invention 1, 2, 3, 4, 5, 6

iocandi causa 1, 2

iudicium strictum 1

iura in persona 1

iura in re 1, 2, 3, 4, 5, 6

iura in re aliena 1, 2, 3, 4, 5

ius in persona 1, 2, 3, 4

ius tollendi 1

jeu 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10

jonction des possessions 1, 2, 3, 4, 5

jour 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13

laesio enormis 1, 2

lésion 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28

lésion énorme 1, 2, 3, 4, 5, 6

lésion extrinsèque 1, 2

lésion intrinsèque 1, 2, 3

levis in abstracto 1, 2, 3, 4, 5, 6

levis in concreto 1, 2, 3, 4, 5

levissima 1, 2, 3, 4

libéralité 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11

litem suam facere 1

locataire 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59

locatio conductio 1, 2, 3

locatio operarum 1

locatio operis faciendi 1, 2, 3

locatio rei 1, 2, 3

location-vente 1

locus solutionis 1, 2, 3, 4

loi Aquilia 1

loi de réduction proportionnelle 1

loi du concours 1, 2, 3, 4, 5

louage 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30

louage d'industrie 1, 2, 3, 4

louage de chose 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12

louage de services 1, 2, 3, 4

louage de travail 1, 2

loyer 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25

lucrum cessans 1, 2, 3

maior 1, 2

maître de l'affaire 1, 2, 3, 4, 5

maître de l'ouvrage 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11

maîtres et commettants 1, 2

mandant 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19

mandat 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34

mandataire 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25

mandatum 1, 2

mention marginale 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7

merces 1

mère 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12

merx 1, 2, 3

mesures conservatoires 1, 2, 3, 4

metus 1

mise en demeure 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20

modification des obligations 1, 2, 3, 4

monnaie de compte 1

monnaie de paiement 1

mora 1

mora creditoris 1

mutuum 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19

nantissement 1, 2

negotium 1, 2, 3, 4, 5, 6

nexum 1, 2

novatio 1

novation 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12

nullité 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22,
23, 24, 25, 26, 27

objet du contrat 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7

obligation de dare 1, 2, 3, 4

obligation de renseignement 1, 2

obligation juridique 1, 2

obligation(s) 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452

obligation(s) alternative(s) 1, 2

obligation(s) civile(s) 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7

obligation(s) conjointe(s) 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7

obligation(s) de facere 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8

obligation(s) de non facere 1, 2, 3, 4, 5, 6

obligation(s) de résultat 1, 2, 3, 4, 5, 6

obligation(s) in solidum 1, 2, 3, 4, 5

obligation(s) indivisible(s) 1, 2

obligation(s) morale(s) 1, 2, 3, 4

obligation(s) naturelle(s) 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11

obligation(s) négative(s) 1, 2

obligation(s) positive(s) 1, 2, 3, 4

obligations conjonctive 1

obligations de moyen ou de diligence 1

obligations facultatives 1

obligations solidaires 1

obstacle 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14

occupatio 1, 2, 3, 4

occupation 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11

offre 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8

offres réelles suivies de consignation 1

option 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8

ordre public 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15

originaux multiples 1, 2

pacte 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16

pacte adjoint ex intervallo 1

pacte commissoire exprès 1

pacte commissoire tacite 1, 2, 3

pacte de constitut 1

pacte de déplaisir 1

pacte de résolution 1, 2

pacte nu 1

pacte sur succession future 1

pactum 1, 2, 3, 4, 5

paiement 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72

paiement avec subrogation 1, 2, 3, 4, 5

paiement de l'indu 1

paiement indu 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15

pari 1, 2

part virile 1, 2

passif 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14

patria potestas 1

patrimoine 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31

Pauliana 1

père 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55

permutatio 1

personnalité 1, 2, 3

personne morale 1, 2, 3

pignus 1, 2, 3, 4, 5, 6

pollicitatio 1

pollicitation 1, 2

porte-fort 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13

possessio iuris 1, 2

possessio rei 1, 2

possession 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107

possession de la créance 1

possession utile 1

preneur 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7

préposés 1

prescription acquisitive 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56

prescription extinctive 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36

présomption de continuité 1

présomption de non-interversion de titre de détention 1

présomption de possession 1, 2

présomption de titularité 1, 2

présomptions non irréfragables 1

prêt 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39

prêt à la grosse 1, 2

prêt à usage 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10

prêt de consommation 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10

pretium 1, 2, 3, 4

preuve 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11

preuve diabolique 1

principe de connexité 1

principe de la convention-loi 1, 2, 3, 4, 5, 6

principe de la relativité des contrats 1, 2, 3, 4, 5

principe de simultanéité 1

pristin état 1, 2, 3

privilège 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16

prix 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105

probatio diabolica 1, 2

prodigue 1

produits 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21

produits aménagés en fruits 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11

promesse de contrat 1, 2, 3, 4

promesse de vente 1, 2, 3

promesse pour autrui 1, 2, 3, 4, 5

promissio 1, 2

propriété 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124

publicité foncière 1, 2

quasi-contrat 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9

quasi-délit 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7

quasi-possession 1, 2

quasi-usufruit 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21

quasi ex contractu 1, 2

quasi ex delicto 1

réalisme 1, 2

réception 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10

reddition de comptes 1

règle des originaux multiples 1, 2

règlement collectif de dettes 1, 2, 3, 4

rei vindicatio 1, 2, 3, 4

réintégrandes 1, 2, 3, 4, 5

relativité des contrats 1, 2, 3, 4, 5

rem praestare 1

rémeré 1, 2, 3

remise de dette 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13

rente viagère 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10

représentation 1, 2, 3, 4, 5, 6

reprise de dette 1

res communes 1, 2, 3

res derelictae 1

res extra patrimonium 1

res in commercio 1

res in patrimonio 1

res novae 1

res nullius 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16

res nullius s.l. 1, 2, 3, 4

res nullius s.s. 1, 2

res publica 1

res publicae 1, 2, 3

rescision 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15

réserve 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19

réserve de propriété 1

résidence principale 1, 2, 3

résiliation unilatérale 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10

résolution 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29

responsabilité aquilienne 1

responsabilité civile 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10

responsabilité complexe 1, 2, 3, 4, 5

responsabilité contractuelle 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11

responsabilité décennale 1

responsabilité extra-contractuelle 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8

responsabilité objective 1, 2, 3, 4

responsabilité pénale 1, 2, 3, 4

responsabilité quasi délictuelle 1, 2, 3, 4

responsabilité sans faute 1, 2, 3

responsabilité simple 1, 2, 3

responsabilité(s) 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114

réention 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16

retirement 1, 2, 3, 4

revendication 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15

révocation 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12

risque contractuel 1, 2, 3, 4, 5

risques 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9

ruine du bâtiment 1, 2

s.l. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25

scellés 1

séquestre 1, 2, 3, 4, 5

service foncier 1

servitude(s) prédiale(s) 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7

servitudes personnelles 1, 2, 3, 4

silence qualifié 1, 2

simulation 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24

simultanéité 1

societas 1

société 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15

société léonine 1

solidarité active 1, 2, 3, 4

solidarité passive 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12

solutio 1, 2, 3

solutio indebiti 1

solvens 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13

soulte 1, 2, 3, 4, 5, 6

spéciaux 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12

species 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22,
23, 24, 25

spécification 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10

stipulatio 1, 2, 3, 4, 5, 6

stipulation 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22

stipulation pour autrui 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12

subrogation 1, 2

subrogation personnelle 1, 2

subrogation réelle 1

subscriptio 1

substantielle 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8

successif 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9

succession à titre particulier 1, 2

succession à titre universel 1, 2

succession en déshérence 1, 2

succession future 1, 2, 3

succession s.l. 1

succession universelle 1

superficie 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12

sûreté générale 1, 2, 3, 4, 5, 6

sûreté(s) personnelle(s) 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7

sûreté(s) réelle(s) 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15

sûreté(s) spéciale(s) 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9

suspension de la prescription 1

symbolique 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15

terme 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23,
24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44,
45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65,

66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114

terme convenu 1, 2, 3

terme de droit 1, 2

terme de fait 1

terme de grâce 1, 2

terme extinctif 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24

terme suspensif 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19

théorie des risques 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9

titre de droit 1, 2, 3

titre de fait 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7

titre juste 1, 2

titre négociable 1, 2

titre putatif 1

tradition brevi manu 1, 2, 3, 4

tradition longa manu 1

transactio 1

transaction 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11

transcription 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7

transfert 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46

transfert de la charge des risques 1, 2, 3, 4

transfert du droit de propriété 1

transmission à titre particulier 1

transmission des obligations 1, 2, 3

transmission universelle 1, 2, 3, 4

travail 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22,
23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37

tréfoncier 1, 2, 3

trésor 1, 2, 3, 4, 5, 6

trouble possessoire 1

troubles de voisinage 1, 2, 3

turpitude 1, 2, 3, 4

universalité 1, 2

usage 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32

usucapio 1

usucapion 1, 2, 3

usufruit 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85

usufruit conjoint 1, 2, 3

usufruit réversible 1

usufruit successif 1, 2, 3, 4, 5, 6

usus 1, 2, 3, 4

vacuam possessionem tradere 1

vente 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178

vente à crédit 1, 2, 3

vente à l'essai 1, 2, 3, 4

vente à réméré 1, 2, 3

vente à tempérament 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7

vente à tous risques 1

vente à toutes chances 1, 2, 3, 4

vente avec arrhes 1

vente avec déclaration de commande 1

vente avec élection d'ami 1, 2

vente d'une chose espérée 1, 2

ventilation 1, 2

vice de consentement 1

vice(s) caché(s) 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34

vice(s) de la chose 1, 2, 3

vices apparents 1, 2, 3, 4

vices de la possession 1, 2

violence 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20

vir 1, 2, 3, 4, 5, 6

votum 1

vue 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9

Index des adages

Accessorium sequitur principale 1, 2, 3, 4, 5

Actioni non natae non praescribitur 1

Actore non probante absolvitur reus 1

Actori incumbit probatio 1

Ad tempus deberi non potest 1

bellum omnium contra omnes 1

Casus a nullo praestatur 1

Coacta voluntas tamen voluntas est 1

Contra non valentem agere non currit praescriptio 1

Culpa lata dolo aequiparatur 1

De minimis non curat praetor 1

Debitor certae rei interitu casu rei liberatur 1, 2, 3, 4, 5

Dies non interpellat pro homine 1, 2

Dolus malus pro possessione est 1

Ex nudo pacto non nascitur actio sed exceptio 1

Genera non pereunt 1, 2, 3, 4, 5, 6

Hereditas iacens sustinet personam defuncti 1

In communione nemo compellitur invitus detineri 1

*In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectare placuit
1*

Mala fides superveniens nocet 1, 2

Mala fides superveniens non nocet 1

Nemini licet cum alterius detrimento et iniuria locupletiolem fieri 1

Nemini res sua servit 1, 2, 3

Nemo auditur propriam turpitudinem allegans 1

Nemo censetur ignorare legem 1, 2

Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet 1

Nemo potest (praecise) cogi ad factum 1

Nemo potest cogi ad factum 1, 2

Non omne quod licet honestum est 1

Nullum crimen, nulla poena sine lege 1, 2, 3, 4

Omnia quae iure contrahuntur contrario iure pereunt 1, 2, 3, 4

Praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio 1

Prior tempore potior iure 1, 2

Quod abundat non vitiat 1, 2

Ratihabitio mandato comparatur 1

Res inter alios acta aliis nec prodesse nec nocere potest 1, 2

Res perit domino 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13

Res perit emptori 1, 2

Res perit venditori 1, 2, 3, 4, 5, 6

Reus excipiendo fit actor 1

Servitus in faciendo consistere nequit 1

Spoliatus ante omnia restituendus (est) 1

Summum ius summa iniuria 1

Superficies solo cedit 1, 2

Suum cuique tribuere 1

TABLE DES MATIÈRES

[Titre](#)

[Copyright](#)

[Avant-propos](#)

[Sommaire](#)

[Introduction](#)

[*Section 1 - Le droit romain – droits objectif, subjectif ou positif*](#)

[*Section 2 - Le droit romain et son histoire*](#)

[1.Définition du droit romain](#)

[2.Limites chronologiques du droit romain](#)

[A.Les origines de Rome](#)

[B.Institutions républicaines](#)

[C.Naissance du droit écrit : la Loi des XII Tables](#)

[D.De la Loi des XII Tables au ius Flavianum](#)

[E.Les grandes conquêtes et la fin de la période de l'ancien droit](#)

[F.Procédure formulaire et émergence du droit classique](#)

[G.Dernier siècle de la République](#)

[H.Le principat](#)

[I.Sources du droit sous le principat](#)

[J.Le iiie siècle du principat](#)

[K.La monarchie absolue](#)

[L.Empires d'Orient et d'Occident](#)

[M.Le droit romain en Occident, de la chute de Rome à Justinien](#)

[N.Justinien et le Corpus iuris civilis](#)

[O.Cheminement du droit romain en Occident](#)

[*Section 3 - Distinction fondamentale : le droit public et le droit privé*](#)

[1.Le droit public](#)

[2.Le droit privé](#)

[A.Réception pratique](#)

[B.Réception scientifique](#)

[3.Plan de l'enseignement du droit romain](#)

Partie I - Les personnes

Section 1 - Notion

Section 2 - Capacité de jouissance et capacité d'exercice

Section 3 - La personnalité en droit romain

1. Status libertatis ou liberté

2. Status ciuitatis ou citoyenneté

3. Status familiae : la famille romaine

Section 4 - Début et fin de la personnalité en droit romain

Section 5 - Capitis deminutio ou réduction de personnalité

Section 6 - Capacité d'exercice

Section 7 - Capacité des personnes morales

Section 8 - Les droits subjectifs

1.Trois classifications au sein des droits subjectifs civils

A.Selon la nature du droit

B.Selon le critère de l'opposabilité aux tiers

C.Droits patrimoniaux ou extra-patrimoniaux

2.La titularisation des droits subjectifs

A.Le rapport entre le droit objectif et les droits subjectifs

B.L'acte juridique et le fait juridique

Partie II - Les biens

Section 1 - Notion

1.Les biens au sens large

2.Les biens au sens étroit

Section 2 - Le patrimoine

1.Notion

2.Intérêt de la notion de patrimoine

Section 3 - Classifications des biens

1.Classification fondamentale en droit romain : biens corporels et biens incorporels

A.Notion

B.Intérêt pratique de la distinction

2.Deuxième classification : biens appropriés/biens non appropriés, mais appropriables

A.Notion

B.Intérêt pratique de la distinction

3.Troisième classification : biens consommables et biens non consommables

A.Notion

B.Intérêt pratique de la distinction

4.Quatrième classification : biens librement interchangeables et biens non librement interchangeables

A.Notion

B.Intérêts pratiques de la distinction

5.Cinquième classification : biens meubles et biens immeubles

A.Notion

i) Biens immeubles (res immobiles ou res soli)

ii) Biens meubles (res mobiles)

B. Intérêts pratiques de la distinction

i) Distinction gage-hypothèque

ii) Publicité foncière

iii) Servitudes

iv) Lésion énorme (laesio enormis)

6. Sixième classification : universalités ou choses singulières

A. Notion

B. Intérêt pratique de la distinction

7.Septième classification : biens principaux et biens accessoires

A.Notion

B.Intérêts pratiques de la distinction

8.Huitième classification : biens divisibles et biens indivisibles

A.Au sein des biens corporels

i) Notion

ii) Intérêt pratique de la distinction

B.Au sein des biens incorporels

i) Notion

ii) Intérêts pratiques de la distinction

9.Neuvième classification : biens dans le commerce et choses hors commerce

A.Notion

B.Intérêt pratique de la distinction

10.– Dixième classification : res Mancipi et res nec Mancipi

Partie III - Les droits réels

Section 1 - Introduction

1.Notion

2.Énumération

3.Classification

Section 2 - La possession et la détention

1.Notion

A.Possession

B.Possession s.l. et possession s.s.

2.La possession et la détention

A.Éléments constitutifs de la possession

B.Détention

3.Caractères et vices de la possession

A.Continuité et discontinuité

B.Paisible ou violente

i) Publicité et clandestinité

ii) Équivoque – absence d'équivoque

4.Effets de la possession

A.Introduction : la notion de bonne foi

B.Énumération des effets de la possession

5.Acquisition, exercice et perte de la possession

6.L'interversion de titres – les traditions fictives

7.Les présomptions attachées à la possession

8.La jonction des possessions

Section 3 - Le droit de propriété

1.Notion

2.Caractéristiques générales

3.Restrictions au droit de propriété

A.Restriction générale : interdiction de l'abus de droit

B.Restriction contemporaine d'origine jurisprudentielle : les troubles de voisinage

C.Restrictions particulières d'origine légale

D.Restrictions particulières d'origine conventionnelle

4.Modes d'acquisition du droit de propriété

A.Notion

B.Les modes dérivés

C.Les modes originaires

5.Extinction du droit de propriété

A.Extinction relative du droit de propriété

B.Extinction absolue du droit de propriété

6.Sanctions du droit de propriété

A.Notion

B.La revendication

C.La mise en demeure

i) Notion

ii) Effets juridiques de la mise en demeure

iii) L'action publicienne

D.L'action négatoire

Section 4 - L'usufruit, l'usage, l'habitation

1.L'usufruit

A. Notion

B. Caractéristiques

C. Modalités de l'usufruit

D. Constitution de l'usufruit

E. Droits et obligations des parties

F. Extinction du droit d'usufruit

G. Sanctions du droit d'usufruit

2. L'usage et l'habitation. (art. 625 à 635 C.c.)

A. Notion

B. Caractéristiques de ces deux servitudes personnelles

Section 5 - Les servitudes prédiales

1. Notion

A. Notion

B. Conditions d'existence

C. Caractéristiques

D. Exemples de servitudes

E. Classifications des servitudes

2. Constitution des servitudes

A. Par titre

B. Par prescription acquisitive

C. Par destination du père de famille

3.Extinction des servitudes

4.Sanctions du droit de servitude

Section 6 - L'emphytéose et la superficie

1.Introduction

2.Notion

3.Caractéristiques

4.Constitution

5.Extinction

Section 7 - Le gage et l'hypothèque

1.Introduction

2.Le gage

A.Notion

i) Définition

ii) Terminologie

iii) Caractéristiques

B.Constitution

C.Droits du créancier gagiste

i) Droit de rétention

ii) Droit d'exécution

D.Obligations du créancier gagiste

i) Garder la chose en bon père de famille

ii) Ne pas se servir de la chose remise en gage (cf. art. 2082, al. 1er, C.c. ancien)

iii) Restituer l'objet mis en gage si le débiteur exécute ses obligations

E. Extinction du droit de gage

3. L'hypothèque (en grec : ὑποθήκη, soutènement)

A. Notion

i) Définition

ii) Caractéristiques

B. Constitution

i) Par contrat

ii) Par la loi

iii) Par testament

C.Droit et obligation du créancier hypothécaire

i) Droit

ii) Obligation

D.Droit et obligation du débiteur hypothécaire

i) Droit

ii) Obligation

E.Extinction du droit d'hypothèque

4.Les privilèges

A.Introduction

B.Les privilèges

i) Notion

ii) Évolution

iii) Espèces

iv) Concours entre créanciers

a) INTRODUCTION

b) PROCÉDURES

c) Répartition de l'actif entre les créanciers

Partie IV - Les droits de créance (les obligations)

Section 1 - Introduction

1. Notion

2.Caractéristiques

3.Sources

A.Les contrats (contractus)

B.Les quasi-contrats (quasi ex contractu)

C.Les délits (delicta)

D.Les quasi-délitss (quasi ex delicto)

E.La loi

F.L'engagement par déclaration unilatérale de volonté et par acte unilatéral

4.Classifications

A.Selon la source

B.Selon l'étendue

C.Selon le contenu de l'obligation

D.Selon les sanctions de l'obligation

Section 2 - Ses sources des obligations

1.Les contrats : théorie générale des contrats

A.Notion

B.Les grands principes du régime contractuel

i) Le principe de l'autonomie de la volonté

a) NOTION

ii) Le principe de la relativité des contrats

iii) Le principe du consensualisme

iv) Le principe de la convention-loi

v) Le principe de l'exécution de bonne foi

C. Les classifications des contrats en fonction de sept critères différents :

i) Premier critère : le mode de formation

ii) Deuxième critère : l'autonomie d'existence

iii) Troisième critère : la consécration ou non par le Code civil et les lois complémentaires

iv) Quatrième critère : le caractère unilatéral ou réciproque de l'engagement

v) Cinquième critère : l'existence ou non d'une contre-prestation

vi) Sixième critère : le caractère unique ou répétitif de l'exécution du contrat

vii) Septième critère : la prise en considération de la personne du cocontractant, de l'intuitus personae

D. La formation des contrats

i) L'aspect statique

ii) L'aspect dynamique

E. Les effets des contrats

i) Les effets internes des contrats

ii) Les effets externes des contrats

F. L'inexécution des contrats

i) L'inexécution fautive

ii) L'inexécution fortuite (casu)

a) Définition de la cause étrangère

b) Espèces de cause étrangère

c) conditions de reconnaissance de la cause étrangère

d) la théorie des risques

e) les effets de la théorie des risques appliquée aux contrats

G. La dissolution des contrats

2. Les quasi-contrats

A. La gestion d'affaires (negotiorum gestio)

i) Notion et éléments constitutifs

ii) Effets de la gestion d'affaires

B. Le paiement indu ou paiement de l'indu (solutio indebiti)

i) Notion et éléments constitutifs

ii) Effets du paiement indu

C.L'enrichissement sans cause

i) Notion et éléments constitutifs

ii) Effets de l'enrichissement sans cause

3.Les quasi-délits

A.Notion

B.Champ d'application de la responsabilité quasi délictuelle

i) Introduction

ii) La responsabilité simple est la responsabilité encourue pour le fait personnel et suppose :

iii) La responsabilité complexe

a) Responsabilité complexe du fait des personnes dont on a l'obligation de répondre

1) Introduction

2) Esquisse des différentes espèces de responsabilité complexe du fait des personnes dont on a à répondre

b) Responsabilité complexe du fait des choses au sens large

1) Introduction

2) Étude des différentes espèces de responsabilité complexe du fait des choses

iv) La responsabilité objective ou responsabilité sans faute

C.Exonération de la responsabilité quasi délictuelle

4.Les délits

5.La loi

6.L'engagement par déclaration unilatérale de volonté et par acte unilatéral

Section 3 - La théorie générale des obligations

1.Les effets des obligations

A.Les effets généraux des obligations

i) Les mesures conservatoires

ii) Les actions judiciaires

B.Les effets spéciaux des obligations

i) Notion

ii) Les effets spéciaux des obligations à objets multiples

iii) Les effets spéciaux des obligations à sujets multiples

iv) Les effets spéciaux des obligations à terme et conditionnelles

a) le terme (dies)

b) la condition (condicio)

2.La modification des obligations

A.Notion

B.Comparaison avec la novation

3.La transmission des obligations

A.Notion

B.Espèces de subrogation personnelle

i) La transmission universelle ou à titre universel peut avoir lieu entre vifs (dans un nombre très limité de cas) ou à cause de mort :

ii) La transmission à titre particulier

a) La transmission active

b) la transmission passive : cession ou reprise de dette

4.L'extinction des obligations

A.Le paiement (solutio)

i) Qui peut payer, qui peut être solvens (littéralement : le payant) ?

ii) À qui faire le paiement, qui peut être accipiens (littéralement : le recevant) ?

iii) Que faut-il payer ?

iv) Où faut-il payer ?

v) Quand payer ?

B.La novation (novatio)

C.La compensation (compensatio)

D.La remise de dette

E.La confusion

F.L'impossibilité définitive d'exécuter suite à un casus

G.La prescription extinctive

Section 4 - Les principaux contrats

1.La vente (emptio venditio)

A.Définition et particularités de la vente quant aux éléments constitutifs essentiels

i) Définition

ii) Particularités de la vente quant aux éléments constitutifs essentiels

a) ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS ESSENTIELS GÉNÉRAUX

1) Du point de vue du consentement

2) Du point de vue de la capacité

3) Du point de vue de l'objet (au sens étroit) (res, merx)

b) éléments constitutifs essentiels spéciaux

c) ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS ESSENTIELS SPÉCIFIQUES

1) Le transfert de propriété d'une chose (res, merx)

2) Le prix en argent (pretium)

B.Obligations des parties

i) Obligations du vendeur

a) OBLIGATION DE TRANSFÉRER LA PROPRIÉTÉ DE LA CHOSE

ACHETÉE À L'ACHETEUR

b) obligation de délivrance (*vacuam possessionem tradere, rem praestare*)

c) obligation de garantie

1) Garantie d'éviction (art. 1626 C.c.)

2) Garantie contre les vices cachés

ii) Obligations de l'acheteur

a) obligation de payer le prix (*pretium dare*)

b) obligation de retirement

C.Modalités usuelles de la vente civile

2.L'échange (*permutatio*)

A.Notion

B.Régime

3.Le louage (locatio conductio)

A.Notion générale

B.Le louage d'industrie ou contrat d'entreprise (locatio operis faciendi)

i) Notion, caractéristiques et régime

ii) Obligations des parties

a) Obligations du maître de l'ouvrage

b) obligations de l'entrepreneur

iii) Responsabilité de l'entrepreneur

iv) Dissolution du contrat d'entreprise

C. Le louage de chose ou bail (locatio rei)

i) Notion et régime

ii) Obligations des parties

a) obligations du bailleur

1) Délivrer la chose et ses accessoires

2) Entretenir le bien loué

3) Garantir le bien loué

b) obligations du locataire

1) Garnir le bien loué de meubles meublants suffisants

2) Payer le loyer

3) Jouir de la chose en bon père de famille et selon sa destination

4) Restituer la chose louée

4. Le prêt

A. Notion générale

B. Le commodat ou prêt à usage (commodatum)

i) Caractéristiques

ii) Obligations des parties

a) OBLIGATIONS DE L'EMPRUNTEUR

b) OBLIGATIONS ÉVENTUELLES ET POSTÉRIEURES DANS LE CHEF
DU PRÊTEUR

C. Le prêt de consommation ou mutuum

i) Caractéristiques

ii) Obligations des parties

a) OBLIGATIONS DE L'EMPRUNTEUR

b) OBLIGATION ÉVENTUELLE ET POSTÉRIEURE DANS LE CHEF
DU PRÊTEUR

5.Le dépôt (depositum)

A.Notion générale

B.Le dépôt volontaire ordinaire

i) Notion et caractéristiques

ii) Obligations des parties

a) obligations du dépositaire

b) obligations du déposant

C.Le dépôt volontaire irrégulier

D.Le dépôt nécessaire et le dépôt d'hôtellerie

E.Le dépôt séquestre

6.Le mandat (mandatum)

A.Notion et caractéristiques

B.Obligations des parties

i) Obligations du mandataire

a) exécuter le mandat

b) RENDRE DES COMPTES

ii) Obligations du mandant

a) Si le mandat est conclu à titre gratuit

b) Si le mandat est conclu à titre onéreux

C. Extinction du mandat

7. La transaction (transactio)

A. Notion et caractéristiques

B. Obligations des parties

8. Le cautionnement

A. Notion et caractéristiques

B. Espèces

i) Le cautionnement simple : la caution jouit de deux bénéfices :

ii) Le cautionnement solidaire peut lui-même être de deux types :

a) SOLIDARITÉ ENTRE CAUTIONS

b) solidarité entre caution(s) et débiteur principal

[Index thématique](#)

[Index des adages](#)