

II. Ex duobus reis promittendi alius pure, alius in diem vel sub conditione obligari potest; nec impedimento erit dies, aut conditio, quominus ab eo qui pure obligatus est petatur.

2. De deux copromettants l'un peut être obligé purement et simplement, l'autre à terme ou sous condition, et ni le terme ni la condition ne feront obstacle à ce qu'on demande immédiatement le paiement à celui dont l'obligation est pure et simple.

1276. Puisque, si l'on considère les personnes, on est obligé de reconnaître plusieurs liens, chacun de ces liens peut être modifié différemment : l'un est pur et simple, l'autre à terme ou sous condition. Mais, à l'égard de la chose objet de l'obligation, elle doit toujours et absolument être la même pour tous.

1277. La stipulation, employée selon les combinaisons indiquées dans ce titre, n'est pas l'unique source des créances ou des obligations solidaires entre plusieurs (*in solidum*). La solidarité, bien qu'avec quelques modifications selon les cas, peut provenir de diverses autres causes : soit d'un contrat autre que celui par paroles, soit des dispositions d'un testament, d'un délit commun, ou de la loi (1). C'est un sujet sur lequel nous reviendrons lorsqu'après avoir étudié en détail les diverses sources d'obligations, nous nous trouverons à même de généraliser.

1278. A l'obligation solidaire entre plusieurs (*in solidum*), la doctrine oppose l'obligation existant aussi soit entre plusieurs créanciers, soit entre plusieurs débiteurs, mais de manière que chacun n'ait droit ou ne soit obligé qu'à une quote-part. Ici, il y a au fond, soit quant aux personnes, soit quant à l'objet, autant d'obligations différentes que de créanciers ou que de débiteurs. Les commentateurs ont nommé ce genre d'obligation *obligatio pro rata*. La jurisprudence romaine ne l'a point distinguée et classée méthodiquement; elle y apparaît cependant quelquefois sous les expressions : *pro parte teneri*; *virilem partem stipulari*; *partes viriles deberi*; *pro portione virili conveniri*, etc. (2).

1279. Enfin il existe aussi un autre genre d'obligation entre plusieurs débiteurs, dans lequel chacun est tenu pour le tout (*in*

Ulp. — 46. 2. *De novat.*, 31. § 1. f. Vennlej. — Cod. 8. 40. *De duob. reis.* 2. const. Dioclet. et Maxim. — Ce n'était là qu'une règle générale et rigoureuse, résultant de la nature de la stipulation, et appliquée également dans d'autres cas. — Dig. 46. 1. *De fidejuss.*, 39. f. Modest.

(1) « Fiunt duo rei promittendi... non tantum verbis stipulationis, sed et cæteris contractibus, veluti emptione, venditione, locatione, conductione, deposito, commodato, testamento. » Dig. 45. 2. *De duob. reis const.* 9. pr. f. Papin. — 13. 6. *Commodat.* 5. § 15. f. Ulp. — 19. 2. *Locati.* 13. § 9. f. Ulp. — 30. (*De legat. I.*) 8. § 1. f. Pompon. — 31. (*De legat. II.*) 16. f. Paul. — 4. 2. *Quod metus causa*, 14. § 15. f. Ulp. — 9. 3. *De his qui effuderint.* 3. f. Ulp. — Cod. 4. 8. *De condict. fur. i. v.* 1. const. Diocl. et Maxim. — Cod. 7. 55. *Si plures una sententia condemnati sunt.* 1. const. Alexand. — Rapprocher néanmoins : Dig. 42. 1. *De re judicata.* 43. f. Paul. — (2) Dig. 13. 6. *Commodat.* 5. § 15. f. Ulp. — 45. 2. *De duob. reis.* 11. §§ 1 et 2. f. Papin. — 42. 1. *De re judic.* 43. f. Paul. — Cod. 7. 55. *Si plures una sent.* 1. const. Alex.

solidum), mais sans qu'on puisse attribuer à ces obligations multiples le caractère et les effets de l'obligation des *correi promittendi*. Nous aurons à y revenir, en traitant de ce qui concerne les fidéjusseurs (1), et plus généralement après l'exposition des diverses sources d'obligations (ci-après, n° 1811 et suiv.).

TITULUS XVII.

DE STIPULATIONE SERVORUM.

TITRE XVII.

DES STIPULATIONS DES ESCLAVES.

1280. La question de savoir par quelles personnes on peut acquérir la propriété, la possession, le bénéfice des legs ou des institutions, a déjà été précédemment exposée dans les Instituts (tom. II, n° 608 et suivants, 721 et suivants). La même question reviendra dans un titre ultérieur (ci-dessous, tit. 28), pour ce qui concerne l'acquisition des obligations en général. Et cependant les Instituts de Justinien, à propos du contrat formé par paroles, traitent ici, comme par anticipation et par double emploi, d'une matière qui n'est véritablement qu'une partie de la précédente : savoir, des stipulations faites par les esclaves (2).

1281. Nous savons que, selon le droit civil rigoureux, et sous le rapport du droit de propriété que son maître a sur lui, l'esclave n'est pas une personne : c'est-à-dire qu'il n'est pas un acteur pouvant jouer, de son chef, un rôle sur la scène juridique, ou, en d'autres termes, qu'il n'est pas un être capable d'avoir ou de devoir des droits. Mais nous savons aussi que le droit civil le considère, en certains cas, comme pouvant revêtir la personne, le masque juridique de son maître; comme pouvant fonctionner, jouer un rôle juridique en qualité de représentant, pour ainsi dire de doublure de son maître, et pour le compte de ce dernier (t. II, n° 47). Dans ce cas, comme le dit élégamment Théophile en sa paraphrase, c'est la personne du maître qui personnifie l'esclave. Nous avons déjà vu les conséquences de ce principe quant à la capacité communiquée aux esclaves, du chef de leur maître, de recevoir un legs ou d'être institués héritiers, ou d'acquérir au profit de ce maître la propriété ou d'autres droits réels. Il s'agit d'examiner maintenant quelle est cette capacité en fait d'obligations.

1282. Distinguons d'abord à ce sujet entre le rôle de créancier et celui de débiteur.

Quant au rôle de créancier, le principe romain est que l'esclave est admis à fonctionner pour obliger les autres envers son maître, et que toutes les créances qu'il acquiert, civiles, prétoriennes ou naturelles, sont acquises à son maître, pour lequel il n'est ainsi qu'un instrument de profit. C'est une application de cette maxime :

(1) Ci-dessous, tit. 20. § 4. n° 1392. — (2) Un titre spécial au Digeste est également consacré à cette matière. Dig. 45. 3. *De stipulatione servorum*.

« *Melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior non potest* (1). »

1283. Quant au rôle de débiteur, le principe, toujours par la même application, est que l'esclave ne peut, par les contrats ou par les conventions qu'il fait, obliger son maître envers les autres; mais le droit prétorien a apporté des adoucissements à cette rigueur civile: mû par des considérations d'équité, il a distingué plusieurs cas et certaines limites dans lesquelles il a considéré les maîtres comme obligés par les opérations de leurs esclaves, et donné, en conséquence, aux créanciers contre le maître des actions résultant de ces opérations, mais investies d'une qualité particulière (2).

S'il s'agit de délits, l'esclave, par ceux qu'il commet, oblige son maître jusqu'à un certain point, et cela, non par le seul droit prétorien, mais par les plus vieilles institutions du droit civil: c'est-à-dire que l'action du délit commis par l'esclave est donnée contre le maître, mais avec une qualité qui permet à celui-ci de se libérer en faisant l'abandon noxal de cet esclave (3).

1284. Dans tout ceci nous ne parlons de l'esclave que comme instrument de son maître, comme soutenant la personne de ce maître; mais quant à lui individuellement, de son propre chef, peut-il se faire qu'il soit créancier ou débiteur?

1285. Pour le rôle de créancier, cette possibilité n'existe pas en droit civil: toute créance est acquise par l'esclave à son maître. Cependant dans certains cas où cette acquisition au profit du maître ne saurait avoir lieu, la jurisprudence avait admis qu'il pouvait naître au profit de l'esclave des créances, non pas civiles, bien certainement, mais des créances naturelles, auxquelles certains effets étaient attachés. C'est un adoucissement à la rigueur du droit qui dépouille l'esclave de personnalité: personnalité civile, oui; mais naturelle, non. Nous en avons un exemple bien remarquable dans les cas où il s'agit d'opérations ou de comptes entre l'esclave et son propre maître (4). — On est autorisé à supposer qu'il devait en être de même dans le cas d'un esclave qui, ayant été abandonné *pro derelicto*, se trouvait n'avoir plus aucun maître (ci-dessous, n° 1297). Aussi Ulpien a-t-il dit: « *Ex contractibus naturaliter obligant.* »

1286. Pour le rôle de débiteur, le droit civil lui-même admet que l'esclave est individuellement obligé par ses délits, en ce sens que l'action noxale le suit en quelques mains qu'il passe (*caput noxa sequitur*); et que, s'il est affranchi, l'action, devenue

(1) Dig. 50. 17. *De regul. jur.* 133. f. Gai. — (2) Voir ci-dessous, liv. 4. tit. 7. *Quod cum eo qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur.* — Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 1. pr. *in fine*, f. Ulp. — (3) Ci-dessous, liv. 4. tit. 8. *De noxalibus actionibus.* — (4) Dig. 12. 6. *De condict. indeb.* 64. f. Tryphon. — 15. 1. *De peculio.* 49. § 2. f. Pompon. — 40. 7. *De statu liberis*, 3. § 2. f. Ulp.

action directe, est donnée désormais contre lui (ci-dess., liv. 4, tit. 8, § 5).

Mais s'il s'agit de contrats, le principe civil est que l'esclave ne saurait s'obliger. « *Servus autem ex contractibus non obligatur;* » — « *In personam servilem nullam cadit obligatio,* » disent Paul et Ulpien (1). Ici encore la jurisprudence apporte ses adoucissements, et reconnaît une obligation naturelle à la charge de l'esclave.

Ces deux règles, relatives au rôle de débiteur, en la personne même de l'esclave, se résument dans le fragment que voici, tiré d'Ulpien: « *Servi ex delictis quidem obligantur: et si manumittantur, obligati remanent; ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur; sed naturaliter et obligantur et obligant* (2). »

1287. Enfin, la situation de l'esclave, dont la personnalité s'absorbait, en droit civil, dans celle de son maître, qui n'avait, suivant la rigueur des principes, d'autre droit que celui du maître, d'où l'expression *alieni juris*: cette situation ne permettait pas qu'il pût naître entre le maître et l'esclave aucune relation soit de créance, soit de dette civile. La règle était générale; elle s'appliquait non-seulement aux contrats, mais même aux délits (3), à la différence de ce qui avait lieu pour ce dernier point à l'égard des étrangers (ci-dess., n° 1283 et 1286). — La jurisprudence avait adouci cette rigueur en reconnaissant, du moins, entre le maître et son esclave la possibilité de créances ou d'obligations naturelles, relatives à des affaires ou à des opérations qui, en fait, se présentaient fréquemment entre eux dans la pratique (4). On ne voit pas qu'elle en eût fait autant pour les délits.

1288. Après ces notions générales émises, arrivons à ce qui concerne spécialement le contrat formé par paroles (*verbis*).

Ce contrat présente deux rôles juridiques bien distincts: stipuler ou promettre (n° 1237). C'est le premier de ces rôles seulement, c'est-à-dire le rôle de stipulant, que l'esclave est admis à remplir comme revêtu de la personne de son maître. Mais il ne lui est pas permis de fonctionner comme promettant; la stipulation serait inutile, ainsi que le texte nous le dira bientôt (ci-après, tit. XIX, § 6); et cela, par suite du principe général que nous avons déjà

(1) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 43. f. Paul. — 50. 17. *De regul. jur.* 22. pr. f. Ulp. — (2) Dig. 44. 7. *De obligat. et act.* 14. f. Ulp. — Voir ci-dessous, tit. 20. *De fidejuss.* § 1, au sujet des fidejusseurs qui peuvent être valablement donnés pour garantir les obligations naturelles des esclaves. — Joignez-y les espèces des lois suivantes: Dig. 3. 5. *De negot. gest.* 17. fr. Ulp.; 16. 3. *Deposit.* 21. § 1. f. Paul., dans lesquelles il peut y avoir lieu même à action contre l'esclave après son affranchissement, parce que le fait auquel se rattache l'obligation persévère en la personne de l'esclave après cet affranchissement. — (3) Ci-dessous, liv. 4. tit. 8. § 16. — Cod. 4. 14. *An servus pro suo facto, etc.*, 6. const. Dioclet. et Maxim. — (4) Voir ci-dessus, n° 1285, avec la note 1, pour les créances de l'esclave. Ajoutez-y, pour les dettes: Dig. 15. 1. *De pecul.* 5. § 4; et 9. § 2. f. Ulp.

posé : « Servus quidem, non solum domino suo obligari non potest, sed ne alii quidem ulli. »

1289. Examinons donc le sort des stipulations faites par les esclaves. Les difficultés de la matière se rallient autour de ces deux questions : 1° l'esclave a-t-il eu capacité, et en conséquence la stipulation est-elle valable? 2° à qui le résultat de la stipulation est-il acquis? — Pour les résoudre, il ne faut pas perdre de vue les principes généraux déjà connus : 1° l'esclave tire sa capacité de la personne de son maître, donc c'est à celui-ci qu'il faut se référer pour juger la capacité; 2° il acquiert le bénéfice de la stipulation à son maître. Mais au maître de quelle époque? Celui de l'époque où la stipulation a été faite, même dans le cas de stipulation conditionnelle; car, à la différence de ce qui arrive pour le cas de legs ou d'institution d'héritier, ici, selon les principes déjà développés ci-dessus, n° 1253, c'est à l'instant même du contrat que le lien, tout éventuel qu'il puisse être, s'est formé : « *Quia ex præsenti vires accipit stipulatio* (1) »; 3° enfin, l'engagement résulte, ici, strictement des paroles (*verbis*); d'où il suit qu'il faut s'attacher à la conception des paroles pour juger de l'obligation qu'elles constituent, et pour voir si ces paroles sont en harmonie avec les conditions essentielles de la matière. — De telle sorte qu'en définitive, la validité et les effets divers des stipulations faites par les esclaves dépendent des diverses situations dominicales dans lesquelles ceux-ci peuvent se trouver, ainsi que des paroles qu'ils emploient en interrogeant.

1290. Cela posé, il peut arriver que l'esclave se trouve dans l'une de ces situations : 1° qu'il appartienne à un seul maître; 2° à une hérédité jacente; 3° à plusieurs maîtres en commun; 4° en nue propriété à l'un, et à l'autre en usufruit, ou en usage; 5° qu'il soit esclave d'autrui, ou même homme libre possédé de bonne foi comme esclave; 6° esclave public; 7° ou enfin, qu'il n'ait pas de maître. Parcourons rapidement ces divers cas, en suivant le texte.

Servus ex persona domini jus stipulandi habet. Sed hereditas in plerisque personæ defuncti vicem sustinet : ideoque quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur, acquirit hereditati, ac per hoc etiam hereditate facta acquiritur.

L'esclave tire de la personne de son maître le droit de stipuler. Et, comme l'hérédité dans la plupart des cas représente la personne du défunt, la stipulation faite par l'esclave héréditaire avant l'adition d'hérédité est acquise à l'hérédité, et par là même à celui qui devient plus tard héritier.

1291. 1° *L'esclave n'a qu'un seul maître.* Ce premier cas offre peu de difficultés. L'esclave tire sa capacité de celle de son maître; il lui acquiert le bénéfice de la stipulation à l'instant même où cette stipulation a lieu. Si donc le maître, par une raison quelconque, n'est pas capable d'acquiescer ce bénéfice, la stipulation est

(1) Dig. 45. 3. De stipul. serv. 26. f. Paul. — VATIC. J. R. Fragm. § 55.

inutile; par exemple : si l'esclave a stipulé une servitude prédiale, et que le maître n'ait aucun fonds (1). — Si le maître est captif chez l'ennemi, et que l'esclave ait stipulé *nominativement* pour ce maître, la stipulation sera en suspens : si le captif revient, elle sera valable par le droit de *postliminium*; s'il meurt chez l'ennemi, elle sera nulle, sans pouvoir s'appliquer aux héritiers, parce que les paroles ont désigné nominativement le captif, qui était incapable et qui est mort en cet état (2). — Le principe que la stipulation, même conditionnelle, est acquise au maître qu'avait l'esclave au moment où il a stipulé, « *Quia ex præsenti vires accipit stipulatio* », est tellement vrai, que la stipulation serait acquise à ce maître même dans le cas où l'esclave l'aurait faite, soit à terme, soit conditionnellement, pour le temps où il se trouverait aliéné ou affranchi (3). — Du reste, l'acquisition de la créance a lieu pour le maître, même quand la stipulation a été faite contre son gré (*vetante domino*) (4).

1292. 2° *L'esclave appartient à l'hérédité.* L'hérédité, jusqu'à l'adition, soutient la personne, le masque juridique du défunt. L'esclave puise dans ce principe la capacité de stipuler, comme celle d'être gratifié d'un legs ou institué héritier; et le bénéfice de la stipulation qu'il fait, tant conditionnelle ou à terme que pure et simple, est acquis à l'instant même à l'hérédité. — Mais s'il y a dans l'hérédité une personne juridique morale, il est certain qu'il n'y a pas d'individu, de personne physique. Si donc le droit stipulé par l'esclave héréditaire est de nature à exiger nécessairement pour sa constitution l'existence d'une personne physique, la stipulation est inutile (5). Ainsi l'esclave héréditaire ne pourra stipuler, même conditionnellement, un droit d'usufruit ou d'usage. Un pareil droit, au contraire, pourrait lui être valablement légué, parce que le bénéfice du legs n'est pas immédiatement fixé, comme celui de la stipulation, au profit de l'hérédité, et qu'il suffira que la personne physique nécessaire à la constitution du droit existe au moment de cette fixation, c'est-à-dire au moment du *dies cedit* (6).

I. Sive autem domino, sive sibi, sive I. Du reste, qu'il stipule soit pour son conservo suo, sive impersonaliter servus maître, soit pour lui-même, pour son stipuletur, domino acquirit. *Idem juris* coesclave, ou sans désignation de per-

(1) Mais il suffirait, pour la validité de la stipulation, que le maître eût un fonds, quand bien même ce fonds ne serait pas dans le pécule de l'esclave stipulant. A la différence du legs de servitude prédiale fait à l'esclave, qui n'est valable qu'autant que cet esclave a un fonds dans son pécule. Nous avons expliqué les motifs de cette différence, t. II, n° 488, note 2. — (2) Dig. 45. 3. 18. § 2. f. Papin. — (3) *Ib.* 40 f. Pomp. — (4) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 62. f. Julian. — 41. 1. *De adquir. rer. domin.* 32. f. Gai. — (5) Dig. 41. 1. *De adquir. rer. domin.* 61. f. Hermogen. — (6) Dig. 45. 3. 26. fragment de Paul, qu'on retrouve aussi identiquement dans les fragments du Vatican, § 55. — 7. 4. *Quib. mod. ususf. amitt.* 18. f. Pomp. — 7. 3. *Quando dies ususf. legati cedit.* 1. § 2. f. Ulp. — Voir aussi ce que nous avons dit tom. II, n° 488, note 2.

est, et in liberis qui in potestate patris sunt, ex quibus causis acquirere possunt.

sonne, l'esclave acquiert à son maître. *Il en est de même des enfants* en la puissance de leur père, pour les causes par lesquelles ils peuvent lui acquérir.

1293. Ce paragraphe est relatif aux paroles de la stipulation, spécialement quant à la désignation de la personne au profit de qui elle est faite. La règle générale, c'est qu'il faut qu'il y ait accord entre cette désignation et les principes relatifs à l'acquisition de la stipulation. Cet accord existe dans tous les exemples cités par le texte (1). Mais si l'esclave stipulait pour un étranger (c'est-à-dire pour une autre personne que son maître), ou, ce qui reviendrait au même, pour l'esclave d'un étranger, la stipulation serait inutile, parce qu'elle serait faite pour une personne à qui l'esclave ne peut pas acquérir (2).

De même, quant à l'esclave héréditaire, il peut faire la stipulation soit nominativement pour lui-même (*sibi*), pour l'hérédité, pour un esclave de l'hérédité; soit *impersonaliter*, sans désignation de personne. Mais il ne pourrait la faire nominativement pour le défunt, parce qu'il ferait intervenir ici l'individu, l'être physique qui n'existe plus (3). — Pourrait-il la faire pour l'héritier futur (*futuro heredi nominatim*)? Cette question est une de celles sur lesquelles il y avait eu division entre les deux sectes de jurisconsultes (ci-dess., n° 645), et nous trouvons insérées au Digeste les deux opinions contraires. Ainsi, nous voyons que Proculus, Papinien, Paul, étaient pour la négative; et Paul nous en donne la raison: c'est qu'au moment où la stipulation est faite, où doit avoir lieu par conséquent l'acquisition du droit, l'héritier futur n'est pas le maître de l'esclave, n'est encore pour lui qu'un étranger: « *Quia stipulationis tempore, heres dominus ejus non fuit* (4). » Cassius, au contraire, et, d'après lui, Gaius et Modestin, répondaient affirmativement, comme conséquence du principe admis par eux, que l'héritier après l'adition est censé avoir succédé au défunt au moment même de la mort: « *Quia qui postea heres extiterit, videretur ex mortis tempore defuncto successisse* (5). » C'est même, ainsi que nous l'avons déjà dit ci-dessus (n° 645), la seule conséquence pratique qu'on aperçoit dans les textes, en fait de controverses de droit civil, du principe de l'effet rétroactif attribué à l'adition.

Idem juris est et in liberis. Il y a toutefois entre le fils de famille et l'esclave, sous le rapport de la capacité de contracter, des différences radicales que nous exposerons à part, à la suite de notre titre.

II. Sed cum *factum* in stipulatione continetur, omnimodo persona stipulationis est exclusivem restreinte

(1) Dig. 45. 3. 15. f. Florent. — (2) *Ib.* 30. f. Paul. — 13. f. Ulp. — 14. et 1. § 3. f. Julian. — (3) *Ib.* 18. § 2. f. Papin. — (4) *Ib.* 16. f. Paul. — 18. § 2. f. Papin. — (5) Dig. 45. 3. 28. § 4. f. Gai. — 35. f. Modest.

lantis continetur; veluti si servus stipuletur *ut sibi ire, agere liceat*. Ipse enim tantum prohiberi non debet, non etiam dominus ejus.

à la personne du stipulant: par exemple, si l'esclave stipule *qu'il lui sera permis de passer et de conduire*. C'est lui seul, en effet, et non le maître qui ne peut être empêché de passer.

1294. *Factum*. C'est ici l'application d'un principe que nous trouvons exprimé par Paul en matière de legs et d'institutions: « *Quæ facti sunt non transeunt ad dominum* (1). » Ce serait, en effet, changer l'objet promis, que de substituer dans l'exécution du fait un individu à un autre. Mais au fond, l'esclave n'est jamais qu'un instrument; c'est le maître qui a le droit de faire faire tel fait par son esclave.

Ut sibi ire, agere liceat. Il ne s'agit pas ici d'une servitude d'héritage, laquelle serait constituée comme qualité inhérente au fonds (2); il s'agit d'un simple fait individuel, que le maître acquiert le droit de faire exercer par son esclave (3).

III. Servus communis, stipulando, unicuique dominorum pro portione domini acquirit, nisi jussu unius eorum, aut nominatim cui eorum stipulatus est; tunc enim ei soli acquiritur. Quod servus communis stipulatur, si alteri ex dominis acquiri non potest, solidum alteri acquiritur veluti si res quam dari stipulatus est unius domini sit.

3. L'esclave commun, en stipulant, acquiert à chacun de ses maîtres en proportion de leur domaine sur lui, à moins qu'il n'ait stipulé par l'ordre d'un seul d'entre eux, ou pour l'un d'eux nommément; car alors c'est à celui-là seul qu'il acquiert. La stipulation faite par l'esclave commun est également acquise en totalité à l'un de ses maîtres si la chose stipulée n'est pas susceptible d'être acquise par l'autre; par exemple, si elle appartient à l'un des maîtres.

1295. 3° *L'esclave appartient à plusieurs maîtres en commun*; — 4° *à l'un en propriété, et à l'autre en usufruit, ou en usage*; — 5° *il est esclave d'autrui, ou même homme libre possédé de bonne foi comme esclave*. L'examen de ces divers cas revenant plus bas dans le texte, sous le titre spécial: *Per quas personas nobis obligatio acquiritur*, nous nous contenterons ici des dispositions contenues en notre paragraphe, et nous renverrons pour de plus amples explications au titre spécial (ci-dessous, tit. XXVIII).

1296. 6° *L'esclave est esclave public*. C'est-à-dire il appartient à la république, ou même plus strictement à un municipe, à une colonie: Ulpien nous dit que la stipulation faite par un tel esclave est valable (4), et que le bénéfice doit en être acquis à la corporation propriétaire de l'esclave. On a déduit de là un moyen, digne de remarque, de faire faire une stipulation au profit d'un pupille qui est *infans*, hors d'état par conséquent de prononcer

(1) Dig. 35. 1. *De condit. et demonstr.* 44. pr. f. Paul. — (2) Dig. 45. 3. *h. tit.* 17. f. Pomp. — (3) Voir, sur ce genre de stipulation, Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 38. § 6. f. Ulp., et 130. f. Paul. — (4) Dig. 45. 3. *h. tit.* 3. f. Ulp.

les paroles de l'interrogation, et qui de plus n'a pas d'esclave en sa propriété. La stipulation sera faite par un esclave public qui stipulera nominativement pour le pupille; et comme ce dernier, en qualité de membre de la cité, est pour sa part dans la propriété commune de cet esclave, la stipulation lui sera acquise. C'est ce que nous avons déjà vu pour le cas d'adrogation d'un impubère (tom. II, n° 140), et pour la satisfaction à donner par les tuteurs (t. II, n° 275). Nous savons qu'on avait même fini par étendre ce procédé, et par faire remplir ces fonctions par des personnes libres. Toutefois il y avait, au fond, non-seulement dans ce dernier cas, mais même dans le premier, une dérogation aux principes : en effet, les membres de la corporation n'auraient pas pu, chacun en particulier, stipuler par le moyen de l'esclave public; si on l'avait admis pour l'*infans*, ce n'avait été qu'à cause de l'impossibilité de faire autrement; aussi n'était-ce qu'une action utile qui naissait de ces sortes de stipulations.

1297. 7° *L'esclave n'a pas de maître*. Ce cas se présente lorsque le maître de l'esclave l'a abandonné (*pro derelicto habuit*), n'en voulant plus (*omnimodo a se rejecit*), et tant que personne n'a appréhendé cette propriété délaissée. Les stipulations faites par l'esclave en cet état sont nulles, puisque, n'ayant pas de maître, il ne peut tirer capacité de personne (1). On peut supposer que, dans ce cas, les jurisconsultes romains auraient considéré le contrat comme donnant lieu à une créance naturelle au profit de l'esclave.

Des stipulations des fils ou des filles de famille.

1298. Le fils de famille, quoique soumis à la puissance du père, est libre et citoyen; si on le dit *alieni juris*, c'est-à-dire portant en soi le droit d'un autre, instrument pour le droit d'un autre, ce n'est qu'à cause de cette puissance et dans l'ordre de tout ce qui y est attaché; s'il s'absorbe dans la personne du père, ce n'est qu'en ce qui concerne le lien et le patrimoine de famille : hors de là, pour tout ce que la puissance paternelle ne saurait atteindre, il a en soi la capacité de droit, comme tout autre citoyen. L'introduction des pécules est même venue lui donner, dans la sphère des intérêts pécuniaires, une personne à lui, susceptible d'avoir ou de devoir des droits, qui fonctionne par rapport à la masse de biens soustraite à la puissance paternelle, comme celle d'un chef : « *Vice patrum familiarum funguntur* » (t. II, n° 611 et suiv.).

Il suit de là, quant au sujet dont nous avons à traiter ici, c'est-à-dire en fait d'obligations, que partout où ne s'étend pas la puissance paternelle, le fils porte en lui-même la qualité voulue

(1) Dig. 45. 3. h. tit. 36. f. Javol.

pour être, même suivant le droit civil, créancier ou débiteur. C'est là une différence bien tranchée qui sépare sa position de celle des esclaves.

1299. La conséquence la plus saillante à déduire de cette différence de situation, c'est que, tout en appliquant au fils de famille, en tant que soumis au pouvoir paternel, ce que nous avons dit de l'esclave touchant les créances qui sont acquises au chef (ci-dess., n° 1282), ce que nous en avons dit touchant les obligations qui peuvent être imposées à ce chef, soit par le droit prétorien dans des circonstances et dans des limites déterminées, soit par le droit civil en cas de délits, jusqu'à concurrence de l'abandon noxal (ci-dess., n° 1283), droit modifié lui-même, dans la suite des temps, par la désuétude, à l'égard des fils et des filles de famille (ci-dessous, liv. 4, tit. 8, § 7); enfin ce que nous avons dit touchant l'impossibilité qu'il existe entre le chef et la personne soumise à sa puissance des relations civiles de créancier ou de débiteur l'un envers l'autre (ci-dess., n° 1287). Toujours est-il qu'individuellement et pour son propre compte :

1° Le fils de famille acquiert lui-même, non pas seulement comme créances naturelles, mais bien comme créances civiles, celles qui sont de nature à ne pouvoir être acquises au père. Nous en avons un exemple notable dans l'adstipulation, sorte de stipulation accessoire dont le droit reste exclusivement limité à la personne de l'adstipulateur, et ne peut être acquis ni transmis par lui à aucun autre, pas même à ses héritiers (ci-dessous, n° 1381). Cette adstipulation peut être faite valablement par un fils de famille, lequel, ne pouvant en transmettre le bénéfice à son père, en soutient la validité par sa propre personne, sans pouvoir néanmoins exercer l'action tant qu'il reste fils de famille, tandis qu'elle ne peut jamais être faite valablement par un esclave (1).

2° Le fils de famille est obligé civilement, non pas, comme l'esclave, seulement par ses délits, mais aussi par ses contrats et en général par toutes les causes d'obligation : « *Filius familias ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur.* » — « *Pubes vero, qui in potestate est, proinde ac si paterfamilias, obligari solet* (2). » L'obligation ne pouvant naître en la personne du père, parce que le fils n'a pas mission de le représenter pour l'obliger, s'arrête en celle du fils.

1300. Gaius, que nous venons de citer, après avoir dit : « *Filius familias ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur* », ajoute : « *Et ob id agi cum eo, tanquam cum patre familias potest.* » Nous lisons la même proposition dans Ulpien : « *Tam ex*

(1) Gai. 3. § 114. — Nous avons déjà dit en général ce que c'est que l'adstipulation (ci-dess. n° 1266), et nous aurons bientôt à l'expliquer en détail (ci-dessous, nos 1378 et suiv.). — (2) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 39. f. Gai. — 45. 1. *De verb. oblig.* 141. § 2. fr. Gai. et ci-dessous, tit. 19. § 6.

contractibus quam ex delictis, in filium familias competit actio (1). » Ainsi le fils peut être actionné, condamné et contraint à l'exécution pour ses obligations. Il n'est pas nécessaire d'attendre pour cela qu'il soit devenu chef par la mort du père : c'est du vivant du père, pendant que le fils obligé est encore soumis à la puissance, que les poursuites contre lui peuvent avoir lieu. Ainsi, même à l'égard des obligations résultant de délits, il y a entre l'esclave et le fils de famille, tous deux obligés civilement par leurs délits, cette différence, que l'action ne peut être dirigée personnellement contre l'esclave, si ce n'est après affranchissement (ci-dess., n° 1283) ; tandis qu'elle peut l'être immédiatement contre le fils (ci-dessous, liv. 4, tit. 8, § 7). Il n'est pas nécessaire non plus de supposer que le fils de famille ait des pécules à lui ; sans doute, s'il en a, le paiement du créancier en sera plus assuré ; mais n'eût-il rien, les voies d'exécution contre sa personne restent ; et de même que le père de famille, s'il ne voulait payer la dette née d'un délit commis par son fils, devait, dans l'ancien droit, se résigner à faire l'abandon noxal de son fils : de même, s'il ne voulait bénévolement, quoique n'y étant pas obligé en personne, payer les dettes contractées par son fils, il devait se résigner à voir exercer contre ce fils la *manus injectio*, avec toutes ses conséquences, qui pouvaient aller jusqu'à faire vendre ce fils comme esclave à l'étranger, *trans Tiberim* (tom. I, *Hist.*, n° 118). Tout ceci, avec les adoucissements apportés par la suite du temps aux exécutions contre la personne (en termes modernes, *contrainte par corps*), apparaît formellement encore à l'époque de Justinien, dans la constitution de ce prince, qui permet au fils de famille d'échapper aux rigueurs de cette contrainte en faisant, même quand il n'a rien à soi, aucun pécule pour le présent, une cession de biens qui pourra profiter dans l'avenir aux créanciers, s'il lui survient quelques acquisitions par la suite (2).

1301. Nous savons comment le sénatus-consulte Macédonien est venu, quant aux prêts (*mutua*) qui leur auraient été faits, restreindre ce droit d'agir contre les fils de famille (ci-dessus, n° 1211, et ci-après, liv. 4, tit. 7, § 7).

1302. Ce que nous venons de dire du fils s'applique également à la fille de famille. Cujas (*Observ.* 7. 11) a pu, avec quelque fondement, soulever des doutes sur ce point, et même ouvrir un sentiment contraire, pour les temps où avait lieu encore la tutelle perpétuelle des femmes, parce que les femmes *sui juris* ne pouvant à cette époque s'obliger sans l'*auctoritas tutoris*, et les filles de famille n'ayant pas de tuteur, par conséquent pas d'*auctoritas*

(1) Dig. 5. 1. *De judic.* 57. f. Ulp. — (2) Cod. 7. 71. *Qui bonis cedere possunt.* 7. const. Justinian. : « Et si nihil in suo censu hi qui in potestate parentum sunt habeant, tamen, ne patiantur injuriam, debet bonorum cessio admitti. »

possible, il y avait quelque logique à en conclure que ces dernières étaient incapables de s'obliger. Mais la tutelle perpétuelle des femmes *sui juris* étant fondée, à vrai dire, moins sur une incapacité de nature comme celle des impubères, que sur la constitution de la famille et sur les habitudes romaines, rien n'exigeait impérieusement, à l'égard des filles de famille, la conclusion dont nous venons de parler ; d'ailleurs, en fait, par la seule influence des mœurs, dans les temps anciens il y aurait eu à cela peu d'utilité pratique. Les textes, en petit nombre, qui nous sont restés sur ce point nous montrent, en effet, les filles de famille pubères comme pouvant s'obliger de même que les fils, et l'exception du sénatus-consulte Macédonien comme applicable à leurs emprunts de même qu'à ceux du fils (1). Pour soutenir la thèse contraire, il faudrait supposer que ces textes ont été altérés dans les collections de Justinien. Il est vrai qu'à l'époque de ce sénatus-consulte et de ces jurisconsultes la tutelle des femmes était déjà bien en décadence et les mœurs là-dessus bien changées (tom. II, n° 261 et 262). Quand cette tutelle a disparu, aucun doute n'est plus permis. Justinien admet les filles comme les fils de famille à la cession des biens, dans le but d'échapper aux rigueurs de la poursuite des créanciers (2).

1303. Appliquant ces règles générales aux contrats *verbis* faits par les fils ou filles de famille, il sera facile d'en déduire le résultat de leurs stipulations ou de leurs promesses ; il faut, de plus, pour déterminer ce qui est ou ce qui n'est pas acquis au père par suite de ces stipulations, y faire intervenir les règles touchant les différents pécules (tom. II, n° 610 et suiv.). Cette matière reviendra, du reste, bientôt, dans un titre spécial (ci-dessous, tit. 28).

TITULUS XVIII.

DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

TITRE XVIII.

DE LA DIVISION DES STIPULATIONS.

1304. Le contrat formé par paroles (*verbis*) est, en règle générale, comme tous les autres contrats, le résultat de la volonté, de la convention spontanée des parties. Cependant il y avait chez les Romains des cas nombreux dans lesquels ce contrat était

(1) Dig. 45. 1. *De verb. obl.* 141. § 2. f. Gai. : Pupillus, licet ex quo fari cœperit, recte stipulari potest ; tamen si in parentis potestate est, ne auctore quidem patre obligatur : pubes vero qui in potestate est, proinde ac si pater familias, obligari solet. Quod autem in pupillo dicimus, idem et in filia familias impubere dicendum est. — Dig. 14. 6. *De S. C. Macedoniano.* 9. § 2. f. Ulp. : « Hoc. S. C., ad filias quoque familiarum pertinet... Multo igitur magis severitate S. C., ejus contractus improbabitur qui filia familias mutuum dedit. » — Ci-dessous, liv. 4, tit. 7, § 7. — M. de Savigny a fait de cette question le sujet d'une dissertation spéciale (*Traité de droit romain*, tom. 2, appendice 5). — (2) Cod. 7. 71. *Qui bonis cedere possunt*, 7. const. Justinian. : « Quare filius familias utriusque sexus hoc jus denegamus? »