

de notre texte : « *Vox tua tanquam filii, sicut et filii vox tanquam tua intelligitur.* » — Quant aux promesses, il faut se reporter à ce que nous aurons à dire (ci-dessous, liv. 4, tit. 7) sur la manière dont le chef peut, au moyen des institutions prétoriennes, être tenu des engagements contractés par ceux qu'il a sous sa puissance.

1343. Enfin, au point de vue de la procuration, c'est-à-dire de la possibilité de stipuler par l'intermédiaire d'un représentant, on s'est écarté du droit civil primitif. Ainsi, la stipulation *rem pupilli salvam fore* peut être faite au nom du pupille *infans* ou non présent, soit par un esclave public, soit par une personne désignée par le prêteur (tom. II, n° 140, 275, et ci-dessus, n° 1296), soit par le magistrat lui-même (1); que les stipulations prétoriennes peuvent être faites par procureur (2); de même, pour l'agent des municipalités (*actor municipum*), pour le tuteur du pupille, pour le curateur du fou ou de l'adolescent, pour le procureur d'un militaire (*procurator militis*) (3), ou même pour le procureur d'une personne quelconque, dans quelques cas particuliers (4); enfin, Ulpien nous dit que, si la promesse a été faite au procureur en présence du mandant, on donnera l'action à ce dernier (5), non pas l'action directe, mais une action utile.

1344. Pour ne point faire une fausse application des articles 1119 et 1121 du Code civil, où, sans tenir compte de notre système de contrats, on a reproduit les règles du droit romain; il importe de bien distinguer entre la stipulation pour autrui, nulle pour défaut d'intérêt, même dans les contrats de bonne foi, et la promesse pour autrui, dont la nullité, propre aux contrats de droit strict, tenait à la forme de la stipulation. — Ajoutons que chez nous, c'est seulement *en son propre nom* (art. 1119) qu'il peut être interdit de stipuler ou de promettre pour autrui,

(1) Dig. 27. 8. *De magist. convent.* 1. § 15. f. Ulp. — La même nécessité se présente pour la satisfaction à donner en cas d'adrogation d'un impubère. Dig. 1. 7. *De adopt.* 18. f. Marcell. Le prêteur, déjà dès les actions de la loi, dans l'action *sacramenti*, apparaît comme recevant des *prædes* au nom du public. *Gai. Comm.* 4. § 13. — (2) Ci-dessus, n° 1311; et, en outre, Dig. 39. 2. *De damn. infect.* 18. § 16. f. Paul. 39. § 3. f. Pomp.; et 13. § 13. f. Ulp. — (3) Cela est dit formellement par Ulpien pour le constitut. : Dig. 13. 5. *De pecun. constit.* 5. § 9. f. Ulp.; et spécialement pour la stipulation, dans le cas où il s'agit de stipuler pour le pupille, pour le fou, pour l'adolescent, pour le militaire, la restitution d'une somme à eux appartenant, qui a été donnée *en mutuum*; c'est-à-dire de stipuler *ex re eorum*. Dig. 12. 1. *De reb. credit.* 26. f. Ulp. — (4) En cas de vente par procureur et des satisfactions données accessoirement à la vente : Dig. 19. 1. *De action. empt.* 13. § 25. f. Ulp.; spécialement pour la stipulation, quand le procureur stipule *ex re domini* : Dig. 3. 3. *De procurat.* 68. f. Papin.; ou quand les intérêts du maître ne peuvent être sauvés autrement (*si modo aliter rem suam servare non potest*), ce qui est dit particulièrement par Gaius et par Ulpien, pour les contrats faits par un *institor*. Dig. 14. 3. *De institor. action.* 1. f. Ulp. et 2. f. Gai. — (5) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 79. f. Ulp. : « Si procuratori presentis fuerit cautum, ex stipulatu actionem utilem domino competere nemo ambigit. »

le mandataire ou le gérant d'affaires pouvant toujours traiter *au nom d'autrui*.

V. *Præterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea quæ interrogatus fuerit, non respondeat* : veluti, *si decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra*; aut si ille pure stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra : si modo scilicet id exprimas, id est, si cui sub conditione vel in diem stipulanti tu respondeas : *PRÆSENTI DIE SPONDEO*. Nam sic hoc solum respondeas : *PROMITTO*, breviter videris in eandem diem vel conditionem spondidisse; neque enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quæ stipulator expresserit.

5. La stipulation est encore inutile si la réponse ne concorde pas avec la demande : par exemple, *si on stipule de toi dix sous d'or, et que tu en promettes cinq, ou réciproquement*; ou bien on stipule purement et simplement, et tu promets sous condition, ou réciproquement. Pourvu, toutefois, que la différence soit exprimée; c'est-à-dire qu'à celui qui a stipulé sous condition ou à terme, tu répondes : *JE PROMETS POUR AUJOURD'HUI*; car, si tu as seulement répondu : *JE PROMETS*, tu es censé avoir brièvement répondu pour le même terme ou sous la même condition. En effet, il n'est pas nécessaire de répéter dans la réponse tout ce qu'a exprimé le stipulant.

1345. L'accord exact de la promesse avec la stipulation est un principe essentiel du contrat verbal : il ne suffit pas que l'intention, que le consentement des parties y soient, il y faut les paroles, dans la forme d'une interrogation précédente, et d'une réponse conforme qui suit. C'est par ce principe qu'il faut se guider. Du reste, la nécessité de cette concordance ne va pas jusqu'à exiger que la réponse répète les termes mêmes de l'interrogation; ni même qu'elle soit faite en la même langue, ou en telle expression d'assentiment plutôt qu'en telle autre (1).

1346. *Si decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra*. Toutefois, cette question avait divisé les jurisconsultes, et, comme il arrive si souvent, les deux opinions contraires sont insérées dans les recueils de Justinien. Celle de notre texte qui prononce la nullité complète de la stipulation est tirée des Instituts de Gaius (2), chaque somme y est considérée comme un objet distinct; or, l'interrogation portant sur l'un de ces objets et la réponse sur l'autre, il y a nullité. Ulpien et Paul, au contraire, considèrent les sommes comme des quantités, et, la quantité moindre étant toujours comprise dans la plus grande (3), la stipulation, selon eux, sera valable pour la somme moindre : « *Quia semper in summis id quod minus est sponderi videtur*; » « *Licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est, viginti et decem inesse.* » Cette dernière décision est celle qui est reproduite au Digeste (4).

(1) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 1. §§ 2 et 3. f. Ulp.; mais le simple signe d'assentiment (*si sine verbis adnuisset*) ne suffirait pas. — (2) *Gai. Comm.* 3. § 102. — (3) Est-ce toujours vrai? Voyez la distinction élégante proposée par M. Accarias (tom. II, n° 500. A). — (4) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 1. § 4. f. Ulp.; 83. § 3. f. Paul.

VI. Item inutilis est stipulatio, si vel ab eo stipuleris qui tuo juri subiectus est, vel si is a te stipuletur. Sed servus quidem, non solum domino suo obligari non potest, sed ne alii quidem ulli; filii vero familias aliis obligari possunt.

1347. L'unité de personne juridique entre le chef de famille et ceux qui sont soumis à son pouvoir, unité qui fait qu'ils peuvent stipuler d'un tiers les uns pour les autres, les empêche précisément et par la même raison de stipuler valablement entre eux, les uns des autres. Toutefois l'introduction des pécules, les idées philosophiques du droit des gens et les institutions prétoriennes ont modifié cette rigueur civile, en ce sens qu'on a reconnu entre ces personnes des obligations naturelles (1). — Quant à ce qui concerne l'incapacité de l'esclave et la capacité du fils pour s'obliger, nous avons déjà traité la question (ci-dess., n° 1286 et suiv.; 1298 et suiv.).

VII. Mutum neque stipulari neque promittere posse palam est. *Quod et in surdo receptum est*; quia et is qui stipulatur, verba promittentis, et is qui promittit, verba stipulantis, audire debet. Unde apparet, non de eo nos loqui qui tardius exaudit, sed de eo qui omnino non audit.

1348. *Quod et in surdo receptum est*: l'impossibilité du contrat par paroles pour le muet était évidente: « Mutum nihil pertinere ad obligationem verborum natura manifestum est (2), » dit Gaius; puisqu'il faut que chaque partie prononce des paroles: « Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente (3). » Mais à l'égard du sourd, on aurait pu dire, à la rigueur, que la surdité n'empêche pas la prononciation des paroles, et par conséquent la possibilité matérielle du contrat. La jurisprudence n'a pas accueilli cette conclusion; elle a, au contraire, admis le principe que les deux parties doivent non-seulement parler, mais s'entendre réciproquement: « Quoniam exaudire invicem debent (4). »

VIII. Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quæ agit.

6. La stipulation est inutile si tu stipules de celui qui est sous ta puissance, ou s'il stipule de toi. Quant à l'esclave, ce n'est pas seulement envers son maître, mais c'est envers qui que ce soit qu'il ne peut s'obliger, tandis que les fils de famille peuvent être obligés envers autrui.

7. Le muet ne peut évidemment ni stipuler ni promettre. La même décision a été admise pour le sourd, parce que celui qui stipule doit entendre les paroles du promettant, et celui qui promet, les paroles du stipulant. D'après ce motif, il est clair que nous ne parlons pas de celui qui entend difficilement, mais de celui qui ne peut rien entendre.

(1) DIG. 12. 6. 38. f. Afric. — Et pour le pécule castrans, à l'égard duquel le fils est réputé père de famille. DIG. 5. 1. De judic. 4. f. Gai. — (2) DIG. 44. 7. De oblig. et act. 1. §§ 14 et 15. f. Gai. — (3) DIG. 45. 1. Verb. obl. 1. p. f. Ulp. — (4) Ib. — Gai. Comm. 3. § 105.

1349. Il ne le peut même pas avec l'assistance de son curateur (1). Toutefois, les stipulations ou les promesses faites par lui dans les intervalles lucides (*in dilucidis intervallis*) seront valables; car il faut appliquer ici ce que nous avons déjà vu à l'égard des testaments (2). — Quant au prodigue interdit de l'administration de ses biens, il peut valablement stipuler, mais non promettre: « Is cui bonis interdictum est, stipulando sibi acquirit; tradere vero non potest, vel promittendo obligari (3). »

IX. Pupillus omne negotium recte gerit; ut tamen sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor, veluti si ipse obligetur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest.

9. Le pupille peut gérer valablement toute affaire, pourvu que le tuteur intervienne dans les cas où son autorisation est requise; par exemple, quand le pupille s'oblige; car il peut, sans cette autorisation, obliger les autres envers lui-même.

X. Sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum est qui jam aliquem intellectum habent: nam infans et qui infanti proximus est, non multum a furioso distat, quia hujus ætatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infanti, propter utilitatem eorum, benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant quod pubertati proximi. Sed qui in potestate parentis est impubes, nec auctore quidem patre obligatur.

10. Ce que nous venons de dire des pupilles ne s'applique qu'à ceux qui ont déjà quelque intelligence; car l'enfant et celui qui est encore près de l'enfance ne diffèrent guère du fou, parce qu'ils n'ont aucune intelligence. Toutefois, à l'égard des pupilles encore voisins de l'enfance, et par utilité pour eux, une interprétation plus favorable leur a accordé la même capacité qu'au pupille près de sa puberté. Quant à l'impubère soumis au pouvoir paternel, il ne peut s'obliger, même avec l'autorisation de son père.

1350. Les notions sommaires que nous avons déjà données (tom. I, n° 86 et suiv.) sur les diverses périodes distinguées dans l'âge des impubères, et sur les conséquences que les jurisconsultes romains en tiraient quant à leur capacité, demandent ici quelques développements en ce qui concerne la stipulation.

Le droit romain primitif, en ces expressions *impubes*, *infans*, avait pris les choses à la lettre, s'attachant au fait matériel, au phénomène physique. Dans ce droit, de même que l'*impubes* est celui qui ne peut pas encore engendrer, l'*infans* est celui qui ne peut pas encore parler: la composition philologique du mot exprime rigoureusement la pensée. La faculté génératrice fait le pubère, la parole fait l'homme sorti de l'enfance. A quelle époque? Au moment même où le phénomène s'est accompli, moment variable, selon que les individus sont plus ou moins précoces ou

(1) DIG. 50. 17. De regul. jur. 5. f. Paul.: « In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum qui fari possunt, quamvis actum rei non intellerent: nam furiosus nullum negotium contrahere potest: pupillus omnia, tutore auctore, agere potest. » — 44. 7. De obl. et act. 1. § 12. f. Gai. — INSTIT. de Gai. Comm. 3. § 106. — (2) INSTIT. 2. 12. § 1. ci-dessus, t. 2, p. 466. Cod. 6. 22. Qui testam. fac. poss. 9. const. Justinian. — (3) DIG. 45. 1. Verb. obl. 6. f. Ulp.

retardataires; ainsi il n'y a pas d'âge juridiquement et uniformément déterminé. — Dans la langue des anciens jurisconsultes, jusque dans les textes insérés au Digeste de Justinien et dans les constitutions impériales antérieures à Théodose, le mot *infans* est toujours pris en ce sens matériel et rigoureux. « Qui fari non potest, antequam loqueretur, priusquam fari possit, qui fari potest, qui loqui potest, ex quo fari cœperit » : ces expressions et autres semblables viennent fréquemment traduire ou expliquer d'une manière indubitable la pensée (1); et souvent encore, pour plus de conviction, nous trouvons l'*infans* comparé, sous ce rapport, au muet (2).

1351. Cela posé, les actes juridiques dans lesquels des formules doivent être prononcées, où il faut la présence et la parole des parties, sont hors de toute portée de l'*infans*, de celui qui ne parle pas encore : il y a impossibilité absolue qu'il accomplisse de pareils actes. Telle est, en particulier, la stipulation : « Stipulatio non potest confici, nisi utroque loquente; et ideo neque mutus, neque surdus, neque infans, stipulationem contrahere possunt (3). »

1352. Mais dès que l'impubère pourra parler, proférer des paroles, sera-t-il capable de figurer comme acteur dans ces actes juridiques par cela seul qu'il pourra en prononcer les formules? Les jurisconsultes romains ne s'étaient pas dissimulé que l'intelligence, surtout l'intelligence des actes sérieux, n'arrive pas aussi vite que la parole; que cette intelligence manque non-seulement chez l'*infans*, c'est-à-dire chez celui qui ne parle pas, mais encore chez celui qui, commençant à parler, se rapproche plus de l'enfant que du pubère (*infanti proximus*), époque tout aussi indéterminée que l'étaient les deux autres auxquelles elle servait d'intermédiaire; mais qui était considérée comme se prolongeant communément jusqu'à sept ans ou huit ans, environ; et si, sous le rapport de la parole, ils comparaient l'*infans* au muet, sous le rapport de l'intelligence, ils comparaient au fou l'*infans* et l'*infanti proximus* (c'est-à-dire le mineur de sept ou huit ans) : « Nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso distant, » dit notre texte copié sur les Instituts de Gaius (4). —

(1) Dig. 26. 7. *De admin. tutor.* 1. § 2. f. Ulp. « Qui fari non possunt. » — 29. 2. *De acquir. hered.* 9. f. Paul. : « Si fari possit. » — 36. 1. *Ad s.-c. Trebell.* 65. § 3. f. Mæcian. « Eo quod fari non potest;... cum fari non possit. » — 40. 5. *De fideicomm. libert.* 30. §§ 1 à 6. f. Ulp. : « Qui fari non potest... » — 44. 7. *De oblig. et action.* 1. § 13. f. Gai. : « Qui loqui potest. » — 45. 1. 70. f. Ulp. : « Qui fari non poterat, » et 141. § 2. f. Gai. : « Ex quo fari cœperit. » — 46. 6. *Rem pupill. salv. fore.* 6. f. Gai. : « Si pupillus abest aut fari non potest; si præsens sit, et fari potest. » — Et dans le Code, 6. 9. *Qui admitt. ad bon. possess.* 3. const. Dioclét. et Maxim. : « Antequam loqueretur. » — 8. 54. *De donation.* 26. const. Constantin. : « Priusquam fari possit. » — (2) Dig. 36. 1. *Ad s.-c. Trebell.* 65. § 3. f. Mæcian. — 40. 5. *De fideicomm. libert.* 30. §§ 1 à 6, et § 8. f. Ulp. — 44. 7. *De oblig. et act.* 1. §§ 13 et 14. Gai. — 45. 1. *De verb. oblig.* 1. pr. f. Ulp. — (3) Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 1. pr. f. Ulp.; et 70. f. Ulp. — (4) 29. 2. *De acquir. hered.* 9. f. Paul.

La conséquence aurait dû être que l'*infanti proximus*, bien qu'il pût physiquement proférer des paroles, n'ayant aucune intelligence (*nullum intellectum*), étant, sous ce rapport, assimilé à peu près à un fou, ne pouvait figurer valablement comme acteur dans des actes qu'il ne comprenait pas. Cependant par décision plus favorable, par utilité (*benignius, favorabiliter, propter utilitatem*), les impubères, bien qu'ils ne fussent pas encore en âge de comprendre, et par cela seul qu'ils pouvaient parler, prononcer mécaniquement les formules, furent admis à faire, soit avec l'*auctoritas* de leur tuteur, soit même seuls, certains actes qui ne pouvaient avoir lieu sans leur coopération personnelle, par exemple l'acquisition d'une hérédité (tom. II, n° 246) (1), ou qui étaient dans leur intérêt. Telle était notamment la stipulation. Ainsi, dans ce système, dès qu'il peut parler, proférer l'interrogation ou la réponse, l'impubère peut valablement stipuler, sans autorisation, ou même promettre avec l'autorisation de son tuteur. « Pupillus, ex quo fari cœperit, recte stipulari potest (2). »

1353. Cependant la jurisprudence romaine entra, avec le temps, dans une nouvelle voie. C'était une opinion des philosophes et des médecins de l'antiquité, que de sept ans en sept ans il s'accomplissait dans l'organisation humaine une révolution : opinion reproduite, même de nos jours, dans un ouvrage célèbre de Cabanis (3). Les jurisconsultes romains empruntèrent aux philosophes, sinon toute cette théorie, au moins quelque chose qu'ils en introduisirent dans le droit. Ainsi, les Proculéiens voulurent fixer uniformément la puberté, pour tous les hommes, à quatorze ans accomplis (tom. II, n° 250); ainsi, l'âge de soixante-dix ans fut considéré plus communément comme l'époque juridique de la vieillesse; et celui de sept ans achevés, comme l'âge où l'impubère commence à avoir sinon la plénitude du jugement, du moins

— 44. 7. *De obligat. et act.* 1. § 13. — Gai. Comm. 3. 109, d'où est tiré notre texte.

(1) Dig. 29. 2. *De acquir. hered.* 9. f. Paul. : « Pupillus si fari possit, licet hujus ætatis sit ut causam acquirendæ hereditatis non intelligat (quamvis non videatur scire hujus modi ætatis puer : neque enim scire, neque decernere talis ætas potest, non magis quam furiosus), tamen cum tutoris auctoritate hereditatem adquirere potest, hoc enim favorabiliter ei præstatur. » — (2) Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 141. § 2. f. Gai. — 44. 7. *De oblig. et action.* 1. § 13. f. Gai. : « Huic (furioso) proximus est, qui ejus ætatis est ut nundum intelligat quid agatur. Sed quod ad hunc benignius acceptum est; nam qui loqui potest, creditur et stipulari et promittere recte posse. » — 46. 6. *Rem pupill. salv. fore.* 6. f. Gai. « Servum pupilli stipulari ita necesse est, si pupillis abest, aut fari non potest. Nam si præsens sit, et fari potest : etiam si ejus ætatis erit, ut non intelligat quid agat : tamen propter utilitatem receptum est, recte eum stipulari. » — Et Gai. Comm. 3. § 109, d'où est tiré le § 10 de notre texte. — (3) CABANIS : *Rapports du physique et du moral de l'homme*, 4^e mém. *Influence de l'âge sur les idées et sur les affections morales*, §§ 6. 7. 8 (tom. 1) pag. 234, 236, 242, 252 et suiv. de l'édition de 1824).

quelque intelligence des relations de droit. Si chacune de ces époques diverses ne fut pas consacrée dès l'abord par la jurisprudence comme un terme général pour toutes les capacités qui pouvaient s'y référer, elles le furent du moins pour certaines aptitudes : par exemple, l'âge de quatorze ans pour la capacité de tester (t. II, n° 250); celui de soixante-dix ans pour l'exemption des charges publiques (t. I, *Génér.*, n° 91), et celui de sept ans pour l'aptitude aux fiançailles (1). Ce n'est que dans deux fragments des anciens jurisconsultes que nous voyons apparaître l'indication de cet âge de sept ans : jamais comme l'époque où l'impubère cesse d'être *infans*, c'est-à-dire commence à parler, ce qui, en ce sens, serait absurde; mais toujours comme l'âge où il a acquis quelque intelligence des affaires juridiques, où il cesse d'être *infanti proximus*, assimilé à l'enfant (2).

1354. Mais sous Théodose, et par une constitution de cet empereur que nous trouvons insérée dans son Code, une dernière modification s'opère à ce sujet. Le droit romain du Bas-Empire s'est de plus en plus écarté de la nécessité de la prédominance des formules. Dans l'appréciation de l'état des impubères, c'est moins à la faculté matérielle de parler qu'au développement de l'intelligence que l'on s'attache. Cette dernière condition absorbe l'autre. Et l'empereur, au sujet de la manière dont l'hérédité maternelle peut être acquise au fils, déclare fixer, de son autorité, à l'âge de l'enfance, un intervalle d'années déterminé (*certis annorum intervallis... infantis filii aetatem, nostra auctoritate, prescribimus*); de sorte que, soit que l'impubère ait été plus précoce, soit qu'il ait été plus tardif à acquérir la faculté de parler (*sive maturius, sive tardius, filius fandi sumat auspicia*), cet intervalle sera de sept ans (3). Cette disposition revient à confondre dans une même condition l'*infans* et l'*infanti proximus*, que les jurisconsultes avaient déjà assimilés en grande partie. Dès

(1) DIG. 23. 1. *De sponsalibus*, 14. f. Modest. : « In sponsalibus contrahendis, aetas contrahentium definita non est, ut in matrimoniiis : quapropter (et) a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intelligatur, id est, si non sint minores quam septem annis. » — Il n'est pas hors de propos de remarquer ici que les fiançailles, comme leur dénomination l'indique (*sponsalia*), ne s'accomplissaient primitivement que par la stipulation quiritaire, la *sponsio* : DIG. *Ib.* 2 et 3. f. Ulp. et Florent. — (2) Le fragment qui précède, de Modestinus, et celui d'Ulpien : DIG. 26. 7. *De admin. et peric. tutor.* 1. § 2. — (3) CODE THÉODOSIEN, liv. 8, tit. 18. *De maternis bonis et materni generis, et cretione sublata*, 8. const. Arcad., Honor. et Théodos. « *Certis annorum intervallis*, in bonorum possessione maternae hereditatis a patre poscenda aut successione amplectenda, *infantis filii aetatem, nostra auctoritate, prescribimus* : ut, *sive maturius, sive tardius filius fandi sumat auspicia, intra septem annos aetatis* ejus pater aut bonorum possessionem impleret, aut qualibet actis testatione successione amplectatur. Hac vero aetate finita, filius edicti beneficium petat, vel de successione suscipienda suam exponat voluntatem, etc. » — Rapprochez de cette constitution celle qui porte le n° 4, au même titre, de l'empereur Constantius; et la constitution 1 des empereurs Théodose et Valentinien, liv. 4. tit. 1, *De cretione vel bonorum possessione*.

lors, le mot *infans* perd sa première signification, sa signification technique et rigoureuse; il désigne le mineur de sept ans, et nous le trouvons ainsi traduit dans une constitution du même prince : « *Infanti, id est minori septem annis* (1). »

1355. C'est cette dernière manière d'envisager l'âge de l'impubère qui a passé seule dans l'interprétation générale du droit romain, et dans la jurisprudence que les nations modernes en ont déduite; le sens réel et primitif des mots, la succession historique par laquelle les idées romaines avaient progressé à ce sujet, ont été oubliés : de là cette fixation reçue en opinion universelle : l'*infans* est l'impubère jusqu'à sept ans; et, par conséquent, l'*infanti proximus* est l'impubère de sept ans jusqu'à dix ans et demi (dernière nuance qui n'a jamais été comprise ainsi chez les Romains). — Ce qu'il y a de particulier, c'est que les textes des anciens jurisconsultes sont insérés dans les recueils de Justinien avec leur signification matérielle et primitive : *infans, qui fari non potest*, celui qui ne peut pas encore parler; *infanti proximus*, celui qui est voisin de l'âge où l'on ne parle pas encore : c'est que nos deux paragraphes sont copiés textuellement de Gaius, tels que ce jurisconsulte les écrivait de son temps (2) : et enfin, ceci est bien remarquable, c'est que Théophile, dans sa paraphrase de ces deux paragraphes, continue à nous donner l'antique signification : pour *infans*, celui qui est encore à la mamelle; pour *infanti proximus*, celui qui est encore en sa septième ou huitième année : « *Pupillarum enim alii sunt infantes, veluti qui adhuc lactant, aut his paulo majores : alii dicuntur proximi infanti, ut qui recte loqui incipiunt : alii sunt proximi pubertati. Et infans quidem stipulari non potest, propterea quod ne loqui quidem possit. Neque is etiam qui proximus infanti est : qualis fuerit qui septimum aut octavum annum agit. Hic enim, quamvis verba proferre possit, id tamen adjudicare non potest quid sibi velint ea quae dicuntur* (3). » Ce qui prouve que du temps de Justinien, et malgré la constitution de Théodose, spéciale pour un cas particulier, les idées des anciens jurisconsultes n'étaient pas encore complètement abandonnées.

1356. *Nec auctore quidem patre obligatur*. Ceci se réfère à

(1) COD. JUSTINIAN. 6. 30. *De jure delib. et de adeunda vel acquir. heredit.* 18. const. Théodose et Valent. « *Si infanti (id est minori septem annis) in potestate patris... hereditas sit derelicta... : licebit parentibus ejus, sub quorum potestate est, adire ejus nomine hereditatem, vel bonorum possessionem petere... etc.*, § 4, si autem septem annos aetatis pupillus excesserit, et priore parente mortuo, in pupillari aetati fati munus impleverit : ea obtinere precipimus, quae veteribus continentur legibus : nulla dubietate relicta, quin pupillus post impletos septem annos suae aetatis ipse adire hereditatem vel bonorum possessionem petere, consentiente parente, si sub ejus potestate sit, vel cum tutoris auctoritate, si sui juris sit, possit... etc. » — (2) GAI. Comm. 3. §§ 107, 109. — (3) THÉOPHILE, *hic*, traduction latine de Fabrot. — Notez que les annotateurs relevaient ces définitions de Théophile comme de graves erreurs.

une situation différente. Il s'agit, non pas de l'impubère qui est *sui juris*, et par conséquent en tutelle, mais de celui qui est fils de famille sous la puissance de son père. Le père n'est pas chargé, comme le tuteur, de compléter, par son assistance, la personne du fils impubère qu'il a en son pouvoir (*auctor fieri*), puisque, d'après les principes du droit civil, la personne de ce fils se confond avec la sienne propre quant au patrimoine. Il ne peut être question de compléter (*augere*) que ce qui existe déjà en partie : or, le fils de famille en puissance, d'après les principes du droit primitif rigoureux, n'a pas de personnalité en ce qui concerne les biens. L'*auctoritas* n'a donc lieu véritablement que pour les impubères *sui juris*, et de la part de leur tuteur. En conséquence, le fils de famille impubère peut bien, dès qu'il n'est plus *infans*, stipuler et acquérir par là à son père. Mais l'*auctoritas* ne pouvant avoir lieu pour lui, il y a impossibilité qu'il s'oblige par promesse. La règle se maintient lorsque la jurisprudence a adouci ces idées premières, même lorsque le droit impérial a accordé aux fils de famille des pécules : il y a alors évidemment, pendant que le fils est impubère, surtout par rapport au *peculium adventitium*, une lacune qui est remplie par la gestion du père. Mais dès que le fils de famille devient pubère, il peut non-seulement stipuler, mais encore s'obliger, selon ce que nous avons dit ci-dessus, n° 1299 et suivants : « Pupillus, licet ex quo fari cœperit recte stipulari potest, tamen si in parentis potestate est, ne auctore quidem patre obligatur, dit Gaius : pubes vero, qui in potestate est, proinde ac si paterfamilias obligari solet (1). »

XI. Si impossibilis conditio obligationibus adjiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est quominus existat, veluti si quis ita dixerit : SI DIGITO COELUM ATTIGERO, DARE SPONDES? At si ita stipuletur : SI DIGITO COELUM NON ATTIGERO, DARE SPONDES? *pure facta obligatio intelligitur*, ideoque statim petere potest.

II. Si une condition impossible est mise à l'obligation, la stipulation est nulle. Par condition impossible on entend celle à l'accomplissement de laquelle s'oppose la nature, par exemple : SI JE TOUCHE LE CIEL DU DOIGT, RÉPONDSTU DE ME DONNER? Mais si la stipulation est ainsi conçue : SI JE NE TOUCHE PAS LE CIEL DU DOIGT, RÉPONDSTU DE ME DONNER? *l'obligation est censée pure et simple*, et le paiement peut être demandé à l'instant.

1357. Nous savons ce que c'est qu'une condition impossible; nous savons que dans les dispositions testamentaires, soit legs, soit institution, une pareille condition est considérée comme non

(1) DIG. 45. 1. *Verb. obl.* 141. § 2. f. Gai. — Si une succession est déferée au fils de famille impubère, il peut, d'après une constitution de Théodose, en faire adition avec le consentement du père sous la puissance duquel il se trouve. CON. 6. 30. *De jure delib.* 18. § 4. const. Théod. et Valent. Mais il ne s'agit pas ici d'*auctoritas*. Le père consent, parce que rigoureusement et selon le strict droit civil, c'est lui qui est héritier par l'intermédiaire de son fils : quoique l'introduction du pécule adventice ait modifié cette rigueur de principes quant à l'acquisition.

avenue, et qu'en conséquence le legs ou l'institution subsiste comme s'il était pur et simple (tom. II, n° 740 et 925). Dans les contrats, au contraire, la condition impossible annule le contrat. Cela est vrai non-seulement pour la stipulation : « Sub impossibili conditione factam stipulationem constat inutilem esse (1); » mais encore pour tous les contrats : « Non solum stipulationes impossibili conditione adplicatæ nullius momenti sunt : sed etiam ceteri quoque contractus, veluti emptiones, locationes, impossibili conditione interposita, æque nullius momenti sunt (2). » Quant à cette différence entre les effets de la condition impossible dans les dispositions testamentaires et ses effets dans les contrats, nous savons qu'elle n'a pas été admise sans controverses dans la jurisprudence; que les deux écoles des Proculéiens et des Sabinien étaient divisées sur ce point : les premiers voulaient que la condition impossible annulât les dispositions testamentaires aussi bien que les contrats. Enfin, quant aux raisons de cette différence, nous savons qu'il est difficile d'en donner de bien concluantes (voir sur tout ceci, tom. II, n° 740), et que Gaius lui-même, tout Sabinien qu'il soit, en fait l'aveu : « Et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest (3). » Mæcianus essaye d'en donner une : « Quia in ea re, dit-il en parlant des contrats, quæ ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectetur : quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est ut nihil agi existiment, apposita ea conditione quam sciant esse impossibilem (4). » Mais pourquoi considèrera-t-on comme plus sérieuse la volonté du testateur qui n'a disposé que sous une condition impossible : « J'institue Titius pour mon héritier s'il boit toute l'eau du Tibre à son déjeuner? » Évidemment cela ne s'explique que par la faveur particulière accordée aux institutions d'héritiers, pour que les citoyens ne meurent pas *intestat*, et, par extension, à toutes les libéralités testamentaires.

Ce que nous venons de dire s'applique également à la condition contraire aux lois ou aux mœurs. Considérée comme non avenue dans les testaments (tom. II, n° 740), elle est une cause de nullité dans les contrats (5).

1358. *Pure facta obligatio intelligitur* : en effet, il n'y a pas véritablement de condition, c'est-à-dire de chance d'un événement futur et incertain : il est bien certain que le stipulant ne touchera jamais le ciel. La stipulation est utile et au présent (*utilis et præsens est*), dit Ulpien dans des expressions qui reviennent à celles de notre texte (6). — Mais il ne faudrait pas étendre cette décision à la condition, imposée au stipulant, de ne pas faire

(1) DIG. 44. 7. *De oblig. et act.* 1. § 11. f. Gai. — (2) DIG. *ib.* 31. f. Mæcian. — (3) Gai. *Comm.* 3. § 98. — (4) DIG. 44. 7. *De oblig. et act.* 31. f. Mæcian. — (5) DIG. 45. 1. *Verb. obl.* 35. § 1. Paul. 137. § 6. f. Venulej. — (6) *b.* 7. f. Ulp.

quelque chose de contraire aux lois ou aux mœurs : il y a ici une différence radicale entre la condition physiquement impossible et la condition illicite. Par exemple : *Promets-tu de me donner cent sous d'or si je n'incendie pas cette maison ? si je n'injurie pas telle personne ?* La stipulation est inutile. On ne peut stipuler un prix pour s'abstenir d'un acte illicite ou immoral : « Si ob maleficium, ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventionem, » dit élégamment et laconiquement le jurisconsulte Ulpien (1). Ce serait là ce que les Romains appellent stipuler *ex turpi causa* (ci-dessous, § 24). — Mais rien n'empêche de stipuler une somme pour le cas où le promettant commettrait un acte illicite ou immoral ; une pareille stipulation, loin d'être contraire aux bonnes mœurs, est conçue de manière à leur être favorable : *ex bonis moribus concepta*, dit Papinien (2), puisqu'elle menace l'action illicite d'une sorte de peine. Toutefois, si les circonstances lui donnaient un autre caractère, par exemple si c'était sa part dans le produit de l'acte illicite, ou le prix de son silence, de son adhésion, que le stipulant se fit promettre ainsi, la stipulation serait nulle comme faite *ex turpi causa*.

XII. Item verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est. Sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus præstabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus ; et non præsentibus esse vel se vel adversarios suos contententibus, ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Cæsarienses advocatos scripsimus : per quam disposuimus tales scripturas quæ præsto esse partes indicant, omnimodo esse credendas, nisi ipse qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus vel *per scripturam* vel *per testes idoneos* adprobaverit, in ipso *toto die* quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis esse.

12. L'obligation par paroles ne peut être contractée entre absents. Mais comme il y avait là une source de procès pour les hommes à esprit contentieux, qui, après un long terme peut-être, opposaient de pareilles allegations, soutenant qu'eux ou leurs adversaires n'avaient pas été présents, nous avons introduit, dans le but de mettre promptement fin à ces procès, une constitution adressée aux avocats de Césarée, par laquelle nous décidons que les écrits portant indication de la présence des parties en feront pleine foi, à moins que celui qui a l'improbité de recourir à de tels moyens ne prouve de la manière la plus évidente, soit *par écrit*, soit *par témoins dignes de foi*, que, pendant tout le jour dans lequel l'écrit a été fait, lui ou son adversaire étaient dans un autre lieu.

1359. Le contrat verbal ne peut avoir lieu entre absents ; le motif en est évident, puisqu'il ne se forme que les parties se parlant (*utroque loquente*) et s'entendant l'une l'autre : « *Nec absens quidem : quoniam exaudire invicem debent* (3). » D'où il suit

(1) Dig. 2. 14. *De pactis*. 7. § 3. f. Ulp. — (2) Dig. 45. 1. 121. § 1. f. Papin. — 2. 14. *De pactis*. 50. f. Ulp. — Cod. 4. 56. *Si mancipium ita venierit ne prostituatur*. — Le fragment de Pomponius (Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 19.), et la constitution d'Alexandre (Cod. 8. 39. *De inutil. stipul.* 2.), relatifs à un cas particulier, celui du divorce, et motivés par des raisons toutes spéciales, ont exception, mais non pas obstacle à ce principe. — (3) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 1. pr. f. Ulp. — Paul. Sent. 5. 7. § 2

que le fait d'un *alibi* était une objection radicale à opposer à celui qui invoquait l'existence d'un pareil contrat. Le texte nous expose les dispositions prises par une constitution de Justinien pour empêcher l'abus d'un pareil moyen et la fréquence des procès qui en étaient la suite.

1360. Le contrat verbal n'exige, en lui-même, aucune écriture, aucun mode particulier de constatation. Il se forme par la simple prononciation des paroles : dès lors il existe. Mais, en cas de dénégation, la partie intéressée aura besoin de fournir la preuve de cette existence. — Pour être à même de faire, au besoin, cette preuve, mais seulement comme moyen de preuve (1), on peut dresser un écrit constatant ce qui s'est passé, et que l'on nomme *instrumentum* par excellence, comme le meilleur mode d'instruire sur les faits ; ou encore *cautio*, comme une sûreté pour le stipulant (voir tom. I, *Génér.*, n° 173). Nous trouvons dans les textes divers de pareils écrits, dressés, soit par le promettant, soit ordinairement par un esclave, par un affranchi, et constatés vrais par la signature du promettant ou des témoins. « Tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spondit Numerius Negidius, etc. (2) ; » — « Tot aureos recti dari stipulatus est Julius Carpus : spondimus ego Antoninus Achilleus et Cornelius Divus (3) ; » — « Eaque sic recta dari fieri, fide roganti Sticho, servo Lucii Titii, promisit Callimachus ; » — « Stipulatus est Julius Zosas ; spondit Flavius Candidus dominus meus ; subscripsit et dominus (4). » — Ou bien, on peut recourir à des témoins qui assisteront à l'acte et pourront en rendre témoignage (5) ; ou enfin à toute autre espèce de preuve. — Le texte nous explique suffisamment les dispositions de Justinien quant à la foi attachée à l'écrit constatant la stipulation, et quant à l'impossibilité d'objecter désormais contre un pareil écrit un *alibi*, à moins qu'il ne s'agit d'une absence durant la totalité du jour indiqué comme celui de la stipulation (*toto eo die*), et que cette absence ne fût constatée par les preuves les plus claires et les plus manifestes (*liquidis ac manifestissimis probationibus*) ; ou mieux, par écrit (*vel per scripturam*) ; ou par des témoins dignes de toute foi, et au-dessus de tout reproche (*vel per testes undique idoneos, et omni exceptione majores*). Tels sont les termes de la constitution de Justinien (6).

(1) Dig. 22. 4. *De fide instrumentorum*. 4. f. Gai. : *Fiunt enim de his scripturæ, ut quod actum est, per eas facilius probari possit : et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem.* Quoique ces paroles de Gaius n'aient pas été écrites spécialement pour la stipulation, on peut les y appliquer. — (2) Ci-dessous, tit. 29. § 2. — (3) Dig. 45. 2. *De duob. reis const.* 11. § 2. f. Papin. — (4) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 122. § 1. f. Scævola ; 126. § 2. f. Paul. L'écrit, comme on peut le voir par ces exemples en leur entier, commence par le narré des faits et par l'indication exacte des choses promises. — (5) Cod. 4. 21. *De fide instrum.* 15. const. Constantin. 4. 19. *De probat.* 12. const. Dioclét. et Maxim. — (6) Cette constitution, de l'an 531, est insérée au Code : 8. 38. *De contrah. et commit. stipul.* 14.

XIII. Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis quam post ejus mortem a quo stipulabatur. Ac nec is qui in alicujus potestate est, post mortem ejus stipulari poterat, quia patris vel domini voce loqui videtur. Sed et si quis ita stipuletur : PRIDIE QUAM MORIAR vel PRIDIE QUAM MORIERIS DABIS, inutilis erat stipulatio. Sed cum (ut jam dictum est) ex consensu contrahentium stipulationes valent, placuit nobis etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem; ut sive post mortem, sive pridie quam morietur stipulator sive promissor, stipulatio concepta est, valeat stipulatio.

1361. Il s'agit ici de quelques subtilités excessives de la jurisprudence romaine. La stipulation dont l'action était différée jusqu'après la mort, soit du stipulant : « POST MORTEM MEAM DARI SPONDES? » soit du promettant : « QUUM MORTUUS ERIS, DARI SPONDES? » était nulle. Et Gaius nous en donne la raison : « Nam inelegans esse visum est ex heredis persona incipere obligationem (1); » motif qui déjà nous était donné dans le Code, par la constitution de Justinien : « Ab heredibus enim incipere actiones, vel contra heredes, veteres non concedebant (2). » Il avait paru aux anciens inélégant, c'est-à-dire contraire à l'ordre régulier, d'admettre comme valables des actions qui n'étaient créées que pour commencer, soit pour, soit contre les héritiers. Déjà, cependant, sous l'ancienne jurisprudence, on avait échappé en partie à l'application de cette règle, à l'aide d'un adjoint particulier nommé *adstipulator*, qu'on se donnait dans la stipulation, ainsi que nous l'avons déjà dit ci-dessus, n° 1266, et dont nous traiterons bientôt avec détail. Mais Justinien supprime la règle elle-même. Il décide que les actions pourront commencer en la personne des héritiers, soit pour eux, soit contre eux : « Ut liceat ad heredibus et contra heredes incipere actiones; ne propter nimiam subtilitatem verborum, latitudo voluntatis contrahentium impediat (3). » En conséquence, les stipulations dont il s'agit sont désormais valables.

Nec is qui in alicujus potestate est. L'esclave ne pouvait ainsi stipuler : PROMETS-TU DE DONNER APRÈS LA MORT DE MON MAÎTRE ? ni le fils de famille... : APRÈS LA MORT DE MON PÈRE ? puisque la

(1) Gai. Comm. 3. § 100. — (2) Cod. 4. 11. *Ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant.* const. unique. — (3) Cod. *Ib.* — Et aussi, Cod. 8. 38. *De contrah. et comm. stip.* 11, const. Justinien.

13. Nul ne pouvait stipuler qu'on lui donnerait après sa mort, non plus qu'après la mort du promettant. Et même celui qui est en la puissance d'un autre ne pouvait stipuler qu'on donnerait après la mort de ce dernier, parce que c'est par la voix de son père ou de son maître qu'il est censé parler. La stipulation ainsi conçue : ME DONNERAS-TU LA VEILLE DE MA MORT OU LA VEILLE DE TA MORT ? était également inutile. Mais comme, ainsi que nous l'avons déjà dit, c'est du consentement des contractants que dérive la validité des stipulations, il nous a plu d'apporter à ce point du droit une correction nécessaire. En conséquence, conçue, soit pour le temps postérieur à la mort, soit pour la veille de la mort du stipulant ou du promettant, la stipulation n'en sera pas moins valable.

stipulation acquise au père de famille n'aurait produit d'action qu'après sa mort. La réforme de Justinien s'applique à ce cas comme à l'autre.

1362. PRIDIE QUAM MORIAR? vel PRIDIE QUAM MORIERIS? C'était une conséquence encore plus subtile de la subtilité qui précède. Gaius nous expose le motif de la nullité dans ce cas : « Quia non potest aliter intelligi pridie quam aliquis morietur, quam si mors secuta sit : rursus morte secuta, in præteritum reducitur stipulatio, et quodammodo talis est : HEREDI MEO DARI SPONDES? Quæ sane inutilis est (1). » Décision qui du reste ne lui paraissait guère raisonnable : « Quod non pretiosa ratione receptum videtur, » dit-il ailleurs (2). Par suite de la constitution de Justinien, cette seconde subtilité disparaît avec la précédente. — Nous avons, du reste, déjà rencontré les mêmes principes; et nous les avons expliqués, dans la matière des legs (tom. II, n° 928 et 929).

XIV. Item si quis ita stipulatus erat, SI NAVIS EX ASIA VENERIT, HODIE DARE SPONDES? inutilis erit stipulatio, quia præpostere concepta est. Sed cum Leo, inclytæ recordationis, in dotibus eandem stipulationem quæ præpostera nuncupatur, non esse rejiciendam existimavit, nobis placuit et huic perfectum robur accommodare : ut non solum in dotibus, sed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.

14. Une stipulation semblable : SI TEL NAVIRE ARRIVE UN JOUR D'ASIE, PROMETS-TU DE ME DONNER AUJOURD'HUI? était inutile, parce qu'elle est conçue d'une manière prépostère. Mais Léon, de glorieuse mémoire, ayant voulu qu'une telle stipulation, qu'on nomme prépostère, ne fût point rejetée en matière de dot, il nous a plu de lui donner force complète. De telle sorte qu'elle soit valable non-seulement dans les dots, mais en toute matière.

1363. La nullité de la stipulation faite sous une condition prépostère, c'est-à-dire dans laquelle on a mis avant (*præ*) ce qui devait être après (*post*), provenait encore, dans l'ancienne jurisprudence, d'une trop rigoureuse appréciation des paroles. Le caractère spécial d'une pareille stipulation, c'est que le terme fixé pour le paiement est antérieur à l'accomplissement de la condition; on promet de payer avant d'y être obligé : « PROMETS-TU DE ME DONNER AUJOURD'HUI, SI TEL NAVIRE ARRIVE PLUS TARD? Justinien ne s'attache plus à l'irrégularité des paroles; il étend aux testaments et à tous les contrats ce que l'empereur Léon avait déjà fait, par une faveur spéciale, en matière de dot. En conséquence, l'acte sera valable, mais le paiement ne pourra être demandé qu'après l'accomplissement de la condition : « exactione videlicet post conditionem vel diem competente (3). »

(1) Gai. Comm. 3. § 100. — (2) Gai. Comm. 2. § 232. — (3) Cod. 6. 23. *De testam.* 25. const. Justinien. Le sens raisonnable qu'on pourrait donner à la stipulation prépostère, dans l'intention des parties, ne serait-il pas, que la condition s'accomplissant plus tard, le paiement serait effectué, tant pour les fruits ou pour les intérêts que pour tous autres accessoires, comme si ce paiement avait dû être fait au jour même de la stipulation?