

**XV.** Ita autem concepta stipulatio, veluti si Titius dicat: CUM MORIAR, DARE SPONDES? vel CUM MORIERIS? et apud veteres utilis erat, et nunc valet.

1364. Distinction subtile entre le moment même de la mort, CUM MORIAR, CUM MORIERIS; et le temps postérieur à la mort, POST MORTEM MEAM, CUM MORTUUS ERIS. Dans le premier cas, l'action devait prendre naissance, soit pour le stipulant, soit contre le promettant, en leur personne même et de leur vivant: car au moment où l'on meurt, l'on vit encore: « Non post mortem... sed ultimo vitæ tempore, » dit Gaius (1). En conséquence la stipulation était valable (2). Nous avons déjà donné la même explication en matière de legs (tom. II, n° 928).

**XVI.** Item post mortem alterius, recte stipulatur.

1365. La règle qui avait fait prohiber par l'ancienne jurisprudence les stipulations POST MORTEM MEAM OU POST MORTEM TUAM était inapplicable ici. La mort d'un tiers formait un terme incertain, que rien n'empêchait d'apposer à une stipulation.

**XVII.** Si scriptum in instrumento fuerit promississe aliquem, perinde habetur ac si interrogatione præcedente responsum sit.

1366. Ce paragraphe est la reproduction littérale d'un fragment des Sentences de Paul (3). Ici l'écrit n'énonce pas d'une manière précise comme ceux dont nous avons donné des exemples ci-dessus, n° 1360, les deux actes qui constituent le contrat verbal, savoir, l'interrogation et la promesse. Il énonce simplement qu'un tel a promis, mais on comprend par là, comme sous-entendu, que l'interrogation préalable a eu lieu: « Intelligendum etiam præcessisse verba stipulationis, » dit Paul (4). — Credendum est præcedentem stipulationem vocem spondentis subsequutam esse, » porte une constitution de Sévère et d'Antonin (5). Les solennités requises sont censées avoir été accomplies, du moment que le résultat juridique qui en faisait le but final est énoncé dans l'écrit (6). Sauf, toutefois, le droit de fournir la preuve du contraire (7).

(1) Gai. Comm. 2. § 232. — Le texte du Comm. 3. § 100, sur ce point, est évidemment altéré. — (2) Dig. 45. 1. Verb. obl. 45. §§ 1 et 3. f. Ulp. — 12. 6. De condit. indeb. 17. f. Ulp. — (3) PAUL. Sent. 5. 7. § 2. — (4) Dig. 45. 1. Verb. obl. 134. § 2. f. Paul. — (5) Cod. 8. 38. De contrah. et comm. stip. 1. const. Sever. et Anton. — (6) Dig. 45. 1. Verb. obl. 30. f. Ulp. — (7) Dig. 2. 14. De pactis. 7. § 12. f. Ulp.: Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri, rogavit Titius, spondit Mævius, hæc verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis, ideoque ex stipulatu nascitur actio, nisi contrarium specialiter adprobetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium. »

**XVIII.** Quoties plures res una stipulatione comprehenduntur, si quidem promissor simpliciter respondeat: DARE SPONDEO, propter omnes tenetur. Si vero unam ex his, vel quasdam daturum se responderit, obligatio in iis pro quibus sponderit contrahitur. Ex pluribus enim stipulationibus una vel quædam videntur esse perfectæ: singulas enim res stipulari, et ad singulas respondere debemus.

1367. Il faut rapprocher ce paragraphe du § 5 qui précède, et bien distinguer les nuances qui séparent les cas régis par eux. Ici il y a dans la stipulation plusieurs objets distincts, ce qui forme véritablement autant de stipulations que d'objets: « Scire debemus in stipulationibus tot esse stipulationes quot species. » — « At si quis illud et illud stipulatus sit, tot stipulationes sunt quot corpora (1). » Or, ces stipulations étant distinctes, leur sort l'est aussi: les unes peuvent être nulles et les autres valables. STICHUM, PAMPHILUM ET EROTEM DARE SPONDES? SPONDEO: les trois esclaves sont dus, parce que la promesse, étant générale, s'applique à chacun d'eux; STICHUM DARE SPONDEO, Stichus seul est dû, les deux autres ne le sont pas, parce que l'interrogation, à leur égard, est restée sans réponse. « Videris enim ad unam ex stipulationibus respondisse (2). » — Mais si les objets distincts sont stipulés d'une manière alternative, l'un ou l'autre: STICHUM AUT PAMPHILUM DARE SPONDES? il n'y a qu'une seule stipulation d'une nature particulière, une stipulation alternative. Si donc le promettant ne répond que pour un seul: STICHUM SPONDEO, il change le mode de l'obligation, aussi bien que celui qui, interrogé sous condition, répond de donner purement et simplement: dès lors nous tombons dans le cas du § 5; la stipulation est inutile (3).

**XIX.** Alteri stipulari (ut supra dictum est) nemo potest. Inventæ sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest stipulatoris. Plane si quis velit hoc facere, pœnam stipulari conveniet, ut nisi ita factum sit ut comprehensum est, committatur pœnæ stipulatio etiam ei cujus nihil interest. Pœnam enim quum stipulatur quis, non illud inspicitur quid intersit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo, dit plus haut, stipuler pour autrui. En effet, cette forme d'obligation n'a été imaginée que pour que chacun acquière ce qu'il a intérêt d'acquérir; or que l'on donne à autrui, le stipulant n'y a aucun intérêt. Toutefois, si l'on veut faire une stipulation semblable, il faut stipuler une peine, de telle sorte que si le promettant n'exécute pas ce qui a été dit, la stipulation de la peine se réalise même pour celui qui n'avait aucun intérêt à cette exécution. En effet, lorsque quel-

**18.** Lorsque plusieurs choses sont comprises dans une seule stipulation, si le promettant répond simplement: JE PROMETS DE DONNER, il est lié pour toutes. Mais s'il répond qu'il donnera l'une, ou qu'il donnera quelques-unes de ces choses, l'obligation n'est contractée que pour les choses contenues dans sa réponse. En effet, des diverses stipulations contenues dans l'interrogation, le promettant est censé n'en compléter qu'une ou que quelques-unes; car il faut, pour chaque objet, et la stipulation et la réponse.

19. Nul ne peut, comme nous l'avons dit plus haut, stipuler pour autrui. En effet, cette forme d'obligation n'a été imaginée que pour que chacun acquière ce qu'il a intérêt d'acquérir; or que l'on donne à autrui, le stipulant n'y a aucun intérêt. Toutefois, si l'on veut faire une stipulation semblable, il faut stipuler une peine, de telle sorte que si le promettant n'exécute pas ce qui a été dit, la stipulation de la peine se réalise même pour celui qui n'avait aucun intérêt à cette exécution. En effet, lorsque quel-

(1) Dig. 45. 1. Verb. obl. 29. pr. et 86. f. Ulp. — (2) Ib. 83. § 4. f. Paul. — (3) Dig. 45. 1. Verb. obl. 83. § 2. f. Paul.

si quis stipuletur *TITIO DARI*, nihil agit; sed si addiderit *penam*: *NISI DEDERIS, TOT AUREOS DARE SPONDES?* tunc committitur stipulatio

**XX.** Sed et si quis stipuletur alii, cum ejus interesset, placuit stipulationem valere. Nam si is qui pupilli tutelam administrare cœperat, cessit administratione cotutori suo, et stipulatus est rem pupilli salvam fore; quoniam interest stipulatoris fieri quod stipulatus est, cum obligatus futurus esset pupillo si male gesserit, tenet obligatio. Ergo et si quis procuratori suo dari stipulatus sit, stipulatio vires habebit. Et si creditori dari stipulatus sit, quod sua interest, ne forte vel pœna committetur, vel prædia distrabantur quæ pignori erant, valet stipulatio.

**XXI.** Versa vice, qui alium facturum promisit videtur in ea esse causa ut non teneatur, nisi pœnam ipse promiserit.

1368. Ces trois paragraphes se trouvent suffisamment expliqués par la théorie entière que nous avons exposée ci-dessus, n° 1336 et suiv. — Remarquez, dans le § 20, l'intérêt qu'a le tuteur qui cède l'administration à son cotuteur de stipuler de ce dernier *rem pupilli salvam fore*, puisque les tuteurs sont tous responsables et tenus par l'action de tutelle de l'administration les uns des autres (tom. II, n° 277). De même, l'intérêt qu'a celui qui stipule qu'on donnera à son procureur ou à son créancier est évident (1).

**XXII.** Item nemo rem suam futuram in eum casum quo sua sit utiliter stipulatur.

1369. C'est une règle de simple raison, qu'on ne peut transférer la création d'un droit à une époque où son existence sera légalement impossible, ni à l'accomplissement d'une condition qui le rendra légalement impossible (2).

**XXIII.** Si de alia re stipulator sentierit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset; veluti, si

qu'un stipule une peine, on ne considère pas quel est son intérêt, mais quel est le montant de la clause pénale. Si donc quelqu'un stipule QU'ON DONNERA à *TITIVS*, l'acte est nul; mais s'il ajoute cette peine: *ET FAUTE DE LE FAIRE, RÉPONDSTU DE ME DONNER TANT?* la stipulation produit obligation.

**20.** Mais si quelqu'un stipule pour autrui y ayant intérêt, la stipulation a été reconnue valable. En effet, si celui qui avait commencé l'administration d'une tutelle cède cette administration à son cotuteur, et stipule de lui que les biens du pupille seront sauvegardés, comme il y va de l'intérêt du stipulant qu'il en soit ainsi, parce qu'il est responsable envers le pupille de la mauvaise administration, la stipulation est valable. De même, si quelqu'un stipule qu'on donnera à son procureur; ou bien encore à son créancier, car le stipulant y a intérêt, pour éviter, par exemple, qu'une clause pénale soit encourue, ou que les fonds donnés en gage soient vendus.

**21.** En sens inverse, celui qui promet qu'un autre fera n'est pas tenu, à moins qu'il n'ait promis lui-même une peine.

**22.** Nul ne peut valablement stipuler la chose qui doit être sienne un jour, pour le cas où elle le sera devenue.

**23.** Si le stipulant a eu dans l'intention une chose, et le promettant une autre, il n'y a pas plus d'obligation que s'il n'y avait pas eu de réponse à la

(1) *DIG. 45. 1. Verb. obl. 38. §§ 20. 21. 22 et 23. f. Ulp. 118. § 2. f. Papin.* — (2) *Ib. 87. f. Paul.* — *Cod. 5. 3. De donat. ante nupt. 4. const. Gordian.*

hominem *Stichum* a te quis stipulatus demande; par exemple, si quelqu'un a fuerit, tu de *Pamphilo* senseris quem stipulé de toi *Stichus*, et que tu aies *Stichum* vocare credideris. eu dans l'intention *Pamphile*, que tu croyais se nommer *Stichus*.

1370. C'est le cas d'examiner ici le rôle que joue la volonté, le consentement, dans le contrat par stipulation. — Le principe premier de ce contrat, comme de tout autre, est, sans nul doute, l'accord de volonté entre les parties, leur mutuel consentement: « *Stipulatio ex utriusque consensu valet*, » dit Paul; « *ex utriusque consensu perficitur*, » dit *Venulejus* (1). Mais la cause civile d'obligation, c'est la prononciation des paroles exprimant ce consentement en une interrogation d'une part et en une réponse conforme de l'autre. Or, s'il y a erreur entre les parties, que décidera-t-on? Les jurisconsultes romains formulent en axiome de droit cette vérité: « *Non videntur qui errant consentire* (2); d'où la conséquence générale que dans tous les contrats, soit de bonne foi, soit même de droit strict, l'erreur est une cause de nullité (3). Mais il y a bien des nuances dans l'erreur; elle peut tomber sur tel ou sur tel autre points bien différents: quel sera celui où elle entraînera nullité, celui où elle cessera de produire cet effet? Cette question délicate n'est pas envisagée par le droit romain de la même manière pour tous les contrats. Elle se trouve résolue plus largement dans les uns que dans les autres, selon leur nature diverse. Dans la stipulation, où le consentement, pour obliger, doit être, pour ainsi dire, matérialisé dans la prononciation des paroles, il en est de même de l'erreur entraînant nullité: il faut que ce soit une erreur matérielle, sur le corps même, sur l'individu (*species*) ou sur le genre (*genus*) stipulés et promis; en un mot, comme dit notre texte, *de alia re*. Par suite d'une erreur, nous avons en vue, vous *Pamphile*, moi *Stichus*; vous tel cheval, moi tel autre; vous du vin, moi de l'huile. « *Si hominem stipulatus sim, et ego de alio sensero, tu de alio: nihil acti erit; nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur* (4). » Mais du moment qu'il y a assentiment mutuel sur le corps, bien qu'erreur sur la substance, par exemple, du cuivre pris pour de l'or, le contrat verbal est valable, sauf les remèdes prétoriens, s'il y a lieu (5).

(1) *DIG. 45. 1. Verb. obl. 83. § 1. f. Paul., 137. § 1. fr. Venulej.* — (2) *DIG. 50. 17. De regul. jur. 116. § 2. f. Ulp.* — (3) *DIG. 44. 7. De oblig. et act. 57. f. Pomp.*: « *In omnibus negotiis contrahendis, sive bonæ fidei sint, sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat, (puta) qui emit aut qui conducit, aliud qui cum eo contrahit: nihil valet quod acti sit.* » — (4) *DIG. 45. 1. Verb. obl. 137. § 1. f. Venulej.; 83. § 1. f. Paul.* — (5) *Ib. 22. f. Paul.*: « *Si id quod aurum putabam, cum æs esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi hujus æris nomine: quoniam in corpore consenserimus. Sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris.* » — Il n'en était pas de même dans la vente, du moins de l'avis de certains jurisconsultes. *DIG. 18. 1. De contrah. empt. 9. § 2. f. Ulp.*

1371. Le dol (*dolus malus* : voir tom. I, *Génér.*, n° 165), à moins qu'il n'eût produit une erreur sur le corps même de la chose, auquel cas on tomberait dans la règle précédente, le dol n'est pas une cause de nullité de la stipulation; le consentement, les paroles s'y trouvent, l'obligation existe : sauf également les secours prétoriens pour obvier à ces conséquences contraires à l'équité. « Si quis, cum aliter convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est : erit quidem subtilitati juris obstrictus; sed doli exceptione uti potest (1). »

1372. La violence elle-même (*vis metus* : voir tom. I, *Génér.*, n° 165) n'est pas une cause de nullité de la stipulation; les juriconsultes romains reconnaissaient bien que rien n'est plus contraire à la volonté, au consentement, que la violence (2); toutefois quand il s'agissait d'un acte de droit civil, accompli sous l'empire de la violence, ils disaient : *tamen coactus volui*; placé entre l'alternative ou du mal dont j'étais menacé ou du consentement exigé de moi, j'ai choisi entre ces deux partis, j'ai donné ce consentement, *coactus volui* : et cet acte produisait ses effets civils (3); ce qu'il ne faut pas attribuer seulement à l'influence de la philosophie stoïcienne et à son mépris pour la douleur ou pour la crainte, mais bien aux principes rigoureux et formalistes du vieux droit romain. La philosophie et le droit des gens ont fait intervenir le secours prétorien pour porter remède à ces rigueurs. Ainsi, le contrat verbal formé par suite de la violence sera valable, sauf les recours accordés par le préteur. « Dolo vel metu adhibito, actio quidem nascitur, si subdita stipulatio sit : per doli mali tamen vel metus exceptionem summo veri petitio debet (4). » D'autres remèdes prétoriens que l'exception peuvent aussi exister, notamment celui d'une restitution.

XXIV. Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet. 24. La promesse faite pour une cause honteuse, par exemple, celle de commettre un homicide ou un sacrilège, est nulle.

1373. *Turpi ex causa*. Soit que la stipulation ait directement pour objet un fait illicite ou immoral à commettre, ou un devoir à omettre; soit qu'ayant pour objet une somme d'argent, ou toute autre chose qui peut être valablement stipulée, elle soit motivée sur de pareils faits accomplis ou à accomplir : « Generaliter novimus, turpes stipulationes nullius esse momenti (5); » — « Si flagitii

(1) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 36. f. Ulp. — (2) Dig. 50. 17. *De regul. jur.* 116. pr. f. Ulp. : « Nihil consensui tam contrarium est, qui et bonæ fidei iudicium sustinet, quam vis atque metus. » — Dig. 4. 2. *Quod met. caus.* 1. f. Ulp. « ... propter necessitatem impositam contrariam voluntati. » — (3) Dig. 4. 2. *Quod met. caus.* 21. § 5. f. Paul. « Quia quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui. » — (4) Cod. 8. 39. *De inutil. stip.* 5. const. Dioclet. et Maxim. — 8. 38. *De contr. et comm. stip.* 9. const. Dioclet. et Maxim. — (5) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 26. f. Ulp.; et 27. f. Pomp.

faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet (1). » Ou soit enfin que ces faits entrent comme condition dans la stipulation, selon ce que nous avons expliqué en traitant des conditions contraires aux lois ou aux mœurs (n° 1357).

XXV. Cum quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit, licet ante conditionem decesserit, postea existente conditione, heres ejus agere potest. Idem est et ex promissoris parte. 25. Dans une stipulation conditionnelle, bien que le stipulant meure avant l'accomplissement de la condition, dès que cet accomplissement, même postérieur, a eu lieu, l'héritier peut agir. De même, du côté du promettant.

1374. Ce principe nous est connu; nous savons que dans les contrats, même en cas d'obligation conditionnelle, c'est à l'époque du contrat que le droit, tout éventuel qu'il est, est fixé en la personne des contractants, acquis à l'un et imposé à l'autre; par conséquent transmissible à leurs héritiers, à moins que sa nature particulière ne s'y oppose (ci-dessus, n° 1253).

XXVI. Qui hoc anno aut hoc mense dari stipulatus est, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, non recte petet. 26. Celui qui a stipulé qu'on lui donnera une chose dans telle année ou dans tel mois, ne peut la demander régulièrement qu'après que toutes les parties de l'année ou du mois sont écoulées.

XXVII. Si fundum dari stipuleris vel hominem, non poteris continuo agere, nisi tantum spatium præterierit quo traditio fieri possit. 27. Si tu stipules la dation d'un fonds ou d'un esclave, tu ne peux pas agir immédiatement : il faut que le temps nécessaire pour pouvoir opérer la tradition soit écoulé.

1375. Les règles contenues en ces paragraphes nous sont déjà connues, par ce que nous avons vu ci-dessus (tit. 15, § 2, n° 1247), sur les stipulations à terme.

1376. Terminons par une observation capitale en cette matière. La cause productrice d'obligation dans le contrat verbal, ce sont les paroles mêmes (*verbis obligatio*). A moins de stipulations honteuses ou prohibées, il n'y a pas à s'inquiéter de savoir à quelle occasion et pour quel motif le promettant a fait sa promesse; si quelque fait antérieur, ou quelque intention de libéralité, ou quelque engagement pris envers lui, motive et justifie rationnellement son obligation. Les paroles ont été prononcées, la promesse a été faite : donc l'obligation existe; et c'est par le contenu des paroles qu'il faut la juger et la déterminer. Tel est le strict droit civil des Romains : c'est la forme, ce sont les *verba* qui constituent la *cause juridique* de l'obligation. — Cependant, en fait, ces paroles ne sont intervenues, le promettant n'a fait cette promesse, que par un motif quelconque. Ou il avait à remplir quelque obligation antérieure, à réparer quelque dommage, à compenser quelque avantage par lui retiré ou à retirer; ou bien le stipulant,

(1) *Ib.* 123. f. Papin.

de son côté, s'est obligé à quelque chose envers lui; ou, enfin, il a voulu faire une libéralité. Voilà les motifs de fait, les causes rationnelles qui ont pu déterminer et qui justifient son obligation. Fréquemment, c'était à l'occasion des prêts de consommation (*mutuum*), et surtout de prêts d'argent, que se faisaient les stipulations. L'argent était compté, et la stipulation faite immédiatement après (1); ou bien la stipulation faite d'avance, et les espèces comptées ensuite. L'écrit (*cautio*) rédigé pour constater la stipulation commençait généralement par l'exposition des circonstances qui l'avaient motivée (voir ci-dessus, n° 1360, avec la note 4). Mais il ne faut pas confondre ces causes de fait, causes purement rationnelles, avec la cause juridique, la cause productrice de l'obligation: à savoir, dans le contrat verbal, la prononciation des paroles. Le droit civil ne considérait que cette dernière. — Cependant la philosophie des jurisconsultes, l'équité prétorienne portèrent l'attention sur les autres. On reconnut injuste que le promettant fût lié quand la stipulation avait lieu sans cause, ou, pour mieux dire, quand le fait pour lequel elle avait été faite était faux ou n'avait pas été exécuté: par exemple, quand le stipulant n'avait pas compté les espèces promises par lui et stipulées à l'avance. Dans de pareils cas, selon le droit strict, en vertu des seules paroles, l'obligation existe; mais par le secours de l'exception, on donnera au promettant le moyen de se défendre contre l'action du créancier (2). C'est la cause réelle, la cause philosophique et rationnelle de l'obligation qui surgit et qui tend à se substituer à la cause formaliste du droit civil.

(1) Dig. 46. 2. *De novationibus*. 6. § 1. f. Ulp.: « Cum pecuniam mutuum dedit quis sine stipulatione, et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est: idem erit dicendum, et si ante stipulatio facta est, mox pecunia numerata sit. » — 7. f. Pompon.: « Cum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci, et deinde eam stipulatione novari: quia id agitur, ut sola stipulatio teneat; (et) magis implendæ stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri. » — (2) Dig. 44. 4. *De doli mali except.* 2. § 3. f. Ulp.: « Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur: exceptio utique doli mali ei nocebit. Licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est, eum, cum litem contestatur, dolo facere qui perseveret ex ea stipulatione petere. Et si, cum interponeretur, justam causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur. Proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est, nec creditur; et si certa fuit causa stipulationis, quæ tamen aut non est secuta, aut finita est: dicendum erit nocere exceptionem. » Dig. 12. 1. *De reb. credit.* 30. f. Paul.: « Qui pecuniam creditam accepturus, spondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo, se (ei) obstringat. » (En ce sens qu'il est lié selon le droit strict, mais que, s'il ne reçoit pas les espèces, il aura l'exception.) — Cod. 4. 30. *De non numerata pecunia*. 9. const. Dioclet. et Maxim. « Cum ultra hoc quod accepit, re obligari neminem posse constet, et si stipulatione interposita, placita creditor non dederit; in factum (esse) dandam exceptionem convenit. — Voir ci-dessous, liv. 4. tit. 13. § 2.

*Des stipulations et des promesses accessoires à une stipulation et à une promesse principales: — ou des adstipulateurs (adstipulatores), et des adpromettants (adpromissores).*

1377. Nous avons déjà vu (ci-dessus, n° 1264 et suiv.) que le mécanisme du contrat verbal chez les Romains était tel que, pour le même objet d'obligation, il pouvait intervenir soit plusieurs stipulants, soit plusieurs promettants; — que les interrogations et les réponses pouvaient être combinées, liées entre elles, de manière à ne former qu'un seul tout, qu'un seul contrat verbal; auquel cas il y avait des costipulants (*co-rei stipulandi*), des copromettants (*co-rei promittendi*); — ou bien qu'elles pouvaient être distinctes, de manière à former un contrat par paroles principal, et des contrats verbaux accessoires, intervenus pour garantir, pour fortifier les effets du premier: ce qui constitue des adstipulants (*adstipulatores*), ou des adpromettants (*adpromissores*) (1). Dans le premier cas, c'est stipuler ou promettre conjointement avec un autre (*cum alio*); dans le second, c'est stipuler ou promettre accessoirement à un autre (*ad*), et pour un autre (*pro alio*). Un caractère commun à ces dernières stipulations ou obligations, c'est qu'elles sont toutes l'accessoire du contrat principal: « Nam ut adstipulatoris, ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis, » dit Gaius (2); qu'elles ont toutes pour but de faciliter, fortifier ou garantir les effets de ce contrat; enfin, et comme conséquence, qu'elles ne peuvent porter sur un objet différent (3). — Le cas des *co-rei* a déjà été traité par nous; il faut nous occuper du second.

#### *De l'adstipulateur (adstipulator).*

1378. Il pouvait être utile au stipulant que l'action résultant de la stipulation ne fût pas bornée exclusivement à sa personne; qu'un autre que lui, en qui il aurait toute confiance, en fût investi, pût l'exercer, recevoir ou exiger le paiement pour son compte. Les cas de voyage, d'absence, d'incapacité aux affaires, ou de désir de ne pas s'en charger personnellement, motivaient suffisamment cette utilité. Or, la rigueur du principe primitif s'opposait à ce qu'on pût y satisfaire à l'aide d'une procuration: on ne pouvait plaider par procureur. Lorsque, plus tard, cette faculté fut admise, ce ne fut qu'avec des garanties et des formes plus embarrassantes dans le procès. D'un autre côté, le principe que le droit et l'action résultant de la stipulation sont exclusivement attachés à la personne de celui qui a prononcé les paroles était

(1) Voyez l'expression générale d'*adpromissores*, dans un fragment de Pomponius, Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 5. § 2. f. Pomp. — (2) Gai. Comm. 3. § 126. — (3) *Ib.* §§ 113 et 126.

là. On tira de ce principe même le moyen de parvenir au but. Ce moyen fut, pour le stipulant, d'employer une autre personne, qui, procédant en qualité de son adjoint, stipulât du même débiteur le même objet, par un second contrat verbal accessoire au premier : « Possumus tamen ad id quod stipulamur, alium adhibere qui idem stipulatur, quem vulgo adstipulatorem vocamus (1). »

Telle est, selon moi, l'origine et l'utilité de l'adstipulateur (*adstipulator*), que le manuscrit de Gaius nous a fait connaître avec quelques détails. C'est rétrécir singulièrement l'institution, c'est prendre un point accessoire et postérieur pour le caractère principal et originaire, que de s'attacher, comme on le fait communément, à l'unique utilité qui resta plus tard à l'adstipulateur, pour les stipulations *post mortem suam*. Lorsque Cicéron, dans sa harangue contre Pison, arrive à ces paroles : « At quærebat » etiam paulo ante de me, quid suo mihi opus fuisset auxilio : » cur non meis inimicis, meis copiis præstitissem? Quasi vero, » non modo ego, qui multis sæpe auxilio fuissim, sed quisquam » tam inops fuerit unquam, qui isto non modo propugnatore, » tutiorem se, sed advocato aut *adstipulatore*, paratiorem fore » putaret (2), » on voit que l'adstipulateur est mis sur la même ligne que le défenseur (*propugnator*), plus spécialement encore que l'orateur qui nous défend en justice (*advocato*), et qu'il s'agit d'une utilité, d'une protection à en retirer de son vivant, pour ne pas s'abandonner à ses propres ressources (*cur non meis copiis præstitissem*). L'origine de l'adstipulateur est donc dans l'impossibilité primitive de se faire représenter dans les actes juridiques et de plaider par procureur. Son caractère est celui d'un mandataire à l'égard du stipulant principal, et celui d'un créancier par stipulation à l'égard du promettant. De ce double caractère découleront les règles particulières à cette sorte d'intervention.

1379. L'adstipulation ne pouvait intervenir qu'à la suite et comme accessoire d'une première stipulation ; aucun autre contrat n'en était susceptible. Sans doute, dans les temps primitifs, la formule employée était la formule romaine SPONDESNE? SPONDEO. Mais du moment que d'autres expressions eurent été admises pour la stipulation, elles le furent en conséquence pour l'adstipulation. Et il n'était pas nécessaire, nous dit Gaius, que l'adstipulateur employât précisément celles dont le stipulant principal s'était servi. Celui-ci, par exemple, ayant ainsi interrogé : DARI SPONDES? l'adstipulateur pouvait interroger en ces termes : « IDEM FIDE TUA PROMITTIS? ou IDEM FIDEJUBES? » et réciproquement (3).

1380. L'adstipulateur ne peut stipuler ni autre chose que ce qu'a stipulé le stipulant principal, car il s'agit de fortifier le

(1) GAI. COMM. 3. § 110. — (2) CICÉRON. *In Pison.* § 9. — (3) GAI. COMM. 3. § 112.

premier contrat, et non pas de créer une obligation nouvelle et distincte ; ni plus, car tout ce qui est en plus est autre chose ; d'ailleurs, comme dit Gaius, « nec plus in accessione esse potest, quam in principali (1). » Ce serait adstipuler plus, que d'adstipuler purement et simplement, quand la stipulation principale est à terme ou sous condition. Mais rien n'empêche que l'inverse n'ait lieu et que l'adstipulation ne contienne moins que la stipulation principale (2) ; car on peut ne vouloir fortifier celle-ci que pour partie, dans de certaines limites ou sous certaines conditions.

1381. L'adstipulation a cela de particulier (*in hoc autem quædam singulari jure observantur*), que le droit et l'action qui en résultent ne sont attribués qu'à l'adstipulateur seul individuellement, et ne peuvent être acquis ni transmis par lui à aucun autre, pas même à ses héritiers. Il est facile de se rendre compte de cette singularité ; puisque l'adstipulateur n'est que l'adjoint, l'homme de confiance du stipulant principal, celui à l'aide duquel on supplée aux insuffisances du mandat ordinaire, cette confiance s'arrête à lui individuellement. Il suit de là que l'esclave qui ne peut stipuler valablement, si ce n'est pour son maître, ne peut être adstipulateur, ainsi que nous l'avons déjà dit (ci-dessus, n° 1299) ; la même décision avait prévalu (*magis prævaluit*), à l'égard de l'homme libre *in mancipio*, à cause de son assimilation à l'esclave (*nam et is servi loco est*). Quant au fils de famille, pouvant stipuler valablement de son chef, il pouvait être *adstipulateur* (voir ci-dessus, n° 1299). Mais le droit résultant de l'adstipulation n'était pas acquis au père, puisque c'était un droit tout individuel ; le fils de famille ne pouvait pas non plus, à l'instant même, l'exercer utilement, puisqu'il était en la puissance d'autrui : il fallait donc attendre qu'il fût devenu *sui juris*. Pourvu encore qu'il le fût devenu sans diminution de tête (par exemple, par son élévation à la dignité de flamme, ou par la mort du chef) ; car cette diminution, changeant sa personne juridique, aurait éteint le droit qui sommeillait en lui. La fille de famille et la femme *in manu* étaient, en ce point, sous la même règle (3).

1382. L'adstipulateur étant, à l'égard du promettant, un véritable créancier par stipulation, avait, aussi bien que le stipulant principal, l'action née du contrat, le droit de recevoir valablement le paiement, et même celui de libérer gratuitement le débiteur par acceptation : la créance éteinte pour l'un l'était également pour l'autre. Mais comme à l'égard du stipulant principal, l'adstipulateur n'était qu'un mandataire, il était tenu par l'action de mandat (*mandati judicio*) de lui rendre compte de ses faits et de lui restituer tout ce qu'il avait obtenu du débiteur (4). Dans

(1) GAI. COMM. 3. § 126. — (2) *Ib.* § 113. — (3) *Ib.* § 114. — (4) *Ib.* § 111.

le cas où il aurait libéré ce dernier gratuitement, comme il aurait ainsi détruit la créance et causé injustement un préjudice au stipulant principal, il aurait même été tenu envers celui-ci par l'action de la loi AQUILIA, qui contenait un chapitre spécial à ce sujet (1), ainsi que nous le verrons plus loin (ci-dessous, liv. 4, tit. 3, § 12).

1383. L'adstipulation rendant un tiers, entièrement et sans révocabilité, maître de la créance pour le compte du créancier principal, avait, comme on le voit, ses dangers. Du moment que la faculté d'agir par procureur fut admise, avec une extension et des facilités toujours croissantes, ce moyen, plus simple et plus sûr, dut faire tomber l'emploi de l'adstipulation. Cependant on avait déduit de cet emploi une utilité qui se conserva plus longtemps. Comme nul ne pouvait stipuler valablement pour un temps postérieur à sa propre mort (*post mortem suam*), ainsi que nous l'avons expliqué ci-dessus, n° 1361, on imagina de s'adjoindre, en pareil cas, un adstipulateur, afin qu'il pût agir après la mort du stipulant principal, et tenir compte aux héritiers de ce dernier, par l'action *mandati*, de tout ce qu'il aurait obtenu. Ici l'adstipulation a pour but de donner, au moyen d'un détour, force et effet à une stipulation qui, sans cela, resterait inutile. Nous voyons par Gaius que, de son temps, on n'employait plus guère l'adstipulation qu'à cet usage (2). Cette dernière utilité disparaît elle-même du moment que Justinien valide les stipulations *post mortem suam*; et avec elle, non-seulement l'emploi, mais encore le nom des adstipulateurs, qui ne se retrouve plus dans les textes de Justinien, et dont la notion exacte ne nous a été révélée que par le manuscrit de Gaius.

#### Des sponsores et des fidepromissores.

1384. De même qu'un tiers peut être adjoint au stipulant principal, pour stipuler la même chose accessoirement à lui et pour lui : de même peut-il être adjoint au promettant, pour promettre la même chose accessoirement à lui et pour lui. « Pro eo quoque qui promittit, solent alii obligari (3). » Le but de cette adjonction est de garantir, de mieux assurer au créancier l'exécution de l'engagement, en lui donnant plusieurs obligés. Cette sûreté (*cautio*) offrant une utilité pratique bien plus générale que celle de l'adstipulation, son emploi était bien plus fréquent (4). Il n'est même pas resté limité aux seules obligations contractées

(1) Gai. Comm. 3. §§ 215 et 216. — (2) *Ib.* § 117 : « Adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, quum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur quod stipulando nihil agimus; adhibetur autem adstipulator, ut is post mortem nostram agat : qui, si quid fuerit consecutus, de restituendo eo, mandati iudicio, heredi (nostro) tenetur. » — (3) Gai. Comm. 3. § 115. —

(4) Gai. Comm. 3. § 117 : « Sponsores quidem et fidepromissores et fidejussores sæpe solemus accipere, dum curamus ut diligentius nobis cautum sit. »

par paroles : à l'aide de quelques variations de forme, il a été généralisé, étendu à toutes obligations, de quelque source qu'elles vinssent, et, dans cette dernière extension, il s'est toujours maintenu. C'est la formule employée pour interroger l'adpromettant, qui a servi à obtenir cette extension. Les termes de l'interrogation n'ont donc pas été tenus ici pour indifférents, comme ils l'étaient à l'égard de l'adstipulateur. De leur différence, au contraire, sont nées les diverses classes d'adpromettants.

1385. La formule civile, exclusivement propre aux seuls citoyens romains, SPONDES? et celle de FIDEPROMITTIS? admise comme équivalente afin de permettre aux *peregrini* l'usage de ces adpromissions (1), sont restées sous l'empire des premiers principes. Une troisième formule, FIDEJUBES? a été introduite pour sortir des limites étroites de ces principes. De là trois classes d'adpromettants : le *sponsor*, interrogé en ces termes, IDEM DARI SPONDES? le *fidepromissor*, interrogé par cette formule, IDEM FIDEPROMITTIS? et le *fidejussor* (*fidejussor*), par celle-ci, IDEM FIDE TUA ESSE JUBES (2)? Traitons d'abord des deux premiers, puisqu'ils forment la règle première. Ils se confondent, du reste, l'un avec l'autre presque en totalité, puisque la *fidepromissio* n'est autre chose que la *sponsio* mise à la portée des *peregrini* (3). La seule différence consiste en certains avantages accessoires, accordés particulièrement et d'une manière exclusive au *sponsor*.

1386. Il y a entre l'*adstipulator* d'une part, et le *sponsor* ou *fidepromissor* de l'autre, un parallélisme bien remarquable. Ces deux institutions sont absolument la contre-partie l'une de l'autre. Ce que l'une est à la stipulation, l'autre l'est à la promesse. — Ainsi, de même que l'adstipulateur, le *sponsor* ou le *fidepromissor* ne peuvent accéder qu'à des obligations contractées par paroles : « Nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum (4); » car ainsi que l'adstipulateur est un adjoint à un stipulant principal, pareillement ceux-ci sont des adjoints à un promettant principal (5). — De même que l'adstipulation pouvait être employée pour remédier à la nullité de la stipulation faite

(1) Gai. Comm. 3. § 120. — (2) *Ib.* § 116. — Si l'interrogation avait été faite ainsi : IDEM DABIS? IDEM PROMITTIS? IDEM FACIES? quel nom donnerait-on à ce promettant accessoire, et quel serait le résultat? Gaius annonce devoir s'en expliquer, mais son explication ne se retrouve plus dans le manuscrit. — (3) *Ib.* § 118 : « Sponsoris vero et fidepromissoris similis conditio, fidejussoris valde dissimilis. » — (4) Gai. Comm. 3. § 119. — (5) Il me paraît lors de doute que ni les uns ni les autres ne pouvaient intervenir à l'avance; il est probable, en outre, qu'ils ne le pouvaient pas non plus après coup, mais qu'ils devaient s'adjoindre immédiatement à la suite du contrat principal (Dig. 46. 1. De fidejuss. 6. pr. f. Ulp.); comme dans la comédie de PLAUTE, en ces deux vers qui embarrassent si singulièrement les traducteurs (*Trinumus*, acte 5, scène 2, vers 38 et 39) :

LYSITELES. • Filiam tuam spondes mihi uxorem dari?  
CHARMIDES. Spondeo.  
CALLICLES. Et ego spondeo idem hoc. •

par le stipulant principal *post mortem suam*, de même la *sponsio* ou la *fidepromissio* pouvaient l'être pour remédier à la nullité de la promesse faite par le promettant principal *post mortem suam*; ou à d'autres nullités provenant de causes personnelles à ce dernier, par exemple de ce qu'étant impubère, il aurait promis sans autorisation de son tuteur (1). — La règle qu'il ne peut être stipulé, dans le contract accessoire, ni autre chose ni plus que dans le contrat principal, mais que rien n'empêche de stipuler moins, est commune à la *sponsio* et à la *fidepromissio* aussi bien qu'à l'*adstipulatio* (2). — De même que le droit de l'*adstipulateur* lui est exclusivement personnel et non transmissible à ses héritiers, de même l'obligation du *sponsor* ou du *fidepromissor* ne passe pas à leurs héritiers : *Præterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur* (3). » Enfin, de même que l'*adstipulateur*, créancier par stipulation à l'égard du promettant, n'est à l'égard du stipulant principal qu'un mandataire, tenu, par l'action *mandati*, de lui restituer ce qu'il a perçu; de même le *sponsor* ou le *fidepromissor*, débiteur par promesse verbale à l'égard du stipulant, n'est, dans ses rapports avec le promettant principal, qu'un mandataire qui a le droit, par l'action *mandati*, de se faire rembourser de ce qu'il a payé (4).

1387. Divers plébiscites, importants à remarquer dans l'histoire du droit romain, et dont l'existence et quelques dispositions nous sont révélées par Gaius, avaient réglé successivement la matière des *sponsores* et des *fidepromissores*.

1° La loi APULEIA (*de sponsu* : an de Rome 652, 102 avant J. C.), applicable même hors de l'Italie, d'après laquelle il existait de plein droit une sorte de société entre les *sponsores* ou *fidepromissores*, lorsqu'ils étaient plusieurs; de telle sorte que si l'un d'entre eux avait payé plus que sa part, il pouvait répéter cet excédant contre les autres, par l'action *pro socio* (5). Une autre disposition, appartenant à une loi dont le nom est illisible dans le manuscrit de Gaius, probablement la même que la précédente, exigeait que le créancier qui devait recevoir des *sponsores* ou des *fidepromissores*, déclarât hautement et à l'avance (*prædicet palam et declarat*) pour quel objet et combien il allait en recevoir : faute de quoi, les *sponsores* et les *fidepromissores* avaient trente jours pour faire constater judiciairement que la déclaration voulue n'avait pas eu lieu, et ce fait constaté, ils étaient libérés (6).

(1) Gai. Comm. 3. § 119. — (2) Gai. Comm. 3. § 126. — (3) *Ib.* § 120 : sauf, à l'égard des pérégrins, le droit local de leur cité. — (4) *Ib.* § 127. — (5) *Ib.* § 122. — (6) Gai. Comm. 3. § 123. — Il est naturel que la loi APULEIA ayant établi une société de plein droit entre les *sponsores* ou *fidepromissores*, ait voulu qu'avant leur engagement il leur fût déclaré hautement pour quel objet et en quel nombre ils allaient être associés : deux points importants, pour juger l'étendue de leur obligation.

1388. 2° La loi FURIA (*de sponsu* : par conjecture, an de R. 659, 95 av. J. C.), applicable à l'Italie seulement, d'après laquelle l'obligation des *sponsores* et des *fidepromissores* ne durait que deux ans (*biennio liberantur*), et se divisait de plein droit, dans cet intervalle, lorsqu'il y avait plusieurs *sponsores* ou *fidepromissores*, entre tous ceux qui existaient au moment de l'exigibilité (*eo tempore quo pecunia peti potest*), de sorte qu'ils ne pouvaient être actionnés que chacun pour sa part virile (1).

1389. 3° Une loi CORNELIA (sous Cornélius Sylla, an de R. 673, 81 av. J. C.), où il commence à ne plus être question des seuls *sponsores* et *fidepromissores*, mais dont les dispositions étaient générales, et qui, sauf quelques créances traitées avec plus de faveur et spécialement exceptées, défendait que la même personne pût s'obliger pour le même débiteur, envers le même créancier, dans la même année (*idem, pro eodem, apud eundem, eodem anno*), au delà de XX mille; somme passé laquelle l'engagement n'était pas valable (2).

1390. Enfin une loi PUBLILIA, dont la date nous est inconnue, qui attribuait aux seuls *sponsores* un bénéfice particulier : celui de pouvoir réclamer contre l'obligé principal la restitution de ce qu'ils avaient payé pour lui, par une action spéciale, *actio depensi*, entraînant, en cas de contestation de sa part, une condamnation au double (*adversus inficiantem in duplum*). Les *fidepromissores* ne participaient pas à cet avantage (3).

## TITULUS XX.

## DE FIDEJUSSORIBUS.

## TITRE XX.

## DES FIDÉJUSSEURS.

1391. La sûreté donnée par les *sponsores* et par les *fidepromissores* était restreinte en des limites bien étroites. Par l'origine et la nature même de l'institution, elle ne pouvait accéder qu'à des obligations formées par paroles, et elle ne survivait pas aux répondants. Cependant la même utilité de faire cautionner sa

(1) Gai. Comm. 3. § 121. — Cod. 7. 40. *De annali exceptione italici contractus tollenda*. — (2) Gai. Comm. 3. §§ 124 et 125. — Il est question au DIGESTE de cette loi CORNELIA : 11. 5. *De aleatoribus*. 3. f. Marcian. — C'est une chose digne de remarque, que les deux lois APULEIA et FURIA, les premières en date, ne parlent que des *sponsores* et des *fidepromissores*. Celle qui suit, la loi CORNELIA, dispose pour toutes les sortes de garants, même pour les fidéjusseurs. N'est-il pas naturel de penser que dans l'intervalle de quinze ans qui les sépare, pour éviter les restrictions des deux premières lois, surtout celles si étroites de la loi FURIA, l'emploi des fidéjusseurs s'obligeant par une autre formule, et par conséquent échappant à ces règles, avait été, sinon inventé, au moins multiplié; qu'il était entré dans l'usage quotidien des affaires, comme le moyen de répondre plus largement et plus sévèrement des dettes d'un autre : de telle sorte que la loi CORNELIA apporte ses limitations aussi bien à ces fidéjussions, qu'aux sponsions et aux fidepromissions? — (3) Gai. Comm. 3. § 127. et Comm. 4. § 9. — PAUL. Sent. 1. 19. § 1. — Voir aussi Gai. Comm. 4. § 22, relativement à l'action de la loi, *manus injectio*, accordée aux *sponsores* par la loi PUBLILIA et par la loi FURIA.