

posée au créancier une contradiction avec le principe qui oblige la caution à payer pour le débiteur (1). Il ne voyait pas que le créancier, en se chargeant lui-même des poursuites, accepte un mandat tacite qui le rend responsable de sa négligence (2).

278. Napoléon aurait voulu que, dans le cas où le fidéjusseur avait consigné les fonds, il demeurât responsable, pendant trois mois, de l'insolvabilité du débiteur (3). Sans doute, disait-il, quand le créancier a reçu l'avance des frais, les événements ultérieurs doivent tomber sur lui. Mais il ne serait pas juste de le rendre également responsable dans le cas où, sachant que bientôt le principal débiteur deviendra insolvable, il ne retire pas les deniers consignés. La responsabilité du créancier ne doit donc commencer à courir qu'après un délai.

Cette pensée n'est pas passée dans la rédaction définitive de l'art. 2024. Ce que nous allons dire au n° 280 répondra à l'objection du premier consul.

279. Notez, du reste, que ce que l'art. 2024 met à la charge du créancier, c'est le défaut de poursuites en temps opportun. L'insolvabilité du débiteur, survenue au milieu des diligences du créancier, rejaillirait certainement sur la caution.

280. Lors même que le créancier n'aurait pas encore dirigé de poursuites, il faudrait voir si l'insolvabilité n'était pas antérieure, de telle sorte que

(1) Fenet, t. 15, p. 20.

(2) M. Tronchet (*id.*, p. 20).

(3) Fenet, t. 15, p. 21.

les poursuites eussent été inutiles. On examinerait également si l'insolvabilité n'est pas arrivée avec une rapidité telle que le créancier n'avait pas même eu le temps nécessaire pour agir (1).

En un mot, pour l'application de l'art. 2024, il est indispensable que ce soit la négligence du créancier à poursuivre qui ait empêché le paiement de la dette.

ARTICLE 2025.

Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur pour une même dette, elles sont obligées chacune à toute la dette.

ARTICLE 2026.

Néanmoins chacune d'elles peut, à moins qu'elle n'ait renoncé au bénéfice de division, exiger que le créancier divise préalablement son action, et la réduise à la part et portion de chaque caution.

Lorsque, dans le temps où une des cautions a fait prononcer la division, il y en avait d'insolvables, cette caution est tenue proportionnellement de ces insolvabilités; mais elle ne peut plus être recherchée à raison des insolvabilités survenues depuis la division.

(1) M. Tronchet, *loc. cit.*

SOMMAIRE.

281. Du bénéfice de *division*. Son origine. Ancien droit romain du temps de la *sponsio* et de la *fidepromissio*.
282. *Quid* lorsque la *fidejussio* fut introduite ?
283. Introduction du bénéfice de division par Adrien.
284. Suite. Caractère de cette innovation, comparé à quelques essais de l'ancien droit.
285. Suite.
286. En principe, tous les cofidėjusseurs d'une même obligation sont solidaires. Raisons de ce point de droit consacré par la jurisprudence romaine.
287. Et par l'ancienne jurisprudence française.
288. L'art. 2025 le consacre aussi. Différence à cet égard entre le mandat et le cautionnement. Les mandataires ne sont pas solidaires de plein droit. Les cofidėjusseurs le sont et doivent l'être.
289. Cependant la disposition de l'art. 2025 fit difficulté dans le sein du Tribunal. L'opinion conforme à la raison prévalut par l'effet d'un partage de voix.
290. Les cofidėjusseurs sont donc solidaires. Conciliation de la solidarité qui pèse sur eux avec l'exception de division dont ils ont le bénéfice.
Erreur de ceux qui croient que les fidėjusseurs ne sont pas tenus d'un lien véritablement solidaire.
291. Partant de là, la poursuite dirigée contre l'une des cautions interrompt à l'égard des autres.
292. Détails sur le bénéfice de *division*.
293. Pourquoi la division doit être renfermée dans les limites d'une pure exception ? Pourquoi n'a-t-elle pas lieu de plein droit ?
294. Suite. Liaison et harmonie des art. 2025 et 2026. Différence capitale entre la division accordée par l'art. 2026 et la division des obligations de plusieurs débiteurs ordinaires engagés sans solidarité.
295. Le bénéfice de *discussion* est purement dilatoire.
L'exception de *division* est péremptoire.

Conséquence de ceci.

296. Suite. Il suffit que le bénéfice de division soit opposé avant la condamnation.
Cependant le fidėjusseur a intérêt à s'en prévaloir le plus tôt possible.
Motif de cet intérêt.
297. Le juge ne peut suppléer d'office l'exception de division.
298. On peut opposer la division tant que les deniers ne sont pas partagés.
299. L'exception de division est un bénéfice purement passif. Le fidėjusseur ne peut, avant les poursuites, offrir au créancier le paiement de sa part.
300. De la renonciation au bénéfice de division.
301. Y a-t-il renonciation de la part de ceux qui se sont obligés solidairement ?
302. On ne refuse plus le bénéfice de division (comme dans l'ancien droit) à celui qui a nié son obligation.
303. Le bénéfice de division a lieu au profit des cautions judiciaires.
304. Entre quels fidėjusseurs s'opère la division.
1^{re} règle. La division n'a lieu qu'entre cofidėjusseurs du même débiteur.
305. Il suit que la division ne peut avoir lieu entre le fidėjusseur et son certificateur.
306. Autre espèce. Examen d'une décision de Papinien.
307. Suite.
308. *2^e règle.* La division n'a lieu qu'entre les fidėjusseurs solvables. On ne tient pas compte des insolubles. Raison de ceci. Différence entre la division ordinaire et le bénéfice de division.
309. A quel moment la solvabilité doit-elle exister ?
310. Suite.
311. C'est au créancier à prouver l'insolvabilité.
Preuves ordinaires de l'insolvabilité. Le fidėjusseur insolvable qui a un certificateur solvable n'est pas insolvable.

312. Faut-il assimiler à un insolvable celui qui habite l'étranger ?
313. *Quid* du fidéjusseur incapable ?
314. Suite.
315. Les fidéjusseurs qui opposent la division ne sont pas tenus de faire l'avance des frais destinés à poursuivre leurs consorts.
316. Suite.
317. Diviser la dette c'est rendre les fidéjusseurs étrangers les uns aux autres.
Conséquences de ceci.

COMMENTAIRE.

281. Après avoir traité dans les articles précédents du bénéfice de discussion, le législateur s'occupe d'une autre exception également célèbre (1), le *bénéfice* de division. Il faut en expliquer l'origine et les progrès.

A l'époque où le droit romain ne connaissait encore que la *sponsio* et la *fidepromissio*, la loi *Furia*, plus favorable aux cautions qu'aux intérêts des créanciers, avait établi que l'obligation des *sponsores* et des *fidepromissores* ne durerait que deux ans, et que, dans le cas où ils seraient plusieurs, elle se diviserait de plein droit entre ceux qui existeraient au moment de l'exigibilité (2).

282. Lorsque la *fidejussio* eut pris place dans le droit romain, elle ne participa pas à cette disposition de la loi *Furia*. Peut-être même la faveur po-

(1) Hering., c. 27, pars 2, nos 1 et suiv.
Maur., p. 605.

(2) Caius, III, *Com.* 121.

pulaire dont jouit la *fidejussio* eut-elle en grande partie pour cause cet affranchissement d'une jurisprudence si dure pour les créanciers. La *fidejussio* se contractait par la formule de la stipulation; or, l'on sait que tous ceux qui répondaient, l'un après l'autre, par le *spondeo*, à une même question à eux posée collectivement, étaient tenus *in solidum* (1). *Mavi, quinque aureos esse spondes? Sei eosdem quinque aureos dare spondes? Spondeo, spondeo.* Cette forme était la plus en usage. Il suit de là que la solidarité dut être habituelle dans la *fidejussio*. Mais dérivait-elle uniquement, non de la nature du contrat, mais de la forme employée, c'est-à-dire de la réponse donnée à la question du créancier, de ce *spondeo* solennel par lequel chaque fidéjusseur s'était engagé à la totalité de ce que le créancier avait demandé dans sa formule interrogatoire? Plusieurs auteurs l'ont pensé (2); mais nous verrons bientôt que c'est trop accorder à la solennité de l'acte et que l'agissement, considéré en lui-même et sans l'enveloppe de la forme, contient dans sa nature le principe de la solidarité.

Le créancier était donc maître d'agir pour le tout contre celui des fidéjusseurs qu'il lui plaisait de choisir. Mais cette élection une fois faite et sui-

(1) Mon com. de la *Société*, t. 2.
Instit., *De duob. reis* (*præm.* et § 1).

(2) M. Ponsot, n° 206.
M. Ortolan, *Instit.*, p. 795.

vie de la litiscontestation, les autres cofidėjusseurs étaient libérés (1).

283. Sous Adrien, les fidėjusseurs obtinrent une importante concession. Ce prince (2) (je ne sais pourquoi Paul fait honneur de cette innovation à l'édit du préteur) (3), ce prince, disons-nous, voulut que le créancier divisât son action entre tous ceux qui étaient solvables au moment de la litiscontestation, de telle sorte que si l'un d'eux était insolvable, les autres payassent pour lui. Cette division lui parut un secours qu'on ne pouvait se dispenser d'accorder par humanité à ceux qui paient la dette d'autrui et ne trouvent pas sur-le-champ la totalité de ce que doit le débiteur principal : « *Cum numeratio totius debiti, dit Ulpien, non sit in expedito* (4). »

284. Ceci était un retour aux idées de la loi *Furia*, mais avec de graves modifications. La loi *Furia* voulait, en effet, que la division se fit de plein droit; tellement que le créancier qui intentait l'action *in solidum* encourait la déchéance (5). Au contraire, l'édit d'Adrien ne donnait aux fidėjusseurs qu'une exception (6).

(1) Justin., l. 28, C., *De fidej.*

(2) Caius, III, *Com.* 121, 122;
Justin., *Instit.*, *De fidej.*, § 4;

Et l. 26, D., *De fidej.*

(3) *Sent.*, liv. 4, t. 20.

(4) L. 10, D., *De fidej.*

(5) Caius, III, *Com.* 120, 121.

(6) Caius, l. 26, D., *De fidej.*

De plus, selon la loi *Furia*, la division se faisait entre tous les fidėjusseurs vivants au jour de l'exigibilité; au contraire, par l'édit d'Adrien, la division se fait entre les fidėjusseurs solvables au moment de la litiscontestation.

285. Du reste, Justinien décida que la poursuite dirigée soit contre le débiteur principal, soit contre l'une des cautions, ne ferait pas perdre au créancier son droit contre les autres, et qu'il aurait recours jusqu'à entier paiement (1).

286. J'ai dit tout à l'heure que, suivant l'opinion de quelques écrivains, la solidarité des fidėjusseurs ne dérivait pas de la nature du contrat, mais qu'elle n'était que le résultat de la forme employée pour la fidėjussion.

Dans les *Institutes* cependant, c'est-à-dire à une époque où les formes de la stipulation avaient disparu (2), nous trouvons énoncé ce principe : que s'il y a plusieurs fidėjusseurs, tous sont tenus *in solidum*. « *Si plures sint fidejussores, quotquot erant numero, singuli in solidum tenentur* (3). » Cette proposition est écrite également dans un rescrit des empereurs Sévère et Antonin de 209 : « *Cum hoc SINGULI IN SOLIDUM TENEANTUR non adjicitur, singuli tamen in solidum tenentur* (4). » Dans ces deux textes, la portée de la fidėjussion est appréciée en

(1) L. 28, C., *De fidej.*

(2) Leon., l. 10, C., *De cont. et committ. stipulat.*
Instit. de Just., *De verb. oblig.*, § 1.

(3) *De fidej.*, § 4.

(4) L. 3, C., *De fidej.*

elle-même, d'après sa nature et indépendamment de la forme par laquelle les fidéjusseurs se sont engagés.

C'est qu'en effet la forme ordinaire de la stipulation avait bien pu corroborer la solidarité native de la fidéjussion contractée par plusieurs; mais elle la trouvait déjà existante dans la nature même de l'agissement. Vinnius l'a très bien remarqué (1) après Doneau (2). Le cautionnement de plusieurs fidéjusseurs renferme une solidarité innée. Chacun de ceux qui cautionnent est censé, par la puissance d'une présomption irrésistible, tout cautionner *in solidum*. Quel est le but du cautionnement? C'est de soumettre le fidéjusseur à l'obligation même du débiteur, c'est d'étendre cette obligation jusqu'à lui, c'est de donner au créancier le droit de lui en demander le paiement comme il le demanderait au débiteur principal. Il suit de là qu'à moins de conventions particulières, chaque fidéjusseur prend à sa charge la totalité de l'obligation principale. D'autant qu'il est de principe en cette matière que dans le doute l'obligation du fidéjusseur se calque sur celle du débiteur principal et est présumée lui être absolument conforme (3). Je sais que la loi *Furia* avait établi une

(1) *Quæst. select.*, lib. 2, c. 40 : « *Horum singuli promittunt quod reus debet.* »

(2) Sur la loi 3, C., *De fidejussoribus* : « *Plurium fidejussorum obligatio dubitationem non habet, quia ex eorum promissione singuli in solidum obligentur; nam singuli promittunt id quod reus debet; debet autem solidum.* »

(3) *Suprà*, n^{os} 100 et 127.

division de plein droit entre les *sponsores*. Mais n'était-ce pas en faisant violence à la nature du cautionnement qu'elle l'avait ainsi voulu? N'avait-elle pas faussé les vraies idées de crédit? La *fidejussio* n'avait-elle pas été introduite pour les rétablir?

287. En retraçant cet historique, j'ai par cela même exposé notre jurisprudence française qui avait adopté le dernier état de la législation romaine, c'est-à-dire la règle de la solidarité native tempérée par le bénéfice de division.

288. Le Code civil, qui n'a pas cru que plusieurs mandataires établis par le même acte fussent solidaires (1), a voulu, malgré l'analogie du mandat et du cautionnement, malgré le principe de bienfaisance qui préside à l'un et l'autre, que tous les fidéjusseurs d'une même obligation soient obligés chacun à toute la dette. Telle est la disposition de l'art. 2025. Elle transporte dans notre droit le droit des Institutes et du Code Justinien. Elle décide qu'il est dans la nature du cautionnement que chaque fidéjusseur s'oblige virtuellement, de plein droit et sans stipulation spéciale, à tout ce que doit le débiteur principal. Je crois, après un sérieux examen, qu'elle est restée dans le vrai, et je suis tout-à-fait de l'avis de Doneau qui n'apercevait là-dedans aucun sujet de doute (2).

289. Cette disposition de l'article 2025 ne fut pas acceptée au Tribunat sans controverse et sans

(1) Art. 1995. Mon com. du *Mandat*, n^o 489.

(2) *Differentiæ ratio non est obscura* (11).

Junge Observ. du Tribunat (Fenet, t. 15, p. 29).

difficulté. Plusieurs auraient voulu que l'obligation des fidéjusseurs ne fût pas plus solidaire que celle de tous autres débiteurs qui contractent sans promettre de solidarité (art. 1202). On avait même formulé un article qui prononçait la division de plein droit sans que les solvables et les capables fussent tenus de l'insolvabilité ou de l'incapacité des autres (1). Un partage de voix donna gain de cause au système du droit romain, aux opinions de Vinnius et de Doneau adoptées par Pothier (2), à la pratique universelle (3), et, je crois, aussi à la raison et à la vérité.

290. Les fidéjusseurs d'un même débiteur sont donc tenus pour le total ; ils sont tenus *in solidum*, le mot est légal (4) ; ils seraient des débiteurs solidaires dans toute la force du mot si l'art. 2026 ne leur accordait le bénéfice de division, qu'exclut, ainsi que le dit l'article 1203, la vraie solidarité (5) ; de sorte que ce bénéfice donne à leur situation quelque chose de mixte et d'anormal. Néanmoins, comme l'obligation de payer le total est de droit et que le bénéfice de division n'est qu'*in facultate*, je crois qu'ils appartiennent à la classe des débiteurs solidaires plutôt qu'à la classe des débiteurs ordinaires. La

(1) Fenet, t. 15, p. 29 et 30.

(2) N° 416.

(3) Marsili, n° 28.

(4) Inst., *De fidej.*, § 4.

(5) M. Delvincourt, t. 3, p. 258.

M. Zacchariæ, t. 3, p. 160 (note 15).

preuve en est d'ailleurs dans l'article 2026, qui, malgré le bénéfice de division, veut que les solvables répondent pour les insolubles. N'est-ce pas là un des effets de la solidarité, et peut-on dire que la concession du bénéfice de division a détruit le lien solidaire ? Je ne le pense pas. Il y a sans doute relâchement ; il n'y a pas destruction (1). La solidarité, qui se dissimule quand les cofidéjusseurs sont solvables et que le créancier n'a rien à perdre, reparaît quand l'insolvabilité rendrait le bienfait de la division onéreux pour lui.

291. Par suite de ces idées, on peut se demander si la poursuite dirigée contre l'une des cautions interrompt la prescription contre les autres lorsque la solidarité n'a pas été stipulée. M. Delvincourt décide la négative (2).

Je m'étonne que cette erreur, échappée à un esprit distingué, ait trouvé de l'écho auprès de jurisconsultes d'un mérite non moins solide (3). L'article 2249 du C. c. est littéralement applicable tant que la division n'a pas été prononcée ; les cofidéjusseurs sont solidaires ; ils sont tenus, de droit, pour le total, *in solidum*. Si l'on combine l'article 2025 avec l'article 1200, qui donne la définition de la solidarité, il n'est pas possible d'arriver à une opinion différente ; et je ne comprends pas que M. Delvincourt, familier avec l'ancien droit, où

(1) *Infrà*, n° 294 et 308.

(2) T. 3, p. 258.

(3) M. Zacchariæ, t. 3, p. 160, note (15).

Infrà, n° 308.

l'on trouve bien d'autres débiteurs solidaires investis du bénéfice de division (1), ne l'ait pas partagée.

292. Maintenant que voilà le droit connu, examinons le bénéfice appelé *exception de division*, par lequel le législateur en a tempéré la rigueur.

Un doute se présente naturellement à l'esprit, quand on voit l'article 2026 accorder, sur-le-champ et sans transition, le bénéfice de division à ces codébiteurs que l'article 2025 vient de déclarer tenus pour le total. Pourquoi imposer à l'engagement des fidéjusseurs un caractère que ces fidéjusseurs sont maîtres de détruire? Pourquoi mettre ainsi leurs intérêts en hostilité avec leur situation légale? Pourquoi leur faire subir la nécessité de demander ce que la loi semble considérer comme contraire à l'équité du créancier? Et d'un autre côté, s'il est juste de le leur accorder, pourquoi ne pas leur en faire une concession générale d'office? Faut-il reproduire, dans la simplicité de notre droit français, l'antithèse romaine du droit strict et de l'équité, et l'exemple des actions fondées en droit, mais menacées d'une défaite par une exception contraire au droit?

Ces considérations n'échappèrent pas au Tribunalat (2). Elles sont cependant légères, quoique la moitié de ce corps éclairé en ait été frappé! Il

(1) Pothier, n° 267. Par exemple, divers tuteurs du même pupille, divers administrateurs de la même cité.

(2) Fenet, t. 15, p. 28.

faut se féliciter de la décision qui fit prévaloir les idées anciennes.

293. C'est assez de faire fléchir le droit devant la faveur : ce serait trop d'élever la faveur à la même hauteur que le droit. Le fidéjusseur a besoin d'une grâce; il faut qu'il la demande, et la loi ne doit pas lui laisser oublier que l'on n'a voulu être qu'humain envers lui. Le principe du droit du créancier doit être maintenu.

D'un autre côté, en mettant le fidéjusseur dans l'obligation de demander la division, on fait profiter le créancier de tous les cas où elle ne sera pas requise; c'est un bénéfice réservé au droit en compensation du bénéfice accordé à la faveur.

Et, dès lors, il n'y a rien qui répugne à la simplicité native du droit moderne dans les articles 2025 et 2026. Ce n'est pas l'antagonisme d'un droit strict, armé de prérogatives artificielles, vieilles, souvent ridicules, et de l'équité, puissante par la raison et par la vérité naturelle. C'est un droit découlant d'une promesse, un droit appuyé sur un contrat, reconnu par l'équité; un droit que l'on tempère, dans son exécution, par une grâce aussi peu préjudiciable que possible au stipulant.

294. Qu'on ne dise donc pas, dès lors, que l'article 2026 défait comme à plaisir ce qu'a édicté l'article 2025. Si l'article 2026 donnait aux fidéjusseurs le bénéfice de division d'une manière absolue, on aurait raison peut-être de s'étonner de cette opposition singulière de deux articles, dont le premier dirait : les débiteurs sont tenus pour le tout, et le second : les débiteurs ne sont pas tenus pour

le tout quand ils demandent la division. Mais remarquons bien que le bénéfice de division n'est pas octroyé sans condition et dans tous les cas où il plaît aux fidéjusseurs de le demander. Il n'est pas octroyé surtout à l'*instar* de cette division légale qui s'opère entre tous les débiteurs obligés sans solidarité (1). La division, innée dans les obligations non solidaires, agit de plein droit entre les débiteurs; elle ne comporte aucune solidarité des uns à l'égard des autres. Que la portion de celui-ci soit irrécouvrable, peu importe à ceux-là; chacun ne s'est obligé que pour sa part et portion, et les solvables ne paient pas pour les insolubles. Mais entre cofidéjusseurs quelle différence (2)! La division ne peut être demandée lorsque les autres fidéjusseurs sont insolvable; elles ne peut s'effectuer qu'entre solvables, et ceux-ci répondent pour ceux qui ne le sont pas. La division autorisée par l'article 2026 est donc bien différente de la division ordinaire; c'est un mode particulier de division qui modère les effets de l'article 2025, sans les détruire, comme ferait le droit commun.

295. Le bénéfice de division ne se rattache pas au même ordre d'exceptions que le bénéfice de discussion. Ce dernier est purement dilatoire, comme nous l'avons vu *suprà* (3). L'exception de discussion est au contraire péremptoire; elle tend à faire réduire la demande à la part et portion de chaque

(1) Art. 1202.

(2) Favre, *Cod.*, 8, 28, 35.

(3) N° 250.

cofidéjusseur solvable; elle l'exclut pour le surplus (1).

Il suit de là qu'elle peut être proposée en tout état de cause; il suffit que le fidéjusseur en excipe avant le jugement : *Ut dividatur actio inter eos qui solvendo sunt, ANTE CONDEMNATIONEM, ex ordine, solet postulari* (2). Ce texte est décisif; Doneau (3), Vinnius (4), Pothier (5) et Bruneman (6) en ont fait ressortir l'autorité contre Pierre de Belleperche, Cynus et autres docteurs anciens, qui avaient pensé que l'exception de division ne pouvait être opposée qu'avant la contestation en cause.

L'article 2026 n'a pas changé ces principes; il ne le pouvait pas: ils tiennent à la nature de l'exception de division (7).

296. Si, en effet, le bénéfice de division devait être proposé sur les premières poursuites, de même que le bénéfice de discussion, les fidéjusseurs se trouveraient placés dans un grand embarras. Il arriverait même que le choix de l'une de ces exceptions serait une renonciation à l'autre, ou un empêchement radical à la proposer plus tard. Telle n'est cependant pas l'intention de la loi. Le

(1) Pothier, n° 420 et 426; Favre, *Cod.*, 8, 28, 35.

(2) L. 10, § 1, C., *De fidej.* (Alexand.).

(3) Sur la loi 10, § 1, C., *De fidej.*, n° 3 et 4.

(4) *Quæst. selectæ*, 2, 40.

(5) N° 426.

(6) Sur la loi 10, C., *De fidej.*

(7) MM. Zacchariæ, t. 3, p. 160.

Durantou, t. 18, n° 348.

Ponsot, n° 220.