

bénéfice de discussion et le bénéfice de division sont deux privilèges qui ne s'excluent pas. Le bénéfice de discussion a la préséance. Le bénéfice de division peut venir plus tard, et les conclusions à la discussion ne forment pas obstacle à des conclusions ultérieures pour la division.

Du reste, il est de l'intérêt des fidéjusseurs d'opposer le bénéfice de division le plus tôt possible. En effet, tant qu'ils ne s'en sont pas prévalus, ils sont responsables de leur solvabilité respective, tandis que, dès qu'ils l'ont fait admettre, l'insolvabilité future de leurs consorts est aux risques du créancier. On peut donc s'en rapporter au stimulant de l'intérêt personnel pour être assuré que cette exception ne sera pas trop ajournée.

297. Le juge pourrait-il suppléer l'exception de division? Favre enseigne la négative contre une décision du sénat de Chambéry de 1594 qui avait décidé que le juge pouvait prononcer d'office la division : « *Probabilius mihi semper visum est, ut... suppleri exceptio hæc à judice nunquam debeat; quia licet juris sit plurimum, tamen facti admixti habet, quod suppleri nullo casu per judicem potest. Quid enim (et ceci est tranchant) si alter confidejussor aut absens aut inops sit, ideòque consultò faciat is, qui convenitur, ut hujusmodi exceptionem objicere nolit, quòd sciat futurum tandem ut confidejussoris absentia probetur aut inopia, atque ità eventurum ut ad aliud sibi proficere non possit opposita exceptio, quàm ut eò pluribus et inanibus sump-tibus vexetur (1)? »*

(1) *Code*, 8, 28, 35.

298. Quand les poursuites dirigées contre l'une des cautions sont extrajudiciaires, elle peut exciper du bénéfice de division, même après la vente et tant que les deniers ne sont pas partagés (1). La saisie et la vente consommées sans que cette exception ait été soulevée ne sont pas une preuve de renonciation. Le fidéjusseur n'avait-il pas sa part à payer? La saisie et la vente avaient donc une cause facile à comprendre, et le fidéjusseur était d'autant moins forcé à parler de division que les poursuites étaient les mêmes, soit qu'il fallût payer une partie, soit qu'il fallût payer le tout.

299. Puisque le bénéfice de division est une pure exception, introduite par grâce et par humanité, il s'ensuit que l'un des cofidéjusseurs ne pourrait pas prévenir la demande ou les poursuites du créancier, et lui offrir sa part dans la dette cautionnée (2). La caution doit attendre qu'elle soit inquiétée; c'est seulement alors qu'elle peut mettre son exception en mouvement. La nature de son privilège, bénéfice purement passif, s'oppose à ce qu'elle fasse sortir le créancier d'une inaction qui lui convient. Qui a dit à cette caution

(1) M. Ponsot, n° 222.

Contrà M. Duranton, t. 18, n° 348.

(2) Doneau sur la loi 3, C., *De fidej.*, n° 2 : *Dividitur obligatio inter plures fidejussores, per exceptionem duntaxat, non ipso jure.*

Dumoulin, *De divid.*, pars 2, n° 54, 55, 56.

M. Chabot, orat. du Tribunat (Fenet, t. 15, p. 55).

M. Ponsot, n° 123 et 298.

que le créancier ne serait pas payé intégralement par le débiteur ou par d'autres cofidėjusseurs ayant renoncé au bénéfice de division? Pourquoi le forcer dès lors à recevoir son paiement par fractions? M. Chabot a donc eu raison de dire : « Mais la division ne peut être demandée qu'après que l'action a été formée par le créancier ; et, jusqu'à ce qu'elle soit demandée, toutes les cautions restent responsables des insolvabilités de chacune d'elles. » Ces dernières paroles achèvent de démontrer l'intérêt du créancier à ce qu'une telle initiative ne soit pas prise par l'un des cofidėjusseurs.

300. Je viens de parler de la renonciation au bénéfice de division. Cette exception est en effet de celles dont les parties sont maîtresses de disposer et qu'elles peuvent répudier par leur volonté. Les renonciations au bénéfice de division sont même fréquentes. On peut appliquer ici tout ce que nous avons dit ci-dessus des renonciations au bénéfice de discussion (1).

Ainsi, les fidėjusseurs qui se sont obligés *solidairement et comme débiteurs principaux* ont renoncé par-là au bénéfice de division (2).

301. Mais *quid juris* si l'acte porte simplement que les fidėjusseurs se sont obligés solidairement?

(1) Nos 239 et suiv.

(2) *Suprà*, nos 240 et 242.

Pothier, n° 417.

Maur., p. 611, n° 34.

Hering., c. 27, part. 2, n° 38.

Le loi 3, au Code, *De fidej.*, a prévu ce cas ; les empereurs Sévère et Antonin, consultés sur le sens de cette clause ajoutée à un cautionnement, « *Ut singuli in solidum tenerentur,* » décident qu'elle ne contient pas une renonciation au bénéfice de division. La raison qu'ils en donnent est celle-ci : Si ce pacte n'avait pas été inséré, les fidėjusseurs ne seraient-ils pas tenus de plein droit *in solidum*? Il n'y a donc rien là d'assez énergique ni d'assez exprès pour s'écarter de la constitution d'Adrien et du droit ordinaire : « *Nihil hæc res mutat conditionem juris et constitutionem* (1).

Cette décision est-elle acceptable dans le droit moderne? Ne repose-t-elle pas sur une subtilité, et l'intention des parties n'est-elle pas sacrifiée à une interprétation trop textuelle?

Les efforts qu'ont faits les commentateurs, et particulièrement Doneau (2), pour justifier cette interprétation, prouvent à eux seuls combien elle est sujette à controverse auprès des esprits indépendants.

En effet, de deux choses l'une :

Ou la solidarité s'entend d'une solidarité d'obligation avec le débiteur principal, et alors la clause en question équivaut à celle que nous citons au numéro précédent : « *Solidairement et comme débiteurs principaux.* » Si les fidėjusseurs ont consenti à s'obliger solidairement avec le débiteur principal, il s'ensuit nécessairement qu'on peut exiger d'eux

(1) Hering., *loc. cit.*, n° 37.

(2) Sur la loi 3, C., *De fidejuss.*, n° 7.

tout ce qu'on pourrait exiger du débiteur principal, et que la division n'est pas plus possible avec eux qu'avec le débiteur principal. De même que le fidéjusseur, en s'obligeant solidairement avec le débiteur principal, renonce par-là à l'exception de discussion (1), de même les fidéjusseurs, en s'obligeant solidairement avec lui, renoncent aussi au bénéfice de division. Le premier de ces points conduit tout droit au second.

Ou bien, la solidarité est promise, non pas avec le débiteur principal, mais entre tous les fidéjusseurs, et alors on ne peut pas dire sans doute que les fidéjusseurs ont renoncé au bénéfice de discussion; mais n'ont-ils pas renoncé au bénéfice de division? Ce mot *solidairement*, inséré dans leur promesse, est donc sans signification et sans valeur? Quoi! vous voulez qu'ils ne l'aient inséré dans leur contrat que pour reproduire l'obligation de droit écrite dans l'art. 2025, sauf à user, s'il leur plaît ou s'ils le peuvent, du bénéfice de division? Mais à quoi bon cette déclaration? N'est-ce pas une vaine redondance? N'est-il pas plus vraisemblable que cette solidarité qu'ils ont promise n'est pas celle de l'art. 2025, mais bien la solidarité de l'art. 1203, c'est-à-dire celle qui exclut le bénéfice de division? Ne vous paraît-il pas plus logique de penser que la solidarité a été exigée d'eux et qu'ils l'ont promise pour rentrer dans le droit commun, et afin de rendre à la solidarité mitigée de l'art.

(1) Art. 2021.

2025 l'élément qui lui manque et peut la compléter aux termes de l'art. 1203 (1)?

Au surplus, quand le cautionnement solidaire est donné par forme d'aval sur une lettre de change, tout le monde convient que le souscripteur ne saurait invoquer le bénéfice de division. Le commerce ne s'accommode pas de pareilles exceptions (2).

302. Dans l'ancien droit, lorsqu'une caution avait nié de mauvaise foi ses obligations, on la punissait en la déclarant indigne du bénéfice de division (3). Ceci n'a plus lieu dans notre jurisprudence moderne.

303. Le bénéfice de division n'est pas refusé aux cautions judiciaires comme il l'était dans l'ancien droit à l'instar du bénéfice de discussion (4). L'art. 2043, en reproduisant la défense de l'ancien droit en ce qui concerne le bénéfice de discussion et en gardant le silence à l'égard du bénéfice de division, a clairement montré que, sous ce second rapport, les fidéjusseurs sont dans le droit commun.

304. Voyons maintenant quels sont ceux entre lesquels la division s'opère.

(1) *Junge* M. Ponsot, n° 209;

Et M. Duranton, n°s 343 et 345.

(2) Casaregis, *disc.* 151, *in fine*.

Scaccia, § 1, *quæst.* 17, n° 8, p. 305.

(3) L. 10, § 1, D., *De fidej.*

Pothier, n°s 426 et 417.

Hering., c. 27, *part.* 2, n° 53.

(4) Pothier, n° 417.

Deux règles dominent ce sujet :

La première, c'est que la division n'a lieu qu'entre cofidéjusseurs du même débiteur. « Non omnibus, dit Doneau (1), fidejussoribus hoc beneficium datur; sed iis, qui non solum ejusdem summae. SED ETIAM EJUSDEM DEBITORIS, FIDEJUSSORES SUNT. »

La seconde, c'est qu'elle se fait entre les fidéjusseurs solvables seulement.

305. De la première règle découle par voie de conséquence la solution que voici :

Un fidéjusseur ne peut pas demander la division entre lui et son certificateur (2); le fidéjusseur est, à l'égard de son certificateur, dans la position du débiteur principal vis-à-vis du fidéjusseur. Et de même que le débiteur principal ne pourrait pas demander la division entre lui et son fidéjusseur, de même le fidéjusseur ne peut la demander entre lui et son certificateur.

306. Mais voici un autre cas :

Deux personnes, Primus et Secundus, s'obligent solidairement à 1,000, et chacune d'elles donne au créancier, par actes séparés (*separatim*) (3), un fidéjusseur différent, Titius, fidéjusseur de Primus, Sempronius, fidéjusseur de Secundus. Titius, actionné par le créancier, demandera-t-il sans fruit que la division s'opère entre Sempronius et lui?

(1) Sur la loi 3, C., *De fidej.*, n° 3.

(2) L. 27, § 4, D., *De fidej.* (Ulp.).
Doneau, *loc. cit.*

Pothier, n° 419.

(3) C'est l'espèce de Papinien.

Oui ! dit Papinien ; car Sempronius n'est pas son cofidéjusseur. L'un a cautionné Primus, l'autre a cautionné Secundus. Il est vrai que la dette qu'ils ont cautionnée est la même ; mais il n'y a pas identité de débiteur, et c'est là le point décisif (1).

Cette opinion du grand Papinien a d'autant plus de poids que Pothier l'a adoptée (2) ; et d'ailleurs elle n'est pas isolée dans le Digeste (3). J'avoue cependant qu'elle ne me satisfait pas, et voici mon motif : quand une personne se rend caution de l'un d'entre plusieurs débiteurs solidaires, elle est aussi en quelque façon caution des autres ; car l'obligation de tous ces débiteurs est la même, et, en accédant à l'obligation de l'un d'eux, le fidéjusseur accède nécessairement et forcément à l'obligation de tous les autres. Ce motif frappant d'évidence, ce n'est pas moi qui l'ai découvert ; je l'emprunte à Pothier, qui, ailleurs, l'a trouvé excellent (4), et semble cependant l'oublier ici. Donc, Titius, quoique n'ayant voulu cautionner que Primus, cautionne aussi virtuellement Sempronius ; et Secundus, qui a cautionné Sempronius, n'en a pas moins aussi cautionné Titius. Donc Titius et Sempronius sont cofidéjusseurs, et il y a une rigueur trop subtile à leur refuser le bénéfice de division.

(1) Papinien, l. 51, § 2, D., *De fidej.*

Modestin, l. 40, D., *De fidej.*

Doneau (*loc. cit.*).

(2) N° 420.

(3) Pomponius, l. 43, D., *De fidej.*

(4) N° 413, *in fine*. V. *suprà*, n° 270.

307. A plus forte raison en serait-il de même si les deux cautionnements, au lieu d'avoir été donnés par des actes différents (*separatim*), avaient été donnés conjointement.

308. Passons à l'autre règle : La division n'a lieu qu'entre les cofidėjusseurs solvables.

Nous l'avons dit *suprà* (1), la division octroyée par l'art. 2026 n'est pas la division ordinaire et de plein droit, qui fait abstraction de l'insolvabilité et de l'incapacité des codébiteurs, et compte les insolubles et les incapables comme les solvables et les capables.

Ici, au contraire, on rejette les insolubles ; les solvables paient à leur place, et la division ne s'effectue qu'entre les cofidėjusseurs en état de payer.

La raison de ceci est facile à donner. La solidarité de droit qui est dans la nature du cautionnement n'est pas tellement effacée par le bénéfice de division qu'il n'en reste quelque chose (2) ; elle reparait ici et force les solvables à répondre pour les insolubles. Quand on demande au créancier de partager son action entre les seuls cofidėjusseurs solvables, la prétention n'a rien de trop exorbitant, puisqu'il n'a rien à perdre, et l'on peut par humanité faire fléchir la rigueur de la promesse. Mais la solidarité se réveille quand les cofidėjusseurs ne sont pas solvables ; elle protège le créancier contre une division désastreuse, et

(1) N° 294.

(2) *Suprà*, n° 290, 291.

force les solvables à répondre pour les insolubles. *Ideòque si quis ex fidejussoribus solvendo non sit, hoc cæteros onerat* (1).

309. La solvabilité nécessaire pour être compté au nombre des copartageants est requise au moment où l'une des cautions fait prononcer la division (2026).

A Rome, c'était à la litiscontestation qu'on s'arrêtait pour décider du nombre des cofidėjusseurs solvables (2). Ce moment solennel ayant perdu dans notre procédure l'importance qu'il avait dans la procédure des Romains, surtout dans le système de la procédure formulaire (3), notre article a choisi, d'accord avec Pothier (4), une autre phase de l'instance : c'est la prononciation du jugement de division. Il ne suffit pas que le cofidėjusseur poursuivi ait conclu à la division, ou qu'il ait ajourné le créancier, pour la voir prononcer. Il faut qu'il obtienne un jugement qui l'ordonne. On ne saurait douter de cette vérité quand on se reporte à Pothier que le Code n'a fait que copier en l'abrégeant. « L'effet de l'exception de division est de » faire prononcer par le juge la division... Avant que » cette division de la dette ait été prononcée par le juge...

(1) Just., Instit., *De fidej.*, § 4.

(2) Just., Instit., *De fidejussorib.*, § 4.

Papinien, l. 51, § 4, et 52, § 1, D., *De fidej.*

Doneau sur la loi 3, C., *De fidej.*, n° 5.

(3) Caius, IV, *Com.* 106 et suiv.

(4) N° 427.

» chacun des fidejusseurs est véritablement débiteur du total et de la dette (1). »

Disons donc que, d'après le texte de l'art. 2026, on considère uniquement le temps où le jugement est prononcé pour voir entre quels cofidéjusseurs solvables la division s'opérera; et le jugement, pour être bien libellé, doit ordonner que la dette se divisera entre tous les fidejusseurs solvables au moment de sa prononciation.

Ainsi, si, au moment où le juge a ordonné la division, sur quatre fidejusseurs, trois sont solvables et un est en faillite, la totalité de la dette se reportera sur ces trois.

310. Mais lorsqu'après la prononciation de la division, il survient des événements qui ébranlent la solvabilité de ceux qui étaient primitivement solvables, la perte retombe sur le créancier (2). Il s'est opéré une modification dans la situation respective. L'exception de division, étant péremptoire, et ayant été admise par le juge, a périmé l'action du créancier pour ce qui excède la part afférente à chaque cofidéjusseur solvable; les cofidéjusseurs sont devenus pour l'avenir étrangers les uns aux autres. Le créancier ne peut donc revenir contre l'un d'eux, sous prétexte que ceux qui ont cessé d'être ses consorts sont devenus insolubles après coup.

311. C'est au créancier à prouver l'insolvabilité

(1) *Contra* M. Ponsot, n° 124.

(2) Papinien, *loc. cit.*

Pothier, n° 421.

dont il argumente pour grossir la part et portion de ceux auxquels il s'adresse (1). Il en établit la justification par les moyens ordinaires, notoriété, commune renommée, faillite, carence, etc., etc.

Inutile de dire que celui des cofidéjusseurs insolubles qui aurait un certificateur solvable devrait compter parmi les solvables (2).

312. Pourrait-on assimiler à un cofidéjusseur insolvable celui qui demeure à l'étranger? Pothier (3) décidait l'affirmative avec Papon (4). Je crois qu'aujourd'hui tout dépend des circonstances. Si, par exemple, cet étranger a des biens en France, quoiqu'ils soient éloignés, peut-on dire qu'il soit insolvable? Il ne faut pas facilement étendre le cas d'insolvabilité (seul prévu par l'article 2026) au cas de simple incommodité pour le créancier.

Mais si l'étranger ne possédait rien en France, on le tiendrait pour insolvable, encore bien qu'il possédât du patrimoine dans son pays. Un créancier ne doit pas être tenu d'aller affronter la procédure dispendieuse, et quelquefois insoluble, des pays étrangers. C'est la solvabilité en France qui est à considérer. Il est clair que le créancier n'a exigé d'autres cautions que parce que celle-là lui semblait insuffisante (5).

(1) Casaregis, *disc.* 170, n° 1 et suiv.

(2) Ulp., l. 27, § 2, D., *De fidej.*

Pothier, n° 421.

(3) N° 424.

(4) X, 4, 25.

(5) V. le n° suivant et le n° 314.

313. Si l'un des cofidėjusseurs était incapable, et qu'à raison de cette incapacité sa part fût irrecouvrable, ce serait un cas d'insolvabilité qui ferait reporter le total de la dette sur le fidėjusseur capable. Papinien le décide ainsi, et cette solution est excellente (1). C'est aussi l'avis de Pothier (2). Le créancier à qui on a donné un incapable pour caution a montré qu'il n'était pas content de cette garantie fragile; et c'est pour se mettre en sûreté qu'il a exigé une autre caution capable, qui pût répondre pour le tout en cas de besoin. Cette attente légitime ne doit pas être trompée.

314. Papinien aurait voulu cependant qu'on fit une distinction entre la nullité provenant d'une incapacité radicale, et celle qui ne provient que d'une nullité relative. Si l'incapacité était purement relative, comme par exemple celle du mineur, Papinien voulait que le cofidėjusseur pût se prévaloir de la division.

Mais Pothier rejette cette distinction. Il pense, avec raison, que, dans un cas comme dans l'autre, le créancier qui a veillé à ses intérêts par l'intercession de plusieurs fidėjusseurs ne doit pas souffrir de ce que quelques-uns sont restituables contre leurs engagements; c'est précisément parce qu'il a prévu cette éventualité qu'il a exigé plusieurs cautions.

315. Les cofidėjusseurs qui opposent la division ne sont pas tenus de faire l'avance des frais destinés

(1) L. 48 et § 1, D., *De fidej.*

(2) N° 425.

à poursuivre leurs consorts. Nulle disposition de la loi n'a reproduit ici la disposition rigoureuse de l'article 2023. Et cependant, le créancier renvoyé à agir contre les autres cofidėjusseurs est souvent obligé de les discuter avec de grands frais.

La raison de ceci tient à la différence de l'exception de discussion et de l'exception de division. La première est purement dilatoire; elle n'éteint pas l'action; elle laisse subsister la demande du créancier; et comme le délai que le créancier est obligé de subir est tout entier dans l'intérêt de la caution, il est naturel que celle-ci avance les frais de cette procédure qui suspend sa condamnation. Au contraire, l'exception de division est péremptoire; elle anéantit la demande pour ce qui excède les parts respectives. Le créancier ne peut donc rien exiger au delà de la part afférente à chacun; si le cofidėjusseur qui requiert la division paie cette part, il est quitte, et le créancier n'a plus qu'à porter du côté des autres fidėjusseurs ses diligences et ses actions; elles ne regardent plus celui qui a payé après la division prononcée.

Il est vrai que si, par suite de ces diligences, il vient à être reconnu que tel, que l'on croyait solvable, ne l'était déjà plus au moment où la division a été prononcée, le créancier pourra revenir contre le cofidėjusseur qui s'est acquitté de sa part, le *rechercher*, comme dit l'art. 2026, afin qu'il contribue à couvrir ce déficit, et exiger qu'il paie les frais de la discussion (1). Mais ce résultat imprévu n'em-

(1) Favre, *Code*, 8, 28, 35, *in fine*, et notes 24 et 25.

pêche pas, malgré ses effets rétroactifs sur le paiement réalisé, qu'il n'y ait eu un moment où il y a eu division, un moment où, par suite de cette division, les fidéjusseurs ont dû être considérés comme étrangers les uns aux autres; un moment, enfin, où il aurait été contradictoire de demander à l'un l'avance des frais nécessaires pour discuter l'autre.

Ainsi donc, nulle parité ne doit être établie, pour l'avance des frais, entre le bénéfice de division et le bénéfice de discussion. Mais, répétons-le, lorsque la division a eu lieu, et que l'insolvabilité vient ensuite à être découverte par suite des diligences du créancier, ce dernier a droit à réclamer contre les solvables les frais de discussion dont il est à découvert. *Tanquam* (dit Favre) *quibus frustra faciendis causam dedit ille qui opposuit* EXCEPTIO-NEM (1).

316. S'il y avait contestation, entre le créancier et le fidéjusseur qui demande la division, sur la solvabilité des autres cofidéjusseurs (2), le fidéjusseur serait sans doute reçu, en offrant de payer sa part, à demander qu'avant qu'il soit fait droit sur le surplus, le créancier soit tenu de discuter les autres fidéjusseurs; mais cette discussion se ferait aux risques du fidéjusseur. C'est la décision expresse d'Ulpian (3), et Pothier l'a adoptée (4).

(1) *Code*, 8, 28, 35, note 25.

(2) *Si dubitet creditor an fidejussores solvendo sint*. Ulp., l. 10, D., *De fidej.*

(3) L. 10 et 28, D., *De fidej.*

(4) N° 423.

317. Les raisons que nous donnions au n° 315 expliquent pourquoi le cofidéjusseur poursuivi n'est pas obligé, comme dans le cas de bénéfice de discussion, d'indiquer les biens que le créancier peut discuter pour se faire payer des autres cofidéjusseurs. Diviser la dette, c'est rendre les fidéjusseurs étrangers les uns aux autres, sous la réserve d'un recours en cas d'insolvabilité; les rendre étrangers les uns aux autres, c'est couper dans sa racine la prétention du créancier à exiger l'indication des biens à discuter. Autrement, la division ne serait pas un moyen péremptoire; elle ne serait qu'une exception dilatoire; l'insolvabilité possible serait considérée comme une condition *suspensive* de la libération, tandis que ce n'est qu'à l'insolvabilité prouvée qu'il faut s'attacher pour résoudre certains effets de cette libération.

ARTICLE 2027.

Si le créancier a divisé lui-même et volontairement son action, il ne peut revenir contre cette division, quoiqu'il y eût, même antérieurement au temps où il l'a ainsi consentie, des cautions insolubles.

SOMMAIRE.

318. Le créancier peut renoncer à la solidarité.
 319. Y renonce-t-il quand il actionne l'un des cofidéjusseurs pour sa part? Opinion de Pothier.
 320. Argument tiré de l'art. 1214. Conciliation de cet article avec l'art. 2027.
 321. Suite.
 322. Suite. Raison de l'art. 2027.