

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.

323. La renonciation du créancier faite au profit de l'un des cofidéjusseurs ne profite pas aux autres.
324. La renonciation provenant du fait du créancier a cela de remarquable qu'elle ne permet pas qu'il recherche celui qu'il a déchargé pour les insolvabilités existantes au moment de sa renonciation.

## COMMENTAIRE.

318. De même que les cautions peuvent renoncer au bénéfice de division, de même le créancier peut renoncer à la solidarité. Il est censé y renoncer quand il divise lui-même volontairement son action (1). *Planè, si velit actionem suam inter omnes dividere.* Je cite Papinien (2). Notre article ne fait que le traduire.

Le créancier divise son action lorsqu'il reçoit divisément et volontairement la part de l'un des débiteurs (3).

319. Mais est-il censé la diviser par la demande qu'il forme contre l'un des cofidéjusseurs pour sa part? Pothier énonce l'affirmative (4). Cette opinion peut-elle se concilier avec celle que ce jurisconsulte émet ailleurs (5) au sujet de la remise de la solidarité, et d'après laquelle la simple demande faite à un codébiteur solidaire, *de sa part*,

(1) Maur., p. 615, n° 60.

Pothier, nos 424, 425, *in fine*, et 427; il cite la loi 16, C., *De fidej.* Mais il est facile de lui donner un autre sens.

(2) L. 51, § 2, D., *De fidej.*

(3) Art. 1211.

Maur., *loc. cit.*

(4) *Loc. cit.*, n° 427.

(5) N° 277.

ne contient une remise de la solidarité en sa faveur qu'autant que ce débiteur y a acquiescé? Peut-on la concilier surtout avec l'art. 1211, qui érige en loi ce sentiment et veut que la demande ne soit d'aucune considération tant qu'elle n'est pas suivie d'un acquiescement ou d'un jugement? Si la remise de la solidarité est astreinte, en général, à de telles conditions, ne faut-il pas dire que lorsqu'il s'agit d'en faire abandon au profit de cofidéjusseurs qui, de droit, sont tenus *in solidum*, la simple demande partielle ne suffit pas, et qu'il faut qu'à la demande du créancier se joigne l'acquiescement du fidéjusseur? Ne peut-on pas ajouter que la loi 16, au C., *De fidej.*, dont Pothier appuie sa proposition, n'est pas aussi formelle qu'il semble le penser; car Doneau, la joignant à la loi 23, C., *De fidej.*, y voit, au contraire, la preuve que le créancier qui a actionné le fidéjusseur pour sa part n'est pas censé avoir renoncé à son droit (1)?

320. A ces questions on a coutume de répondre par une distinction.

Si la caution a renoncé au bénéfice de division, si elle s'est obligée avec l'expression formelle de solidarité, il faut appliquer l'art. 1211 du C. c. Il est la règle de la matière. On ne saurait l'éluder. Mais si la caution, actionnée pour sa part et portion, n'a pas renoncé au bénéfice de division, si elle n'a promis que la solidarité légale, il suffit que le créancier lui ait fait une demande partielle pour qu'il soit censé avoir renoncé à la rigueur de son droit.

(1) Sur la loi 23, C., *De fidejuss.*, n° 1.

Et alors, bien que l'acquiescement du défendeur ne soit pas encore intervenu, le créancier ne sera pas fondé à revenir sur ses conclusions et à substituer une demande pour le tout à sa demande partielle (1).

321. Nous pensons que cette distinction lève tous les doutes et concilie à merveille l'art. 1211 et l'art. 2027. Il est certain, en effet, que la rédaction de l'art. 2027 est telle qu'elle exclut les conditions rigoureuses exigées par l'art. 1211 pour renoncer à la solidarité ordinaire. Qu'exige cet art. 2027? Que le créancier ait *divisé son action*. Or, l'action est dans la demande du créancier judiciairement produite; quand la demande ne porte que sur une part, l'action est divisée, et cette division de l'action est appelée par l'art. 2027 lui-même un *consentement* contre lequel le créancier ne peut revenir. L'art. 1211 ne saurait donc affaiblir la disposition de l'art. 2027 que dans le cas où il y a solidarité expresse et renonciation au bénéfice de division.

322. Du reste, cette différence s'explique par de bonnes raisons. Quand le créancier a stipulé une solidarité formelle et exigé une renonciation au bénéfice de division, on ne doit admettre qu'il a ensuite renoncé à ce droit dont il s'est montré si jaloux que lorsque toutes les circonstances nécessaires pour constituer une renonciation défini-

(1) MM. Ponsot, n° 126.

Zacchariaë, t. 3, p. 161, et note 18.

Durantou, t. 18, n° 347. Tous ont suivi M. Delvincourt.

tive se rencontrent. — Mais quand le créancier a laissé aux fidéjusseurs la faculté d'opposer le bénéfice de division, quand il n'a pas exigé d'eux une renonciation à cette faculté et qu'il doit s'attendre à ce qu'ils en feront usage, l'on peut facilement supposer qu'il n'a divisé sa demande que pour prévenir une exception imminente et aller au devant de difficultés qui allongent les procès.

323. Mais, après cette modification nécessaire apportée aux règles de la solidarité, il faut se hâter d'y rentrer pour le surplus. C'est pourquoi on décidera, avec l'art. 1210, que le créancier qui n'aura consenti à la division de la dette qu'avec l'un des fidéjusseurs conserve son action solidaire contre les autres, sous la déduction de la part du fidéjusseur qu'il a déchargé de la solidarité.

324. La renonciation du créancier a un effet remarquable qui établit une grande différence entre la division octroyée par lui et la division obtenue en justice. En effet, le créancier qui décharge un des fidéjusseurs de la solidarité est censé renoncer en même temps à le rechercher pour les insolvabilités existantes au moment de sa renonciation (1). Nous avons vu, au contraire, *suprà* (2), que lorsque la division est ordonnée par le juge, elle l'est sous la condition que les solvables paieront pour ceux qui sont actuellement insolubles.

(1) Pothier, n° 421. Le texte de l'art. 2027 a été pris dans ce passage.

(2) N° 309.