

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'*adstipulatio* 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'*adstipulatio*, 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 declaret*) 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.

créance existait pour toutes les obligations quelconques, et l'on pouvait désirer une sûreté moins périssable. De là le besoin d'échapper, par l'emploi d'une autre formule, à la rigueur des principes. Ce besoin fut bien plus vif encore lorsque par la loi *FURIA* l'obligation des *sponsores* et des *fidepromissores* se trouva limitée à deux ans et divisée entre eux de plein droit et par tête. De là l'origine et la cause de propagation de l'emploi des fidéjusseurs, qui finirent par supplanter, dans la pratique des affaires, les *sponsores* et les *fidepromissores*, et même par les faire oublier. Sous Justinien, il n'est plus question, en réalité, de ces derniers, quoique leur nom se retrouve encore quelquefois dans les textes, même postérieurs au Digeste, aux Instituts et au Code (1).

Pro eo qui promittit solent alii obligari, qui fidejussores appellantur, quos homines accipere solent, dum curant ut diligentius sibi cautum sit.

Il est d'usage que pour le promettant s'obligent aussi d'autres personnes, nommées fidéjusseurs, que les créanciers ont coutume de se faire donner, pour augmenter leurs sûretés.

I. In omnibus autem obligationibus adsumi possunt, id est, sive re, sive verbis, sive litteris, sive consensu contractæ fuerint. At ne illud quidem interest *utrum civilis an naturalis* sit obligatio cui adjiciatur fidejussor; adeo quidem ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui fidejussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi naturaliter debetur.

I. Les fidéjusseurs peuvent accéder à toute obligation, qu'elle soit formée par la chose, par paroles, par écrit, ou par le consentement. Peu importe même que l'obligation soit civile ou naturelle; à tel point qu'un fidéjussor peut s'obliger pour un esclave, soit envers un étranger, soit envers le maître lui-même, pour ce qui lui est dû naturellement.

1392. In omnibus obligationibus. C'est le principal avantage obtenu par l'introduction de la fidéjussion; cette sorte de caution peut accéder non-seulement à l'obligation par paroles, mais à toute espèce d'obligations: « Omnis obligationi fidejussor accedere potest (2); » même à celles provenant de délits (3).

Utrum civilis an naturalis. Pour que l'accession d'un fidéjussor pût avoir lieu, il fallait nécessairement qu'il y eût une obligation principale (4); mais pourvu qu'il y en eût une (*dummodo sit aliqua*), peu importait qu'elle fût civile, prétorienne, ou même simplement naturelle. « Fidejussor accipi potest, quotiens est aliqua civilis vel naturalis obligatio cui applicetur (5). » De sorte qu'il pourra arriver que le débiteur principal ne soit tenu que d'une action prétorienne, ou même ne soit soumis à aucune action (voir ci-dessus, n° 1184), tandis que le fidéjussor sera

(1) Voir la Nouvelle 4 de Justinien (an 529 de J. C.): *De fidejussoribus et mandatoribus, sponsores*, etc.; chap. 1 et 2. — (2) Dig. 46. 1. *De fidejussoribus et mandatoribus*. 1. f. Ulp.; 2. f. Pomp.; 8. § 1. f. Ulp.; 16. § 3. f. Julian. — Sauf la prohibition exceptionnelle insérée au Code: 5. 20. *Ne fidejussores vel mandatores dotium dentur*. — (3) *Ib.* 8. § 5. f. Ulp.; 56. § 3. f. Paul.; 70. § 5. f. Gai. — (4) Dig. 14. 6. *De senat. cons. Macedon.* 18. f. Venulej. — (5) Dig. 46. 1. *De fidej.* 16. § 3. f. Julian.; 6. § 2. f. Ulp.; et 7. f. Julian.

tenu de l'action civile résultant de sa promesse de garantie. En effet, il intervient précisément pour garantir et fortifier l'obligation principale; rien n'empêche donc qu'il ne soit lié d'une manière plus solide et plus efficace. — L'exemple donné par le texte est saillant: le fils de famille, l'esclave même, ayant contracté envers le chef quelque obligation, qui ne peut être qu'une obligation naturelle, celui-ci en pourra stipuler d'un fidéjussor la garantie. Mais l'inverse ne pourrait avoir lieu. En effet, dans le cas d'une obligation naturelle de la part du père de famille envers son fils ou son esclave, si ceux-ci stipulaient une fidéjussion, l'action civile qui en résulterait serait acquise au père, puisqu'ils ne peuvent stipuler que pour lui: c'est-à-dire que le père se trouverait à la fois le débiteur naturel de la dette et le créancier civil de la garantie. Résultat inadmissible (1).

II. Fidejussor non tantum ipse obligatur, sed etiam heredem obligatum s'oblige lui-même, mais il oblige encore ses héritiers.

1393. C'est encore un des avantages de la fidéjussion. La garantie ne s'évanouira ni par la mort des fidéjusseurs, ni par le délai de deux ans de la loi *FURIA*, comme il arrivait pour les *sponsores* et les *fidepromissores* (2).

III. Fidejussor et præcedere obligationem et sequi potest. **3.** La fidéjussion peut précéder ou suivre l'obligation principale.

1394. A la différence de la *sponsio* et de la *fidepromissio*, qui, selon toute probabilité, ne pouvaient précéder la stipulation principale, et qui peut-être même devaient la suivre immédiatement, sans qu'il fût possible de les ajouter après coup (voir ci-dessus, n° 1386, note 5). Rien de cela n'a lieu pour la fidéjussion (3). — Bien entendu que lorsque la fidéjussion est faite à l'avance, son effet reste en suspens (*in pendentis est*), et ne se réalise que par l'existence de la dette principale (4).

IV. Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, *singuli in solidum* tenentur; itaque liberum est creditori a quo velit solidum petere. Sed ex *epistola divi Hadriani* compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sunt *litis contestata tempore*, partes petere. Ideoque, si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, *hoc ceteros onerat*. Sed si ab uno fidejussore creditor totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, si is pro quo fidejussit solvendo non sit; et sibi imputare debet, cum potuerit adjuvari ex *epistola* **4.** S'il y a plusieurs fidéjusseurs, tous, tant qu'il y en a, sont tenus, *chaacun pour le tout*: en conséquence, il est libre au créancier de poursuivre celui qu'il veut, pour le tout. Mais, d'après un *rescrit du divin Adrien*, le créancier est forcé de diviser son action entre tous ceux qui sont solvables lors de la *litis contestatio*, de sorte que si l'un d'eux est insolvable à cette époque, cela grève les autres d'autant. Mais si le créancier a obtenu la totalité de l'un des fidéjusseurs, celui-ci, en cas d'insolvabilité du débiteur principal,

(1) Dig. 46. 1. *h. tit.* 70. § 3. f. Gai.; et 56. § 1. f. Paul. — (2) *Ib.* 4. § 1. f. Ulp. — (3) *Ib.* 6. pr. et § 2. f. Ulp. — (4) Dig. 5. 1. *De judiciis.* 35. f. Javolen.; 46. 1. *h. tit.* 57. f. Scævola

divi Hadriani, et desiderare ut pro parte in se detur actio.

en supportera seul le détrimet; et il doit se l'imputer, puisqu'il aurait pu recourir au rescrit du divin Adrien, et demander que l'action ne fût donnée contre lui que pour sa part.

1395. Les fidéjusseurs étaient en dehors des dispositions de la loi FURIA (ci-dessus, n° 1388); ils restaient sous la règle commune des stipulations. Si donc ils étaient plusieurs pour une même créance, à moins qu'ils n'eussent fait seulement une promesse pour partie (1), ils étaient obligés chacun pour la totalité (*singuli in solidum*), sans même que cela eût été exprimé (2), parce que tel était le résultat naturel de leur réponse : IDEM FIDEJUBES? FIDEJUBEO. En conséquence, le créancier était libre d'agir contre celui d'entre eux qu'il voulait pour la totalité. Le texte indique comment un édit de l'empereur Adrien (*epistola divi Hadriani*) vint au secours des fidéjusseurs, de même que la loi FURIA était venue au secours des *sponsores* et des *fidepromissores* (3). Remarquez, toutefois, entre les dispositions de cet édit et celles de la loi FURIA : 1° qu'à l'égard des fidéjusseurs, l'action du créancier ne se divise pas de plein droit, mais qu'il faut que le fidéjusseur attaqué demande cette division; 2° que la division n'a pas lieu, comme d'après la loi FURIA, entre ceux qui vivent au jour de l'exigibilité de la créance, mais entre les fidéjusseurs qui sont solvables au moment de la *litis contestatio* : de sorte que jusqu'à ce moment, ils répondent de l'insolvabilité les uns des autres : « Hoc ceteros onerat, » dit le texte; « ad ceterum onus respicit, » dit Gaius (4). Cet avantage concédé aux fidéjusseurs, de pouvoir demander la division de l'action entre tous ceux qui sont solvables, se nomme communément, dans la jurisprudence, le *bénéfice* de division. On voit que, dès lors, les fidéjusseurs ne sont pas tenus solidairement, comme les *co-rei*; ils ne le sont pas non plus chacun pour partie : ils sont tenus pour le tout, mais avec bénéfice de division. — Quant à la *litis contestatio*, cette partie de la procédure dans laquelle, au temps des actions de la loi, chaque plaideur, après le rite de l'action accompli devant le préteur, prenait des citoyens à témoin de ce qui venait de se passer : *testes estote!* et constatait ainsi l'engagement du procès, nous en parlerons plus loin. Nous verrons comment elle fut modifiée par le système formulaire; à quoi tenaient les divers effets qu'elle produisait, entre autres celui dont il s'agit ici pour les fidéjusseurs; et enfin ce qu'elle devint quand la procédure ne fut plus qu'extraordinaire.

(1) Dig. 46. 1. h. tit. 51. pr. f. Papin. — (2) Cod. 8. 41. De fidejussoribus et mandatoribus. 3. const. Sever. et Anton. : « Nam et cum hoc non adjiciatur, singuli tamen in solidum tenentur. » — (3) Gaius (Comm. 3. §§ 121 et 122) nous parle aussi en détail de cet édit de l'empereur Adrien. Toutefois, Paul, dans ses *Sentences* (liv. 1. tit. 20), semble attribuer cette division d'action à l'édit du préteur (*ex edicto praetoris*). — (4) Dig. 46. 1. h. tit. 26. f. Gai.; et 51. §§ 1 et 4. f. Papin. — Cod. 8. 41. De fidejuss. 3. const. Sever. et Anton.

V. Fidejussores ita obligari non possunt ut plus debeant quam debet is pro quo obligantur. Nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis; nec plus in accessione potest esse quam in principali re. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promiserit, fidejussor in quinque recte obligatur; contra vero obligari non potest. Item si ille pure promiserit, fidejussor sub conditione promittere potest; contra vero non potest: non solum enim in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intelligitur: plus est enim statim aliquid dare, minus post tempus dare.

5. Les fidéjusseurs ne peuvent s'obliger de manière à devoir plus que celui pour qui ils interviennent. Car leur obligation est l'accessoire de l'obligation principale : et l'accessoire ne peut contenir plus que le principal. Au contraire, ils peuvent s'obliger de manière à devoir moins. Si, par exemple, le débiteur principal a promis dix sous d'or, le fidéjusseur peut valablement s'obliger pour cinq; mais l'inverse ne pourrait avoir lieu. De même, si le débiteur a promis purement et simplement, le fidéjusseur peut promettre sous condition; mais l'inverse n'est pas possible. En effet, ce n'est pas seulement dans la quantité, c'est encore dans le temps, que l'on considère le plus ou le moins : donner une chose sur-le-champ, c'est plus; la donner après un certain délai, c'est moins.

1396. C'est ici une règle commune à l'adstipulateur, aux *sponsores*, aux *fidepromissores* et aux fidéjusseurs (1). Le motif est le même, et ce que nous avons dit pour l'adstipulateur (n° 1380) s'applique à tous. Il paraît résulter d'un texte d'Ulpien (2) que l'engagement excessif était frappé d'une nullité complète. — Les dispositions de la loi CORNELIA (n° 1389), limitant la somme jusqu'à laquelle la même personne pouvait s'obliger pour un autre, étaient également communes à tous (3).

VI. Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa habet eum eo mandati judicium.

6. Du reste, le fidéjusseur, s'il a payé quelque chose pour le débiteur, a pour le recouvrer l'action de mandat contre ce dernier.

1397. Règle commune également aux *sponsores*, aux *fidepromissores* et aux fidéjusseurs (4) : sauf l'action spéciale dont les *sponsores* jouissaient seuls en vertu de la loi PUBLILIA, *actio depensi* (ci-dessus, n° 1390). — Toutefois si le fidéjusseur est intervenu sans aucun mandat, ni exprès ni tacite, du débiteur principal, mais à l'insu de ce dernier (*pro ignorante*), par exemple durant son absence, il ne peut avoir l'action de mandat : c'est l'action de gestion d'affaires (*negotiorum gestorum*) qui lui revient (5). Il n'aura même aucune action s'il est intervenu contre le gré du débiteur principal et malgré sa prohibition (*pro invito, pro praesente et vetante*) (6); ou bien encore par pure libéralité

(1) Gai. Comm. 3. § 126. — Dig. 46. 1. hoc tit. 8. § 7. f. Ulp.; 34. f. Paul. — 50. 16. De verb. sign. 12. § 1. f. Ulp. — (2) Dig. 46. 1. 8. § 7. — (3) Gai. Comm. 3. § 124. — (4) Gai. Comm. 3. § 127. — (5) Dig. 17. 1. Mandati vel contra 20. § 1. f. Paul. — (6) La question avait été controversée : certains jurisconsultes romains voulaient lui donner, dans ce cas, au moins l'action utile *negotiorum gestorum*; mais l'avis contraire avait prévalu. Dig. 17. 1. Mandat. 40. f. Paul. — Cod. 2. 19. De negotiis gestis. 24. const. Justinian.

(*donandi animo*), c'est-à-dire dans l'intention de le gratifier en payant pour lui (1).

VII. Græce fidejussor ita accipitur, Τῆ ἐμῆ πίστει κελεύω, λέγω, θέλω, sive θούομαι; sed et si φημί dixerit, pro eo erit ac si dixerit λέγω.

7. Le fidéjussur s'oblige, en grec, en ces termes : Τῆ ἐμῆ πίστει κελεύω (j'ordonne sur ma foi), λέγω (je dis), θέλω ou θούομαι (je veux ou je veux bien); s'il dit φημί (je prétends), il en sera comme s'il eût dit λέγω.

1398. De ce paragraphe, tiré d'un fragment d'Ulpien (2), nous pouvons induire que déjà, même au temps de ce jurisconsulte, on s'était écarté, à l'égard de la fidéjussion, de la formule primitive : IDEM FIDE TUA ESSE JUBES? et qu'on avait admis d'autres expressions équivalentes. Tandis que la *sponsio* et la *fidepromissio* recevaient toujours leur caractère particulier des termes mêmes employés.

VIII. In stipulationibus fidejussorum sciendum est generaliter hoc accipi, ut quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum. Ideoque constat, si quis scripserit se fidejussisse, videri omnia solemniter acta.

8. Dans les stipulations de fidéjussurs, sachez que cette règle générale a été admise, que tout ce qui est écrit comme ayant été fait, est tenu pour l'avoir été. Si donc quelqu'un a écrit s'être porté fidéjussur, toutes les solennités requises sont censées avoir eu lieu.

1399. Suite de la tendance à s'attacher de plus en plus à la foi de l'écrit, et de moins en moins à la preuve positive de l'accomplissement matériel des actes et des paroles. Ce principe, déjà exposé pour les stipulations en général (ci-dessus, n° 1366), paraît avoir été admis plus tôt et d'une manière plus radicale pour les fidéjussurs. Ulpien, déjà, le formule en ces termes : « Sciendum est generaliter, quod si quis se scripserit fidejussisse, videri omnia solemniter acta (3). »

1400. Terminons en disant que l'espèce particulière de sûreté (*cautio*) qui consiste à donner au créancier des *adpromissores*, c'est-à-dire des garants s'obligeant par promesse verbale (*verbis*), pour le débiteur principal, se nomme *satisdatio*. *Satisaccipere*, c'est recevoir cette sûreté; *satisdare*, c'est la donner. Et ces dénominations sont communes tant aux *sponsors* qu'aux *fidepromissores* et aux fidéjussurs (4). (App. 5, liv. 3.)

ACTIONS RELATIVES AUX ADSTIPULATIONS ET AUX ADPROMISSIONS.

1401. L'adstipulateur, par suite de son intervention, a deux sortes de rapports différents : 1° rapports avec le promettant;

(1) Dig. 17. 1. *Mandat.* 6. § 2. f. Ulp. — (2) Dig. 46. 1. *De fidejuss.* 8. pr. f. Ulp. — Cod. 8. 41. *De fidejuss.* 12. const. Alexand. — (3) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 30. f. Ulp. — (4) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 5. §§ 2 et 3 : « Satisaccipio est stipulatio, quæ ita obligat promissorem, ut promissores quoque ab eo accipiantur, id est qui idem promittunt, » etc. — *Gar. Comm.* 3. §§ 123 et 125, etc.

2° rapports avec le stipulant principal. — Les adpromissores peuvent en avoir de trois sortes; en effet, ils doivent être considérés dans leurs relations : 1° avec le créancier; 2° avec le débiteur principal; 3° entre eux, s'ils sont plusieurs. De ces divers rapports, pour la poursuite des droits qui s'y réfèrent, résultent diverses actions qu'il s'agit de faire connaître.

1402. Pour ce qui concerne l'adstipulateur : 1° A l'égard du promettant il est créancier sur stipulation, il a donc l'action résultant du contrat par paroles : la *condictio certi*, ou l'*actio ex stipulatu*; extinguable à sa mort, puisque le droit lui est individuel. — 2° A l'égard du stipulant principal, il est un mandataire; celui-ci a donc contre lui l'action *mandati*, pour lui faire rendre compte, et restituer ce qu'il a obtenu; ou même l'action *damni injuriæ*, résultant du chef spécial de la loi AQUILIA, dans le cas prévu par cette loi (ci-dessus, n° 1382).

1403. Pour ce qui concerne les sponsors et les fidepromissores : A l'égard du créancier, ils étaient des débiteurs sur stipulation; celui-ci avait donc contre eux l'action née du contrat par paroles (*condictio certi*, *actio ex stipulatu*); toutefois avec ces deux modifications résultant de la loi FURIA, et applicables dans l'Italie seulement : la première, que cette action ne durait contre eux que deux ans; la seconde, qu'elle se divisait de plein droit, également et par tête, s'ils étaient plusieurs, entre tous ceux vivant au jour de l'exigibilité de la créance. — A l'égard du promettant principal, ils étaient des mandataires; ils avaient donc contre lui l'action *mandati*, pour se faire rembourser ce qu'ils avaient payé pour lui. Le sponsor avait, en outre, dans le même but, une action particulière, qui lui était spécialement attribuée par la loi PUBLILIA, l'action *depensi*, emportant condamnation au double en cas de dénégation (*adversus inficiantem*). — 3° Entre eux, ils étaient considérés, en vertu des dispositions de la loi APULEIA, comme des espèces d'associés; en conséquence celui qui, sur la poursuite du créancier, avait été obligé de payer au delà de sa part, avait contre les autres l'action *pro socio* pour faire supporter à chacun sa portion. Après la loi FURIA, ce recours a perdu toute application possible en Italie, puisque l'action du créancier s'est divisée de plein droit; mais il a continué de subsister dans les provinces (1).

1404. Enfin pour ce qui concerne les fidéjussurs : 1° A l'égard du créancier, ils sont aussi des débiteurs sur stipulation; celui-ci a donc contre eux la *condictio*, ou l'*actio ex stipulatu*. — 2° A l'égard du débiteur principal, ils sont, selon le cas, des mandataires ou des gérants d'affaires; ils ont, en conséquence, soit l'action *mandati*, soit l'action *negotiorum gestorum*, pour obtenir le remboursement de ce qu'ils ont payé, à moins qu'ils ne fussent

(1) *Gar. Comm.* 3. § 122.

intervenues pour lui contre sa prohibition, ou par pure libéralité (*donandi animo*). — 3° Enfin entre eux, sauf convention spécialement contraire, il n'existe aucune société; car la loi APULEIA ne leur a jamais été applicable: celui d'entre eux qui a payé même la totalité ne peut donc avoir, par ce seul fait, aucun recours contre ses cofidélusseurs (1).

1405. Mais sur tous ces points, et pour garantir leurs intérêts, soit à l'égard du créancier poursuivant, soit à l'égard du débiteur principal, soit même à l'égard de leurs cofidélusseurs, divers avantages leur ont été successivement accordés. Sous le droit de Justinien, ils en ont trois bien remarquables, vulgairement connus aujourd'hui, dans la jurisprudence, sous les noms de bénéfices ou exceptions: 1° d'ordre ou de discussion (*ordinis*, ou *excussiois beneficium*); 2° de division (*divisionis*); 3° de cession d'actions (*cedendarum actionum*).

1406. Nous voyons par un fragment de Paul et par plusieurs autres textes, que le créancier, à moins de convention contraire, était libre d'intenter son action, de préférence, soit contre le débiteur principal, soit contre le fidélusseur, et, s'ils étaient plusieurs, contre celui d'entre eux qu'il voulait: « Jure nostro, est potestas creditori, relicto reo, eligendi fidejussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur, » dit une constitution de l'empereur Antonin (2). Seulement une fois le choix fait et l'action donnée contre l'un, *lite contestata*, les autres étaient libérés (3). Dans une constitution datée de l'an 531, Justinien avait changé ce dernier point: La poursuite exercée contre l'un ne libérera pas les autres (4). Cependant dans la préface de l'une de ses Nouvelles, il nous parle d'une loi antique, tombée en désuétude, il ignore comment, d'après laquelle ce libre choix n'aurait pas été laissé au créancier; loi qu'il trouve bon de rétablir, en l'améliorant (5). En conséquence de cette nouvelle, le fidélusseur attaqué par le créancier peut exiger que celui-ci s'en prenne d'abord au débiteur principal (*veniat primum ad eum qui debitum contraxit, ad principalem*), et ne recoure contre le fidélusseur que pour ce qu'il n'aura pu obtenir de ce débiteur (*secundum quod ab eo non*

(1) GAI. *Ib.* « (Ad fidejussores lex) Apuleia non pertinet; itaque si creditor ab uno totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, scilicet si is pro quo fidejussit, solvendo non sit. » — DIG. 46. 1. *hoc tit.* 39. f. Modestin. — COD. 8. 41. *hoc tit.* 11. const. Alexand. — (2) COD. 8. 41. *De fidejuss.* 5. const. Anton.; 19 et 21. const. Dioclet. et Maxim. — PAUL. Sent. 2. 17. § 16. — (3) PAUL. Sent. 2. 17. § 16: « Electo reo principali, fidejussor vel heres ejus liberatur. » Il n'en était pas de même à l'égard des mandants, qui étaient obligés en leur propre nom, selon ce qu'ajoute Paul et ce que nous dit un fragment de Julien: DIG. 46. 1. *hoc tit.* 13. — (4) COD. 8. 41. *De fidej.* 28. const. Justinian. — (5) Nouvelle 4 (an 539 de J.-C.), Præfat.: « Legem antiquam positam quidem olim, usu vero nescimus quemadmodum non approbatam..... rursus revocare et ad rempublicam reducere, bene se habere putavimus: non simpliciter....., sed cum competenti et Deo placito distribuentes augmento. »

potuerit recipere). En cas d'absence du débiteur principal, un délai pour l'appeler en cause est accordé par le juge au fidélusseur (*judex det tempus intercessori, idem est dicere sponsori et mandatori, volenti principalem deducere*), passé lequel délai l'action suit son cours contre le fidélusseur (*tunc fidejussor, aut mandator, aut sponsor exequatur litem*). Voilà ce qu'on nomme, en termes vulgairement consacrés aujourd'hui, le bénéfice ou l'exception d'ordre ou de discussion (1). Notez, du reste, que, déjà avant cette nouvelle, et par une constitution insérée au Code, Justinien avait décidé qu'en poursuivant d'abord, soit le débiteur principal, soit l'un des fidélusseurs, le créancier ne perdrait plus son droit contre les autres, mais qu'il le conserverait jusqu'à complète satisfaction (2).

1407. Le fidélusseur attaqué peut, en outre, profiter de la faculté qui lui a été accordée par le rescrit d'Adrien (*epistola divi Hadriani*), et exiger que le créancier divise son action entre tous les cofidélusseurs solvables au moment de la *litis contestatio*: tel est le bénéfice ou l'exception de division, que nous avons déjà exposé ci-dessus, n° 1395.

1408. Enfin, si le fidélusseur, au lieu d'exiger la division, est disposé à donner au créancier le montant total de la dette, il a le droit de le faire, non pas à titre de paiement (*in solutum*), ce qui, éteignant la créance, libérerait tous les autres obligés et laisserait en conséquence le fidélusseur sans autre action contre le débiteur principal que celle de mandat ou de gestion d'affaires, et sans aucune espèce de recours contre ses cofidélusseurs, mais il a le droit de le faire à titre d'acquéreur, comme achetant en quelque sorte du créancier sa créance, qui continue dès lors de subsister tant contre le débiteur principal que contre les cofidélusseurs. « Fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere cæterorum nomina, » dit Julien (3); et Paul explique plus positivement encore comment la créance n'est pas éteinte, quoique le créancier en reçoive le montant: « Non enim in solutum accipit; sed quodam modo nomen debitoris vendidit (4). » Nous savons déjà (t. II, n° 899), et nous verrons plus en détail, en traitant spécialement de la matière, qu'une créance ne peut pas être véritablement transportée de la personne du créancier à une autre; que malgré la cession le droit continue toujours d'appartenir au créancier; que seulement celui-ci est forcé de constituer en quelque sorte le cessionnaire son procureur, mais procureur en ses propres intérêts (*procurator in rem suam*), et de lui donner, en cette qualité, l'exercice de toutes ses actions, avec les gages, hypothèques ou

(1) Novell. 4. cap. 1. — (2) COD. 8. 41. *De fidejuss.* 28. const. Justinian. an 531. — Il établit en ce point, à l'égard des fidélusseurs, le droit qui existait déjà pour les mandants. — (3) DIG. 46. 1. *De fidej.* 17. f. Julian. — (4) DIG. 46. 1. *De fidej.* 36. f. Paul.

autres sûretés qui peuvent y être attachés. C'est là ce qui se nomme de la part du créancier, *actiones mandare*, *actiones præstare* ou *actiones cedere*. C'est ce qui aura lieu, dans l'espèce, en faveur du fidéjusseur payant la totalité. Dans cette cession, le fidéjusseur trouvera un double avantage : les privilèges, hypothèques et sûretés quelconques lui étant cédés avec l'action, les gages lui étant remis (1), il pourra agir pour son remboursement : 1° contre le débiteur principal, non-seulement par l'action de son propre chef, l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum*, dépourvue de toute garantie ; mais au nom du créancier et comme créancier lui-même ; 2° contre ses propres cofidéjusseurs, envers lesquels il n'aurait eu, sans cela, aucun recours.

Pour être en droit d'exiger cette cession d'actions, le fidéjusseur doit payer la totalité (*ei qui solidum solvere paratus est*; — *non priusquam omne debitum exsolvatur*), disent les textes : mais du moment qu'il offre le tout, le créancier est contraint de la faire (*stipulator compellitur*) (2).

Autrefois, bien certainement, il était nécessaire que la cession eût lieu avant que l'action eût été donnée contre le fidéjusseur (c'est-à-dire avant la *litis contestatio*) : passé ce délai, il n'était plus temps, puisque tous les autres obligés se trouvaient libérés ; mais ce droit commun, nous le savons (ci-dess., n° 1406), ayant été changé par Justinien, le fidéjusseur peut encore demander la cession des actions du créancier après qu'il a été poursuivi et même condamné (3).

Te est le bénéfice de cession (*cedendarum actionum*). (A. 12, l. 3.)

1409. Quand le fidéjusseur est seul, l'avantage qu'il en peut retirer est hors de doute. Mais lorsqu'il a plusieurs cofidéjusseurs solvables au moment de la *litis contestatio*, c'est à lui à voir, d'après les circonstances, s'il lui est plus utile de demander la division et de ne payer que sa part, sauf à n'avoir d'autre recours que son action *mandati* contre le débiteur principal : ou bien s'il lui vaut mieux faire les avances du capital et payer le tout en se faisant céder les actions du créancier, afin de se trouver par là en son lieu et place, tant contre le débiteur principal que contre les fidéjusseurs ; car ces deux droits ne peuvent se cumuler.

Du sénatus-consulte VELLEÏEN (4), et de ce qu'on entend par intercession et par intercesseurs.

1410. Nous ne quitterons pas la matière des adpromettants

(1) Dig. 46. 1. *De fidejuss.* 59. f. Paul. — Cod. 8. 41. *De fidejuss.* 2. const. Sever. et Anton. ; 11. const. Alexand. — (2) Dig. 46. 1. *De fidejuss.* 17. f. Julian. — Cod. 8. 41. *De fidejuss.* 2. const. Sever. et Anton. ; 21. const. Dioclet. et Maxim. — (3) Il faut lui appliquer ce qu'on disait jadis des mandants (Dig. 46. 1. *De fidejuss. et mandat.* 41. § 1. f. Modest.), puisque Justinien les a assimilés en ce point. (Cod. 8. 41. *De fidejuss. et mandat.* 28. const. Justinian., et ci-dessus, nos 1272 et 1406). — (4) PAUL. Sent. 2. 11. § 1.

sans dire un mot d'un sénatus-consulte bien remarquable qui a eu l'influence la plus grande sur l'état et la capacité des femmes en fait d'obligations. C'était l'esprit du droit romain de dénier aux femmes la même capacité juridique que celle accordée aux hommes. L'ancien droit les assujettissait, soit à la puissance d'autrui, soit à une tutelle perpétuelle ; pour elles, pas d'autre condition. Les procédés subtils des jurisconsultes et le changement de mœurs les en avaient affranchies : elles purent se trouver libres et, en réalité, maîtresses de leurs actes. Dès lors, on songea à limiter par d'autres règles, et dans une intention de protection, l'étendue de leur capacité. Déjà, sous Auguste, et ensuite sous Claude, des édits de ces princes avaient défendu que les femmes pussent valablement s'obliger pour la dette de leur mari : « ne feminæ pro viris suis intercederent (1), » lorsque sous le règne de ce dernier empereur, et sur la proposition des consuls Marcus Silanus et Velleius Tutor (an 46 de J. C.), fut admis un sénatus-consulte qui généralisa la prohibition (2). Ce sénatus-consulte, auquel le nom d'un des consuls est resté, S. C. VELLEÏEN, et dont un fragment d'Ulpien nous a transmis les propres termes (3), défend que les femmes puissent d'aucune manière s'obliger pour la dette d'autrui (*pro aliis reæ fieri*) ; ou, pour employer l'expression consacrée en cette matière et qui se trouve aussi dans le sénatus-consulte, qu'elles puissent intercéder (*intercedere*) pour autrui. « In omni genere negotiorum et obligationum, tam pro viris quam pro feminis, intercedere mulieres prohibentur, » dit le jurisconsulte Paul (4) : ce qui comprend les constitutions de gage ou d'hypothèques, et toutes les manières dont il serait possible que la femme consentit à se lier, elle ou ses biens, pour la dette d'autrui.

1411. Si elles se sont ainsi obligées, elles peuvent, quand le créancier les attaque, se défendre par l'exception tirée du sénatus-consulte : « ei per exceptionem Vellejani senatus-consulti succurritur (5) ; » ou même répéter par la *condictio indebiti* ce que, dans l'ignorance du secours que leur donnait le sénatus-consulte,

senatus-consult. Velleianum. — Dig. 16. 1. — Cod. 4. 29. — NOUVELLE 134, chap. 8. *De intercessionibus mulierum.* — Voir sur ce sujet le beau travail de notre collègue M. GIDE, couronné par l'Institut ; 1867, in-8°.

(1) Dig. 16. 1. *Ad sen.-cons. Vellej.* 2. pr. f. Ulp. — (2) DION. CASS. LX. 27. — (3) Dig. 16. 1. *hoc tit.* 2. § 1 : « Cujus S. C. verba hæc sunt : Quod Marcus Silanus et Velleius Tutor, consules, verba fecerunt, de obligationibus feminarum quæ pro aliis reæ fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita consuluerunt : Quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis quibus intercesserint feminæ pertinet, tametsi ante videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum ; arbitrari Senatam, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam ut in ea re Senatus voluntas servetur. » — (4) PAUL. Sent. 2. 11. § 1. — (5) Cod. 4. 29. *hoc tit.* 3. const. Anton. ; 16. const. Dioclet. et Maxim.

elles auraient payé d'une semblable dette (1). Il faut remarquer cette expression consacrée, l'*exception du sénatus-consulte Velleien*. En effet, le sénat n'a pas procédé en déclarant nulle l'obligation : suivant le droit civil, au contraire, cette obligation reste valable ; mais le sénat veut que l'action qui en résulte ne soit pas donnée contre la femme (*ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur*). Le magistrat se conformera à la volonté du sénat (*ut in ea re senatus voluntas servetur*) en se refusant, d'autorité, à donner l'action toutes les fois qu'il lui sera démontré que l'on est dans le cas du sénatus-consulte. Lorsqu'il y aura doute sur ce point, et qu'il trouvera convenable d'en renvoyer l'examen à un juge, il donnera l'action, mais avec addition d'une exception proprement dite, tirée du sénatus-consulte. Quoi qu'il en soit, dans l'un comme dans l'autre cas, ce n'est pas *ipso jure*, c'est par le secours du préteur, soit refus d'action, soit insertion d'une exception dans la formule, que la femme est protégée ; voilà pourquoi dans les deux cas on peut qualifier ce genre de protection *exceptio*. — Quelques circonstances particulières mais exceptionnelles pouvaient néanmoins faire obstacle à ce que la femme pût se prévaloir de l'exception (2), et l'action produisait alors son effet.

1412. Tel est le droit qui se maintint, et qui, arrivé jusqu'à Justinien, est conservé par ce prince, sauf quelques modifications (3). Ses applications étaient nombreuses dans la pratique et se présentaient fréquemment dans les affaires où les femmes se trouvaient mêlées. Notez que ce droit ne défendait pas aux femmes de s'obliger pour elles-mêmes, ni même de payer pour autrui (4) ; mais seulement de s'obliger pour les autres ; et cela par le motif que n'appréciant pas des conséquences qui ne sont que dans l'avenir, elles sont plus facilement portées à s'obliger pour autrui qu'à donner (*hoc ideo, quia facilius se mulier obligat quam alicui donat*).

1413. De cette matière il faut déduire la notion générale de ces expressions *intercedere, intercessio, intercessor*, employées mainte fois dans les textes. *Intercedere*, c'est s'obliger volon-

(1) *Cod. 4. 29. hoc tit. 9. const. Gordian.* — *Dig. 16. 1. hoc tit. 8. § 3. f. Ulp.* — (2) Par exemple, s'il y a eu dol de sa part. — *Dig. 16. 1. hoc tit. 2. § 3. f. Ulp.* ; *11. f. Paul.* ; *27. pr. f. Papin.* ; *30. pr. f. Paul.*, et *Cod. 4. 29. hoc tit. 18. const. Dioclet. et Maxim.* — Ou si elle ne doit éprouver aucun préjudice : *Dig. 16. 1. 16. pr. f. Julian.* ; *21. pr. f. Callistrat.* ; *22. f. Paul.* — Si le créancier est un mineur de vingt-cinq ans, et que le débiteur principal soit insolvable : *Dig. 4. 4. De minor. 12. f. Gai.* — Voir aussi : *Dig. 16. 1. hoc tit. 32. § 4. f. Pomp.* — *PAUL. Sent. 2. 11. § 2.* — (3) La plus importante consiste en ce que Justinien veut que si la femme a fait son intercession étant majeure de vingt-cinq ans, et qu'elle la réitère après deux ans, elle ne puisse plus se prévaloir du sénatus-consulte, du moins si elle déclare avoir reçu quelque chose. — Voir *Cod. 4. 29. hoc tit. 22 et 23.* — Voir aussi *NOVEL. 134. chap. 8.*, où l'on revient à l'ancienne rigueur, lorsque la femme intercede pour son mari. — (4) *Dig. 16. 1. hoc tit. 4. § 1. f. Ulp.* ; *5. f. Gai.* — *Cod. 4. 29. hoc tit. 1. const. Anton.*, et *4. const. Alexand.*

tairement pour la dette d'un autre, soit de manière à le libérer immédiatement, soit en restant obligé avec lui et pour lui (*pro alio reus fieri, — alienam obligationem suscipere*).

L'*intercessio* est la convention par laquelle on s'oblige ainsi, de quelque manière que l'obligation soit contractée (1) : toutes les *adpromissiones*, tant les sponsions que les fidépromissions et les fidéjussions, étaient des espèces d'intercessions formées par paroles (*verbis*). Mais d'autres intercessions pouvaient avoir lieu de plusieurs autres manières et avec d'autres effets, que nous examinerons, notamment en traitant du mandat, du constitut et de l'hypothèque. — L'esclave ne pouvait intercéder, même dans les limites où il pouvait contracter *de peculio* (2).

TITULUS XXI.

DE LITTERARUM OBLIGATIONE.

TITRE XXI.

DE L'OBLIGATION LITTÉRALE.

1414. La stipulation a été, dans le droit civil quiritaire, comme moyen de contracter des obligations, la première dérivation du *nexum*, du pesage *per æs et libram* : ce sont les paroles (*nuncupatio*) détachées de la solennité, en tenant le pesage pour accompli. La filiation des mots elle-même, s'il faut en croire celle qui nous est indiquée par Festus (ci-dessus, n° 1238, note 2), nous révélerait l'origine et la nature de l'institution. *Stipulatio* : le métal (*stips, stipendium*, quand il est monnayé, dérivé probable de *pendere*) est tenu pour pesé et donné.

Nous arrivons maintenant à la seconde dérivation de la même idée. Le métal, l'argent sera tenu pour pesé et donné, mais par un écrit et non par des paroles : c'est un pas de plus qu'on a fait, et les mots viendront nous révéler d'une manière bien plus certaine encore la même origine. *Expensio, pecunia expensa lata : pecunia accepta relata* : l'argent est tenu pour pesé et donné par l'un, pour pesé et reçu par l'autre. Si les inductions de la philologie peuvent être variables et contestées pour le mot de stipulation, elles sont de toute évidence et hors de controverse pour ceux d'expensation et de *pecunia expensa lata*.

1415. Il y a entre la stipulation et l'expensation ou l'ancien contrat *litteris* des Romains, une analogie, un parallélisme frappants, parce qu'il y a une filiation commune. Ce parallèle jettera peut-être quelque jour sur l'obligation *litteris* restée si obscure. Mais avant de le faire il faut voir de quelle manière les Romains sont arrivés à employer l'écriture, au lieu des paroles, pour tenir l'argent comme pesé et donné d'une part ou reçu de l'autre.

(1) *Dig. 16. 1. hoc tit. 2. § 5. f. Ulp.* — (2) *Ib. 15. 1. De pecul. 3. §§ 5 et 6. f. Ulp.*