

cause légitime de recours en faveur de celui qui a payé, ou contre celui qui a touché dans un intérêt commun. Mais cette position, quant au défunt, ne pourra être éclaircie que par une étude approfondie de ses affaires. Jusque-là, s'il n'y a point de société qui établisse d'une manière palpable quelle était sa position, il faut s'attacher provisoirement au jeu de la corréalité : considérer comme seul débiteur le *correus* qui sera poursuivi, comme seul créancier le *correus* qui poursuivra le premier, et se référer à l'événement des poursuites pour établir les valeurs héréditaires au point de vue du calcul de la quarte falcidie. Plus tard, on pourra reconnaître la part réelle de chacun dans la dette ou dans la créance, et ramener par conséquent à sa véritable estimation cette partie du patrimoine du défunt. En attendant, il y aura lieu de sauvegarder les droits respectifs, au moyen d'engagements contractés par les intéressés, comme aux cas prévus par Gaius (D. 35, 2, *Ad leg. Falcid.* 73, § 1), où l'actif comprendrait des créances conditionnelles : *ut existente conditione, aut heres reddat, quanto minus solverit, aut legatarii restituant quanto plus consecuti sint.*

Enfin, dans tous les cas où un *correus* est fondé à exiger la cession des actions du créancier, ou bien à obtenir une action utile contre ses *correi*, on est d'accord pour reconnaître que ce *correus* n'est point fondé à agir pour le tout, sauf déduction de sa part personnelle dans la dette, contre un quelconque de ses *correi*. Une pareille décision serait peu équitable, en ce qu'elle multiplierait les actions récursoires, et par là même les chances d'insolvabilité. Il convient de décider pour les *correi promittendi* à Rome, ce que le Code (art. 2033) décide chez nous pour le recours entre fidéjusseurs ; que chacun sera tenu pour sa part et portion. A l'appui de cette doctrine équitable, M. de Savigny cite la décision de Papinien (D. 50, 15, *De censibus*, 5, pr.), qui autorise, au cas de contributions pesant sur plusieurs héritages, le possesseur de l'un de ces héritages qui a fait l'avance du tout, à exercer contre les autres possesseurs les actions du fisc, mais eu égard à l'importance respective de leurs possessions.

« Cum possessor unus expediendi negotii causa tributorum jure convenitur, adversus cæteros quorum æque prædia tenentur ei, qui conventus est, actiones a fisco præstantur, scilicet, ut omnes pro modo prædiorum pecuniam tributi conferant. »

Enfin, si l'on objectait que l'on ne saurait appliquer au droit commun une décision rendue en matière fiscale, peut-être pour faciliter le recouvrement des tributs, les règles sur la fidéjussion se rapprochent évidemment beaucoup de celles qui régissent la corréalité. Or, dans la loi 10 pr. *de fidejussoribus* (D. 46, 1), citée par M. Machelard, Ulpien autorise le fidéjusseur poursuivi par le créancier, s'il lui offre des garanties suffisantes, à lui donner mandat de poursuivre les autres fidéjusseurs, aux

risques et périls du mandant, mais seulement pour leur part :

« Si dubitet creditor an fidejussores solvendo sint, et unus ab eo electus paratus sit offerre cautionem, ut suo periculo confidejussores conveniantur in parte : dico eum audiendum esse. »

Mais, dira-t-on, cette division de l'action des créanciers contre les fidéjusseurs n'est qu'une application du bénéfice de division, l'obstacle résultant du danger d'insolvabilité se trouvant levé par les garanties données aux créanciers ; la corréalité, au contraire, exclut, par son essence même, le bénéfice de division. On peut répondre que, si ce bénéfice n'existe point pour les *correi*, c'est uniquement pour sauvegarder les intérêts du créancier. Mais, dans les rapports respectifs des *correi*, une fois que l'on admet le recours au moyen de la cession d'actions, il est équitable de répartir proportionnellement entre les intéressés la contribution au payement. Ces rapports n'ont rien de commun avec le caractère rigoureux de la corréalité.

En résumé, nous pensons qu'il peut y avoir un recours personnel entre les *correi stipulandi* ou *promittendi* par les actions *pro socio*, *mandati* ou *negotiorum gestorum* ; que de plus, le *correus promittendi* peut se faire céder les actions du créancier, et subsidiairement obtenir une action utile en son nom propre, mais en divisant son recours contre les *correi*, comme le décide notre Code (art. 1213) pour les débiteurs solidaires.

E.B.

APPENDICE V. (N° 1400, nos 1563 et suiv.)

DES DETTES ACCESSOIRES.

En jetant les yeux sur la matière des obligations accessoires en droit romain, on est frappé de la multiplicité des modes selon lesquels une obligation accessoire pouvait être constituée, *sponsio*, *fidepromissio*, *fidejussio*, *mandatum credendæ pecuniæ*, pacte de constitut. Pourquoi tant de moyens divers pour atteindre un but unique, fournir à un créancier une sûreté personnelle ?

M. Ortolan a indiqué que cela résultait du développement historique et successif du droit romain. Nous nous proposons ici d'expliquer cet aperçu.

La réglementation des dettes accessoires est très-difficile. Le législateur hésite entre des mobiles contraires. Il importe de donner au créancier une sûreté aussi forte que possible : ce qui pousse à la sévérité à l'égard du débiteur accessoire. Mais le débiteur accessoire intervient, par dévouement à un ami, dans une affaire

où il n'a aucun intérêt : ce qui détermine à le traiter avec indulgence. — Le débiteur accessoire s'oblige à titre gratuit envers une personne qui presque toujours est créancière en vertu d'une opération à titre onéreux. La libéralité que renferme la dette accessoire s'adresse à une personne autre que le créancier, elle s'adresse au débiteur principal. Il est mal aisé d'en tenir compte dans la détermination du droit du créancier, lequel prête son argent ou fait crédit et subordonne la confiance qu'il accorde aux sûretés qu'il reçoit.

La stipulation a servi tout d'abord à la constitution de la dette accessoire, comme elle servait alors presque uniquement à la formation de la dette principale, à toute création d'obligation civile.

La formule la plus anciennement usitée a été la *sponsio*. Le débiteur principal avait répondu *spondeo*. Le débiteur accessoire, interrogé ensuite, disait : *idem spondeo*. Ce mot *idem* marquait nettement que le débiteur accessoire devait ce que devait le débiteur principal.

La forme de la *sponsio* était propre aux citoyens romains. — Les rapports avec les pérégrins, en se multipliant, rendirent trop étroit le cercle où était contenu le premier mode de garantie personnelle consacré par la coutume.

En outre, par faveur pour le rôle de caution, le *sponsor* pouvait, contre le débiteur principal qui ne remboursait pas dans les six mois la dette payée pour lui, user de la *manus injectio pro judicato* : ce vestige adouci, mais rigoureux encore, du droit primitif de se faire justice à soi-même.

Une formule nouvelle fut inventée : la *promissio* ou *fidepromissio*. Elle fut accessible aux pérégrins, et la *manus injectio pro judicato* ne paraît pas avoir été étendue à la nouvelle forme d'*adpromissio* (1).

Les débiteurs accessoires engagés par *sponsio*, par *fidepromissio*, étaient soumis à des règles déduites du régime, alors dominant et non encore atténué, des contrats formels ; ces règles étaient d'une extrême sévérité.

Sous ce régime pur du formalisme, les paroles prononcées par des personnes douées de raison, étaient obligatoires sans qu'il y eût à rechercher si l'obligation avait ou non une cause réelle (2). Tel était le principe du contrat formel. La forme accomplie dispensait le juge de toute autre vérification. Ce principe était applicable à la dette accessoire, comme à la dette principale créée *verbis*.

Il s'ensuivait que, si la forme de l'*adpromissio* avait été observée, la dette accessoire était valable, alors même que la dette principale qui était sa cause et sa raison d'être, eût été nulle. Un pupille avait promis sans autorisation tutoriale ; une personne

(1) GAIUS. Com. 4. § 21. § 25. — (2) INST. 4. 13. § 2.

capable accédait à sa promesse. Le débiteur accessoire, qui aurait dû examiner les faits avant de parler, était tenu, quoique le débiteur principal ne le fût pas. Le créancier était ainsi garanti par le débiteur accessoire contre l'incapacité du débiteur principal (1).

La *sponsio*, la *fidepromissio* avaient été organisées pour corroborer des obligations verbales. La stipulation était alors presque la seule manière de contracter (2).

Un souvenir de cette règle s'est conservé dans la tutelle. Le tuteur, qui est déjà obligé *quasi ex contractu*, promet, avec la solennité verbale, *rem pupilli salvam fore*, avant que les *adpromissores* par lui fournis ne s'engagent (3).

Il est à croire, suivant nous, que la *sponsio* ou la *fidepromissio*, constitutive de la dette accessoire, devait suivre, et ne pouvait pas précéder la stipulation constitutive de l'obligation principale. L'idée de garantir à l'avance une dette future n'est pas une idée assez simple pour être tout d'abord admise.

Le débiteur accessoire, nous l'avons dit, s'oblige par amitié, manifeste sa confiance dans le débiteur principal et répond en quelque sorte, eu égard à la rigueur des poursuites, corps pour corps de son ami. De ce que l'amitié, la confiance est personnelle, on avait conclu que l'obligation du *sponsor*, du *fidepromissor* était viagère et ne passait pas à ses héritiers. La sûreté était précaire comme la durée de la vie humaine (4).

Des lois, inspirées par une grande pitié à l'égard des débiteurs accessoires, motivées peut-être aussi par le triomphe de la plèbe, qui comptait un grand nombre de débiteurs malheureux, vinrent rendre plus douce la situation des *adpromissores*, mais, en même temps, plus imparfaite la réglementation de la dette accessoire et plus incertaine la sécurité du créancier (5).

Une loi Furia limita la durée de l'obligation du *sponsor* ou *fidepromissor* à deux ans, à partir de l'échéance ; disposition mauvaise qui précipitait l'exécution de la dette, dissuadait le créancier d'attendre et aggravait le sort du débiteur principal (6).

Cette loi, au cas où plusieurs *sponsors* ou *fidepromissores* avaient garanti une même dette, divisa de plein droit la dette entre ceux des débiteurs accessoires qui existaient encore à l'époque de l'échéance (7) ; disposition déraisonnable qui enlevait au créancier l'avantage du nombre, puisqu'il n'avait plus qu'un garant pour chaque partie de la dette, et qui même diminuait la sécurité du créancier en raison du plus grand nombre de débiteurs accessoires qu'il recevait ; car plus ils étaient nombreux,

(1) GAIUS. 3. § 119. — (2) GAIUS. Eod. — (3) ULP. f. 4. § 2. § 3. Dig. Rem pup. salv. fore. 46. 6. — (4) GAIUS. 3. § 120. — (5) APPLETON. Étude sur les spons. fidepr. Revue de législ. 1876. — (6) GAIUS. 3. § 121. — (7) GAIUS. Eod.

plus il était à craindre qu'il n'y eût parmi eux quelques insolubles dont la part serait perdue pour le créancier. C'était une réaction violente contre les exigences des créanciers.

Ces inconvénients et ces dangers firent chercher et introduire un nouveau mode d'*adpromissio*. Nous arrivons à la fidéjussion qui apparaît au milieu du septième siècle de Rome, dans l'intervalle entre la loi Furia (an 659) et la loi Cornelia (an 673).

Chose notable et bien caractéristique du formalisme primitif! Les règles établies ont été considérées comme se rapportant, non à la dette accessoire, idée abstraite à laquelle on ne s'est pas élevé, mais à une forme usitée, à une manière consacrée de s'obliger accessoirement. Il suffit de mettre en usage une forme nouvelle pour se soustraire aux règles anciennes. C'est la forme dont l'acte est revêtu, qui lui donne existence et validité, et qui est réglementée dans ses effets, non pas l'acte d'après sa nature intime.

La fidéjussion introduite réalise un progrès immense dans le droit. Après les mesures excessives contenues dans les plébiscites des tribuns Apuléius et Furius, suggérées par la passion politique ou l'émotion d'une crise sociale, éphémères comme elles, la raison l'emporte.

Les contrats réels ou consensuels sont déjà reconnus et sanctionnés. La fidéjussion peut s'adjoindre à toute obligation, de quelque manière que celle-ci soit née.

L'obligation principale peut être civile ou naturelle. L'esclave peut obtenir crédit s'il trouve un homme libre qui le cautionne (1).

La fidéjussion n'est valable, toutefois, que si elle a pour support une obligation principale valable elle-même, au moins *jure naturali*. Le fidéjusseur peut invoquer les causes de nullité de l'obligation dont il est le garant, à moins qu'il ne soit intervenu sciemment, pour préserver le créancier des suites de la nullité (2).

Le fidéjusseur contracte une obligation transmissible; il oblige ses héritiers (3).

Son obligation est perpétuelle et non plus limitée à deux ans.

Lorsqu'une même dette est garantie par plusieurs fidéjusseurs, elle ne se divise pas de plein droit. Chacun d'eux est tenu pour le tout, et si, plus tard, Adrien a consacré à leur profit le bénéfice de division, c'est en sauvegardant l'intérêt du créancier; car la division demandée par le fidéjusseur poursuivi ne s'opère qu'entre les fidéjusseurs actuellement solvables (4).

La fidéjussion peut précéder ou suivre la naissance de l'obli-

(1) GAIUS. 3. § 119. ULP. f. 6. § 2. DIG. 46. 1. *De fidej.* — (2) ULP. f. 32. DIG. 46. 1. — PAUL. *Sent.* 1. 9. § 6. ULP. f. 13. pr. DIG. 4. 4. *De min. vig.* q. — (3) GAIUS. C. 3. § 120. — (4) GAIUS. C. 3. § 121.

gation principale. Le fidéjusseur peut s'obliger pour sûreté d'une dette future (1).

Le progrès ne s'est point arrêté. Quelques inconvénients subsistaient encore.

La dette du fidéjusseur est identique avec celle du débiteur principal. Une règle de la procédure romaine, pour diminuer le nombre des procès, ne permettait d'agir en justice qu'une fois pour un seul et même droit. Le créancier qui avait pour obligés un débiteur et des fidéjusseurs, n'avait qu'une action, qu'un droit de poursuite, qu'un débiteur à faire condamner; il était réduit à choisir le plus solvable. La *litis contestatio*, engagée avec l'un d'eux, épuisait, anéantissait son droit d'agir contre les autres (2). — Sans doute le créancier avait la faculté de diviser lui-même sa poursuite et son action, de ne demander qu'une part de la dette à chacun de ses débiteurs. Il ne violait pas le principe: il ne plaidait qu'une fois sur chaque partie de sa créance. Mais il faisait cette division à ses risques; une erreur commise était irréparable (3).

Les parties réussirent à se soustraire à la règle de l'unité d'action, en modifiant les termes de la fidéjussion. Au lieu de promettre *idem*, ce que doit le débiteur principal, le fidéjusseur, différemment interrogé, promit ce que le créancier ne pourrait pas obtenir du débiteur principal: *quod a reo servare, consequi non posset*. Il promit que le créancier serait indemne. De là l'expression *fidejussio indemnitis*, employée par les interprètes.

Ce changement dans la forme fit soutenir et admettre que la dette principale et la dette de garantie n'avaient plus le même objet, n'étaient plus identiques. Le débiteur principal doit, par exemple, ce qui lui a été prêté, un *certum*; le fidéjusseur doit une somme variable, indéterminée dans l'origine, l'indemnité d'un dommage futur, un *incertum*. Il s'ensuit que le créancier a deux actions et peut poursuivre et faire condamner successivement pour le tout le débiteur principal et le *fidejussor indemnitis* (4). Le raisonnement est subtil; le résultat est heureux; c'est en réalité une réaction contre le principe rigoureux de l'unité d'action.

Des inconvénients attachés à la fidéjussion, un seul était corrigé.

La fidéjussion, même *indemnitis*, est un contrat verbal; elle exige la présence simultanée des parties dans un même lieu.

Une loi Cornelia de l'an 673, applicable aux *fidejussores*

(1) ULP. f. 6. § 2. DIG. 46. 1. *De fidej.* — (2) *Sent.* PAUL. 2. 17. § 16; comp. JUST. L. 28. C. 8. 41. *De fidej.* PAPIN. f. 52. § 1. DIG. 46. 1. — (3) ULP. f. 3. § 1. DIG. 45. 2. *De duobus reis.* — (4) PAP. f. 116. DIG. 45. 1. *De verb. oblig.*

comme aux *sponsores et fidepromissores*, la première où les *fidejussores* aient été nommés, avait défendu qu'une personne se constituât *adpromissor* d'un même débiteur principal envers un même créancier, dans une même année, pour une somme totale supérieure à vingt mille sesterces; exemple de ces mesures arbitraires par lesquelles le législateur substitue sa prudence à celle des particuliers, et, pour empêcher quelques abus, prohibe même des combinaisons honnêtes et utiles.

La pratique s'efforça de s'affranchir des entraves qui pesaient sur l'*adpromissio*. On eut recours à un contrat consensuel et de bonne foi, le contrat de mandat, qui repose sur cette première donnée essentielle, très-large : une personne dit à une autre qui consent : Faites ceci pour moi et à mes risques.

Une dette est sur le point de naître, par exemple, un prêt d'argent va se conclure. Le créancier exige une sûreté personnelle. Le tiers qui consent à se porter garant de la dette à venir, donne mandat au futur créancier de conclure le contrat, d'opérer le prêt, avec telle personne qu'il désigne individuellement, le futur débiteur principal; c'est ce qu'on appelle *mandatum credendæ pecuniæ*. — La transition de la fidéjussion au mandat est facile à comprendre : *jubeo*, je vous invite à suivre ma foi, dit le fidéjusseur; et le *mandator* : je vous recommande de contracter avec telle personne sur mon assurance.

La validité de ce mandat, employé pour constituer une dette accessoire, a été d'abord douteuse. Le mandant, en principe, doit avoir un intérêt personnel dans l'affaire qu'il confie au mandataire. Il doit régulièrement avoir une intention qu'on peut traduire ainsi : faites cela sur mon ordre et à mes risques, mais aussi pour mon compte, dans mon intérêt. Le *mandator pecuniæ credendæ* n'a pas d'intérêt personnel dans l'affaire qu'il recommande; il se borne à exprimer : faites cela sur ma demande à mes risques et périls. Des deux parties au contrat, l'unique intéressé est le mandataire, le futur créancier : or un mandat donné dans le seul intérêt du mandataire est un conseil et n'est pas obligatoire.

L'objection était sérieuse. L'utilité pratique l'a emporté sur elle. L'influence de Sabinus (sous Vespasien) a fait prévaloir l'opinion de la validité du *mandatum credendæ pecuniæ*, pourvu que le *mandator* n'eût pas simplement recommandé un genre d'affaire, mais eût individuellement désigné la personne en qui il persuadait d'avoir confiance (1).

De grands avantages ont été ainsi obtenus.

D'abord un avantage qui se trouvait déjà dans la *fidejussio indemnitalis*. Le créancier qui a pour débiteur accessoire un *mandator credendæ pecuniæ*, a deux actions; car il a deux débi-

(1) INST. 3. 26. § 6.

teurs dont chacun lui doit un objet distinct : le débiteur principal, peut-être une somme d'argent, comme dans notre hypothèse d'un prêt; le débiteur accessoire, une indemnité variable, suivant l'événement du plus ou moins de solvabilité ou d'exactitude du premier. Le créancier peut poursuivre ses obligés l'un après l'autre, jusqu'à parfait paiement (1).

En outre, le *mandatum credendæ pecuniæ* a réalisé une amélioration sur toute *ad promissio* verbale.

Le mandat est un contrat consensuel qui peut intervenir et se former *inter absentes*.

La loi Cornelia et son taux arbitraire n'ont jamais régi le *mandatum*. Peut-être était-elle déjà tombée en désuétude lorsque le *mandatum credendæ pecuniæ* a été reçu.

Le créancier envers qui plusieurs *mandatores* se sont obligés, non-seulement est armé d'une action distincte contre le débiteur principal et d'une action distincte contre les débiteurs accessoires, mais encore il a le droit de poursuivre simultanément ou successivement chacun de ces derniers pour le tout jusqu'au paiement intégral, sauf l'effet du bénéfice de division entre ceux qui sont solvables (2). La garantie du créancier est effectivement multipliée par le nombre des garants, et le droit d'agir pour le tout contre chacun n'est limité que par la certitude, résultant de la solvabilité constatée de plusieurs, d'un paiement intégral quoique divisé.

Toutefois le *mandatum credendæ pecuniæ*, tel que nous l'avons décrit, ne peut être donné qu'avant la naissance de la dette principale (3). Son emploi est, à cet égard, moins large que celui de la *fidejussio*.

Le pacte de constitut offre, en sens inverse, le moyen de fortifier une dette principale déjà constituée, par l'adjonction d'une dette accessoire. Le pacte de constitut a pour objet d'assurer un paiement convenu, réglé et presque toujours prochain. Tout le monde peut *constituere se soluturum*. Ce pacte laisse subsister *ipso jure* la dette préexistante à laquelle il se rapporte. Les rapports entre le tiers *constituens* et le débiteur dont la dette sera payée, dépendent de l'intention des parties. Ce tiers peut être, soit une sorte d'*expromissor*, soit une sorte de débiteur accessoire avec faculté de recours.

Le constitut, employé pour créer une dette accessoire, offre les avantages du *mandatum credendæ pecuniæ*.

Il se forme, comme le mandat, par le consentement, nonobstant l'absence (4).

Le créancier, acquérant une action nouvelle, ne perd pas, s'il n'y renonce expressément, l'action dérivant de la dette primi-

(1) JUL. f. 13. DIG. 46. 1. — (2) PAP. f. 52. § 3. DIG. 46. 1. — (3) ULP. f. 12. § 14. DIG. 17. 1. *Mandati*. — (4) ULP. f. 14. § 3. DIG. 13. 5. *De pec. const.*

tive. L'exercice de l'une ne consomme pas l'autre (1), et si plusieurs, par des pactes distincts, se sont constitués *soluturos pro alio debitum*, il peut les poursuivre chacun pour le tout, sans avoir même à redouter l'exception de division. Le pacte de constitut a été organisé, moins pour fournir une sûreté personnelle, que pour assurer énergiquement un paiement convenu. Rien de ce qui porterait atteinte à la ponctualité du paiement n'est opposable à l'action de *constituta pecunia* (2). Tel est l'esprit du droit prétorien, qui fortifie l'action de *constituta pecunia* par une *sponsio pœnalis* très-rigoureuse; c'est pour cela sans doute que, jusqu'à Justinien, l'exception de division, qui aurait retardé le paiement, n'était pas opposable au créancier.

La *fidejussio indemnitis*, le *mandatum credendæ pecuniæ*, le constitut, fournissant au créancier plusieurs actions qu'il pouvait intenter l'une après l'autre, donnaient à résoudre un problème nouveau, problème que la nécessité du choix excluait de la fidéjussion pure.

Le créancier qui n'avait qu'un débiteur à poursuivre était nécessairement libre de chercher parmi ses obligés principaux ou accessoires le plus solvable. Le créancier qui avait plusieurs actions à exercer, avait-il un ordre à observer dans ses poursuites?

L'opinion avait prévalu que le créancier devait discuter le débiteur principal avant d'attaquer le fidéjusseur qui avait promis seulement ce que le créancier ne pourrait pas obtenir du débiteur principal (3). Mais, en principe, toute liberté était laissée au créancier dans l'hypothèse du *mandatum*, et à plus forte raison dans celle du constitut. L'échéance est venue; la dette n'est pas payée. Le créancier peut immédiatement s'adresser au *mandator* et lui dire: La confiance que vous m'avez inspirée dans le débiteur, est déçue; je devais, d'après votre recommandation, compter sur un paiement exact et ponctuel. Indemnisez-moi. — Toutefois une convention, ajoutée au contrat de mandat, pouvait imposer au créancier la nécessité d'agir préalablement contre le débiteur principal (4).

A l'époque du droit classique, la *sponsio*, la *fidepromissio* étaient sans doute peu usitées (5). Les sûretés personnelles se constituaient par fidéjussion, *mandatum credendæ pecuniæ* ou pacte de constitut.

(1) GAIUS. f. 28. ULP. f. 18. § 3. DIG. 13. 5. — (2) GAIUS. Com. 4. § 171. Arg. JUST. l. 3. C. 4. 18. De pec. const. Cet empereur a supprimé la *sponsio pœnalis*. — (3) PAP. 116. DIG. 45. 1. Comp. CELSUS. f. 42. pr. DIG. 12. 1. De rebus creditis. — (4) DIOCL. ET M. l. 19. C. 8. 41. De fidej. — (5) Cependant plusieurs lois, dont la modification par les commissaires de Justinien est évidente, attestent que ces formes d'*adpromissio* n'étaient pas tombées en désuétude. JAVOLENUS. f. 4. DIG. 44. 3. — VENUL. f. 25. DIG. 45. 3.

Les différences que nous avons signalées entre le *fidejussor* et le *mandator* sont à l'avantage du créancier. Mais il n'en est pas ainsi sous tous les aspects; à un point de vue auquel nous allons nous placer, il vaut mieux pour le créancier avoir pour garants des *fidejussores* que des *mandatores*.

La fidéjussion est un contrat unilatéral et de droit strict. Le créancier ne s'oblige à rien. Quand il est désintéressé par un des fidéjusseurs, il doit lui céder ses actions contre les autres, parce que cela ne lui nuit aucunement; il cède ses actions telles quelles; il n'est pas responsable s'il les a perdues par une faute de procédure ou s'il les a éternuées par un *pactum de non petendo*. Dans sa manière d'user de ses droits, il est libre, il n'a aucun souci à prendre des intérêts de ses fidéjusseurs.

Précisons une hypothèse: deux fidéjusseurs ont garanti une dette. Le débiteur principal est insolvable. Le créancier conclut avec l'un des fidéjusseurs un *pactum de non petendo*. L'autre fidéjusseur, à qui le tout est demandé, ne peut pas exciper de ce qu'il espérait, grâce à l'action que le créancier par lui désintéressé lui céderait, recourir pour moitié contre son codébiteur accessoire, recours devenu impossible par le fait du créancier (1).

Le mandat est un contrat synallagmatique et de bonne foi. Le mandataire doit veiller aux intérêts du mandant. Le mandataire, dans le *mandatum credendæ pecuniæ*, c'est le créancier; le mandant, c'est le débiteur accessoire. Le créancier jouant le rôle, ayant les devoirs d'un mandataire, doit conserver ses actions afin d'être en état de les céder, efficaces, au *mandator* qui le désintéressera. Si par sa faute, ou par une renonciation volontaire, il perd l'une des sûretés et nuit ainsi au *mandator* qui, grâce aux actions cédées, aurait été soulagé, par un recours, de la totalité ou d'une partie de la dette acquittée, il est déchu du droit d'exiger le paiement du *mandator*, dans la mesure où il lui cause préjudice (2).

Reprenons une hypothèse analogue à celle déjà décrite. Deux *mandatores* ont garanti une dette: le débiteur principal est insolvable. Le créancier accorde à l'un des *mandatores* remise de son obligation par un *pactum de non petendo*. Il s'enlève le droit d'exiger de l'autre débiteur accessoire moitié de la dette, la moitié pour laquelle, après paiement, ce dernier aurait eu recours, grâce à la subrogation contre son codébiteur accessoire.

Nous avons supposé une remise volontaire, tandis que Papien, dans la loi citée (f. 95, § 11), prévoit une perte de droit; non pas une renonciation, mais un échec en justice. Voici l'hypothèse que nous pouvons construire. Une dette est garantie par un *man-*

(1) Arg. ULP. f. 15. § 4. D. 46. 1. — (2) PAP. f. 95. § 11. DIG. 46. 3. De solut.

dator et par une hypothèque que le débiteur a constituée sur l'un de ses biens. Le débiteur principal est insolvable. Le créancier intente l'action hypothécaire et commet une *plus petitio* : il prétend avoir une hypothèque générale ; il succombe (1). Le *mandator* contraint au paiement ne pourrait plus, par la faute du créancier son mandataire, recourir hypothécairement pour le tout. Le créancier répare les conséquences de sa faute en perdant le droit d'exiger le paiement. — Cela n'est pas injuste ; mais cela est très-rigoureux à l'égard du créancier contre qui se retourne, par la nécessité de les conserver avec diligence, l'existence de sûretés.

Si le *mandatum credendæ pecuniæ* n'offrait au créancier que des avantages sur la fidéjussion, il est à croire que la fidéjussion serait devenue d'un emploi plus rare. Mais on voit, par ce qui précède, que le créancier avait intérêt, lorsque cela était possible, à exiger l'engagement de fidéjusseurs plutôt que de *mandatores* ; il se délivrait d'une responsabilité assez compromettante (2). La fidéjussion et le *mandatum* constituaient deux types de sûreté personnelle entre lesquels les parties choisissaient selon leurs convenances.

La pratique avait même essayé de réunir dans la fidéjussion tous les avantages au profit du créancier, au moyen d'une clause qui procurait au créancier la faculté d'agir en justice pour le tout, autant de fois qu'il avait de débiteurs, et détruisait l'effet consommatoire de la *litis contestatio*. — La pratique avait réussi ; Justinien l'atteste. Nous ne pouvons décrire avec certitude le procédé (3).

Un progrès lent, dû à la coutume, ou à la pratique éclairée par les prudents, avait fait introduire plusieurs modes de création de sûretés personnelles, chacun régi par des règles spéciales. Justinien, législateur, a commencé à ramener un peu d'unité dans les règles d'une institution qui répond à un but unique.

Il assimile les *fidejussores* aux *mandatores* au point de vue de la poursuite en justice. Le créancier aura dans tous les cas autant d'actions qu'il a de débiteurs engagés *in solidum* (4). Il renverse la règle de l'unité de l'action déduite de l'unité de la dette et fait dépendre assez logiquement le nombre des poursuites judiciaires du nombre des obligés à contraindre au paiement. Il enlève à la *litis contestatio* l'effet d'épuiser le droit déduit en justice, même à l'égard de débiteurs non compris dans l'instance. Sous ce rap-

(1) Le principe de la *plus petitio* s'applique à une action réelle, à une action prétorienne et à une action *in factum*, comme est l'action quasi servienne. GAIUS. C. 4. §§ 54. 60. — (2) Cette exemption de responsabilité embrasse les fautes, mais ne s'étend pas au dol. — (3) JUST. I. 28. C. 8. 41. *De fidej.* Peut-être le créancier était-il fondé à requérir l'organisation d'un *judicium imperio continens* et, à l'exception *rei in judicium deductæ*, opposait-il une *replicatio pacti conventi*. — (4) JUST. I. 28. C. 8. 41. *De fidej.*

port il se conforme à l'idée que la *litis contestatio* améliore et n'empire pas la condition du demandeur (1).

Cette première réforme en a rendu une autre possible, et, sous un autre aspect, l'uniformité a été établie.

L'empereur a constaté que l'emploi de la *fidejussio indemnitas*, ou des pactes fréquemment ajoutés au *mandatum*, imposaient au créancier la nécessité de la discussion préalable du principal débiteur. Il en a fait une règle générale. Il a été séduit par cette idée exagérée que le débiteur accessoire est un débiteur subsidiaire, et, dans le désir de ménager le débiteur accessoire, il a compromis l'intérêt du créancier. — Justinien a décidé que le créancier n'agirait valablement contre le débiteur accessoire qu'après avoir discuté le débiteur principal. — Il fait exception à ce principe pour le cas où le débiteur principal est *absent*, hors de l'atteinte de la poursuite du créancier. — Hors ce cas exceptionnel, l'action dirigée de prime abord contre le débiteur accessoire est nulle et inopérante (2).

Le créancier doit donc perdre son temps et son argent à exécuter un débiteur récalcitrant et d'une solvabilité douteuse. Heureusement la nouvelle n'interdit pas de renoncer au bénéfice de discussion.

L'empereur byzantin était tombé dans un excès contre lequel notre législateur a sagement réagi. — Selon notre Code, la dette échue, l'action contre la caution est ouverte et valablement intentée. La caution peut exiger la discussion de certains biens du débiteur qui sont aisément saisissables, qu'elle désigne, et elle doit avancer les frais de la saisie qu'elle provoque. Les intérêts du créancier sont mieux sauvegardés (3).

L'intention de soumettre tous les débiteurs accessoires aux mêmes règles apparaît dans la rédaction de la nouvelle 4, qui vise et comprend dans ses dispositions les *fidejussores*, les *mandatores credendæ pecuniæ*, et les débiteurs par constitut de la dette d'autrui (4). Antérieurement déjà, Justinien avait accordé aux débiteurs accessoires par constitut le bénéfice de division (5).

Par ces réformes, la *fidejussio indemnitas* a-t-elle perdu toute raison d'être ? — La réponse se trouve dans la solution à donner à une question agitée par les interprètes.

Un créancier qui a un débiteur principal et un débiteur accessoire, l'échéance arrivée, s'abstient d'exiger le paiement ; il a confiance. En vain le débiteur accessoire l'invite à ne pas surseoir, par le motif que le débiteur principal actuellement solvable ne le sera peut-être pas toujours. En effet, le débiteur

(1) PAUL. f. 29. DIG. 46. 2. *De nov.* — (2) NOV. 4, ch. I. — (3) Cod. civ., art. 2021, 2022, 2023. — (4) Consulter le texte grec et la traduction latine dans l'édition des frères Kriegel. Cette traduction, plus exacte que la Vulgate, fait disparaître de la nouvelle la mention, tout au moins singulière, de la vieille *sponsio* depuis longtemps inusitée. — (5) L. 3. Cod. 4. 18. *De const. pec.*

principal perd sa fortune. Le débiteur accessoire attaqué et sommé de payer sans espoir de remboursement, est-il en droit de faire retomber sur le créancier les conséquences du retard dans la poursuite? Les jurisconsultes distinguaient : s'agissait-il d'un débiteur accessoire ordinaire? Il ne pouvait imputer à faute au créancier que celui-ci, maître de ses actions, eût fixé à son gré l'époque du recouvrement judiciaire de sa créance. Prêt à recevoir un paiement spontané, le créancier est libre d'agir ou d'attendre (1). S'agissait-il au contraire d'un fidéjusseur ayant promis seulement ce que le créancier ne pourrait pas sauver du débiteur principal? la décision était différente; il suffisait qu'après l'échéance le débiteur eût été solvable pour que le fidéjusseur cessât, à tout événement, de devoir ce que le créancier avait eu la faculté d'exiger et d'obtenir (2).

L'unité a-t-elle été faite au Bas-Empire, sur ce point, entre les débiteurs accessoires?

Des auteurs ont soutenu que, depuis la nov. 4, tous les débiteurs accessoires, ayant le bénéfice de discussion, ne devaient plus, en fin de compte, que ce que le créancier ne pourrait pas exiger du débiteur principal, et étaient, par conséquent, assimilables à des *fidejussores indemnitis*. Ils ont proposé d'étendre à tous la décision admise autrefois pour ces derniers seulement, en ce qui concerne le retard apporté par le créancier dans ses poursuites (3).

Cette opinion est contraire à la raison du droit. L'existence d'une sûreté personnelle ne doit avoir pour effet, ni de pousser le créancier à des poursuites plus promptes, plus dures contre le débiteur principal, ni de rendre le créancier responsable de l'insolvabilité qui éclate alors qu'il attend le paiement de la dette. — Le débiteur accessoire a un moyen bien simple d'éviter tout préjudice de cette nature; il n'a qu'à payer la dette échue et à exercer un recours immédiat contre le débiteur principal.

La décision de la loi 41 pr. D. 46. 1. doit donc être, même après la nov. 4, limitée au *fidejussor indemnitis*, comme une conséquence de la volonté accidentelle des parties et de la rédaction spéciale donnée à ce cautionnement.

Notre Code civil, quoiqu'il admette le bénéfice de discussion, a repoussé la conséquence que Voet avait essayé d'en tirer; traçant les règles générales du cautionnement, il a reconnu la faculté pour le créancier d'agir à son heure et fait abstraction de la particularité admise à l'égard du *fidejussor indemnitis*, particularité qu'une clause expresse peut au surplus introduire (4).

Nous avons vu l'idée simple de la garantie personnelle donner lieu à des procédés multiples, divers, destinés à concilier de

(1) SCÆVOLA. f. 62. DIG. 46. 1. *De fidej.* — (2) MODEST. f. 41. pr. DIG. *Eod.* — (3) VOET. *Ad Pand.* 46. 1. § 38. — (4) Art. 2039. C. civ.

mieux en mieux les intérêts opposés de la caution qui rend un service gratuit et du créancier qui veut être en sûreté, puis, après ces essais et ces tâtonnements, une réglementation uniforme prévaloir, presque en tout, sans porter atteinte à la liberté des conventions.

J. E. L.

APPENDICE VI. (N° 1440.)

DU CONTRAT LITTÉRAL.

Dans le travail qu'il a publié sur le contrat littéral (*Observations sur le contrat verbis*, 1873), M. Gide donne d'excellents développements sur les *transcriptitia nomina*. Mais, dans la seconde partie de ce travail, il soutient, contrairement à M. Ortolan, l'opinion qui domine aujourd'hui en Allemagne, suivant laquelle il y aurait lieu de signaler une confusion d'idées chez les rédacteurs des Instituts de Justinien, lorsqu'ils nous présentent comme constituant au Bas-Empire une obligation littérale la *cautio* énonçant la dette d'une somme qui n'aurait pas été effectivement versée : *si quis debere se scripserit, quod ei numeratum non est* (Just. *Inst.* III. 21).

On connaît le texte correspondant de Gaius (III. 134), qui semble bien introduire pour les *peregrini* une institution devenue ensuite le droit commun à l'époque de Justinien; de même que la propriété bonitaire est devenue à cette époque une vraie propriété. — « *Præterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat : ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est.* »

Pour repousser le puissant argument que fournit ce texte, M. Gide fait observer que les *chirographa* et les *syngraphæ*, ainsi que le nom l'indique, remontent à la législation athénienne. Or, il est constant qu'à Athènes, du moins du temps de Démosthène, les écrits n'étaient jamais qu'un mode de preuve. Est-il possible que la jurisprudence romaine, au moment même où elle rompait avec l'ancien formalisme, ait songé à transformer le *chirographum* en un nouveau contrat littéral?

Comment donc expliquer, ajoute le savant auteur, la mention faite par Gaius d'une *litterarum obligatio* usitée chez les *peregrini*? C'est que, dans la jurisprudence romaine, ce qui constitue la promesse, ce n'est point le consentement, c'est la formule par laquelle ce consentement se manifeste : la *stipulatio* ou la *transcriptio*. Cherchant dans les usages des Grecs ce qui peut correspondre à la formule romaine, en supposant l'absence