

Des obligations
solidaires en droit
romain et en droit civil
français : thèse... / par
Charles-Marcel
Vernhes,...

Vernhes, Charles-Marcel. Des obligations solidaires en droit romain et en droit civil français : thèse... / par Charles-Marcel Vernhes,.... 1874.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici pour accéder aux tarifs et à la licence](#)

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

24.
7h.

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

THÈSE
POUR LE
DOCTORAT

PAR
CHARLES-MARCEL VERNHES

Avocat à Parthenay (Deux-Sèvres).

PARTHENAY

IMPRIMERIE TYPOGRAPHIQUE DE PAUL BOURSON

1874

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

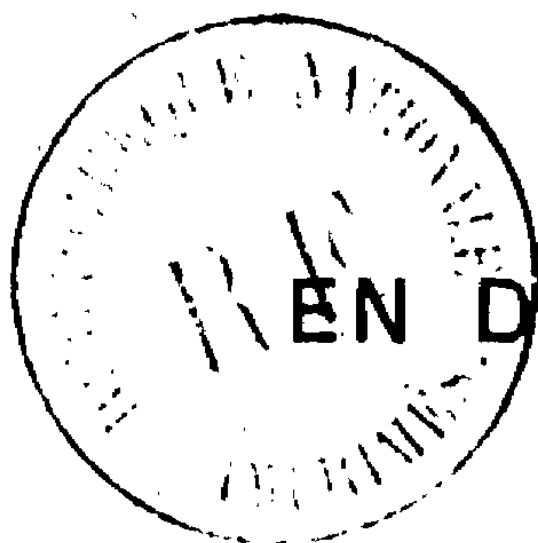
DES

OBLIGATIONS SOLIDAIRES

EN DROIT ROMAIN

ET

EN DROIT CIVIL FRANÇAIS



THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR

ET SOUTENUE

LE 19 MARS 1871, A TROIS HEURES DU SOIR

PAR

CHARLES-MARCEL VERNHES

Avocat à Parthenay.



PARTHENAY

IMPRIMERIE TYPOGRAPHIQUE DE PAUL BOURSON

1871

171

45974

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS.

MM. LEPETIT ✱, *doyen, professeur de Droit commercial.*
BOURBEAU (C. ✱), *doyen honoraire, professeur de
Procédure civile et de Législation criminelle.*
RAGON ✱, *professeur de Droit romain.*
MARTIAL PERVINQUIÈRE ✱, *professeur de Droit
romain.*
DUCROcq, *professeur de Droit administratif.*
ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE, *professeur de Code
civil.*
LECOURTOIS, *professeur de Code civil.*
THÉZARD, *professeur de Code civil.*
NORMAND, *agrégé, chargé du cours de Droit pénal.*
DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *agrégé.*
PARENTEAU-DUBEUGNON, *agrégé.*

M. ARNAUD, *secrétaire agent comptable.*

COMMISSION :

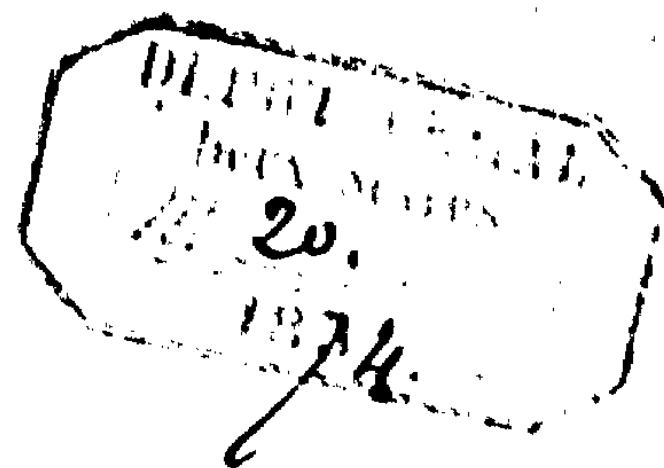
PRÉSIDENT : M. O. BOURBEAU (C. ✱).

SUFFRAGANTS :

{	M. MARTIAL PERVINQUIÈRE ✱,	}	professeurs.
	M. LECOURTOIS,		
	M. THÉZARD,		
	M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES,		
			agrégé.

MEIS ET AMICIS.

©



DROIT ROMAIN

DES

OBLIGATIONS SOLIDAIRES

INTRODUCTION

L'obligation est définie dans les Instituts de Justinien (L. III, t. 13, pr.) : *Juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei secundum nostræ civitatis jura.*

Dans toute obligation, nous trouvons deux personnes placées dans des situations inégales : le créancier d'une part, armé d'un droit étendu au-delà de ses limites naturelles, le débiteur de l'autre, dans un état d'assujétissement, de contrainte, lié en quelque sorte au créancier pour l'exécution de l'acte qu'il doit accomplir. Cet acte peut être de natures différentes : *Obligationem substantia*, dit Paul, *in eo... consistit, ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum, vel præstandum.* (L. 3. pr. de oblig. et act., 44, 7).

Dare, facere, prestare, tels sont, en effet, les trois mots sacramentels que nous retrouvons constamment en droit romain et dont la réunion dans les formules juridiques indique de la façon la plus générale l'objet possible de toute obligation.

Il peut arriver que le lien de droit, unique en apparence, rattache en même temps plusieurs sujets passifs à plusieurs sujets actifs, plusieurs débiteurs à plusieurs créanciers.

Dans cette hypothèse, la règle est que l'obligation, étant par ailleurs susceptible de division, se décompose en autant d'obligations isolées, indépendantes les unes des autres, qu'il existe de sujets actifs et de sujets passifs.

Ainsi, selon le droit commun, la créance se divise entre les créanciers, la dette se répartit entre les débiteurs, chacun d'eux n'est censé avoir stipulé ou promis que pour une part virile; de même, si deux personnes sont condamnées en termes généraux au paiement d'une certaine somme, chacune d'elles ne peut être poursuivie en vertu du jugement que pour sa part (A).

Le résultat serait tout différent s'il s'agissait d'une condamnation purement pénale.

Plusieurs personnes ayant, par exemple, commis en commun un vol à mon préjudice, au point de vue de la peine que je puis leur infliger par l'exercice de l'*actio furti*, chacune d'elles sera considérée comme agent unique du délit, et condamnée en conséquence pour la totalité. *Quod alius prastitit alium non relevat exm sit pœna*; donc, autant de voleurs, autant de condamnations au double ou au quadruple.

(A) L. 11, §§ 1 et 2 de *duob. reis*, 45. 2.—L. 1, Code, *si plures una sententia*, 7, 55.

Et la rigueur de ces condamnations ne serait pas diminuée, alors même qu'il serait démontré que l'un des codélinquants n'a pu commettre le délit à lui tout seul (b).

Mais une modification remarquable peut être apportée à la manière d'être ordinaire d'une obligation divisible, rendant plus rigoureux l'engagement des débiteurs, sans cependant amener les conséquences extrêmes de l'obligation qui naît du délit ; et cette modification des règles du droit commun, plus fréquemment usitée au point de vue passif, peut également être introduite au point de vue actif et produire des effets analogues.

Plusieurs créanciers ayant simultanément contracté avec plusieurs débiteurs, il peut se faire que chacun des créanciers ait le droit d'exiger le paiement de la totalité de la créance, que chaque débiteur puisse être poursuivi pour la totalité de la dette, de telle sorte cependant que la prestation de la chose due étant une fois effectuée par un seul des débiteurs entre les mains d'un seul des créanciers, tous les codébiteurs soient libérés vis-à-vis de tous les cocréanciers.

C'est cette modalité spéciale de l'obligation qui fait l'objet de ce travail.

Pour indiquer ce rapport de droit exceptionnel, les Romains se servent d'expressions techniques.

Les créanciers se nomment alors *duo rei stipulandi* ou *credendi* ; les débiteurs : *duo rei promittendi* ou *debendi*, cette dernière dénomination, moins usitée, se rencontre cependant dans une loi bien connue (c).

(b) L. 55, § 1, *de adm. et peric. tut.* 26, 7. — L. 1, § 19, *si is qui testam.* 47, 1. — L. 21, § 9, *de Furtis*, 17, 2.

(c) L. 31, *de Receptis*, 4, 8.

Le mot *reus* correspond assez bien au mot français *partie*, ce serait, malgré une certaine confusion des textes, l'entendre dans un sens étroit que vouloir le traduire toujours et nécessairement par débiteur ou défendeur.

Reus est qui cum altero litem contestatam habet, sive is qui egit sive cum eo actum est, nous dit Festus et de même Cicéron (de Oratore, L. 2, n° 43) : *Reos appello non eos modo qui arguuntur sed omnes quorum de re disceptatur, sic enim loquebantur*.

En matière d'obligation, et surtout en matière de stipulation, le mot *reus* est constamment employé.

Qui stipulatur, dit la loi 1 du titre que nous allons examiner, *reus stipulandi dicitur, qui promittit reus promittendi dicitur*.

Enfin, au point de vue de la modalité qui nous occupe, ces deux expressions, *duo rei*, ne signifient pas deux créanciers ou deux débiteurs quelconques, mais deux créanciers ou deux débiteurs qui sont liés par une convention spéciale ou plus généralement par un lien plus énergique, dont les droits ou les devoirs ont été modifiés en ce sens que chacun des créanciers pourra exiger la totalité, que chacun des débiteurs pourra être contraint à payer la totalité et que le paiement valablement effectué une seule fois éteindra en même temps la créance et la dette de tous.

Si au lieu de deux créanciers ou de deux débiteurs dans cette situation particulière, il en existe un plus grand nombre, les juriconsultes les nomment *correi*. (L. 3, § 3, de lib. leg., 43, 3.)

D'ailleurs, on parle de *correi stipulandi* et de *correi promittendi* même à propos d'autres contrats que la sti-

pulation ; Papinien se sert de ces expressions quand il s'agit de dépôt , de commodat , de vente , de louage ou de testament (D), dans un texte sur lequel nous aurons occasion de revenir.

Ces mots *correi stipulandi vel promittendi* désignent une situation spéciale , un rapport bien déterminé ; les interprètes du droit romain les ont traduits dans leur langue par des expressions dérivées du latin *correus* , et notamment , en français , on appelle cette modalité de l'obligation, *corréalité* , de même que les créanciers ou les débiteurs d'une obligation de ce genre sont nommés débiteurs ou créanciers *correi*.

Le même rapport de droit est quelquefois exprimé dans les textes d'une manière différente. On le désigne ainsi : *In solidum obligari*.

Dans ce sens, Justinien nous dit : *Stipulantibus solidum singulis debetur et promittentes singuli in solidum tenentur*.

Cette expression, *in solidum*, que l'on peut traduire en français par ces mots : pour le tout , est loin d'être l'équivalent de la première que nous avons rencontrée. Elle est beaucoup plus vague , et si elle désigne clairement le principal effet de l'obligation corréale, il faut reconnaître qu'elle se présente souvent avec un sens tout différent et dans des circonstances où il ne s'agit nullement de la situation particulière que nous examinons. Tantôt elle indique l'existence de la corréalité entre créanciers ou débiteurs , tantôt elle désigne un rapport personnel d'une autre nature , tantôt enfin elle est employée pour faire antithèse à certaines limitations

(D) L. 9, *pr.*, de *duob. reis*. 45, 2. — L. 1, § 41, *depositi*, 16, 3. — L. 16, de *Legatis* 2°.

qui n'ont même rien de commun avec un rapport juridique entre plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs.

Ainsi, un fils de famille s'étant obligé envers moi, deux actions me sont ouvertes, l'une contre le fils pour le tout, *in solidum*, l'autre contre le père, mais seulement jusqu'à concurrence du pécule : *duntaxat de peculio*.

Les jurisconsultes expriment aussi par ces mots : *in solidum teneri*, le fait qu'un héritier n'est pas responsable dans la seule limite des biens qu'il a recueillis, ou que quelqu'un n'est pas tenu seulement jusqu'à concurrence de sa solvabilité, ou bien encore ils opposent, en se servant de cette expression, le cas où un maître étant tenu d'une action pénale par suite du délit de son esclave, a le droit de se libérer par l'abandon noxal au cas où le délit ayant été commis *sciente domino*, le maître est tenu pour le tout de la *noxalis actio* (E).

Concluons de tout ceci avec M. de Savigny que l'expression, *in solidum teneri*, désigne d'une manière générale « Un tout illimité par opposition à une certaine limitation, que cette limitation repose sur une division » du tout ou sur une exception ou sur une restriction. » (Droit des obligations, 1873, § 16, p. 154.)

En dehors de certaines circonstances où l'on peut prétendre que les jurisconsultes romains disant de plusieurs débiteurs qu'ils sont tenus *in solidum*, ont entendu désigner le rapport spécial que nous nommons corréalité, il peut encore arriver que cette expression leur serve à indiquer une situation particulière, dans laquelle l'obligation des débiteurs, présentant avec l'obli-

(E). L. 41 de *peculio* 15, 1. — LL. 23 et 25 de *re. jud.* 42, 1. — L. 3, pr., de *pecun. const.* 13, 5. — L. 2, pr., de *nox. act.* 9, 1.

gation véritablement corréale la plus grande analogie, en diffère cependant en certains points importants de telle sorte qu'elle doive en être distinguée avec un soin tout particulier.

Ainsi dans les lois 1, § 10 et 3 du titre *de his qui effuderint vel dejecerint* (9, 3), nous voyons que s'il est tombé d'un appartement occupé par plusieurs personnes, sur la voie publique, un objet dont la chute ait occasionné quelque préjudice sans que l'on puisse découvrir sur lequel des colocataires doit reposer la responsabilité, chacun d'eux est tenu *in solidum* de l'action prétorienne donnée à la victime de cet accident, de telle sorte cependant que le paiement fait par un seul des locataires soit libératoire pour tous (f).

Il y a bien dans ces deux circonstances analogie parfaite entre les débiteurs *in solidum* et les débiteurs *correi*, mais nous établirons plus tard que sur d'autres points leurs situations diffèrent totalement; au point de vue de la *litis-contestatio*, par exemple, ainsi que du recours, de la faute, etc.

Nous remarquerons en même temps que cette distinction ne se trouve dans les textes que relativement aux débiteurs; les créanciers *in solidum* paraissent avoir toujours été assimilés par les jurisconsultes romains à de véritables créanciers *correi*.

Ainsi, nous pouvons constater qu'en droit romain, lorsqu'on dit qu'une certaine somme est due par plusieurs, cela peut s'entendre de quatre façons différentes :

(f) L'auteur direct du dommage, s'il était connu, tomberait sous le coup de la loi *Aquilia*. — Aj. L. 1, § 4, *de eo per quem factum erit quominus quis in iudicium sistat*. 2, 10 : *si plures dolo fecerint, omnes tenentur, sed si unus præstiterit pœnam, cæteri liberantur, cum nihil intersit*.

1° La dette est divisée entre les débiteurs, chacun d'eux ne peut être poursuivi que pour sa part virile.

C'est la règle de droit commun, le cas le plus ordinaire, celui qui sera toujours présumé en l'absence d'une manifestation contraire de la volonté des parties.

2° Chacun des débiteurs peut être poursuivi pour la totalité et la totalité doit être payée autant de fois qu'il existe de débiteurs.

C'est le cas d'une action purement pénale.

3° Chacun des débiteurs peut être poursuivi pour la totalité; mais le paiement fait par un seul d'entre eux libère tous les autres; il y a unité absolue de la dette, ce qui entraîne des conséquences rigoureuses, au point de vue de la simple poursuite, par exemple, de la faute, du recours, etc. On suit à la lettre le principe de la loi des XII Tables :

Quum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupasset ita jus esto. (Festus, v. *nuncupatio*.)

Dans ce cas, nous disons qu'il y a *corréalité*.

4° Enfin chacun des débiteurs pouvant être poursuivi pour la totalité et le paiement d'un seul étant libératoire pour tous comme dans l'hypothèse précédente, les circonstances dans lesquelles s'est produit le commun engagement sont telles qu'il n'y a pas lieu de s'attacher strictement aux paroles qui ont pu être prononcées; on n'est plus enchaîné par les règles rigoureuses du droit primitif, dès-lors, les considérations d'équité obtiennent une légitime prépondérance, et à raison des différences nombreuses qui découlent de cette circonstance particulière, nous distinguons ce cas du précédent, nous disons qu'il y a alors obligation *simpliciter in solidum* ou bien obligation *simplement*

solidaire. Malgré les critiques dont cette terminologie a été l'objet de la part de M. Ortolan, le savant et regretté professeur de la Faculté de Paris (t. 3, n° 1823), je persiste à regarder une distinction entre ces deux situations juridiques comme indispensable.

Nous nous trouvons en face de deux espèces d'obligations dont l'analogie, au premier coup d'œil, est évidente, mais l'étude des textes nous apprend qu'il existe entre elles des différences considérables, pourquoi, alors que rien ne nous contraint à une semblable extrémité, les désigner par une seule et unique expression et nous exposer gratuitement à les confondre dans leurs effets après les avoir confondues dans leurs noms ?

Telle est d'ailleurs la manière de voir de ceux qui ont écrit sur le droit romain avec la plus grande autorité (c).

Je me borne, pour le moment, à énoncer la distinction de l'obligation *in solidum* ou simplement solidaire et de l'obligation corréale, me réservant de l'examiner d'une manière approfondie lorsque je traiterai des effets de ces obligations.

Il me reste seulement à faire observer qu'il m'arrivera fréquemment d'employer isolément et en dehors de toute antithèse ces mots génériques : *solidarité*, obligation *solidaire*, c'est qu'alors il s'agira d'un caractère commun à l'obligation corréale et à l'obligation *in solidum* ; il m'a paru plus simple de les désigner ainsi au point de vue d'une règle également applicable à toutes

(c) Demangeat (Des obligations solidaires, 1850, p. 13). — Puchta (Cours publics § 233-235). — De Wangerow (p. 64-101). — Ribentropp (Théorie des oblig. corréales §§ 5, 11, 27). — De Savigny, *loco. cit.* p. 153, etc.

les deux par une seule expression sur le sens général et la portée de laquelle il ne peut exister désormais aucune incertitude (ii).

Ce traité sera divisé en six chapitres, dans lesquels j'examinerai successivement :

1° Les caractères de l'obligation corréale ou solidaire ;

2° Comment elle s'établit ;

3° Les effets de la corréalité entre créanciers ;

4° Les effets de la corréalité ou de la simple solidarité entre débiteurs ;

5° Quels sont les débiteurs *correi* ou solidaires qui ont joui du bénéfice de division ;

6° Comment s'établit le recours entre créanciers ou entre co-débiteurs.

CHAPITRE I^{er}

Caractères de l'obligation corréale ou solidaire.

Le caractère fondamental et distinctif de la solidarité en général, c'est que chacun des créanciers peut réclamer la totalité de la dette à chacun des débiteurs et que le paiement fait une fois, éteint en même temps la créance et la dette de tous. (L. 2, D. *h. t.*). C'est ce que dit Justinien dans ses Instituts : « *Ex hujusmodi obligationibus et stipulantibus solidum singulis debetur et*

(ii) Pour plus de simplicité, en traitant de la corréalité entre créanciers, je supposerai qu'il n'existe qu'un seul débiteur, et inversement, en parlant de la solidarité entre débiteurs, je raisonnerai comme s'il n'y avait qu'un seul créancier.

promittentes singuli in solidum tenentur; in utraque tamen obligatione una res vertitur et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo, omnium perimit obligationem et omnes liberat. » (Inst. 3, 16, § 1).

Ce droit donné au créancier d'agir pour le tout contre l'un quelconque des débiteurs se rencontre encore si l'obligation des débiteurs est indivisible. Là aussi l'objet dû ne doit être payé qu'une seule fois; un seul paiement, une seule prestation éteint la créance et la dette; mais à part ces deux points de contact, l'obligation solidaire diffère totalement de l'obligation indivisible. La solidarité résulte de la volonté des parties, tandis que l'indivisibilité vient de la nature de l'objet de la dette, du moins en général. De cette première différence en découle une seconde : si l'un des débiteurs solidaires vient à mourir, son obligation se divise entre ses héritiers (A); s'il s'agit du débiteur d'une chose *quæ divisionem non recipit*, chacun de ses héritiers peut être poursuivi pour le tout, parce que la modalité de l'obligation persiste tant que le même objet reste dû. D'ailleurs, les effets de l'obligation indivisible varient d'après les causes diverses qui peuvent produire l'indivisibilité, mais nous n'avons pas à entrer dans ces détails (B).

Une seconde condition essentielle pour qu'il y ait solidarité, c'est que l'objet dû soit le même, autrement dit, que l'étendue de l'obligation soit égale pour tous les débiteurs et pour tous les créanciers.

C'est en se plaçant à ce point de vue de l'identité de

(A) L. 6, Code, *famil. ercisc.* 3, 36. — L. 25, §§ 9 et 13, D. *fam. ercisc.* 10, 2.

(B) L. 102, de R. J., 50, 17. — L. 85 de Verb. obl. 45, 1.

l'objet de la dette, que les juriconsultes nous disent, en parlant de l'obligation corréale, que malgré la pluralité des créanciers ou des débiteurs, il n'y a qu'une seule obligation : *utique cum una sit obligatio, una et summa est.* (L. 3, § 1, D. *h. t.*). De même Javolenus dit dans la loi 2 de notre titre *tota solvitur obligatio*; idée parfaitement indiquée par Justinien dans le fragment précédemment cité : *una res vertitur.*

Je n'examine pas pour le moment comment on est amené à dire que dans l'obligation corréale seule il y a unité absolue de la dette, tandis que dans l'obligation *in solidum* il existe autant de dettes que de personnes obligées, je me borne à constater que dans l'obligation *in solidum*, de même que dans l'obligation corréale entre créanciers ou entre débiteurs, l'étendue de la chose stipulée ou promise, objet de la créance ou de la dette, doit être la même pour tous.

D'ailleurs, même en matière de corréalité, si l'on se place au point de vue des personnes, on aperçoit autant de liens différents que d'individus. C'est ce que remarquent tous les juriconsultes *Nam etsi maxime parum causam suscipiant; nihilominus in cujusque personæ propria singulorum consistit obligatio*; nous dit Papinien. (L. 9, § 2, D. *h. t.*)

Ces deux principes, unité plus ou moins absolue de l'obligation par rapport à l'objet, multiplicité des obligations par rapport aux personnes, nous serviront plus tard à résoudre certaines difficultés. En attendant, nous savons que l'étendue de l'engagement doit être la même pour tous les débiteurs solidaires en général, et l'étendue de la créance la même pour tous les créanciers corréels. Nous trouvons au titre de *Duobus reis* plusieurs

textes qui font l'application de ce principe dans diverses hypothèses où il s'agit soit d'une obligation *corréale* entre créanciers ou entre débiteurs, soit d'une obligation *simpliciter in solidum*.

Un dépôt a été fait entre les mains de deux personnes ; *apud duos*. D'après le droit commun, les dépositaires rendant un service ne répondent que de leur dol ; selon Ulpien, chacun répond pour sa part du dol commis par lui seul et *in solidum* du dol commun : *Non enim electione sed solutione liberantur quod si alter vel nihil vel minus facere possit ad alium pervenietur* (c). Je suppose que l'un de ces codépositaires se soit engagé par un pacte *in continenti* à répondre même de sa simple faute. Y a-t-il encore solidarité ? Non, dit Papinien (L. 9, § 1, *h. t.*) « *Verius est non esse duos reos à quibus impar suscepta est obligatio.* »

Ainsi, ils ne sont point solidaires (d). Quelle sera donc leur responsabilité s'ils se rendent coupables d'un dol commun ? D'après la décision de Papinien, il faut nécessairement admettre que l'obligation se divise entre eux, puisqu'il n'y a ni indivisibilité ni solidarité.

Donc, malgré ce qui a lieu d'ordinaire, chacun des codépositaires sera tenu pour moitié du *dolus communis*, absolument comme le seraient, dans des conditions

(c) L. 1, § 13, *depositi* 16, 3.

(d) Papinien suppose avec raison que l'aggravation de la responsabilité provient d'un pacte *in continenti*, parce que, en vertu du principe *ne ex pacto actio nascatur* (L. 7, § 5, *de pactis*, 2, 11), un pacte *ex intervallo* aggravant étant inefficace, il serait inutile de rechercher quelle pourrait en être l'influence sur la solidarité. De plus, le pacte intervenu ne pouvait avoir pour but que d'aggraver la responsabilité ordinaire, parce qu'on ne peut valablement convenir qu'on ne répondra pas de son dol. *Non valere si convenerit ne dolus præstetur.* (L. 23, *de R. J.* 50, 17).

analogues, les héritiers d'un dépositaire unique décédé ; ainsi que le décide la loi 22 *Depositi* (16, 3) : *Si res non restituetur condemnandum pro qua parte heres existit.*

Les mêmes principes trouvent leur application dans d'autres circonstances. Ainsi, il n'y aurait pas de solidarité entre des colocataires ou des commodataires d'une chose en commun, si l'un d'eux était convenu avec le créancier de ne répondre que de son dol. Chacun des colocataires ou des commodataires, en effet, est tenu de sa simple faute ; ce qui les rend, en principe, responsables *in solidum* du vol, par exemple, qu'ils auraient pu empêcher par leur *diligentia* ; mais ce rapport de solidarité sera modifié si l'un d'eux a obtenu de ne répondre que de son dol ; il n'y a pas de solidarité entre ceux à *quibus impar suscepta est obligatio*.

Après avoir donné cette première décision, Papinien examine une hypothèse tout à fait opposée. Il peut se faire que dans le contrat primitif les codépositaires se soient tous obligés à répondre de leur simple faute ; dans ce cas, dit le jurisconsulte, il y a véritablement solidarité, et cette solidarité persisterait alors même que plus tard le créancier viendrait décharger l'un des débiteurs de cette lourde responsabilité, en convenant qu'il ne serait tenu que de son dol : *Quia posterior conventio quæ in alterius persona intercessit statum et naturam obligationis quæ duos initio res fecit mutare non potest* (E).

S'il y a faute commune, le dépositaire favorisé pourra repousser par l'exception *pacti conventi* l'action *in soli-*

(E) En principe, le pacte *ex intervallo* ne peut procurer à celui en faveur duquel il est intervenu qu'un moyen de défense. (Voir cependant Inst. III, 29, § 1.)

dum du créancier déposant ; mais puisque en réalité , sauf le bénéfice de sa convention , il est toujours débiteur solidaire, si au lieu d'une faute commune il y avait dol commun , comme la convention ne le protégerait plus, il pourrait être condamné *in solidum*, selon les règles ordinaires. Il en serait de même *à fortiori*, si au lieu d'un dol commun c'était le dol propre de ce débiteur qui donnait ouverture à l'action du déposant.

Enfin, il est tellement vrai que la solidarité persiste nonobstant toute convention postérieure, que si les deux codépositaires coupables d'une simple faute commune étaient *socii*, le pacte déchargeant l'un d'eux de la responsabilité de cette faute pourrait être invoqué par l'autre : *etiam alteri pactum cum altero factum proderit*. Ce n'est qu'une application particulière de la théorie du pacte de remise *in rem* accordé à l'un des débiteurs *socii*.

Tel est, en résumé, le texte dans lequel Papinien nous montre les conséquences de cette condition nécessaire à l'existence de la solidarité : l'égalité dans l'étendue des divers engagements.

Nous trouvons une seconde application des mêmes principes dans la loi 15 de notre titre. Gaius nous apprend ici qu'il n'y a pas de solidarité si la chose stipulée au profit de deux créanciers se présente avec des caractères distincts pour chacun d'eux.

Si id quod ego et Titius stipulamur in singulis personis proprium intelligitur ; non potuerimus duo rei stipulandi constitui Veluti cum usumfructum aut dotis nomine stipulemur.

Quelles sont les hypothèses particulières proposées en exemples ? Un usufruit et une constitution de dot.

La première idée qui se présente à l'esprit est celle-ci : l'étendue d'un droit d'usufruit diffère selon la tête sur laquelle il est constitué ; l'étendue d'une dot varie selon la personne qui doit se marier, à laquelle elle est donnée *pro modo facultatum patris et dignitate mariti*.

Je n'ai donc pas stipulé le même objet que Titius, puisqu'il est de l'essence de ces deux droits d'être plus ou moins considérables selon que le paiement en sera fait à l'un ou à l'autre de nous deux ; par conséquent, point de solidarité.

Cette explication, certainement la plus simple, la plus naturelle, me paraît également la meilleure. Je n'admettrai donc pas celle de Pothier. D'après ce jurisconsulte (n° 11, *h. t.*), il faudrait supposer, pour l'usufruit, que l'un des stipulants est déjà nu-propriétaire du fonds ; pour la constitution de dot, que l'un des stipulants va épouser Titia au nom de laquelle elle est donnée. En premier lieu, il est évident qu'on introduit ainsi gratuitement dans le texte de Gaius des suppositions auxquelles, sans doute, il ne s'est jamais arrêté ; ce motif suffirait à lui seul pour faire rejeter cette interprétation ; mais il y a quelque chose de plus, elle est manifestement contraire au texte ; en effet, l'usufruit ne pouvant être concédé qu'au nu-propriétaire et la dot ne pouvant être donnée qu'au mari, il arriverait toujours dans ce système que l'une des stipulations serait inutile ; or Gaius suppose nécessairement les deux stipulations valables, puisqu'il parle de solidarité.

En poursuivant l'examen du texte, nous trouvons une troisième espèce, analogue aux [deux précédentes, et empruntée comme elles à Julien par le] jurisconsulte Gaius. A la manière dont elle est rapportée, il est facile

de reconnaître le procédé qu'ont employé d'ordinaire les commissaires de Justinien pour accommoder les décisions anciennes au droit de cet empereur.

Primus et Secundus stipulent 10 ou Stichus, esclave qui appartient à Primus.

Il n'y a pas solidarité. Pourquoi? parce que l'objet de la créance de Secundus est 10 ou Stichus, tandis que l'objet de la créance de Primus est seulement 10, ce dernier ne pouvant stipuler valablement sa propre chose (F).

Puisqu'il n'y a pas solidarité, les créances restent distinctes; donc, le paiement de l'une d'elles laisse l'autre intacte; donc, le promettant ayant payé 10 à Primus peut être poursuivi par Secundus pour sa dette vis-à-vis de lui de 10 ou Stichus : *nihilominus alteri obligatus manet*; telle est la conséquence nécessaire de l'existence séparée des deux obligations distinctes. Cependant, ainsi que le fait remarquer M. Demangeat (p. 366, l. c.), il est fort probable que l'on aurait accordé au débiteur l'exception de dol, s'il était démontré que dans l'intention des parties le paiement ne devait être exigé qu'une fois. Mais quoiqu'il en soit de l'opinion des jurisconsultes anciens sur ce point de droit, les commissaires de Justinien ont ajouté au texte de Gaius ces mots significatifs : *Sed dicendum est ut si decem alteri solverit ab altero liberetur*. Ils nous apprennent ainsi que dans le dernier état du droit le paiement fait à l'un des créanciers libère le débiteur vis-à-vis de l'autre; bien entendu, il n'y a point pour cela corréalité entre les deux créanciers.

(F) L. 1, § 10, de obl. et act., 41, 7. — Instit. de Inut. stipul., § 2

Je rattache au principe de l'égalité de la dette pour tous, l'explication de certaines difficultés qui sont résolues par les textes, dans lesquels nous voyons, par exemple, qu'il peut y avoir solidarité alors même que l'objet promis est un fait et non une chose.

Il faut cependant reconnaître que le fait de l'un des débiteurs ne paraît pas pouvoir jamais être absolument équivalent au fait de l'autre. Il y a donc lieu d'examiner avec les juriconsultes à quelles conditions, en cette matière, la solidarité sera possible au point de vue passif.

Peut-on promettre solidairement des soins : *custodiam, curam* ?

Certainement ; j'en trouve la preuve dans la loi 9, § 1, *h. t.*, précédemment expliquée, et dans la loi 5, § 15, *commodati* (13, 6), où le juriconsulte Ulpien, d'accord avec Celsus, nous dit : Si un char a été loué à deux personnes à la fois, bien que chacune d'elles puisse prétendre qu'elle n'en use que *pro parte*, cependant, à cause de l'intention probable des parties, on doit les considérer comme responsables *in solidum* du dol, de la faute, de la *diligentia* et de la *custodia* : *Quare duo quodammodo rei habebuntur*. Nous pouvons remarquer, avec Ulpien, qu'il n'y a pas ici une véritable corréalité, les colocataires sont seulement *quodammodo correi*. (V. ch. iv).

Peut-on promettre solidairement les travaux d'un artisan ?

D'abord, il résulte de ce principe bien connu : *alienum factum promittere nemo potest* (Instit. III, 19, §§ 3 et 21), que deux personnes ne peuvent promettre solidairement le fait d'un tiers. Mais on peut se demander si

plusieurs personnes peuvent promettre solidairement leur industrie ou l'industrie de l'un d'eux.

C'est à cette question que répond la loi 5 de notre titre, sur le sens de laquelle les interprètes sont loin d'être d'accord.

Nemo est, dit le jurisconsulte Julien, qui nesciat alienas operas promitti posse et fidejussorem adhiberi in ea obligatione. Et ideo nihil prohibet duos reos stipulandi constitui vel promittendi. Sicuti ab eodem fabro duo rei stipulandi easdem operas stipulentur; et ex contrario duo fabri ejusdem peritiæ easdem operas promittere intelliguntur et duo rei promittendi fieri.

Examinons d'abord les diverses explications dont ce texte est susceptible.

D'après Pothier (*h. t.* n^o, 2) : Julien veut dire qu'un *correus promittendi* ne peut exister [en matière d'*operæ alienæ* que dans les conditions où pourrait exister un fidéjusseur. C'est-à-dire que le *correus promittendi* devra promettre expressément son propre fait et non le fait de l'autre débiteur. Un fidéjusseur, en effet, ne peut valablement promettre le fait du débiteur principal. *Reum principalem, daturum vel facturum aliquid frustrà promittunt, quia factum alienum inutiliter promittitur.* (L. 65, de fidej., 46, l.)

Selon M. Demangeat (p. 120, l. c.), cette interprétation serait erronée ; Julien parle de *correi stipulandi* ; or, quand il s'agit de savoir si le débiteur a promis ou non le fait d'autrui, qu'importe-t-il d'examiner s'il y a un seul stipulant ou s'il en existe plusieurs ?

Cette objection ne me paraît pas parfaitement concluante ; en effet, le texte peut être ainsi traduit : « de » même qu'on peut toujours constituer *duo rei stipu-*

» *landi* du fait d'un débiteur, de même on peut, à la condition indiquée, constituer *duo rei promittendi*; » autrement dit, en matière d'*operæ alienæ*, il peut toujours exister deux créanciers *correi*, mais si l'on veut qu'il y ait deux débiteurs *correi*, il faut observer la même règle que pour un fidéjusseur et un débiteur principal.

L'interprétation de Pothier demeure donc entière, mais je constate que d'après elle, Julien aurait simplement énoncé cette vérité indiscutable : à savoir qu'une stipulation inutile ne peut créer la solidarité.

D'après Cujas, dont l'opinion est reproduite par M. Demangeat, Julien aurait exclusivement en vue les *operæ libertorum*. En effet, dans le titre 22 de son Digeste, nous savons, d'après l'inscription des lois 11 et 23 de *op. lib.* (38, 1), que le jurisconsulte s'occupait principalement de cette matière. Or, il faut distinguer deux sortes d'*operæ libertorum* : les *operæ officiales*, qui ne peuvent être fournies qu'au patron et par le seul affranchi; les *operæ fabriles*, qui peuvent être l'objet d'obligations comme toute chose dans le commerce (c). La loi 5 n'est qu'une application de ces principes.

Pour les *operæ* de la première catégorie, il est clair qu'il ne peut y avoir deux *rei stipulandi* ni deux *rei promittendi*, puisqu'elles ne peuvent exister qu'à la charge du seul affranchi et au bénéfice du seul patron. Pour les autres, au contraire, elles peuvent être l'objet d'une promesse dans les termes du droit commun, soit garantie par un fidéjusseur, soit faite à deux *rei stipulandi* ou à la charge de deux *rei promittendi*. D'ailleurs, il va

(c) LL. 9, § 1; 11; 8 § 1; 10 § 1; 12; 23, pr.; 41; de *Op. Lib.* 38, 1.

sans dire que l'on doit, dans le premier et le dernier cas, respecter le principe *alterius factum nemo promittere potest*.

Est-ce bien la véritable décision du jurisconsulte ? Il paraît peu probable que Julien ait simplement voulu dire que la solidarité n'existe pas si l'une des stipulations est inutile ; c'est cependant à quoi se réduit l'explication proposée. D'ailleurs, les raisons qu'apporte M. Demangeat sont-elles bien déterminantes ?

Rien ne prouve que Julien ait exclusivement en vue les *operæ libertorum*. Il traite, il est vrai, de cette matière dans son livre 22, mais il en parle aussi dans le livre 52, aussi dans le livre 65, comme le montrent les lois 24 et 25 au Digeste (38, 1), et bien ailleurs. Ce premier argument n'est donc pas concluant. Et puis, comment traduit-on *alienas operas* ? absolument comme s'il y avait au texte : *alias operas*, ce qui ne laisse pas de changer un peu le sens. Enfin, je le répète, pourquoi Julien aurait-il précisément traité la question de savoir s'il y a solidarité, quand il s'agit d'une stipulation nulle ? Si l'on reconnaît que l'un des principaux mérites des jurisconsultes romains est de construire des espèces où rien n'est inutile, il faut avouer que Julien se serait grandement écarté de la règle commune en prenant la peine de discuter une semblable naïveté. Il m'a paru qu'il était possible de trouver à la loi 5 de notre titre un sens plus acceptable, et voici la solution que je propose avec d'autant plus de réserves qu'elle m'est personnelle.

Julien recherche si la solidarité peut résulter de la promesse ou de la stipulation d'*operæ alienæ*, c'est-à-dire du travail ou de l'industrie d'autrui. Il dit d'abord

que cette promesse ou cette stipulation doit être valable selon le droit commun ; puis il ajoute, et c'est là le point intéressant dont ne font aucune mention les deux interprétations que j'ai examinées : De plus, il pourra y avoir solidarité s'il existe plusieurs stipulants ou plusieurs promettants, mais à certaines conditions : pour les stipulants, il faudra qu'ils stipulent le même travail du même ouvrier ; pour les promettants, comme chacun d'eux ne peut promettre que son fait et non le fait de l'autre, il est nécessaire que non-seulement ils promettent le même travail, mais qu'ils soient l'un et l'autre d'une égale habileté, *ejusdem peritiæ*, afin qu'il y ait égalité de valeur de la chose promise et que le travail accompli par l'un d'eux soit égal au travail que l'autre aurait pu fournir.

En un mot, Julien a voulu expliquer la règle de l'unité de chose due, règle dont en cette matière l'application pouvait paraître difficile.

Faut-il conclure de toutes ces décisions qui établissent si fortement le principe de l'égalité dans les divers engagements, que la dette doive avoir la même modalité pour tous les débiteurs ? A première vue, il semblerait qu'il dût en être ainsi, au moins en matière de corréalité, mais nous avons remarqué précédemment que si l'obligation est unique au point de vue de l'objet dû, on doit au point de vue des personnes reconnaître autant de liens divers que de sujets actifs ou passifs. Par conséquent, rien n'empêche que l'un des débiteurs jouisse d'un terme ou d'une condition, les autres étant obligés purement et simplement ; et de même pour plusieurs créanciers. Telle est la décision de Florentinus qui forme la loi 7 de notre titre :

Ex duobus reis promittendi, alius purè, alius in diem

vel sub conditione obligari potest. Nec impedimento erit dies aut conditio quominus ab eo qui pure obligatus est, petatur.

Ainsi, parmi plusieurs débiteurs *correi*, l'un peut devoir *pure*, l'autre à terme, le troisième sous condition, etc. Ces deux derniers ne pourront être poursuivis qu'après l'échéance du terme ou l'arrivée de la condition, mais le premier peut être poursuivi immédiatement.

Je rattache à la même idée la disposition de la loi 9, § 2 de notre titre.

J'ai stipulé de deux *rei promittendi* qu'ils feraient venir *ex diversis locis* de l'argent pour me payer à Capoue. Il est clair que je dois nécessairement tenir compte à chacun d'eux du temps nécessaire pour remplir son engagement.

L'argent provenant de lieux divers, il faudra plus ou moins de temps pour le faire venir, ma stipulation contient donc implicitement des termes différents pour chacun des débiteurs. (ii). Nous verrons plus tard que contrairement à l'opinion de Cujas, il n'y aurait pas corréalité si j'avais stipulé *in diversis locis* (*in lib. 27, quæst. Papiniani*), mais je partage l'opinion de ce grand jurisconsulte quand il dit que la stipulation de paiements devant être effectués dans des lieux différents, peut très-bien donner naissance à une obligation corréale. Ainsi, on peut promettre solidairement de l'argent qui provient de lieux divers ou qui doit être versé dans des villes différentes; mais il ne faut pas confondre ces hypothèses avec le cas où plusieurs stipulations

(ii) Instit. III, 15, § 5.

ayant eu lieu en des endroits différents, aucune corréalité n'est possible entre les parties. Ces dispositions sont claires, nous pouvons maintenant examiner les conséquences qu'en tirent les jurisconsultes.

C'est toujours une suite de la même idée qu'une convention de remise, un *pacto de non petendo*, peut être accordé à l'un des débiteurs solidaires, de manière à ne profiter qu'à lui seul; cette faveur n'empêchera pas la solidarité d'exister. On devra donc appliquer, s'il s'agit d'une obligation corréale, les règles strictes qui gouvernent l'extinction vis-à-vis de tous d'une obligation de ce genre.

Ainsi, le débiteur à terme ou sous condition étant poursuivi par le créancier, *ante diem* ou *pendente conditione*, bien que la demande soit rejetée pour cause de plus-pétition, tous les codébiteurs sont libérés; de même, si le créancier s'étant adressé à celui auquel il avait fait remise, son action est repoussée par l'exception *pacti conventi*. Le même résultat se manifesterait si le débiteur à terme, sous condition, ou bénéficiaire d'un *pacto de remise*, payait volontairement le créancier. Seulement, il faut remarquer à cette occasion que dans les cas où le paiement devrait être considéré comme un acte nul, où la loi accorderait à celui qui aurait payé la *condictio indebiti*, l'effet libératoire ne serait pas produit; ainsi, le débiteur payant dans l'ignorance où il est de la condition dont il jouit, ou malgré le *pacto* qui lui procure une exception perpétuelle (1), son paiement est réputé non avenu et en conséquence les codébiteurs demeurent obligés; c'est ce que dit Julien (L. 34,

(1) L. 10- § 1, de cond. ind., 12, 6.

§ 11, *de solut.* 46, 3) : *Si ex duobus reis promittendi alter pepigerit ne ab eo poteretur quamvis solverit, nihilominus alter obligatus manebit.*

Toutes ces solutions sont applicables au point de vue actif comme au point de vue passif de la solidarité (j).

En poursuivant l'examen des textes dans le même ordre d'idées, nous voyons qu'un fidéjusseur peut être fourni par chacun des *rei promittendi*, comme aussi il peut n'en exister qu'au profit d'un seul des débiteurs (L. 6, § 1, *h. t.*). Si deux *rei promittendi* ont fourni chacun plusieurs fidéjusseurs, le créancier venant à poursuivre l'un de ces derniers, celui-ci peut invoquer le bénéfice de division entre lui et les autres qui ont accédé à l'engagement du même codébiteur. C'est ce qui résulte de la loi 51, § 2 (*de fidej.* 46, 1) et du § 4 des Instituts dans lequel il est question du bénéfice de division consacré par l'*Epistola Hadriani*. (Aj. L. 43, *de fidej.*)

Si les *rei promittendi* n'ont fourni à eux tous qu'un seul fidéjusseur, soit que ce fidéjusseur ait cautionné tous les engagements, soit qu'il n'ait accédé qu'à un seul, il peut être poursuivi pour la totalité de la chose due (k). En effet, chaque débiteur solidaire répond de toute la dette vis-à-vis du créancier, et l'étendue de la fidéjussion se modèle, en cette hypothèse, sur l'étendue de l'obligation principale.

Mais il devient intéressant de distinguer si le fidéjusseur cautionne chacun des *correi*, ou bien s'il n'en garantit qu'un seul, quand, par suite d'un événement tel que la confusion, la compensation, la perte du corps

(j) L. 27, *pr.*, *de pactis*, 2, 14. — L. 33, § 1, *de stip. serv.*, 45, 3.

(k) L. 40, *de fidej.* 46, 1.

certain, ... un débiteur vient à être libéré, les autres restant tenus (l).

Si le fidejusseur n'a accédé qu'à l'engagement du seul débiteur libéré, son obligation est éteinte, tandis qu'elle subsiste s'il a cautionné l'engagement de chacun des *correi*. Le fidejusseur, dans cette hypothèse, est tenu comme l'autre *reus*, pour une part s'il y avait société, pour l'intégralité dans le cas contraire.

De même, il est clair que le fidejusseur, ayant garanti deux codébiteurs solidaires et plus tard payé le créancier, pourra recourir *in solidum* contre l'un ou l'autre des débiteurs principaux, soit par l'action contraire de mandat, soit par l'action contraire de gestion d'affaires, tandis que s'il n'en avait cautionné qu'un seul, il n'aurait recours que contre lui (m). D'autres différences existent encore au point de vue du bénéfice de discussion et du bénéfice de cession d'actions, dont il est inutile de parler davantage en cet endroit.

Dans plusieurs des textes que nous venons de parcourir, nous avons vu que parfois les codébiteurs d'une obligation corréale sont dits associés. Ce qu'il importe de remarquer, c'est que c'est là un fait accidentel; dans l'esprit des juriconsultes romains, chaque créancier est présumé avoir la propriété, la libre disposition de l'entière créance (sauf la chance d'être prévenu dans la poursuite du paiement par son cocréancier); de même, chaque débiteur est présumé devoir définitivement supporter à lui seul le fardeau de la dette entière; quant à

(l) Confusion, L. 21, § 4, *de fidej*, 46. 1. — Compensation, L. 10. *h. t.* Perte du corps certain, L. 32, § 4, *de Usuris* 22, 1. — L. 88, *de verb. obl.* 45, 1. — L. 18, *h. t.*

(m) LL. 21, 53 et 55, § 3, *Mandati*, (17, 1).

l'existence d'un intérêt commun, d'une société entre créanciers ou débiteurs *correi*, c'est un fait étranger à la corréalité, une circonstance exceptionnelle qui doit être préalablement établie par ceux qui prétendraient en tirer quelque avantage.

Tel est l'enseignement des textes ; ils supposent tantôt qu'une société a été convenue entre les parties, tantôt qu'il n'existe aucune relation de ce genre, et donnent dans l'une ou l'autre de ces hypothèses des solutions différentes (N).

Ainsi, le rapport de corréalité et le rapport de société sont parfaitement indépendants l'un de l'autre, ils peuvent coexister, mais cela n'est pas nécessaire.

Nous verrons plus loin que la plupart des dispositions de notre droit actuel, au contraire, découlent d'une présomption justement opposée à celle des romains.

J'ai terminé l'examen des caractères spéciaux de l'obligation corréale ou solidaire qui, la distinguant de toutes les autres obligations, lui donnent une physionomie propre. Nous savons que la solidarité en général, sous quelque forme qu'elle se présente, est une modalité exceptionnelle, prenant naissance dans certaines conditions déterminées ; quelles sont ces conditions ? C'est ce que nous allons rechercher dans le chapitre suivant.

(N) L. 31, *pr.*, de *Receptis*, 4, 8. — L. 3, § 3, de *lib. leg.*, 34, 3. — L. 62, *pr.*, ad. L. *Falc.* 35, 2. — L. 10, *h. t.* — L. 71, *pr.*, de *Fidej.*, 46, 1. — L. 12, *Code*, si *certum*, 4, 2.

CHAPITRE II

Comment s'établit l'obligation corréale ou solidaire.

La situation exceptionnelle créée par la solidarité résulte de la volonté des parties. Si donc cette volonté, cause génératrice de l'obligation corréale ou solidaire, se manifeste clairement dans un contrat ou dans une disposition testamentaire, pas de difficulté, le jurisconsulte la constate et la loi ne peut que la sanctionner. Mais l'intention des parties n'est pas toujours évidente, et, alors même qu'elle apparaîtrait clairement, les circonstances dans lesquelles sont nés les divers engagements peuvent être telles, qu'en vertu de certains principes stricts du droit civil, à cause de certaines règles inéluctables, on ne puisse les considérer logiquement comme donnant naissance à une seule et même obligation se rapportant pour le tout à tous.

Qu'ont voulu précisément les parties ? ou bien sous quelles formes particulières les contractants ont-ils dû produire leurs volontés pour satisfaire pleinement à l'inflexible exigence des principes ? Telles sont les questions que se posent les jurisconsultes et qu'ils cherchent à résoudre dans les nombreuses décisions que nous allons examiner.

La première source des obligations est le contrat.

En cette matière comme en toutes les autres, le droit romain a eu des commencements rudes, exclusifs ; il n'a reconnu de *vinculum juris* que dans certains cas peu

nombreux, rigoureusement précisés ; avant tout, on doit respecter et suivre à la lettre les formes symboliques du droit Quiritaire, peu importe que les principes de l'équité naturelle soient ou non blessés. C'est graduellement, sous l'influence d'une civilisation plus humaine et grâce à la législation bienfaisante des Préteurs, que cette rudesse des temps primitifs ayant peu à peu disparu, les considérations d'équité et les règles du droit des gens obtenant une faveur de jour en jour plus considérable, le droit romain s'est enfin rapproché des véritables principes philosophiques qui sont aujourd'hui la base des législations perfectionnées.

Pour qu'il y ait contrat, il faut la convention des parties sanctionnée par un des modes civils générateurs d'une action.

A l'origine, ce sont les formes symboliques de la balance et de l'airain, en présence du *libripens*, des cinq citoyens, avec les *paroles* consacrées ; c'est l'antique *nexum* de la loi des XII Tables. Plus tard, la solennité *per æs et libram* est supposée accomplie, on abandonne la pantomime matérielle des temps primitifs et l'on regarde comme ayant la force de créer une obligation civile, soit les paroles de la *stipulatio* suivie d'une réponse conforme, soit l'écriture de l'*expensilatio*, soit enfin la simple remise de la chose comme dans le *mutuum*, le commodat, le gage et le dépôt. Plus tard encore, quatre conventions du droit des gens prennent place à côté des contrats du droit civil et sont, comme ces derniers, munies d'une action sans qu'il soit besoin d'aucune formalité spéciale. La vente, le louage, la société et le mandat prennent naissance dans le seul consentement des parties. Mais à cette limite s'arrête l'ex-

tension la plus grande du droit Quiritaire en matière de contrats.

De son côté, le droit prétorien a reconnu des obligations là où le pur droit civil ne voyait aucun lien ; mais, en général, le simple *pactis* non pourvu d'une action par les constitutions ou par le Préteur, ne donne à celui qui voudrait en profiter que le bénéfice d'une exception (A).

Quant à la simple promesse, à la *pollicitatio*, elle est dénuée de tout effet (B).

Tels sont les principes généraux sur l'effet de la volonté de l'homme envisagée comme cause créatrice d'une obligation ; ajoutons cependant qu'en dehors de la volonté réciproque des parties, une obligation peut encore naître soit à la suite d'un délit, soit par l'effet de certains événements qui offrent de l'analogie avec un contrat ou avec un délit et que, pour ce motif, on appelle quasi-contrats ou quasi-délits (C).

Recherchons maintenant comment, dans ces diverses circonstances, peut se produire une obligation solidaire.

SECTION I — *Stipulatio*.

Le contrat *verbis* dont l'importance est si considérable dans le droit romain, paraît avoir été le plus fréquemment employé pour donner naissance à une obli-

(A) LL. 1, § 3 ; 7, *pr.*, et § 1, *de pactis*, 2, 14. — *Instit. de obl.*, § 2. — *Comm. Gaius*, 3, § 89.

(B) Sauf au profit d'une ville. — L. 3 *de pollicit.*, 50, 12. — L. 5 ; *ad. L. Falc.*, 35, 2.

(C) Loi 1, *de obl. et act.*, 44. 7. — *Institut.* III, 27, §§ 1 et suiv., IV, 5, *pr.*, § 1-3.

gation corréale. Le mode ordinaire de création de la corréalité était donc la stipulation dans les formes indiquées aux Instituts (L. 3, 16, *pr.*) : chacun de ceux qui veulent devenir *correi stipulandi* interroge successivement Titius qui répond à toutes ces demandes : *utrique vestrum spondeo*.

Si à chaque interrogation était faite une réponse séparée, il y aurait autant d'obligations distinctes que de stipulations : *alia atque alia erit obligatio*, dit Justinien.

S'il s'agit d'établir la corréalité passive, c'est-à-dire entre les débiteurs, il se passe une opération analogue; chacun de ceux qui veulent devenir *correi promittendi* est interrogé par le créancier, et, les stipulations ayant ainsi été adressées, chacun répond *spondeo*.

Ainsi, suivant l'expression de M. Ortolan, lorsqu'il s'agira d'établir la corréalité au point de vue actif en même temps qu'au point de vue passif, les stipulations doivent ne former pour ainsi dire qu'un seul faisceau auquel répond le faisceau de toutes les promesses. « L'acte n'est qu'un seul tout quoique composé d'éléments multiples. » (n° 1269).

Est-ce bien l'unique manière de procéder?

M. de Wangerow (t. III, § 573, p. 73) affirme que si cette méthode était la plus usitée, il faut se garder de croire qu'elle fût la seule possible.

Pour constituer des *correi promittendi*, Titius aurait pu interroger Primus, lequel aurait répondu *spondeo*; puis Secundus, qui aurait fait la même réponse,... et Primus, Secundus... se seraient trouvés *correi promittendi*. Une opération analogue pouvait servir à établir la corréalité entre créanciers.

Pour démontrer que la corréalité peut naître quand à plusieurs stipulations distinctes plusieurs réponses conformes ont été séparément faites, M. de Wangerow s'appuie principalement sur la loi 3 de notre titre dans laquelle Ulpien prévoit une difficulté qui aurait pu naître dans l'esprit de certains juriconsultes. Ce texte est ainsi conçu :

In duobus reis promittendi frustrà timetur novatio : nam licet ante prior responderit , posterior etsi ex intervallo accipiatur, consequens est dicere pristinam obligationem durare, sequentem accedere. Et parvi refert, simul spondeant, an separatim promittant, cum hoc actum inter eos sit ut duo rei constituentur, neque ulla novatio fiat.

On voit qu'ici la principale préoccupation du juriconsulte est d'appliquer un principe qu'il expose encore ailleurs (D), à savoir que l'*animus novandi* est une condition essentielle de la novation.

Dans l'hypothèse où se place Ulpien, il n'y aura pas novation, parce que telle n'est pas l'intention des parties, il y aura constitution de *duo rei promittendi*. De même, si j'ai déjà adressé à Primus une stipulation, laquelle a été suivie de réponse, je puis encore stipuler la même chose de Secundus (*sine animo novandi*), et alors la première obligation ne sera pas novée par la seconde, mais il existera deux obligations distinctes, *in solidum*, l'une de Primus, l'autre de Secundus.

Voici maintenant l'argument de M. de Wangerow : Ulpien suppose nécessairement que le créancier s'est adressé à l'un des débiteurs d'abord, et que ce débiteur

(D) L. 8, § 5, de nov. 46, 2.

ayant répondu, il a stipulé de l'autre ensuite; sans quoi ce dernier n'ayant pas été interrogé, il est clair qu'il n'y aurait ni stipulation valable, ni corréalité possible, ni novation à redouter.

Je réponds que l'on prête au texte d'Ulpien un sens qu'il n'a certainement pas; que dit-il en effet? « Peu importe que les débiteurs répondent ensemble ou séparément, » et plus haut : « peu importe que le premier réponde de suite et l'autre plus tard. » A quoi le jurisconsulte suppose-t-il donc que les débiteurs répondent, immédiatement ou après un intervalle, ensemble ou séparément, si ce n'est à une stipulation préalablement adressée. Donc, tout à l'opposé de ce qu'on prétend, Ulpien suppose que les deux stipulations sont intervenues avant toute réponse.

Il n'est pas indispensable, en effet, qu'à l'exemple du premier débiteur, le second réponde immédiatement; le contrat *verbis* est formé entre le créancier et Primus, tandis que vis-à-vis de Secundus, l'existence de l'obligation reste en suspens jusqu'à ce qu'il réponde à son tour (E). Conformément à la décision d'Ulpien, s'il y avait *animus novandi*, l'obligation du second débiteur venant à être contractée par l'effet de sa réponse conforme à la stipulation antérieure, noverait certainement l'obligation du premier (F); mais, précisément parce que l'*animus novandi* fait défaut dans le cas dont nous parlons, un résultat tout opposé est obtenu.

D'autres objections sont encore faites par les parti-

(E) Nous verrons plus loin que ce délai devait être très-bref. — L. 6, § 3 et loi 12, *pr. h. t.*

(F) C'est ce que le même jurisconsulte décide d'une façon formelle dans une espèce analogue. — L. 8, § 2, *de nov.* 46, 2.

sans du système que je repousse, il importe de les examiner brièvement.

Il est certain, dit-on, qu'un fidéjusseur ressemble fort à un *correus promittendi*; comme lui il peut être poursuivi pour la totalité, il est également engagé dans les liens d'une obligation qui s'unifie avec celle du débiteur principal, aussi la simple poursuite contre ce dernier le libère-t-elle. Or, chacun sait qu'un fidéjusseur peut accéder à une obligation contractée antérieurement : *fidejussor et procedere obligationem et sequi potest*. (Instit. III, 20, § 3). Pourquoi donc un *correus promittendi* ne pourrait-il pas lui aussi s'engager pour une dette antérieurement contractée ?

Je réponds à cela que l'obligation du fidéjusseur est accessoire, tandis que celle du *correus promittendi* est considérée comme principale. Puisque l'obligation du premier *accessio est principalis obligationis*, il est évident qu'elle peut être contractée postérieurement à cette obligation principale ; à vrai dire même, tant que cette dernière n'existe pas, la fidéjussion ne peut être que conditionnelle (a) ; mais s'il s'agit de *rei promittendi*, c'est-à-dire de personnes dont les engagements ne doivent former qu'un seul tout, une seule et même obligation ne pouvant se décomposer en principale et accessoire, mais identique à elle-même pour tous, il est non moins clair qu'il doit y avoir dans le procédé employé quelque propriété particulière de nature à réunir, à confondre en un seul, des liens qui selon le droit commun devraient demeurer distincts ; c'est ce résultat qu'on obtient avec la méthode décrite par les Instituts,

(a) Inst. III, 20, § 5. — L. 6, § 2, de *fidej.* 10, 1.

la seule qui puisse produire l'unité d'obligation, base nécessaire de la corréalité.

D'ailleurs, où est la nécessité d'assimiler, au point de vue qui nous occupe, les fidejusseurs et les *correi promittendi*, alors que les paroles même dont on se sert dans ces deux hypothèses sont tout à fait différentes ? Et qu'y a-t-il donc de surprenant à ce que le caractère des deux obligations n'étant pas le même, les paroles qui les constatent changeant, les mêmes formes ne puissent pas toujours être acceptées dans l'une et dans l'autre ?

Enfin, une dernière objection est tirée d'un texte d'Ulpien qui forme la loi 7, § 1 au Digeste *de auctoritate et cons. tut.* (26, 8.)

M. Demangeat (p. 107 et suiv.) en fournit une interprétation ingénieuse, la seule qui paraisse acceptable.

Si duo rei sint stipulandi, dit le jurisconsulte, *et alter me auctore à pupillo stipuletur, alter altero auctore tutore ; dicendum est stipulationem valere : sic tamen si auctoritas tutoris unius sufficiat. Cæterum, si non sufficiat, dicendum erit inutilem esse stipulationem.*

Il faut se rappeler avant tout qu'un pupille doit, en général, être autorisé par tous ses tuteurs, à moins que ces tuteurs n'aient été nommés par testament, auquel cas l'autorisation d'un seul suffit : *Vel unius auctoritas sufficit*, dit ailleurs Ulpien (Fragm., tit. XI, § 26). Nous supposons donc que le pupille en question a deux tuteurs testamentaires.

Ceci dit, il est facile de comprendre l'argument qui nous est proposé.

Primus et Secundus voulant devenir créanciers *correi* du pupille, ce dernier, dit Ulpien, peut répondre à Pri-

mus avec l'autorisation de l'un des tuteurs et à Secundus avec l'autorisation de l'autre ; le texte suppose donc que deux interrogations ont été successivement adressées, entre lesquelles s'est placé la réponse à Primus. En effet, il est évident que si les deux interrogations étaient faites avant toute réponse, le pupille n'aurait qu'à dire une fois : *utrique vestrum spondeo*, il n'y aurait pas besoin de deux autorisations à des intervalles différents. Telle est l'objection, voici maintenant la réponse.

Le jurisconsulte fait dans le texte cité l'application des deux principes suivants :

1° *Ex tutoribus qui testamento dati sunt vel unius auctoritas sufficit.*

2° *Pupillus obligari tutori eo auctore non potest* (L. 5 de auct. et cons., 26, 8).

La loi 5 et la loi 7 appartiennent également à Ulpien et se trouvent dans le livre 40 de son Commentaire sur Sabinus. Il est moralement certain que ces deux textes développent la même idée. Dès-lors il est facile de voir que la loi 7 traite un cas tout particulier : il s'agit de savoir si deux tuteurs testamentaires peuvent devenir *correi stipulandi* de leur pupille. La chose ne peut pas se faire directement, mais il peut arriver que chacun des tuteurs autorise le pupille à s'obliger vis-à-vis d'une personne par laquelle l'autre tuteur pourra acquérir l'obligation, et de cet échange de bons procédés naîtra la créance corréale.

On voit que pour arriver à ce résultat, le pupille sera interrogé d'abord par la personne interposée qui doit acquérir l'obligation à l'un des tuteurs, puis par la personne qui doit l'acquérir à l'autre, et alors avec l'auto-

risation du second il répondra à la première stipulation et avec l'autorisation du premier à la seconde. Il faut même rigoureusement qu'il en soit ainsi, il n'y a donc pas lieu de voir une bizarrerie dans ces réponses diverses ni surtout d'en tirer des conclusions en faveur de l'opinion contraire.

Au-dessus de toutes ces objections demeure le texte impératif des Instituts auquel nous devons nous soumettre : *Nam si prius Titio sponderit, deinde, alio interrogante, spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse*; et qui semble être pour le système que j'ai adopté un rempart inexpugnable.

Il va sans dire que pour établir la corréalité, les parties devront avant tout observer les règles générales sur les stipulations.

Ainsi, il doit exister une réponse concordant avec la demande : *Sufficit congruenter ad interrogatum respondere*. (Inst. de verb. obl., § 1). Du reste, la solennité des paroles n'était plus exigée au temps de Justinien, car d'après une constitution de l'empereur Léon, formant la loi 10 au Code (*de contr. et com. stip.* 8, 38), il suffit que la volonté des parties soit clairement manifestée.

Nous savons aussi que d'après les règles de la stipulation, l'interrogation et la réponse devaient former un acte continu. La réponse doit être faite sans retard, nous dit le jurisconsulte Venuleius; si la personne interrogée s'occupait d'une autre affaire, la stipulation ne produirait aucun effet, quand même cette personne répondrait le même jour (1).

(1) L. 137, pr., de verb. obl., 45, 1.

Les jurisconsultes ont tiré de ces deux règles quelques conséquences que nous allons examiner.

1° Il faut une réponse conforme.

Ainsi, le stipulant a interrogé Primus et Secundus et Primus seul a répondu, il est seul obligé. C'est ce que dit Julien au début de la loi 6 de notre titre. Le même principe s'applique en matière de corréalité active. (L. 6, *pr.* et § 2, *h. t.*).

Cette décision de Julien paraît au premier abord assez naïve, car nul doute qu'une interrogation sans réponse ne puisse aucunement donner naissance à une obligation ; mais il est facile d'apercevoir quel pourrait être l'objet d'une difficulté. Dans l'intention des parties, on allait constituer *duo rei promittendi*. Or, par le silence de Secundus, Primus va voir sa situation aggravée puisque désormais il sera seul obligé. Ce résultat est-il juste ? Oui, dit le jurisconsulte, parce qu'en définitive l'obligation de Primus n'a rien de conditionnel, il est obligé *ipso facto* et il le restera malgré le silence de Secundus.

2° L'acte doit être continu.

Toutefois, s'il ne s'écoulait qu'un temps insignifiant, *modicum tempus*, ou si l'un des promettants faisait un acte de peu d'importance, ce ne serait un obstacle ni à la validité de la stipulation ni à la corréalité. (L. 6, § 3, *h. t.*). Ainsi, un fidéjusseur pourrait être interrogé et répondre avant les réponses ou entre les réponses des *duo rei promittendi*, c'est-à-dire, dans ce dernier cas, après que l'une des parties est déjà liée envers le stipulant et avant que l'autre ait répondu ; cette fidéjussion, en effet, n'a rien de contraire à la corréalité. Mais si l'une des parties n'avait répondu que le lendemain, on

admet qu'alors il n'y aurait ni stipulation valable pour elle ni par conséquent corréalité. (L. 12, *pr. h. t.*). Il en serait de même si le stipulant ou le promettant avaient diverti à d'autres actes avant la réponse.

D'après la loi 6 que nous venons d'examiner, l'obligation de l'un des promettants peut être valable, tandis que l'obligation de l'autre n'existe pas. Ainsi, en supposant une des stipulations nulle, soit qu'elle ait été adressée à un incapable, soit qu'elle ait été inutile pour n'importe quel motif, l'autre débiteur sera valablement obligé (1). Nous avons sur ce point un texte formel : la loi 12, § 1 de notre titre.

J'ai stipulé *eodem decem* de Titius et d'un pupille non autorisé, ou d'un esclave, ou d'une personne qui démontre qu'étant absente au moment de la prétendue stipulation, l'écrit qu'on invoque contre elle est mensonger. (L. 8, *h. t.*). Dans tous ces cas, Titius sera obligé seul (2).

Toutefois, le pupille étant obligé naturellement peut quand il sera capable payer le créancier et libérer ainsi Titius. Et même, s'il s'est enrichi par l'opération, il sera tenu par l'action *de in rem verso quatenus locupletior factus est*. (L. 5, *pr., de auct...*, 26, 8.).

Quant à l'esclave, il n'est jamais obligé quo naturellement, mais s'il avait un pécule, le maître pourrait être poursuivi *de peculio*.

Dans le cas où le pupille serait poursuivi par l'action de *in rem verso*, par suite du contrat qui lui aurait

(1) L. 128, *de verb. obl.* 45, 1.

(2) Pour trouver à cette loi 8 un sens pratique, il faut se placer à une époque antérieure à la constitution de Justinien, formant la loi 11 au Code (8. 38), dans laquelle il est dit que les preuves les plus claires seront nécessaires pour faire tomber l'autorité d'un écrit de cette espèce. Cette constitution date de 531.

profité, comme cette limitation particulière de la dette ne figurerait que dans la *condemnatio* et non dans l'*intentio*, le droit tout entier du créancier se trouvant déduit *in iudicium*, Titius serait libéré. C'est la conséquence de l'ancienne maxime : *Bis de eadem re ne sit actio*, dont nous verrons plus loin les effets importants en matière de corréalité. Si au lieu d'un pupille, un fils de famille avait promis, l'action *de peculio* exercée contre le père libérerait Titius, pour le même motif; enfin, si c'était un esclave, le résultat serait identique à ce point de vue; c'est ce que dit la loi 12, § 1 (*h. t.*) *in fine* :

Quamquam, si servus sponderit, in actione de peculio eadem observari debent ac si liber fuisset.

Il est probable que dans ce cas on usait d'une *formula fictitia*; puisqu'on ne pouvait pas déduire *in iudicium* (c'est-à-dire insérer dans l'*intentio* de la formule), l'obligation de l'esclave, comme on aurait pu le faire de l'obligation du fils de famille dans la même action *de peculio* intentée contre son père, on supposait l'esclave libre, au lieu de dire *si paret dare oportere*, on disait : *si paret, si liber esset, dare oportere*. C'est du moins ainsi que le remarque M. Demangeat (p. 349), ce qui paraît vraisemblable (κ).

Nous avons examiné quelles conditions doivent remplir les stipulations et les réponses pour que l'on puisse valablement constituer des débiteurs ou des créanciers *correi*. Ces conditions sont-elles les seules?

(κ) Inversement sur la stipulation d'un esclave considérée comme pouvant engendrer la corréalité. — Voir LL. 28, § 2 et 20 *de stip. serv.* (13, 3), combinées avec *Instit., de stipul. serv.* § 3.

Quelques commentateurs ont pensé que pour qu'il y eût corréalité, il fallait qu'on eût dit expressément que les créanciers ou les débiteurs contractaient *in solidum* ou bien *ita ut duo rei fierint*.

Les arguments que l'on peut apporter en faveur de cette opinion sont fournis par la loi 11, §§ 1 et 2 de notre titre.

Dans ce texte, qu'il est inutile de reproduire *in extenso*, Papinien nous dit : « Il est constaté par écrit » que plusieurs ont stipulé ou que plusieurs ont promis, mais on n'a pas ajouté de manière à se constituer *duo rei stipulandi* ou *duo rei promittendi*; on devra décider que chacun a stipulé ou promis pour une part virile. » D'après cette disposition formelle, dit-on, il est évident que des stipulations ou des promesses dans lesquelles on n'a pas inséré la condition expresse de corréalité active ou passive ne donnent le droit de poursuite que pour des parts viriles.

Cette conclusion ne me paraît pas fondée.

Papinien traite ici une simple question de preuve; il ne s'agit pas de la stipulation destinée à établir la corréalité, mais bien de l'écrit qui la constate; le doute porte donc non pas sur l'effet produit par telle ou telle forme de stipulation, mais sur la nature même de cette stipulation que l'on ne connaît pas et qui n'est révélée que par l'écrit (1).

Or, nous savons que la corréalité est une modalité exceptionnelle; le droit commun, c'est la division; donc, si le stipulant veut invoquer un droit naissant de

(1) Il s'agit probablement de l'un de ces écrits dont parle Gaius (L. 1, de fide inst. 22, 4). La constitution de Constantin formant la loi 15 au Code (4, 21) s'y réfère également.

la corréalité, il devra d'abord l'établir clairement pour deux motifs :

1° Parce qu'il est exceptionnel.

2° Parce que le doute s'interprète contre lui (M).

Il suit de là que s'il n'apporte en preuve qu'un écrit obscur, duquel il ne résulte pas que l'on s'est arrangé de façon à constituer *duo rei*, c'est-à-dire en disposant les interrogations et les réponses dans l'ordre exigé par la loi, le droit exceptionnel naissant de la corréalité n'étant pas démontré, on doit décider que l'obligation se divise selon les règles ordinaires.

Tel est le véritable sens du texte de Papinien. Une idée analogue se retrouve dans la décision de la loi 8 de notre titre où nous voyons Ulpien rechercher les conséquences de l'acte accompli par les parties, et aussi dans la loi 3, *pr.*, dont j'ai déjà longuement parlé.

Avant de passer à l'examen des autres circonstances qui peuvent donner naissance à la corréalité, il faut remarquer que les règles précédemment exposées s'appliquent aussi bien aux stipulations prétoriennees qu'aux stipulations ordinaires. C'est ce que dit le jurisconsulte Paul : *Et stipulationum prætoriaarum duo rei fieri possunt.* (L. 14, *h. t.*).

Ces stipulations sont de trois sortes :

1° *Judiciales* ; comme les stipulations *de rato*, *judicatum solvi*, *ex operis novi nunciatione*, qui interviennent *propter judicium*, c'est-à-dire à l'occasion d'une instance, et pour en assurer le résultat.

2° *Cautionales* ; telles que la caution *legatorum*, *damni infecti*, *de tutela rem pupilli salvam fore* ; dont

(M) LL. 38, § 18; 60, *pr.*, de verb. obl., 45, 1.

l'avantage est de procurer une action à celui qui n'en aurait pas eu sans elles.

3° *Communes* ; c'est-à-dire à la fois *judiciales* et *cautionales* (s).

Tantôt par l'effet de ces stipulations la corréalité est obligatoire ; ainsi, les cotuteurs doivent s'engager *correaliter* en fournissant la caution *rem pupilli salvam fore*.

Tantôt elle est facultative, comme dans la *stipulatio duplae* qui vient de l'édit (o) ; les parties restant libres si elles le jugent à propos de constituer toujours une corréalité conventionnelle, même en matière de vente (p).

SECTION II. — *L'expensilatio*.

De même que la stipulation était en droit romain l'origine de presque toutes les relations juridiques et qu'elle fut pour ce motif généralement employée pour donner naissance à la corréalité, de même, le contrat littéral qui présente avec elle la plus grande analogie, dut, alors qu'il existait encore dans les usages journaliers de la pratique, produire ce résultat.

L'*expensilatio* dont parle Gaius (Comm. 3, § 138) a disparu dans le droit de Justinien, le Digeste en contient cependant quelques vestiges, il en traite relativement aux banquiers, *argentarii*, dans les livres desquels elle se retrouvait encore.

D'après les divers documents qui nous sont parvenus,

(s) Je me sers ici du langage d'Ulpien : L. 1, de *stip. præst* 40, 6, et non de celui de Instlt. III, 18, pr.

(o) L. 63 de *evict.* 21, 2.

(p) L. 72 de *cont. empt.* 18, 1. — L. 50, pr., de *evict.* 21, 2.

nous savons que c'était à Rome une habitude pour tous les citoyens de tenir un registre courant, appelé *adversaria*, sur lequel on mentionnait dans leur ordre les opérations de tous les jours. Chaque mois, ces mentions étaient reportées sur un registre plus considérable, tenu avec soin, qu'on appelait *Codex accepti et expensi*. Il était inouï qu'un citoyen romain n'eût pas son registre confectionné avec la plus grande attention : *Hoc novum et ridiculum est*, nous dit Cicéron, dans la seconde harangue contre Verrès. Ces registres pouvaient, dans une certaine mesure et sous certaines conditions, faire preuve en justice : *Unum ostende in tabulis aut tuis aut patris tui emptum esse; vicisti*. (Cicéron, l. c.).

Il avait été admis que si deux personnes étaient d'accord, l'une pour porter sur son registre une somme comme versée, *expensa lata*, l'autre pour porter sur le sien la même somme comme reçue, *accepta lata*, il y avait, indépendamment de toute numération réelle d'espèces, un contrat formé par l'écriture, *litteris*, en vertu duquel la seconde de ces personnes était redevable à la première de la somme indiquée.

Sans doute, ces diverses écritures peuvent intervenir après un véritable prêt, une véritable dation d'espèces ; dans ce cas, l'obligation naît du prêt et non de l'inscription. Mais le contrat littéral a cela de remarquable qu'il repose sur une fiction, laquelle, vraie ou fausse, est sanctionnée par le droit civil dans les conséquences qu'elle doit produire. Cette fiction dérive elle-même de l'antique *nexum*, du pesage *per æs et libram* ; les parties tiennent l'argent, l'une pour pesé et donné, l'autre pour pesé et reçu, et à l'instant où l'inscription est faite, l'obligation civile naît.

Il paraît démontré (Ortolan, t. III, n° 1421) qu'à la différence du contrat *verbis* dans lequel l'une et l'autre des parties doivent parler, le contrat *litteris* n'exige pour être formé que l'inscription sur le registre du créancier, pourvu que cette inscription soit faite du consentement du débiteur. C'est ce qui résulte de ce passage de Cicéron (Pro. q. Roscio orat. 3, § 1) : « *A quo enim tabulae condemnantur : ejus qui verum non retulit et ejus qui falsum perscripsit ;* » dans lequel nous voyons que le registre infidèle du débiteur pourra être condamné s'il ne contient pas mention en sens inverse de l'inscription que le créancier a été autorisé à porter sur le sien.

Dans le langage des romains, cette inscription sur les registres produisant la créance s'appelle proprement *nomen*. C'est sous ce nom que l'on retrouve au Digeste la trace de cette institution antique.

Deux textes mettent sur le même rang l'*expensilatio* et la *stipulatio* et leur reconnaissent un pouvoir égal de donner naissance à la corréalité.

Ainsi, une hérédité étant ouverte, la majorité des créanciers consent une remise à l'héritier pour le déterminer à faire addition. La majorité, dit Paul, se comptera non par têtes mais par créances, et il explique ainsi cette proposition : *Plures rei stipulandi, vel plures argentarii quorum nomina simul facta sunt, unius loco numerabuntur quia unum debitum est* (b).

Dans la loi 34, pr., de *Receptis* (4, 8), nous voyons encore deux banquiers, sur les registres desquels une seule et même créance a été inscrite à la charge d'un

(b) L. 9, pr., de *pactis*, 2, 14. Aj. L. 7, § 19, eod. tit.

tiers, assimilés à *duo rei stipulandi*. « *Idem in duobus* » *reis argentariis quorum nomina simul eunt*, » dit le même jurisconsulte.

La corréalité résulte pour ces *argentarii* du *nomen* fait en commun, de l'*expensilatio* commune ; cette institution ne s'est perpétuée que chez les banquiers, mais dans le principe, elle était vraisemblablement dans les usages de tous les romains.

Inversement, dans l'ancien temps de Rome, à l'époque où s'employait le contrat *litteris*, si du consentement de Primus et de Secundus j'ai inscrit sur mon registre que je leur ai versé en commun la même somme, *eandem pecuniam*, Primus et Secundus sont considérés comme *duo rei promittendi*.

Remarquons avec M. de Savigny (p. 166, § 17) que la corréalité active ou passive de la part des *argentarii* n'a rien de commun avec ce droit introduit par l'usage et accordé au créancier d'une maison de banque de poursuivre *in solidum* chacune des personnes associées pour gérer cet établissement. C'est de ce droit que parle Cicéron (n) lorsqu'il dit : *Id quod argentario tuleris expensum, à socio ejus recte repetere possis*. Dans ce cas, la solidarité n'a plus sa source dans la volonté des parties ; il peut fort bien arriver qu'au moment d'exercer son action, le créancier de l'*argentaria* poursuive un associé auquel il ne pensait pas quand il a contracté.

On avait admis réciproquement que l'un des associés pourrait à lui seul réclamer toute la créance de l'*argentaria* (s), mais ce sont là deux institutions propres au commerce et en dehors de la théorie de la corréalité.

(n) Traité de rhétorique. *Ad Herennium* II, 13.

(s) L. 27, pr., de pactis 2, 11.

SECTION III. — *Mutuum*. — *Indebiti solutio*.

Nous venons d'examiner les deux premiers contrats de droit strict. La troisième cause d'obligation *stricti juris* se trouve dans la *datio*.

La *datio* comprend le prêt de consommation, *mutuum*, et le paiement de l'indu, *indebiti solutio* (r). Dans ces deux circonstances, le contrat ou le quasi-contrat s'est formé par la chose, *re*, mais, à la différence de ce qui a lieu pour les contrats de bonne foi de commodat, de dépôt et de gage, lesquels se forment également *re* et engendrent une action propre à chacun d'eux, il existe ici une action de droit strict, la *condictio*, la même qui dérive de la *stipulatio* et de l'*expensilatio*.

Nous allons rechercher si, comme dans les deux premiers contrats, la corréalité peut naître à l'occasion d'un *mutuum*.

L'obligation à laquelle donne naissance le prêt de consommation ne vient point de la manifestation de la volonté des parties comme dans le contrat *verbis* ou le contrat *litteris*, elle naît du transport de la propriété de la chose prêtée, qui s'effectue au profit de l'emprunteur. Or, il est évident que deux emprunteurs ne peuvent pas être à la fois et pour le tout propriétaires de la même chose. Le bon sens nous indique qu'ils peuvent être propriétaires, l'un ou l'autre pour le tout, ou bien chacun pour sa part.

On ne peut donc imaginer de corréalité de la part de deux emprunteurs qu'en supposant une stipulation par-

(r) La *datio* comprend encore les cas où l'on donne au créancier une *condictio sine causa* ou une *condictio causa data, causa non secuta*.

ticulière, ou un pacte spécial de nature à faire naître ce rapport exceptionnel de droit.

Indépendamment de la stipulation dont j'ai suffisamment parlé, un pacte pouvait-il produire ce résultat ?

Aucun doute n'est possible à l'époque de Justinien. En effet, trois constitutions des empereurs Dioclétien et Maximien formant les lois 5. 9, 12, au Code (*si cert. pet.*, 4, 2), nous apprennent que la corréalité au point de vue actif comme au point de vue passif peut résulter d'un pacte intervenu à l'occasion d'un *mutuum*. Mais le doute existe si l'on se place à l'époque des jurisconsultes, époque où il aurait été d'usage de recourir à la stipulation pour consacrer l'obligation née du prêt, si l'on en croit une constitution des mêmes empereurs, sur la portée de laquelle, d'ailleurs, les interprètes ne sont point d'accord (v).

Si l'on admet que les parties eussent constamment recouru à la stipulation, la plupart des textes que l'on serait tenté d'invoquer en faveur de l'affirmative n'offrent plus d'intérêt, puisque l'on peut toujours supposer qu'ils sous-entendent la stipulation d'usage (v).

Cependant on peut soutenir que même à l'époque des jurisconsultes, le simple pacte avait la puissance de produire la corréalité.

Un principe général est en effet ainsi posé par Ulpien : *omnia quæ inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniæ : et ideo et conditiones*. (L. 7, D. de reb. cred., 12, 1.) Pourquoi donc le rapport de corréalité qui naît de la stipulation n'aurait-il pas pu naître aussi d'un pacte inséré au contrat de prêt ?

(v) L. 4, Code de duob. reis 8, 40.

(v) Par exemple, L. 71, de fidej. 46, 1,

Mais, dit-on, un pacte, même *in continenti*, ne peut aggraver la position de l'emprunteur; Paul le proclame dans la loi 17 *pr. de pactis* (2, 14) : *Si tibi decem dom et paciscar ut viginti mihi debeantur non nascitur obligatio ultra decem, re enim non potest obligatio contrahi nisi quatenus datum sit.* Or, ajoute-t-on, les coemprunteurs ne sont pas *ipso facto*, d'après le contrat de prêt, *correi*, comment donc un pacte aurait-il la force d'empirer leur situation ?

Je réponds avec M. Pellat « que la convention de » corréalité ne viole pas la règle que l'obligation con- » tractée par la numération de l'argent ne peut pas ex- » céder ce qui a été compté. » (Textes choisis, p. 176). En effet, il n'est pas dû un *as* de plus, la dette est la même; la position des débiteurs n'est pas aggravée vis-à-vis du créancier, si chacun d'eux court le risque de payer la totalité, en revanche chacun d'eux aussi a la chance de ne rien payer du tout. Nous devons donc penser que même avant le troisième siècle, époque à laquelle se placent les constitutions de Dioclétien et de Maximien, la corréalité pouvait résulter d'un pacte inséré au contrat de *mutuum*.

Quant au paiement de l'indu, pouvait-il donner lieu à la corréalité ? La question est également discutable. On cite généralement un texte (la loi 21, *de cond. ind.*, 12, 6), duquel il semblerait résulter que la chose fût possible.

Le jurisconsulte Paul suppose deux débiteurs *correi* d'une obligation alternative, il remarque d'abord que s'ils paient l'un et l'autre, en même temps, les deux choses dues sous alternative, on ne peut pas les ad-

mettre à répéter *pro parte* puisqu'ils ne pouvaient payer de cette manière. Mais, cependant, il est évident que l'un des deux a payé ce qu'il ne devait pas; comment faire? Dans ce cas, dit le jurisconsulte, le choix appartient au créancier, il restituera à l'un des deux, à celui qu'il voudra, afin d'empêcher l'action en répétition de l'autre.

Sans entreprendre la discussion de ce texte, je dirai qu'à mon avis il paraît démontré, contrairement à l'opinion de Cujas (*in lib. 3, quest. Pauli*), que les anciens débiteurs ont l'un et l'autre le droit d'agir *in solidum* contre celui qui a reçu indûment le paiement des deux choses dues sous alternative. Que dit en effet Paul? *Electio est creditoris cui velit solvere ut alterius repetitio impediatur*. A quoi bon dire que le créancier en payant à l'un empêchera la répétition de l'autre, si cet autre n'a pas le droit d'agir? La vérité est que chacun des anciens débiteurs a le droit d'agir *in solidum* contre le créancier; mais, avant toute poursuite, le créancier, de son côté, a le droit de se libérer vis-à-vis de l'un d'eux, à son choix; les anciens débiteurs *correi* se trouvent donc dans une situation analogue à celle de *duo rei stipulandi*.

SECTION IV. — *Autres contrats.*

Je viens d'indiquer comment les obligations qui naissent des contrats de droit strict peuvent recevoir la modalité exceptionnelle de la corréalité. J'arrive à l'examen des obligations dont la source se trouve dans les contrats de bonne foi.

Nous savons que dans les contrats de bonne foi,

d'après une règle générale posée par Ulpien, loi 7 § 5 *de pactis*, (2, 14), tout pacte accessoire est garanti par une action, l'action même du contrat : *Solemus enim dicere pacta conventa inesse bonæ fidei judiciis*. Une conséquence de ce principe, c'est que dans ce genre de contrat la seule convention peut donner naissance à la solidarité.

Papinien dans la loi 9 *pr.* de notre titre développe ainsi cette conséquence : *Eandem rem apud duos pariter deposui; utriusque fidem in solidum secutus; vel eandem rem duobus similiter commodavi; fiunt duo rei promittendi; quia non tantum verbis stipulationis, sed et cæteris contractibus, veluti emptione — venditione, locatione — conductione, deposito, commodato...*

Papinien parle aussi dans la fin de ce texte du cas d'un testament; mais il faut remarquer que l'action *ex testamento* qui résulte du legs *per damnationem* est une *condictio* (w), laquelle diffère totalement des actions de bonne foi auxquelles donnent lieu les contrats mentionnés précédemment; nous examinerons à part la question de savoir si la corréalité peut naître d'une disposition testamentaire.

Cette même conséquence se trouve encore formulée dans diverses lois qui en font des applications différentes à la vente (L. 31, § 10, *de æd. edict.* 21, 1), au louage (LL. 13, § 9 et 47, *loc. cond.* 19, 2), au pacte de constitut (L. 16, *pr.*, *de pec. const.* 13, 5); et bien que dans ces textes il ne soit question que d'une solidarité passive, il n'est point douteux que la solidarité active puisse trouver sa raison d'être dans ces divers contrats;

(w) Gaius Comm. 2, § 201. L. 9, § 1, *de reb. cred.* 12, 1.

seulement, ce rapport exceptionnel de droit étant incomparablement plus fréquent au point de vue passif qu'au point de vue actif, les juriconsultes n'ont, la plupart du temps, traité que la première hypothèse. Cette manière de voir est confirmée par un texte qui s'applique spécialement au cas de dépôt : la loi 1, § 44 (*dep.* 16, 3) et par la loi 16, *de legatis* 2° ; (31).

Nous aurons à examiner plus tard si le rapport de solidarité qui provient de ces sources multiples présente les mêmes caractères que dans les contrats de droit strict ; si dans toutes ces circonstances il naît une obligation véritablement corréale ou une simple obligation *in solidum* ; en attendant, pour ne rien préjuger, j'emploierai les expressions de *solidarité*, d'obligations *solidaires*, qui, prises en elles-mêmes, ainsi que je l'ai fait remarquer au début de ce travail, ont un sens général.

L'action directe de dépôt et l'action contraire peuvent donc être solidaires suivant l'intention des parties clairement démontrée (x). Là comme ailleurs, cette intention est la base du rapport exceptionnel de droit qui va naître : *Utriusque fidei in solidum secutus*, dit Papinien (L. 9, *pr.*), et de même Ulpien : *Si quidem sic deposuerunt ut vel unus tollat totum*. (L. 1, § 44, *depositi*, 16, 3).

En cas de séquestre, le dépôt étant toujours censé fait par chacune des parties pour le tout, l'intention n'a

(x) En droit commun, la solidarité n'existe pas entre codéposants. Après avoir dit que la solidarité est supposée dans le dépôt entre les mains d'un séquestre, le juriconsulte Florentinus ajoute : *Quod aliter est cum rem communem plures deponunt*. (L. 17, *pr. depositi*, 16, 3).

pas besoin d'être expressément formulée, chacun des déposants acquiert *hic et nunc* le droit de réclamer la chose entière, mais sous la condition qu'il gagnera le procès duquel le sort de cette chose dépend. (L. 6, *dep.* 16, 3).

En matière de commodat, c'est encore à l'intention des parties qu'il faut avoir égard. La loi 5, § 15, *commod.* (13, 6), dont j'ai parlé précédemment, en examinant la question de savoir si l'on peut promettre solidairement *diligentiam et custodiam*, ne laisse aucun doute à cet égard. Je ferai la même remarque à propos de la vente et du louage : *Duo rei locationis in solidum esse possunt*, dit Ulpien, à quoi le juriconsulte Marcellus ajoute, dans une loi sur laquelle nous aurons à revenir : *Cum apparebit emptorem conductorem ve, pluribus vendentem vel locantem, singulorum in solidum intuitum personam...* En l'absence de l'intention des parties, le droit commun reprend son empire (y).

Papinien ne nous parle pas du mandat, mais il est hors de doute que l'action directe ou contraire de mandat peut être exercée *in solidum* soit contre des comandataires, soit contre des comandants (z).

J'ai déjà dit que la solidarité pouvait résulter d'un pacte de constitut. Plusieurs peuvent s'obliger ainsi de manière à être tenus *in solidum*, nous verrons plus tard que la poursuite contre un des débiteurs n'épuise pas le droit du créancier (a) : *Si duo quasi duo rei, consti-*

(y) LL. 13, § 9 et 47, *locati*, 19, 2. Il existait cependant une disposition spéciale. d'après laquelle plusieurs marchands d'esclaves réunis en société étaient tenus solidairement (L. 44, § 1, *de æd. edict.* 21, 1.

(z) LL. 59, § 3 et 60, 2, *mandati*, 17, 1.

(a) L. 18. § 3, *de pec. const.*, 13, 5.

tuerimus, vel cum altero agi potest in solidum. (L. 16, *pr.*, *de pec. const.* 13, 5). Nous pouvons remarquer dès à présent que celui qui aurait été poursuivi *in solidum* aurait eu le bénéfice de division d'actions à l'exemple d'un fidéjusseur (b).

SECTION V. — *Quasi-contrats.*

L'action qui naît d'un testament vient *quasi ex contractu*. Papinien, en mentionnant dans la loi 9 précitée le testament parmi les contrats, prend sans doute cette expression dans le sens général où elle est synonyme d'obligation (c).

On sait que le legs *per damnationem* donnait lieu à une *condictio*. Probablement, en souvenir de l'ancienne *mancipatio per as et libram*, on y supposait une sorte de *datio* et on l'assimilait pour ce motif aux contrats de droit strict formés *re*. Les juriconsultes sont unanimes à reconnaître que la corréalité active ou passive peut naître du testament : *Nam ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento potest id fieri.* (L. 16, *de leg.* 2^o ; 31).

Existera-t-il une obligation corréale si le testateur a simplement dit : *Seio aut Mævio hæres meus decem dare damnas esto*, ou plus simplement : *decem dato*? (d).

Il n'y aurait pas de doute si le testateur avait ajouté comme dans l'exemple de la loi 16 *de leg.* 2^o : *Utri hæres velit* ; dans ce cas, chacun des légataires peut avoir droit à tout, et la suite de cette loi explique comment ils sont

(b) L. 3, Code, *de pec. const.*, 4, 18.

(c) Instit. III, 27, § 5. — L. 20, *de jud.* 5, 1. — L. 52, *de re jud.*, 42, 1.

(d) Gaius 2, § 201. — Ulp. Fragm. 21, § 4.

véritablement tous les deux dans la situation de *duo rei stipulandi*; mais, sans cette addition ou une autre équivalente, la volonté du testateur étant incertaine, on pouvait disputer. Justinien déclare (L. 4 au Code de *verb. sign.*, 6, 38) que désormais on remplacera la particule *aut* par *et* dans l'interprétation d'une semblable disposition, de sorte que *Seius* et *Mævius* n'auront droit chacun qu'à la moitié.

Inversement la corréalité serait-elle établie si le testateur avait dit *Titius et Seius Sempronio decem danto*? Non, suivant tous les commentateurs, parce que *Titius* et *Seius* venant tous les deux à l'hérédité, supporteront la dette dans la proportion de leurs parts héréditaires.

La corréalité aura lieu si on remplace *et* par *aut* comme dans la disposition suivante : *Titius hæres meus aut Mævius hæres meus decem Seio dato*. D'après les termes du testament, *Seius* pourra agir *in solidum* contre l'un ou l'autre des héritiers. La formule de la disposition que donne Papinien dans la loi 9, *h. t.* : « *Titius et Mævius Sempronio decem dato*, doit être évidemment modifiée en ce sens, sans cela on ne comprendrait pas le singulier qui s'y trouve, au lieu de *dato* il faudrait, si la conjonction *et* était maintenue, dire nécessairement *danto*.

Il peut même arriver qu'un fidéicommiss étant laissé au profit de plusieurs personnes, l'une d'elles puisse obtenir la totalité de la disposition du grevé. Tel serait l'effet d'une disposition par laquelle un testateur chargerait son héritier de payer les créanciers *correi* d'un individu; chacun de ces *correi* peut demander la totalité au grevé, mais à la charge par lui de le garantir contre les poursuites des autres créanciers avec lesquels il s'ar-

rangera plus tard, de manière qu'en définitive chacun obtiendra le montant réel de son intérêt (e).

Le quasi-contrat de tutelle ou de curatelle peut également donner naissance à la solidarité.

Cela arrivera si l'administration n'a été divisée entre les tuteurs ou curateurs ni par le testateur ni par le magistrat (f), et alors même que les tuteurs l'auraient de leur propre autorité divisée entre eux. Cette convention ne nuira pas aux droits du pupille; il est, en effet, du devoir de chacun des tuteurs d'empêcher par sa surveillance la mauvaise gestion des autres; en conséquence *non prohibetur adolescens unum ex his in solidum convenire*. Seulement, le paiement fait par l'un des tuteurs libère les autres.

Si l'administration a été divisée, soit par le testateur, soit par le magistrat, chacun des tuteurs ou des curateurs ne répond que de sa propre gestion; dans ce cas, en effet, la faute de la surveillance n'est pas reprochable. Il résulte aussi de plusieurs textes que le pupille avait comme dernière ressource contre l'insolvabilité du tuteur une action utile, *in solidum*, contre les magistrats municipaux chargés de *nominare tutores* et de faire donner *satisfactio*, pour la garantie des intérêts du pupille, à ceux qu'ils auraient indiqués (g).

(e) L. 11, § 21, de leg. 3^e.

(f) L. 2, Code de div. tut. 5, 52. — L. 55, D. pr., de adm. 20, 7. Les tuteurs qui n'ont pas administré peuvent aussi être poursuivis *in solidum*. (L. 38, pr. et § 1, de admin. et peric. tut. 20, 7). Seulement, on avait admis au bénéfice de celui des cotuteurs qui n'aurait pas administré une sorte de bénéfice de discussion, grâce auquel il pouvait exiger que le pupille attaquât d'abord ceux qui avaient administré (L. 39, § 11, de adm. 20, 7.) — Aj. L. 55, § 2, eod. tit.

(g) L. 1, § 9; et 8 de mag. conv., 27, 8.

Si le pupille reprochait à ses cotuteurs non plus seulement une mauvaise gestion, mais des soustractions frauduleuses, il existait une action *de rationibus distrahendis* venant de la loi des XII Tables, et portant sur une valeur double de la soustraction. L'un des tuteurs payant, les autres étaient libérés. •

Pour terminer ce que j'ai à dire des tuteurs, des curateurs, et de ceux qui leur sont assimilés, je rappelle que les magistrats municipaux, en tant qu'administrateurs des villes, ainsi que les personnes chargées des finances des mêmes villes, étaient soumis pour les faits de leur gestion à une responsabilité solidaire (h).

In judiciis quasi-contrahimus disent les jurisconsultes et notamment Ulpien : *Ita iudicio contrahi*. (L. 3, § 11 *de peculio* 15, 1.) Le quasi-contrat judiciaire peut-il donner naissance à un rapport de solidarité? A coup sûr on ne peut pas dire comme M. de Savigny (p. 160) qu'il y ait là une solidarité dérivant de la volonté des parties, quoiqu'il en soit, le rapport exceptionnel dont nous parlons peut naître de deux façons différentes.

Bien que selon le droit commun l'effet de la sentence se divise (i), le juge peut créer la solidarité en condamnant, par exemple, plusieurs coauteurs d'un délit solidairement; il aurait pu également les condamner *pro virili portione*, mais à la charge pour chacun d'eux de garantir réciproquement les risques de l'insolvabilité des autres. (Voir L. 1 et 2 au Code *si plures...* 7, 55). Ajoutons qu'en fait la solidarité peut encore résulter d'une

(h) L. 11, *pr.*, *ad. municip.*, 50, 1. — L. 1, Code, *quo quisque...*, 11, 35.

(i) L. 1, Code, *si plures.*, 7, 55. — L. 10, § 3, *de appell.* 40, 1. — L. 43, *de re jud.* 42, 1. — L. 59, § 3, *mand.* 17, 1.

sentence judiciaire, si par erreur le juge déclare solidaires deux personnes qui en réalité ne l'étaient pas.

J'ai examiné en traitant du prêt de consommation la question de savoir si la corréalité peut résulter du paiement de l'indu. Je n'ai rien à ajouter sur ce point particulier.

SECTION V. — *Délits et Quasi-délits.*

Par le mot délit, les romains désignent un fait illicite, dommageable et prévu par une loi, qui peut avoir été commis dans l'intention de nuire, mais qui ne suppose pas nécessairement cette intention. Certains délits donnent lieu à une action publique, mais je n'ai à parler ici que de l'action privée, du *judicium privatum*, qui existe au profit de la partie lésée. (Instit. IV, 18).

La victime d'un délit peut à son choix poursuivre la réparation qui lui est due par divers moyens. Elle peut d'abord exercer contre l'auteur du délit une action purement pénale, que les commentateurs appellent *pénale bilatérale*, parce qu'elle a pour objet la poursuite d'une peine aussi bien au point de vue du demandeur qu'au point de vue du défendeur; telle est l'*actio furti*.

Si plusieurs personnes ont en commun commis un vol à mon préjudice, je puis faire supporter à chaque agent du délit la peine entière (j). Ainsi, j'obtiendrai par l'action *furti* autant de fois le montant de la peine (le double dans les cas ordinaires) qu'il y a de codélinquants. Le paiement fait par les uns ne libère pas les

(j) L. 55, § 1, de adm. et peric. tut. 26, 7. — L. 21, § 9, de furtis, 47, 2.

autres, il n'y a donc ici aucune analogie avec le rapport de corréalité (k).

En principe, s'il existe plusieurs victimes du vol, chacune d'elles a une action distincte contre le voleur, il n'y a pas solidarité au point de vue actif. Cependant il peut se faire que dans certaines circonstances déterminées, l'action *furti* existe *in solidum* au profit de plusieurs; la loi 5, § 15, *commodati* (13, 6) dit en parlant de deux commodataires auxquels l'objet prêté a été volé : *Ambobus competit furti actio*, et la loi 6 ajoute : *Ut, alterutro agente alterius actio contra furem tollatur*. Ceci tient à ce que le prêteur *utriusque fidem in solidum secutus erat*, de sorte que les commodataires étaient responsables *in solidum* du vol commis.

En face de l'action pénale bilatérale existe une action dont le but est simplement de faire indemniser la victime du délit et qui pour ce motif s'appelle *rei persecutoria*. Telle est la *condictio furtiva* ou la *rei vindicatio* accordée à la victime d'un vol. Les textes nous apprennent qu'au point de vue de cette action chacun des codélinquants est tenu pour le tout, *in solidum*, de façon à ce que le paiement effectué par l'un d'eux libère tous les codébiteurs.

Il en est ainsi alors même que l'action, purement *rei persecutoria*, du côté du demandeur, a cependant le caractère pénal du côté du défendeur comme l'action *de dolo malo*. Par cette action *pénale unilatérale*, dont le but est de diminuer le patrimoine du défendeur sans enrichir le demandeur, ce dernier peut poursuivre pour le tout

(k) M. de Savigny fait observer (§ 20, note c) qu'il existait une exception à cette règle dans un cas particulier; quand plusieurs individus rompaient le fisc, la peine était portée au quadruple; mais elle n'était due qu'une fois par tous les agents; chacun d'eux n'en supportait donc qu'une part si les autres étaient solvables. (L. 40, § 9, *de jure fisci*, 40, 11).

chacun des auteurs du délit ; mais , comme le but de cette action est de l'indemniser et non d'accroître son patrimoine, il doit être satisfait dès qu'il a reçu une fois le montant intégral de son indemnité. Le paiement d'un seul est donc libératoire pour tous (1).

Certaines actions qui naissent d'un délit ont un caractère mixte. (Instit., § 16, *de act.*) Elles sont au point de vue même du demandeur *tam pœnales quam rei persecutoria*. Il semble qu'en raison de ce double caractère on doive appliquer, au moins pour une partie du montant de la condamnation, la règle des actions pénales bilatérales.

Ainsi, l'action *quod metus causâ* entraîne condamnation au quadruple ; on peut décomposer le montant de la condamnation en *un* qui représente l'indemnité, au point de vue de laquelle l'action est *rei persecutoria*, plus *trois* qui représentent la peine, au point de vue de laquelle l'action est pénale bilatérale. Il faudrait alors décider que ce triple, dont le caractère est pénal, est dû pour le tout par chacun des délinquants, sans que la prestation du triple par l'un puisse diminuer vis-à-vis des autres les droits du créancier victime de leur commune violence ; cependant le contraire était admis, le paiement fait une seule fois du quadruple libérait tout le monde ; la loi 14, § 15, *quod metus...* (4, 2) ne laisse aucun doute à cet égard.

J'en dirai autant de l'action prétorienne dont étaient tenus les colocataires d'un appartement, laquelle était donnée au double, de sorte qu'on aurait pu regarder la moitié de la condamnation comme ayant un caractère

(1) L. 1, Code, *de cond. furt.* 4, 8. L. 1, § 4, D., *de eo per quem...* 2, 10. L. 17, *pr. de dolo malo*, 4, 7.

pénal. Les textes démontrent que ce n'était pas la manière de voir des juriconsultes (m).

Enfin il faut rapprocher de ces exemples l'action *de rationibus distrahendis*, dont j'ai déjà parlé; elle était donnée au double et cependant le paiement fait par un seul des tuteurs libérait les autres. M. de Savigny (p. 228, § 20) explique cette décision en remarquant que la double valeur objet de l'action n'était point regardée comme une peine, mais bien « comme un intérêt plus » élevé dans l'*actio tutelæ*, évalué arbitrairement pour le » plus grand avantage du pupille qui avait été trompé (n).

L'action de la loi *Aquilia* se présente sous des aspects différents.

Tantôt elle est *rei persecutoria* au point de vue du demandeur et *pœnalis* au point de vue du défendeur, quand l'objet n'a pas changé de valeur dans l'année du délit, ou dans les trente jours s'il s'agit d'appliquer le troisième chef. Dans ce cas, en effet, le créancier touche seulement le montant de la valeur de la chose; il ne s'enrichit pas.

Tantôt elle présente un caractère pénal; soit qu'il y ait dénégation de la part du défendeur, auquel cas elle se double, soit qu'étant donnée au simple, l'objet ait changé de valeur dans l'année, de sorte que l'indemnité reçue dépasse la valeur réelle de l'objet au moment du délit.

Il semble donc que l'on doive distinguer et appliquer selon le double caractère de cette action, tantôt les règles de l'action pénale unilatérale, tantôt les principes de l'action pénale bilatérale.

(m) LL. 1, § 10 : 2; 3; *de his qui eff.* 2, 3.

(n) L. 55, § 1; *de adm. et peric. tut.* 26, 7.

Le contraire est cependant décidé d'une façon générale par Ulpien, qui cite à l'appui de sa décision l'autorité d'un autre jurisconsulte et conclut après avoir examiné l'espèce qui lui est soumise : *Et si cum uno agatur, ceteri non liberantur : nam ex lege Aquilia quod alius prestitit alium non relevat cum sit pena.* (L. 11, § 2, *ad L. Aquiliam*, 9, 2).

En face de cette décision, il est intéressant de constater qu'une autre action mixte, l'action *vi bonorum raptorum* de laquelle pourtant Justinien dit : *In quadruplum rei persecutio continetur, pena autem triplex est*, (Inst. § 19, *de act.*), est traitée d'une tout autre façon, ainsi que dans les actions *quod metus causa*, *de rationibus distrahendis*, etc... le paiement d'un seul des codélinquants éteint pour le tout la dette vis-à-vis de tous. Nous savons seulement que certains jurisconsultes voulaient qu'on regardât l'action *vi bonorum raptorum* comme pénale bilatérale ; mais on suivait généralement une opinion contraire. (Gaius Comm. 4, § 8).

A quoi tiennent ces différences ? Pourquoi, seule parmi les actions mixtes dont je viens de parler, l'action de la loi Aquilia entraîne-t-elle contre les codélinquants les conséquences rigoureuses d'une action pénale bilatérale pour le tout, alors qu'elle ne l'est que dans une certaine mesure ? pourquoi, en sens inverse, les autres actions mixtes, alors même qu'elles présentent ce caractère pénal des deux côtés, sont-elles traitées différemment ?

Il est probable qu'après des hésitations, les jurisconsultes auront reconnu que le créancier est suffisamment indemnisé par le paiement du double ou du quadruple dû par chacun des délinquants et effectué une seule

fois ; on aura assimilé la portion pénale de la condamnation, comme en cas de tutelle, à un intérêt élevé de l'indemnité représentant la compensation des risques courus par le créancier. Quant aux débiteurs en vertu de la loi Aquilia, on aura songé que véritablement il ne pouvait exister entre eux aucune solidarité ; ils ne sont pas tous tenus nécessairement de la même somme ; rien n'empêche le créancier de réclamer, par exemple, la valeur de l'esclave à telle ou telle époque de l'année du délit. On peut même aller plus loin et dire avec M. de Savigny (system. t. V, p. 251) : « En choisissant pour » chacun des débiteurs une époque différente, on arrive pour chacun des coupables à un moment où » les autres n'agissaient plus de concert avec lui, » c'est pourquoi il doit payer la totalité du dommage. »

Quoi qu'il en soit de ces considérations, les solutions nombreuses des juriconsultes ne laissent point de doute sur la doctrine qui avait prévalu.

Si un esclave a commis un délit ou si un animal a occasionné un dommage, une espèce d'obligation solidaire peut naître à la charge de plusieurs maîtres ou de plusieurs propriétaires. Il suffira de rappeler que l'action noxale est toujours pénale (o). Mais comme il y a unité de dette, la poursuite contre un seul libre tout le monde (p).

Enfin, pour terminer ce long examen des circonstances dans lesquelles naît une obligation corréale ou soli-

(o) L. 5. . . de nox, act. 0, 1. — L. 1, § 14, si quadrupes... 0, 1.

(p) L. 20, pr., de Interrog. 11, 1.

claire, il me reste à rechercher si ce rapport exceptionnel de droit peut exister entre plusieurs personnes tenues d'une de ces actions que l'on nomme *adjectitiae qualitates*.

L'action *exercitoria* et l'action *institoria* s'appliquent à certains rapports commerciaux dans lesquels le débiteur fait les affaires d'autrui ; les autres actions supposent un débiteur *alieni juris*.

Si un homme libre, préposé à un commerce, soit en qualité de *magister navis*, soit en qualité d'*institor*, s'oblige vis-à-vis d'un tiers à l'occasion de ses fonctions, ce dernier peut le poursuivre par l'action du contrat ou bien agir *in solidum* contre le préposant par l'action *exercitoria* ou l'action *institoria* suivant le cas (q).

Si cet homme a été préposé par plusieurs personnes, chacune de ces dernières, comme le préposé lui-même, peut être poursuivi *in solidum* (r). Les mêmes décisions s'appliquent si un contrat est intervenu sur le *jussus* d'une ou de plusieurs personnes (s).

Quand un *filius-familias* s'oblige envers un tiers, celui-ci peut le poursuivre directement ou agir contre le père de *peculio* (t).

Dans l'une ou l'autre de ces actions, c'est la même obligation qui figure dans l'*intentio* de la formule ; la poursuite contre l'un des obligés libère donc les autres. De même, si un esclave appartenant à plusieurs s'oblige

(q) L. 1, § 17, de *exercit. act.* 11, 1. — LL. 1, § 21 et 5, § 1, *cod. tit.*

(r) L. 1, § 25 ; 2 ; 3 ; 4 § 1, 5 § 2, de *exercit. act.* 11, 1. — A). LL. 1, *pr.*, 7, § 1 ; 13, § 2, de *Instit.* 11, 3.

(s) L. 5, § 1, *quod jussu*, 15, 4.

(t) LL. 41, 45, de *peculio*, 15, 1.

envers un tiers de manière à lui permettre de poursuivre *in solidum* tous les propriétaires, soit par l'action *quod jussu*, soit *de peculio*, etc., la poursuite contre l'un d'eux libère les autres, parce qu'ici encore c'est la même *intentio* qui figurerait dans une nouvelle action. Il se produirait des effets analogues dans l'action *de in rem verso* (laquelle ne se sépare pas de l'action *de peculio*), et dans l'action *tributoria*.

On peut dire que dans ces diverses circonstances il existe un rapport juridique analogue au rapport de corréalité, il y a pluralité de débiteurs et unité de dette. Mais il est manifeste que les personnes qui peuvent être poursuivies solidairement à l'occasion des contrats faits par un esclave ou par un fils ressemblent bien plus à des fidéjusseurs qu'à des débiteurs principaux ; ils ne peuvent donc être considérés comme de véritables *correi promittendi*.

CHAPITRE III

Effets de l'obligation corréale entre créanciers.

Pour étudier avec ordre les effets nombreux que produit la corréalité entre créanciers, la méthode la plus simple paraît être de rechercher quelle est sur la créance ainsi modifiée l'influence des divers événements qui éteignent les obligations, soit *ipso jure*, soit seulement *ope exceptionis*.

C'est à ce point de vue que j'aborde l'examen des difficultés de cette vaste matière.

1^o PAIEMENT: *Datio in solutum*. OFFRES SUIVIES DE
CONSIGNATION.

C'est une idée exprimée dans la définition même de la corréalité que le paiement fait à l'un des créanciers libère le débiteur envers tous. C'est la conséquence de ce qu'il y a unité d'objet dû, conséquence tellement évidente que le jurisconsulte Javolenus, parlant des modes d'extinction de la créance corréale, ne mentionne même pas celui-là (L. 2, *h. t.*).

Le débiteur peut avoir payé entre les mains de l'un des créanciers ; mais le résultat serait le même s'il avait versé le prix de sa libération entre les mains d'un tiers, auquel l'un des créanciers aurait donné mandat de recevoir : *Procuratori rectè solvitur*, dit la loi 12, *pr.*, *de solut* (46, 3).

En principe, le paiement doit être intégral, mais il peut n'être que partiel, à la condition que le créancier veuille bien le recevoir ainsi. Le débiteur pourra donc, du consentement de tous les *correi*, se libérer partiellement vis-à-vis de chacun d'eux, pourvu toutefois que ses diverses prestations s'appliquent à la même chose, si, comme dans l'hypothèse de la loi 34, § 1, *de solutionibus* (46, 3), l'objet de la dette est une certaine chose *in genere*.

D'ailleurs, en admettant que le débiteur veuille s'acquitter par un paiement intégral, il a le droit de le faire entre les mains de celui des créanciers qu'il lui plaît de choisir, pourvu qu'il n'ait pas été prévenu par les poursuites d'un autre, auquel cas c'est à ce dernier seul qu'il devrait payer. (L. 16, *h. t.* et L. 57, § 1, *de solut.* 46, 3).

A côté de la prestation de l'objet dû, proprement appelé paiement, se place la prestation d'une chose que le créancier reçoit au lieu de celle qu'il aurait le droit d'exiger. Cette prestation se nomme *datio in solutum*. Par cette *datio*, l'obligation est éteinte *ipso jure*; en effet, chaque créancier a le même droit que s'il était seul : *ac si solus stipulatus esset*, il est donc maître de la créance commune, de sorte que ce qui éteint son droit éteint celui des autres; or, sous Justinien, la *datio in solutum* produit les effets du paiement (Instit. III, 29, *pr.*)

Le doute était permis autrefois. Les Proculéiens analysaient la *datio in solutum* en vente suivie de compensation. Nous verrons plus loin que le débiteur ne peut opposer l'exception de compensation qu'au cas où il est poursuivi par celui des créanciers qui est devenu son débiteur. Dans cette théorie, on devait conclure que l'exception de dol, par laquelle s'introduisait la compensation, demeurait inutile entre les mains du débiteur à l'encontre des autres *coerei*, la *datio* était loin de produire alors l'effet extinctif *ipso jure* du paiement. Mais cette opinion n'a point prévalu.

Le dépôt fait en justice, *oblatio, obsignatio in publico*, de l'argent offert à l'un des créanciers et non accepté par lui, produit les mêmes effets que le paiement, pourvu, bien entendu, que le débiteur n'ait pas été prévenu par des poursuites antérieures; les autres créanciers n'ont aucun droit à toucher les sommes consignées et celui-là seul que le débiteur a choisi jouit d'une action utile contre le dépositaire des fonds consignés (A).

(A) L. 10 au Code de *Usuris*, 4, 32. — L. 0, Code de *sol.* 8, 43.

2° NOVATION.

La novation est un véritable équivalent du paiement ; c'est l'extinction de la créance primitive et son remplacement par une nouvelle créance ; c'est une espèce de *datio in solutum*. Elle anéantit en conséquence l'obligation *ipso jure* de même que le paiement, *Novatio enim à novo nomen accipit et à nova obligatione*. (LL. 1, pr. et § 1 ; 2, de nov. 46, 2).

Pour qu'il y ait novation, il faut qu'il y ait *animus novandi* ; sous Justinien, cette intention dut même être formellement exprimée (Instit. III, 29, § 3). La novation s'opère d'ordinaire par une stipulation, mais elle peut également résulter d'un contrat *litteris*.

Ceci dit, quel sera l'effet de la novation accomplie par l'un des *correi stipulandi* vis-à-vis des autres ?

A mon avis, la novation éteint la dette à l'égard de tous. C'est ce que déclare positivement le jurisconsulte Venuléius, dans un texte très-développé (L. 31, § 1, de nov. 46, 2), dont voici le sens :

Il est admis, dit Venuléius, qu'un des *rei stipulandi* peut en recevant seul le paiement, ou en actionnant seul le débiteur, ou en faisant seul acceptilation, éteindre la créance à l'égard de tous ; en un mot, il a autant de droits que s'il était seul créancier, sauf la chance d'être prévenu par ses cocréanciers ; donc il peut également libérer le débiteur en faisant novation avec lui ; et cette conséquence est d'autant plus manifeste que la novation ressemble au paiement : *Non magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus*.

La décision de Venuleius s'applique à la novation par changement d'objet comme à la novation par change-

mont de débiteur ; l'obligation serait également éteinte si le créancier, sans faire lui-même la stipulation nécessaire à la novation, donnait mandat à un tiers de stipuler du débiteur ; ceci ressort du principe posé par le jurisconsulte et de l'application formelle qu'il en fait à l'hypothèse d'une délégation du débiteur opérée par le *correi stipulandi* au profit de son propre créancier.

Si l'un des *correi stipulandi* cède sa créance, cette hypothèse a de l'analogie avec la novation et avec la délégation ; doit-on y appliquer le même droit ?

La cession de créance s'opère par un mandat donné au cessionnaire ainsi constitué *procurator in rem suam*, avec dispense de rendre compte. Si le débiteur paie à ce *procurator* ou s'il est poursuivi par lui, le paiement ou la poursuite éteint l'obligation *ipso jure* comme le paiement ou la poursuite du mandant ancien créancier, mais ce simple mandat ne saurait en lui-même opérer comme la novation et éteindre comme elle la créance des autres *correi*.

A ce texte si précis on oppose généralement une décision d'un autre jurisconsulte, formant au Digeste la loi 27, *pr., de pactis* (2, 14).

Si unus ex argentariis sociis, dicit Paul, cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec, si in rem pactus sit, alteri nocere. Tantum enim constitutum ut socium alter petere possit. Idem Labeo : nam nec novare alium posse quamvis ei rectè solvatur ; sic enim et his qui in nostra potestate sunt rectè solvi quod crediderint, licet novare non possint ; quod est verum. Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.

Nous avons déjà parlé de cette situation particulière

de plusieurs *argentarii socii*. Nous savons que lorsqu'un tiers était débiteur d'une maison de banque, *argentaria*, il pouvait être poursuivi *in solidum* par l'un quelconque des associés. Cette faculté, introduite par les constitutions impériales, n'a qu'un rapport très-lointain avec la solidarité, et peut exister indépendamment de la volonté des parties. C'est à cette situation que se réfère notre texte ; quel en est le sens précis ? Là est la difficulté.

D'après M. Demangeat, le pouvoir de *nover* reconnu par Venuleius au *correus stipulandi* lui est au contraire refusé par Paul. Les moyens de concilier ces deux textes indiqués soit par M. de Savigny (p. 192 et suiv.), soit par M. de Vangerow (p. 100 et suiv.) sont inacceptables. En effet, Venuleius dit positivement que le *correus stipulandi* a le droit de faire novation, tandis que le langage de Paul est tout différent ; il rapporte l'opinion de Labéon, lequel pensait que le pacte fait par l'un des associés ne peut nuire à l'autre, parce que le pouvoir qu'à l'un d'eux de recevoir le paiement n'emporte pas celui de faire novation, et il ajoute que la même décision s'appliquerait à des *correi stipulandi*, l'antinomie est donc manifeste.

Je ne saurais accepter cette opinion, à mon avis les deux lois dont il s'agit peuvent parfaitement être conciliées.

La difficulté est avant tout une difficulté de traduction, examinons donc le texte scrupuleusement. Il contient une question et trois réponses ; cela, malgré l'affirmation contraire, me paraît incontestable. La question est celle-ci : *An etiam alteri noceat exceptio ?* à laquelle le jurisconsulte répond :

1° En citant l'opinion de Neratius et autres ;

2° En citant l'opinion de Labéon ;

3° En assimilant aux *rei stipulandi*.

Il est facile de s'en convaincre. La troisième phrase est ainsi conçue : *Idem Labeo...*, la quatrième : *Idemque in duobus reis....* Il est impossible de ne pas reconnaître que ces propositions se réfèrent toutes deux à la question préalablement posée ; donc le sens naturel est celui-ci :

« Quand il existe des *argentarii socii*, le pacto de
» remise même *in rem* accordé par l'un ne nuit pas à
» l'autre. C'est l'opinion de Neratius, d'Attilcius, de
» Proculus.... C'est l'opinion de Labéon, qui apporte
» encore un autre motif à l'appui de sa décision....
» C'est aussi ce que l'on doit décider s'il s'agit de véri-
» tables *rei stipulandi*. »

On le voit, il n'est nullement question de savoir si un *correus stipulandi* peut ou non nover ; rien n'indique dans le langage de Paul la conclusion que le système opposé lui prête. Cette observation suffirait pour faire disparaître l'antinomie. Mais il faut aller plus loin et répondre aux objections.

Labéon apporte à l'appui de l'opinion de Paul un argument nouveau :

• *Nam nec novare alium posse quamvis ei rectè solvatur, sic enim et his qui in nostra potestate sunt rectè solvi quod crediderint, licet novare non possint.*

Que signifie cette proposition ? Paul fait-il dire à Labéon que l'un des *argentarii* ne peut pas nover, ou bien rappelle-t-il seulement cette règle générale que le pouvoir de recevoir le paiement n'entraîne pas le droit de faire novation ?

Je veux bien admettre que l'un des *argentarii socii* ne puisse pas nover; mais est-ce là ce que dit Labéon? Je ne le pense point.

Je n'irai pas jusqu'à prétendre avec M. de Vangerow, que si Labéon avait voulu parler des *argentarii*, nous devrions trouver au texte le mot *alterum* et non *alium*; cela ne prouve absolument rien; *alium* peut parfaitement être pris dans le sens d'*alterum*, surtout s'il y a non pas seulement deux banquiers associés, mais plusieurs.

Heureusement il existe d'autres motifs de décider. Les deux membres de la phrase de Labéon sont unis entre eux par les mots *sic enim*, donc ils s'expliquent l'un par l'autre; or, que dit le deuxième membre de phrase? « C'est ainsi que l'on peut payer à ceux qui sont en notre pouvoir et cependant ils n'ont pas le droit de nover. » Si on admet comme M. de Savigny (p. 191, note v) qu'*alium* a un sens particulier, il faut ainsi traduire : « Un des associés ne peut pas nover, bien qu'il puisse » recevoir le paiement; c'est ainsi qu'on peut payer à » ceux qui sont en notre pouvoir sans qu'ils aient le » droit de nover. »

Eh bien! je le demande, qu'elle similitude peut-il exister entre des *argentarii* et des personnes *alieni juris*? Si c'est là l'idée véritable du jurisconsulte, il faut avouer qu'elle se présente sous une forme bien singulière. Je crois plus raisonnable de l'interpréter ainsi :

« Labéon pense de même, car, dit-il, de ce que l'on » puisse recevoir le paiement il ne suit pas que l'on » puisse nover, ainsi, par exemple, ceux qui sont en » notre pouvoir peuvent recevoir le paiement et ne » peuvent nover. »

Voilà à mon avis le vrai sens de cette proposition. Cette opinion se confirme par l'examen d'un texte du jurisconsulte Celsus ; Paul aime à citer l'opinion de cet auteur, or, quiconque lira la loi 25 *de novationibus* (46, 2) reconnaîtra que le texte de Celsus reproduit identiquement le texte de Labéon, c'est probablement à cette source que Paul aura puisé sa citation ; il est manifeste que l'opinion de Celsus est exprimée d'une façon générale, le texte identique de Labéon avait donc également un sens général, et Paul en le reproduisant de nouveau l'entend sans aucun doute comme nous.

Je conclus de tout ceci dans le sens de M. de Vangerow, mais par des motifs tout différents, que Labéon ne s'explique point sur la question de savoir si un *argentarius* peut ou non nover la créance sociale, et que, par conséquent, Paul n'en parle pas plus que lui.

Mais j'ajoute, que se refusât-on à admettre cette dernière opinion, la seule qui paraisse vraisemblable, il ne faudrait pas s'étonner de voir les *argentarii socii* traités différemment des *rei stipulandi*. MM. Demangeat et de Vangerow traitent cette distinction d'imaginaire, je ne sais si je commets quelque erreur, mais il me semble que Paul lui-même, dans le texte cité, nous donne les éléments de cette solution ; il expose le motif qui lui paraît déterminant : *tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit*. Pour les *argentarii socii*, dit le jurisconsulte, les constitutions n'ont donné qu'un droit, le droit de demander à chaque débiteur la dette *in solidum* ; les constitutions ont accordé là un droit exceptionnel, en dehors de leurs dispositions expresses, rien n'est permis. Quand aux *rei stipulandi*, pourquoi

y aurait-il exception à ce principe généralement admis que la novation équivaut au paiement. La meilleure preuve que Paul l'entendait ainsi, c'est qu'il dit d'une manière générale que celui qui peut recevoir un paiement peut faire novation. (L. 10 *de novat.*, 46, 2).

Il ne faut donc pas supposer gratuitement chez ce jurisconsulte une contradiction aussi formelle, et nous devons décider que conformément à l'opinion de Vennius il admettait pour le *correus stipulandi* le droit d'opérer novation.

3° ACCEPTILATION.

L'acceptilation s'opérait par une stipulation dans laquelle le débiteur demandait au créancier s'il tenait pour reçu ce qu'il lui devait, stipulation à laquelle intervenait une réponse affirmative. (Gaius 3, § 169) (Instit., III, 20, § 1).

Gaius nous dit qu'elle ne s'appliquait qu'aux obligations formées *verbis* : *quo genere tantum ea solvuntur obligationes quæ verbis consistunt, non etiam cæteræ*. Si l'obligation s'était formée autrement que *verbis*, il fallait la transformer par une novation; on usait ordinairement de la stipulation aquilienne, qui transforme toutes les créances, stipulations, etc., antérieures en une créance unique qui s'éteint par l'acceptilation. Cette formule d'ailleurs pouvait également servir à opérer une novation sérieuse, pour substituer à toutes les obligations préexistantes une obligation unique et verbale, munie de son action; notamment en matière de transaction.

L'acceptilation faite par le créancier pouvait signifier

deux choses : Ou bien un paiement fictif, ou bien un paiement véritable auquel elle servait pour ainsi parler de quittance solennelle. (L. 19, § 1 *de accept.*, 46, 4). Aussi Ulpien range-t-il l'*acceptilatio* parmi les équivalents du paiement. La conséquence, c'est que par l'acceptilation d'un seul des créanciers, la créance est éteinte *ipso jure* à l'égard de tous les autres (n). Appliquée à une autre obligation qu'une obligation *verbis*, et directement, l'acceptilation n'aurait fourni qu'une exception *pacti conventi*. Je reviendrai sur cette hypothèse en traitant plus loin de l'effet du pacto de remiso (V. L. 27, § 9 *de pactis* 2, 14) (L. 8, *pr. de accept.* 46, 4).

A l'*acceptilatio*, la plupart des jurisconsultes romains ont assimilé la *dictio dotis* de la part d'une femme qui épouse son débiteur. Qu'arrivera-t-il si la femme a un cocréancier? celui-ci conservera-t-il son droit contre le mari? Les jurisconsultes ne semblent pas d'accord, les uns veulent que la dette soit éteinte *ipso jure*, les autres pensent qu'il n'y a qu'une exception au profit du mari (c). D'ailleurs ce contrat de *dictio dotis*, qui n'existe plus sous Justinien, nous est très-imparfaitement connu, nous savons seulement qu'il se formait *verbis*, sans stipulation préalable (Épit. Gaius, II, 9, § 3), et que la femme, son ascendant paternel, ou son débiteur pouvaient seuls *dicere dotem*.

(n). L. 2, *h. t.* — L. 10, *pr. de accept.*, 46, 4. — L. 13, § 12, *cod. lit.* — Cet effet eût été également produit par l'acceptilation d'un simple *adstipulator*; mais ce délit eût entraîné contre lui soit l'action contractuelle de mandat, soit l'action de la loi Aquilia (2^e chef); cette dernière était plus avantageuse au créancier parce qu'elle se doublait *adversus inficiantem*. (Gaius liv. 3, §§ 215, 216).

(c). L. 77, *de jure dot.*, 23, 3. — L. 31, § 1, *de nov.*, 46, 2. — *Contrà* : L. 41, § 1, *de jure dot.*, 23, 3.

4° *Litis-contestatio*.

Cette expression de *litis-contestatio*, se rattache au très-ancien droit, les parties prenaient l'auditoire à témoin de ce qui s'était passé devant le magistrat. On admet généralement qu'à l'époque où le système formulaire était en vigueur, à l'époque des juriconsultes, la *litis-contestatio* était la dernière période de la procédure devant le magistrat, *in jure*. Plus tard, sous le système de procédure extraordinaire, on dit qu'il y a *litis-contestatio*, au moment où le juge commence à prendre connaissance de l'affaire par l'exposé qui lui en est fait (1).

Un des effets les plus importants de cette période de la procédure était la consommation de l'action. C'était la conséquence nécessaire de ce principe ancien du droit romain : *Bis de eadem re agi non potest*, et cette extinction dans certains cas était telle, que le juriconsulte, Pomponius (L. 23, de sol. 46, 3), la compare à celle produite par le paiement.

Tantôt l'extinction de la créance avait lieu *ipso jure*, s'il s'agissait d'un *judicium legitimum*, d'une action *in personam*, avec une *intentio in jus concepta*; tantôt, s'il s'agissait d'un *judicium imperio continens*, ou d'une action *in rem*, ou d'une *intentio in factum concepta*, l'obligation n'était éteinte qu'*exceptionis ope*; cette exception était *rei in judicium deductæ*, ou *rei judicatæ* si le procès avait abouti à un jugement quelqu'il fût. (Gaius comm. III, §§ 180 et 181; IV, §§ 106 et 107).

On comprend qu'un tel événement dût avoir sur le

(1). L. 28, § 4, de jud.; 5, 1. — L. 25, § 8, de edil. edict.; 21, 1.
— Aj. L. unique au Code de *Litis-contest.*, 3, 2.

rapport de corréalité l'effet le plus considérable. Puisqu'il n'existe en réalité qu'une seule obligation au point de vue de l'objet, si la *litis-contestatio* emporte extinction absolue de l'obligation déduite *in judicium*, la poursuite d'un simple créancier annule le droit des autres, le choix d'un seul des débiteurs les libère tous, la garantie spéciale que la volonté des parties a voulu faire naître par une précaution spéciale s'évanouit presque totalement, quel qu'ait été le résultat de l'action intentée.

Cet effet de la *litis-contestatio* est proclamé par la loi 31, § 1 (*de novat.*) dont nous venons de parler à propos de la novation, ainsi que par les lois 2 et 16 de notre titre. Il y a aussi un autre texte important, c'est la loi 5 (*in fine*) de *Fidejussoribus* (46, 1), d'après laquelle nous voyons que si l'un des *rei stipulandi* succède à son *correus*, les créances ne s'éteignent pas par confusion, mais elles co-existent (au point de vue des personnes, en effet, l'obligation est multiple); et si l'une d'elles est déduite *in judicium*, par l'effet de la *litis-contestatio*, l'autre est éteinte.

Quoi qu'il en soit, ne parlant ici que de la corréalité au point de vue actif, il faut reconnaître que l'effet de la *litis-contestatio* n'offrait pas véritablement de bien grands dangers. De plus, si l'on admet que l'un des créanciers peut recevoir le paiement, faire novation, acceptilation, et par là éteindre le droit de ses co-crédanciers, il serait singulier de refuser au débiteur commun, averti par la poursuite dirigée contre lui qu'il aura désormais à se défendre contre un seul des créanciers, le bénéfice de cette règle générale d'après laquelle la *litis contestatio* éteint l'action comme le paiement.

En sens inverse, nous verrons en étudiant la solidarité au point de vue passif que l'effet de la *litis-contestatio* présentait de grands inconvénients ; aussi le principe ancien disparaît-il de la procédure extraordinaire. *Si judicio tecum actum fuerit*, dit Justinien, *nihilominus obligatio durat*. Ainsi la règle de la consommation de l'action par la procédure est supprimée dans le dernier état de droit.

A quelle époque eut lieu cette modification ? Il est naturel de penser qu'elle ne fut pas antérieure à Justinien ; sans cela, on ne comprendrait pas que cet empereur prit la peine de donner en ce sens une décision particulière, qu'il déclare poser en règle pour les fidejussurs (E) ; mais, après cette constitution, nous voyons constamment que l'action intentée contre l'un des débiteurs n'empêche pas le créancier d'en intenter une semblable contre la caution ou tout autre *correus promittendi* ; quant à l'exception *rei in judicium deductæ*, elle est remplacée ou absorbée par l'exception *rei judicatæ*.

Il faut remarquer que les textes qui nous sont parvenus sur le changement introduit par Justinien ne traitent que des *rei promittendi*, ils ont même, pour la plupart, subi des interpolations destinées à les mettre d'accord avec la nouvelle constitution. Au contraire, s'il s'agit de *correi stipulandi*, nous trouvons au Digeste dans leur intégrité les textes des anciens jurisconsultes ; il est donc très-probable que Justinien n'a pas voulu modifier en ce qui concerne ces derniers l'ancien état de choses.

Il est vrai que le nouveau droit introduit à l'égard

(E). L. 28, Code de fidej., 8, 41. — Cette constitution date de 531.

des *correi promittendi* n'est qu'une conséquence du principe plus général en vertu duquel la simple *litis-contestatio* n'éteint plus l'obligation, et que, dès lors, on peut soutenir avec quelque raison qu'il était inutile d'appliquer, dans un texte spécial aux *correi stipulandi*, la conséquence naturelle d'une règle précédemment posée.

Cependant il faut considérer que relativement aux *rei stipulandi* le principe ancien n'offrait pour ainsi dire pas d'inconvénients, dès lors il a pu parfaitement subsister. D'ailleurs, on n'aperçoit nulle part la trace d'un pareil changement; tous les textes qui concernent les *correi stipulandi* sont demeurés sans corrections (F), tandis qu'on a accommodé ceux qui concernent les *correi promittendi* au droit de la constitution, de sorte que la différence existe dans le Digeste lui-même.

5° CHOSE JUGÉE.

L'un des *rei stipulandi* ayant poursuivi le débiteur commun, un jugement est intervenu, il a pu être favorable ou défavorable au demandeur, quel est son effet vis-à-vis des co-créanciers?

Si l'on admet que l'ancien effet de la *litis-contestatio* s'est perpétué à l'égard des *rei stipulandi* même sous Justinien, il est clair que la question ne peut être posée, puisque l'obligation aura dès lors été éteinte avant le jugement. Dans l'opinion contraire, on peut rechercher qu'elle était la solution dans le dernier état du droit.

Les textes sont muets à cet égard; mais il est permis

(F), L. 5, de *fidej.*, 40, 1. — L. 31, § 1, de *nov.*, 40, 2. — L. 10, *hoc. tit.*

de conclure par analogie de ce que les jurisconsultes ont décidé relativement au serment.

Nous voyons dans plusieurs textes que les effets de la chose jugée ont été assimilés à ceux du serment.

Nous déciderons donc qu'une sentence d'absolution prononcée en faveur du débiteur commun est opposable à tous les créanciers (g). Inversement, quo décider si l'un des cocréanciers a obtenu un jugement de condamnation contre le débiteur commun? Les textes sont encore muets, mais je penso avec M. de Savigny, que comme en matière de serment, il n'y a à pouvoir invoquer l'*actio rei judicatae* que la corrus partie au procès.

6° SERMENT.

Le serment déféré par l'un des créanciers au débiteur commun est-il opposable aux autres créanciers? (h)

Oui, nous disent les jurisconsultes. Si j'ai juré *dari non oportere*, je ne pourrai pas plus être poursuivi que si j'avais payé; par conséquent, le serment déféré est opposable à tous les cocréanciers. *Jusjurandum loco solutionis cedit*, dit Gaius (L. 27, de jurej. Aj. L. 35, § 1, eod. tit.) et ailleurs Paul : *In duobus reis stipulandi, ab altero delatum jusjurandum etiam alteri nocebit.* (L. 28, pr., de jurej. 12, 2). Il est bien entendu qu'il

(g) L. 35. § 1, de jurejur. 12, 2. — L. 56, de re jud. 42, 1. — L. 1, pr., quar. rerum act. 41, 5. — Aj. L. 31, § 1, de nov. 46, 2, et la loi 28. pr. de jurej. 12, 2.

(h) On distingue le serment *voluntarium*, *necessarium*, *judiciale*. Le serment *judiciale* est celui qui est déféré par le juge. J'admets avec Voët que le serment *voluntarium* est celui qui est déféré extrajudiciairement. Quand il est déféré en justice, il s'appelle *necessarium*.

s'agit du serment qui porte sur l'existence de la dette et non du serment qui serait seulement déféré sur l'existence de la corréalité.

Au lieu d'être prêté par le débiteur, le serment peut être prêté par l'un des créanciers. Si ce dernier a juré *sibi dare oportere*, ce serment profitera-t-il aux autres ?

Dans le silence des textes, on doit penser que le serment prêté dans ces conditions ne peut avoir d'effet que vis-à-vis des personnes entre lesquelles il est intervenu. Que prouve-t-il ? que le débiteur doit réellement à celui qui a juré *dare sibi oportere*, il fournit même à ce dernier une action (L. 9 § 1 ; 6, *de jurej.* 12, 2), mais en quoi cela intéresse-t-il les cocréanciers ? En rien absolument.

Enfin, qu'il soit déféré par le créancier ou par le débiteur, si celui auquel le serment a été déféré ne le prête pas, des conséquences analogues se produisent. Si le refus de prêter le serment se présente en dehors de toute instance, on considère qu'il y a là simplement une espèce de transaction refusée et c'est tout : *Pro eo debet haberi atque si res in iusjurandum admissa non esset.* (L. 5, § 4, *de jurej.*) Mais si le refus se produit *in iure* ou *in iudicio*, alors, si le créancier a déféré, c'est lui qui gagne le procès (L. 38, *cod. tit.*), mais les cocréanciers n'en profitent pas ; si c'est le débiteur, il est absous vis-à-vis de tous.

7° DU PACTE DE CONSTITUT.

Quand un banquier avait déclaré que tel jour il compterait à une personne une somme déterminée, il était

par là même civilement obligé et tenu d'une action perpétuelle nommée *receptitia*. A l'imitation de cette ancienne action, le Préteur introduisit l'action *de pecunia constituta*, donnée contre toute personne qui avait pris jour pour payer soit sa dette, soit celle d'autrui ; cette action était dans certains cas annale et ne se donnait qu'en matière de choses fongibles.

Ces deux actions existèrent à côté l'une de l'autre jusqu'à Justinien, qui, par une constitution formant la loi 2 au Code, *de pecunia constituta*, (4, 18), les confondit en une seule. La nouvelle action se donne désormais contre toutes personnes, elle suppose, de plus que l'ancienne, une obligation préalable, et en outre elle a emprunté à l'action *receptitia* deux de ses qualités, elle est perpétuelle et s'applique à toutes choses.

Si le pacte de constitut est fait par un tiers, la dette n'est pas éteinte ; la loi 28, *de pec. const.* (13, 5) le dit expressément. Ce tiers est dans une position analogue à un fidéjusseur ou à un *mandator pecuniæ credendæ*. Aussi ce pacte fait par une femme eût-il donné lieu à l'application du sénatus-consulte Velléien. Mais il va sans dire que le paiement fait par ce tiers *intercessor* ou par le débiteur éteignait les deux obligations. Je rappelle aussi que l'engagement de ce tiers se distinguait de celui du fidéjusseur et se rapprochait de celui du *mandator*, en ce sens, que la simple poursuite contre lui ne libérait pas le débiteur principal.

Si le débiteur a fait lui-même un pacte de constitut avec l'un des créanciers, l'ancienne obligation est-elle éteinte ou survit-elle ? M. de Savigny (p. 185, § 18) prétend qu'elle survit, que c'est par suite d'une inadvertance que des textes renfermant des dispositions

contraires se rencontrent encore au Digeste ; mais, cette opinion ne se fondant sur aucun document positif, je préfère décider avec Paul que la dette est éteinte, tellement, que si le débiteur payait encore par erreur à un autre des créanciers, il aurait la *condictio indebiti*. Le motif que donne le jurisconsulte est celui que nous retrouvons indiqué fréquemment, c'est que le constitut fait par le débiteur est assimilé au paiement (1) : *quia loco ejus cui jam solutum est haberi debet is cui constituitur*. (L. 10, *cod. tit.*) C'est encore la même idée que reproduit Papinien traitant du constitut à un point de vue différent dans la loi 25 ; *pr.*, du même titre.

8° COMPENSATION.

La compensation est définie par le jurisconsulte Modestin : *Debiti et crediti inter se contributio* (L. 1, *de comp.* 16, 2). Elle suppose deux personnes à la fois créancières et débitrices l'une de l'autre, pour lesquelles, par conséquent, il est avantageux de considérer ces obligations réciproques comme éteintes jusqu'à concurrence de la plus faible. *Interest nostra potius nonolvere quam solutum repetere*, nous dit Pomponius. (L. 3, *de compens.* 16, 2).

Malgré son équité évidente et sa grande utilité, cette institution ne se développa que peu à peu dans le droit romain. Dans le principe, restreinte aux cas particuliers d'un *argentarius* et d'un *bonorum emptor* et avec des conditions particulières, (Gaius 4, §§ 64 et 65), elle s'étendit bientôt aux actions de bonne foi, mais à la condition que la créance et la dette provinssent *ex ca-*

(1) LL. 7, § 1 ; 8 ; 9, *de pecun. const.* 13, 6.

dom causa, par ce motif que la créance devait nécessairement se rattacher à l'affaire désignée dans la *demonstratio* de la formule, dont l'*intentio* permettait au juge de décider, *ex fide bona*, quel devait être le montant de la condamnation.

Justinien nous apprend que par un rescrit de Marc-Aurèle (Instit. IV, 6, § 30), la compensation fut admise dans les actions de droit strict où on la faisait valoir par l'exception de dol ; seulement les actions de droit strict provenant toutes d'obligations unilatérales, la compensation devait nécessairement avoir lieu entre des dettes et des créances provenant *ex dispari causa*.

D'abord, il est évident que si la créance du débiteur commun a été produite en justice comme moyen de libération, ou si elle a été l'objet d'un règlement volontaire entre le débiteur et le créancier, il y a là une véritable *datio in solutum*, par conséquent la créance principale est éteinte, soit en totalité soit en partie, selon qu'elle est égale ou plus forte ; ceci ne peut faire l'ombre d'un doute (1). Le débiteur devenu créancier pourrait même, avant toute poursuite, attaquer le premier celui qui est devenu son débiteur, pour faire déclarer la dette éteinte par compensation, ce serait quelque chose d'analogue aux offres réelles. Tout ceci est vrai indépendamment de l'effet de la *litis-contestatio* dont j'ai déjà parlé.

Mais, en l'absence d'un règlement amiable, ou d'une opposition au cours de la procédure, le débiteur peut-il opposer directement à l'un des *correi* qui le poursuit la compensation de ce qui lui est dû par un autre ?

Non, parce qu'en droit romain la compensation n'est

(1) L. 4, *qui potiores...* 20, 4.

pas par elle-même une cause d'extinction des obligations. Ce simple fait de l'existence de la créance du débiteur n'est pas équivalent au paiement. La décision sera la même qu'il y ait ou non société entre les *rei stipulandi*, dans les deux hypothèses, l'intérêt pour le créancier poursuivant est identique, le paiement intégral seul le garantit sûrement contre l'insolvabilité possible de son *correus*; or, il a le droit d'exiger un paiement intégral. Je pense même que la compensation ne pourrait pas être invoquée pour la part que devrait avoir le créancier *socius* devenu débiteur, parce que du moment que la poursuite est intervenue sans qu'il y ait eu de règlement préalable, les choses doivent se passer comme s'il n'y avait qu'un créancier, le poursuivant, vis-à-vis du débiteur.

Nous verrons plus loin des solutions différentes données en matière de solidarité passive. C'est ainsi que le pacte de remise *in rem*, consenti à l'un des débiteurs *socii*, peut être invoqué par tous, tandis que le pacte fait par l'un des *correi stipulandi* ne nuit aux autres créanciers dans aucun cas.

9° DU PACTE DE REMISE.

Du legs de la libération et de la transaction.

Selon les principes du droit romain, le pacte ne donne pas naissance à une action; il n'est pas davantage, selon le droit civil, un mode d'extinction *ipso jure* des obligations; telle est la règle à laquelle plusieurs tempéraments ont été successivement apportés.

On admet qu'un contrat consensuel n'ayant encore reçu aucun commencement d'exécution, *rebus integris*,

la simple convention des parties peut éteindre l'obligation précédemment née de l'accord de leurs volontés (κ). Quelques actions, par exemple celles qui naissent du vol, des injures, etc..., pouvaient également s'éteindre par l'effet du seul consentement du créancier (λ). Ainsi, en thèse générale, le pacte de remise accordé au débiteur par le créancier laisse le premier obligé, seulement, comme il serait injuste qu'il fût condamné contrairement à la promesse qui lui a été faite, on lui accorde une exception, *exceptio pacti conventi*, par laquelle il repoussera la demande du créancier si ce dernier vient à l'attaquer.

Quel sera l'effet d'un pacte de remise accordé par l'un des *correi stipulandi* au débiteur commun ?

Il est de principe que la convention n'a d'effet que vis-à-vis des personnes entre lesquelles elle est intervenue. Aussi le jurisconsulte Paul, dans le texte dont j'ai parlé longuement à propos de la novation, nous dit-il que le pacte nuit à celui-là seul qui l'a consenti, il n'est pas opposable aux autres créanciers (μ).

Il n'y a pas lieu de distinguer si le pacte a été consenti *in personam*, ou d'une manière plus générale, *in rem*, cette distinction ne présente d'intérêt qu'en matière de corréalité passive ; il serait inadmissible qu'un créancier pût opposer à ses cocréanciers les conséquences d'une simple convention intervenue entre lui et le débiteur, le pacte d'un *correus stipulandi* ne peut donc être qu'*in personam* : *hgo, non petam*.

(κ) L. 58, de pactis, 2, 14.

(λ) L. 17, § 1, de pactis, 2, 14.

(μ) LL. 25, § 1 et 27, pr. de pactis, 2, 14. — Aj. L. 93, pr. de solut., 40, 3.

Ici encore, comme au cas de compensation, il faut décider qu'il n'y a pas lieu d'opposer l'exception du pacte aux autres créanciers, même pour la part de celui qui a fait abandon de son droit, lorsque les *correi stipulandi* sont associés. Que l'on donne une solution contraire en matière de corréalité passive, cela se comprend; l'action du créancier, dans cette hypothèse, enlèverait (par suite du recours ouvert par l'action *pro socio* au codébiteur poursuivi) le bénéfice du pacte consenti, au débiteur même en faveur duquel il serait intervenu; mais, en matière de corréalité active, c'est tout à fait différent; le créancier qui a fait le pacte a tenu sa promesse : *Ego non petam*; quant au cocréancier, dès qu'il poursuit, l'obligation n'étant pas primitivement éteinte, il doit être considéré comme seul en face du débiteur, sans que l'exception tirée d'une convention puisse lui être opposée, autrement on ferait retomber sur lui très-injustement les conséquences d'un pacte auquel il est demeuré complètement étranger. Du reste, la loi 26, *de pactis*, confirme cette opinion en disant d'une façon générale : *Et si in rem pactus sit alteri non nocere*. (Aj., L. 34, *de Receptis*. 4, 8).

Le legs de libération fait par l'un des créanciers au débiteur commun se gouverne par les mêmes principes.

La transaction suppose un abandon réciproque des droits du créancier et du débiteur (N). Si donc au sujet de l'obligation dont il est chargé, le débiteur transige avec l'un des créanciers, on devra décider que la différence entre le prix versé pour la transaction et le mon-

(N) L. 38, *Codo, de transact.* 2, 1.

tant de la dette préexistante a été laissé au débiteur par l'effet d'une simple convention. Quant à la somme versée, elle a éteint comme un paiement partiel une partie correspondante de l'obligation ; on appliquera en conséquence à cet excédant du chiffre de la dette les règles du pacte de remise.

10° CONFUSION.

Quand par un événement quelconque, par exemple l'addition d'hérédité, les qualités de créancier et de débiteur d'une même chose se réunissent sur la tête d'une même personne, il y a confusion et l'effet de cet événement est d'anéantir l'action préalablement existante (o). Ainsi un créancier venant à succéder au débiteur principal, ou réciproquement, l'obligation principale est éteinte, et, s'il existait un garant de cette obligation, tel qu'un fidéjusseur ou un *mandator pecunie credendæ*, il serait libéré, *quia non potest pro eodem apud eundem obligati esse* (p).

Qu'arrivera-t-il s'il existe plusieurs cocréanciers ? la confusion, opérée sur la tête d'un seul, éteindra-t-elle l'obligation ? Appliquons-nous cette règle de Papinien : *confusio aliquando pro solutione cedit* ? (L. 15, § 2, de sol. 46, 3).

L'absence de textes sur l'effet de la confusion en matière de corréalité active laisse place au doute. Deux opinions contraires peuvent être soutenues. On peut dire d'un côté que chaque *correus stipulandi* est le maître absolu de la créance, que, dès la confusion opérée

(o) L. 75, de solut., 46, 3.

(p) L. 31, § 6, de solut. 46, 3. — L. 71, pr. de fidej., 46, 1.

réo, il est dans la même situation que s'il avait reçu le paiement ; si c'est le débiteur qui a succédé à l'un des créanciers, on peut penser qu'il avait le droit de se payer à lui-même avant tout autre et que, la confusion ayant eu lieu, les droits des cocréanciers se sont évaporés. Enfin, en cas de société des *rei*, il va sans dire qu'ils auraient le droit de recourir par l'action *pro socio* contre celui sur la tête duquel s'est opérée la confusion, absolument comme si ce dernier avait reçu le paiement.

Je ne crois pas, même en l'absence de texte positif, que ce soit la véritable solution des jurisconsultes.

En effet, chacun des *correi stipulandi* a autant de droits que s'il était seul, *ac si solus stipulatus esset*, voilà ce que nous savons. Lorsqu'il existe plusieurs créanciers ou débiteurs, qu'est-ce que produit précisément la confusion ? Nous connaissons très-bien l'opinion des jurisconsultes sur ce point. *Potius eximit personam ab obligatione quam extinguit obligationem*, dit Paul. (L. 7, de *fidej.* 46, 1)... *Et puto additione hereditatis confusione obligationis eximi personam*, dit encore le même jurisconsulte parlant de deux *rei promittendi*. Donc, l'effet de la confusion est d'empêcher le créancier qui a succédé au débiteur d'agir contre ce dernier ; mais en quoi cela peut-il intéresser les autres qui ont autant de droits que s'ils étaient seuls ?

En conséquence, par application des principes établis et exprimés encore, en matière de corréalité passive, par la loi 19 de notre titre : *Multum enim interest utrum res ipsa solvatur an persona liberetur, quum persona liberatur manente obligatione, alter durat obligatus* ; je déciderai que la confusion ne nuit pas aux droits des cocréanciers. Toutefois, s'il y avait société entre les *rei*,

la confusion peut leur être opposée pour la part qui doit revenir en définitive à celui sur la tête duquel elle s'est opérée ; en effet, la poursuite des *correi* est paralysée par la nécessité d'une liquidation de la société, il est clair qu'on doit d'abord opérer la déduction de ce qui doit revenir à l'associé, parce qu'on ne peut lui réclamer ce qu'on serait forcé de lui rendre de suite (q).

Si l'un des *rei stipulandi* venait à succéder à son *correus*, il n'y aurait pas confusion. Ces deux actions coexistent. Il est vrai que l'exercice de l'une d'elles entraînerait l'extinction des deux, et qu'à ce point de vue il est inutile de les distinguer, mais il peut se faire que le *correus* héritier ait fait avec le débiteur un pacte *de non petendo*, il y aurait alors intérêt pour lui à exercer l'action qu'il détient de son cocréancier décédé contre laquelle il n'aurait pas à redouter l'exception de pacte (r).

11° DU COMPROMIS.

Le compromis n'est autre chose qu'un pacte par lequel les parties conviennent d'avance de soumettre la décision de leur différend à un arbitre, chacune d'elles s'engageant en même temps à donner à l'autre à titre de peine, soit une somme d'argent, soit des objets en nature, au cas où elle ne respecterait pas la sentence arbitrale (s). Si donc le défendeur est absous par l'arbitre, le créancier qui l'attaquerait de nouveau devrait payer la somme convenue (t).

Ceci posé, l'un des créanciers *correi*, pour mettre fin

(q) L. 8, *pr. de doli... except.* 44, 4.

(r) L. 93, *pr. et § 2, de solut.*, 46, 3.

(s) L. 17, § 5, *de receptis*, 4, 8. — L. 11, § 2, *eod. tit.*

(t) L. 27, § 4, *de receptis*, 4, 8. -- L. 2, *eod. tit.*

à une difficulté qui s'est élevée au sujet de l'obligation corréale, fait avec le débiteur un pacte de compromis, l'arbitre donne gain de cause au débiteur, puis un des cocréanciers attaque ce dernier; la peine est-elle encourue? Non, dit le jurisconsulte Paul, parce qu'en réalité l'action n'a pas été intentée par celui qui avait compromis.

Cependant, s'il y avait société entre les cocréanciers, il en serait différemment. La société rend communs tous les avantages et tous les inconvénients de l'action judiciaire; dès-lors le créancier qui a compromis serait mal fondé à repousser les uns en voulant jouir des autres, il doit donc encourir la peine puisqu'il bénéficie de l'action de son associé comme s'il l'avait exercée lui-même (v).

Il convient de remarquer avec M. Demangeat (p. 314) que plusieurs interprètes ont cru apercevoir à tort une antinomie entre la loi 34 (*de receptis*) dont je viens de parler et la loi 27 (*de pactis*) que j'ai longuement traitée à propos de la novation et dans laquelle il est dit que le pacte fait par l'un des *rei stipulandi* n'est pas opposable aux *correi*; la loi 34 (*de receptis*), en effet, ne dit qu'une chose, c'est que la peine stipulée est encourue en cas de société des *rei* par la poursuite d'un seul d'entre eux, et non pas que le pacte de compromis peut être opposé par le débiteur à ses créanciers.

12° PRESCRIPTION.

Dans l'ancien droit romain on ne connaissait pas de prescription libératoire. On sait que les exceptions pri-

(v) L. 34, *de receptis*, 4, 8.

rent naissance dans le système formulaire, il en fut de même de ces adjonctions spéciales que l'usage fit admettre dans l'intérêt du défendeur et qui portaient, à cause de la place particulière qu'elles occupaient en tête de la formule, le nom générique de *præscriptiones*, parmi lesquelles on remarque ce moyen spécial de défense fondé sur ce qu'un temps plus ou moins long s'est écoulé, qui seul, de nos jours, a conservé son appellation primitive.

Dès l'époque de Gaïus (Comm. 4, § 133), les prescriptions du système formulaire dans l'intérêt du défendeur s'appelaient exceptions et occupaient la place de ces dernières dans la formule; sous Justinien, et avec la procédure extraordinaire, il n'est plus question de formules, et par conséquent les prescriptions sont devenues purement et simplement des exceptions; seule, l'exception fondée sur ce qu'un certain laps de temps s'est écoulé a conservé son nom ancien.

Sous l'empire du système formulaire on peut se poser au point de vue de l'action deux questions différentes :

1° Lorsqu'un droit est né au profit d'une personne, celle-ci en a-t-elle indéfiniment l'exercice par une action ?

2° Lorsque la formule a été délivrée, le jugement doit-il être rendu dans un certain délai ?

Il est manifeste que la procédure formulaire ayant disparu au temps de Justinien, cette seconde question ne peut se poser dans le dernier état du droit. Nous savons qu'autrefois il y avait un certain délai variant selon que le *judicium* était *legitimum* ou *imperio continens*. (Gaïus, Comm. 4, §§ 103, 104, 105).

Quant à la première question qui subsiste toujours,

il faut distinguer : En principe, si l'action est civile, c'est-à-dire dérivant d'une loi, d'un sénatus-consulte, d'une constitution, elle est perpétuelle ; si l'action est prétorienne, elle est, en général, renfermée dans le délai d'une année. (Instit. IV, 12, *pr.*). Selon l'avis de la plupart des commentateurs, il s'agit ici d'une année utile et non d'une année continue.

Il existait de nombreuses exceptions à ces deux règles, elles sont mentionnées pour la plupart dans les textes suivants : Gaius 3, § 121 ; (L. 17, § 6, *de injuriis* 47, 10) (L. 5, au Code *de injuriis*, 9, 35) (L. 36, § 2, *de inoff.*, 5, 2) (L. 35, *de oblig. et act.*, 44, 7), etc.

D'après une constitution de Théodose et Honorius, toute action perpétuelle dure trente ans ; quelques autres, parmi lesquelles se trouve l'action hypothécaire, ne se prescrivent que par quarante ans (v).

Cette prescription de l'action peut être interrompue par une citation en justice, *ex libello conventionis*, dirigée contre le débiteur, ou par une reconnaissance de la dette. Elle est suspendue de plein droit au profit des impubères.

Qu'arrivera-t-il si l'un des *correi* a interrompu la prescription ? Justinien nous dit que cette interruption profitera à tous les *correi*. (L. 5, au Code *h. t.*).

Mais, je suppose que les *correi* étant *socii*, l'un d'eux n'ait formé une demande que pour sa part ; l'interruption partielle profitera-t-elle aux autres ? je pense que la poursuite du créancier *pro parte sua* profitera à tous pour le montant de sa demande ; étant donné le rapport de société, la bonne foi s'oppose à ce que l'un des

(v). L. 3 et 7. § 1, au Code *de prescrip.*, 39 *vel* 40 *ann.*, 7, 39.

créanciers fasse sa situation meilleure au détriment des autres.

Que décider si, l'un des *correi* laissant un héritier impubère, la prescription est suspendue en faveur de ce dernier ? Les motifs qui ont engagé l'empereur Justinien à décider que l'interruption par le fait d'un seul profite à tous n'existent plus ici. En cas d'interruption, on peut dire que, chacun des créanciers ayant le droit de prévenir les autres, la citation qu'il fait empêche désormais les cocréanciers d'agir, ils ne sont donc pas en faute de n'avoir pas interrompu eux-mêmes la prescription ; tandis que dans l'hypothèse de la simple suspension, ils peuvent parfaitement agir, soit pour interrompre la prescription, soit pour se faire payer ; de sorte qu'il me paraît raisonnable de décider que le motif de la suspension étant personnel à l'impubère, le bénéfice qui en résulte doit être restreint à sa personne.

13° PERTE DE LA CHOSE DUE. — DEMEURE.

Le débiteur d'un corps certain est libéré s'il survient un événement qui rende impossible l'exécution de l'obligation. *Debitor rei certæ ejus interitu liberatur*. Il en serait autrement si la perte de l'objet dû provenait de la faute ou du fait du débiteur, ou même, dans certains cas, de sa simple négligence (w). De même, l'obligation du débiteur est perpétuée si la perte de l'objet arrive après qu'il a été mis en demeure de délivrer, à moins qu'il ne soit établi que la chose aurait également péri chez le créancier (x).

(w). J'appelle négligence la *culpa in omittendo*, Inst. de Inut. stip., § 2. — LL. 136, § 1 ; 91 pr. et § 1 de verb. oblig., 45, 1.

(x). L. 11, § 1, depos., 16, 3.

L'application de ces règles à la corréalité active est facile.

Si la chose périt après les offres faites à l'un des créanciers par le débiteur, la dette est éteinte vis-à-vis de tous, la loi 72 *pr.* (*de solut.* 46, 3) ne laisse aucun doute à cet égard. Si la chose périt par cas fortuit même avant les offres, l'obligation est également éteinte, à moins qu'il n'y ait faute du débiteur, auquel cas il est tenu vis-à-vis de tous.

Si la chose due venant à ne plus pouvoir être l'objet d'un paiement, redevient plus tard susceptible d'être payée, l'obligation qui un instant a paru éteinte revit-elle? Par exemple, une chose a cessé d'être dans le commerce et plus tard y revient. L'obligation est et demeure éteinte. *In perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest.* C'est l'opinion de Paul, ce jurisconsulte nous apprend que l'opinion contraire professée par Celsus n'avait pas prévalu; *nec admissum est quod Celsus ait.* (L. 98, § 8, *de solut.*, 46, 3).

Relativement au fait de l'un des créanciers, j'ai indiqué le cas de la loi 34 (*de receptis*).... en matière de compromis.

Examinons maintenant l'effet de la mise en demeure.

La demeure, *mora*, est le retard apporté par le débiteur dans l'exécution de son obligation.

En principe, le débiteur était mis en demeure *ex personâ* par une sommation de payer faite par le créancier (y). D'autre fois *ex re* par la seule échéance du terme si la dette était à échéance fixe (z). Et même s'il s'agissait

(y). L. 32, *pr. de Usuris*, 22, 1.

(z). L. 4, *de cond. tritic.*, 13, 3.

d'une restitution à faire par suite d'une possession de mauvaise foi, le débiteur était toujours en demeure sans aucune interpellation (a). L'effet de ce retard est de mettre la chose aux risques et périls de celui qui est en demeure, et de l'obliger au paiement des intérêts des fruits ou, en général, d'une indemnité pour le retard, au moins en matière de contrats de bonne foi (b).

La demeure provenant du terme profite évidemment à tous les *correi* si le terme est le même pour tous; quant à l'interpellation de l'un d'entre eux, produit-elle un effet général ou particulier à celui qui a interpellé le débiteur?

Chacun des créanciers étant réputé seul maître de la créance, sauf la chance d'être prévenu par son co-créancier, il est logique de décider que le débiteur sera en demeure vis-à-vis de celui-là seul qui l'aura interpellé.

Une solution contraire est donnée en matière d'interruption de prescription, mais, il faut remarquer que la constitution de Justinien repose entièrement sur des considérations d'équité lesquelles n'existent pas ici. Rien n'empêchait chacun des créanciers d'interpeller le débiteur qui aurait été ainsi constitué en demeure vis-à-vis de tous, cela était d'autant plus facile qu'à Rome l'interpellation avait lieu sans frais. L'inaction des créanciers est une négligence, pourquoi étant négligents auraient-ils le droit aux dommages et intérêts qui résultent de la demeure. Nous dirons donc en renver-

(a). L. 8, § 1, *de cond. furt.*, 13, 1.

(b). LL. 32, § 2 et 34 *de Usuris*, 22, 1.

sant la proposition du jurisconsulte Paul (L. 173, § 2 *de reg. juris*, 50, 17), *unicuique sua mora prodest*.

14° *Capitis-diminutio*.

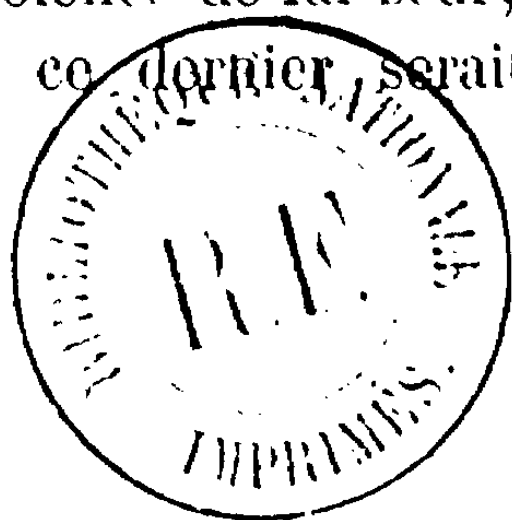
Si l'un des créanciers vient à être *capite minutus*, s'il est, comme le suppose la loi 9 de notre titre, *exemptus ab obligatione*, soit par l'esclavage, soit par l'interdiction de l'eau et du feu, soit par la déportation, soit par l'adrogation, il va sans dire que les autres conservent leur droit en entier. Il n'y a pas là extinction de l'obligation.

15° *Restitutio in Integrum*.

La *Restitutio in integrum* consistait à remettre les choses dans l'état où elles se trouvaient avant l'acte. Elle s'accordait aux majeurs dans certains cas où l'équité le commandait et toujours *causâ cognitâ*. (V. au Digeste. Liv. 4, t. 1). Le droit prétorien, étendant également sa protection spéciale sur le pupille et le mineur de 25 ans, les restitue contre les engagements où ils ont éprouvé quelque lésion provenant soit d'un acte, soit d'une omission ; cette faveur s'étend jusqu'au pupille en tutelle.

La restitution obtenue par le débiteur contre un seul des créanciers nuit-elle aux autres ?

Evidemment non, s'il s'agit d'une cause de restitution purement personnelle à l'un des créanciers, par exemple, du dol ou de la violence de lui seul, dans son seul intérêt. Dans ce cas, ce dernier serait considéré comme



n'étant pas devenu créancier, le débiteur serait censé ne lui avoir rien promis (c).

Inversement, la restitution obtenue par l'un des créanciers contre le débiteur, par exemple dans le cas où la prescription aurait été accomplie, profiterait-elle aux autres créanciers? Non, j'appliquerai ici les principes que j'ai invoqués en parlant de la suspension de la prescription.

On peut encore mentionner avec M. Demangeat (p. 396) une dernière circonstance, où le droit de l'un des *correi stipulandi* se trouve éteint, sans que celui des autres soit modifié. Si une personne s'engage à titre gratuit vis-à-vis de plusieurs *correi stipulandi*, l'un de ceux-ci venant à acquérir l'objet promis *ex causâ lucrativâ*, son droit s'évanouit, mais le droit des autres créanciers demeure intact.

J'ai terminé l'examen des effets de la corréalité entre créanciers. Je crois avoir suffisamment insisté sur la solution des principales controverses qui s'agitent encore en cette matière. Il ne me resterait plus qu'à rechercher si l'un des créanciers, ayant reçu le paiement, peut être quelquefois contraint de faire participer ses collègues au bénéfice de la créance recouvrée; c'est la question du recours, laquelle sera exposée plus loin dans un chapitre spécial.

(c) LL. 15 et 6, § 2, *h. t.*

CHAPITRE IV

Effets de la corréalité ou de la simple solidarité entre débiteurs

SECTION I

En parcourant les textes divers qui nous permettent de reconstituer la théorie de l'obligation corréale entre créanciers, nous avons vu que les jurisconsultes n'établissent aucune distinction entre les diverses sources de ce rapport exceptionnel de droit, relativement aux effets qu'il produit. Que la créance corréale naisse d'une vente ou d'une stipulation, qu'elle provienne d'un contrat de commodat ou d'un *mutuum*, les pouvoirs des créanciers sont toujours aussi rigoureux, et les conséquences de leurs actes identiques. C'est ainsi qu'un fidéicommiss étant laissé à plusieurs *in solidum*, les créanciers sont assimilés à de véritables *correi stipulandi* (V. L. 24, de leg. 2°).

Il en est différemment si l'on envisage le même rapport juridique existant entre codébiteurs.

Toutes les fois que plusieurs personnes s'obligent solidairement, le créancier a le droit de poursuivre, à son choix, l'une d'elles, pour le total, et le paiement intégral effectué une seule fois éteint la dette de tous ; à ce double point de vue, il est inutile de rechercher quelle est la nature du contrat générateur de l'obligation solidaire. Mais, si nous nous demandons quel est, par exemple, l'effet de la poursuite dirigée par le créan-

cier commun contre un seul de ses débiteurs, ou quelles sont les conséquences de la faute, de la négligence de l'un d'eux, ou bien encore, si nous voulons éclaircir la théorie difficile de l'action récursoire accordée à celui qui a payé contre ceux que le paiement a libérés, alors nous voyons immédiatement, au premier aperçu des textes, qu'il y a lieu d'user de distinctions. Il importe donc, avant d'entrer dans l'examen détaillé des divers effets de la solidarité passive, de poser nettement certains principes qui dominent toute la matière.

Il est un premier point sur lequel je serai très-bref. En effet, aujourd'hui tout le monde est d'accord pour reconnaître, avec les textes, deux classes distinctes d'obligations solidaires entre débiteurs.

M. de Savigny (§ 16, note c) oppose les cas véritables aux cas improprement dits de corréalité ; Ribentropp, qui, le premier, a nettement formulé cette distinction, dit que tantôt il y a identité de l'obligation, tantôt simple solidarité (Théorie des oblig. corréales, §§, 5 11, 27); M. de Wangerow (p. 64-101, § 573) adopte une terminologie analogue ; quant à moi, j'ai parlé le langage de M. Demangeat (p. 183) qui distingue les obligations corréales des obligations simplement solidaires.

Quelles que soient les expressions employées, l'idée est au fond la même chez tous les interprètes modernes, à savoir : que dans certaines circonstances, où nous disons qu'il y a corréalité, l'obligation des codébiteurs est une, identique à elle-même, au point de vue objectif ; tandis que dans les autres, où nous disons qu'il y a simple solidarité, la dette est multiple au

point de vue même de l'objet, il y a autant de liens divers que de personnes obligées (A).

Cette différence fondamentale entre les obligations corréales et les obligations simplement solidaires, différence dont la formule, acceptée par tous les auteurs que je viens d'indiquer, résume d'une façon très-nette les principaux résultats, se retrouve nécessairement dès que l'on examine les effets des divers événements juridiques dont nous allons parler; mais, si tout le monde s'accorde à poser la distinction entre ces deux catégories d'obligations *in solidum*, si tout le monde en accepte et en reproduit la formule, on est loin d'être du même avis dès qu'il s'agit de décider comment et pourquoi naît précisément cette différence. Les textes nous donnent des solutions formelles, péremptoires, desquelles il résulte, par exemple, que des débiteurs obligés *in solidum* à la suite d'un dépôt fait entre leurs mains ne sont pas traités comme ceux qui ont promis une même chose sur stipulation; ces solutions, il faut bien les accepter, mais quel en est le motif? comment

(A) Pourquoi les jurisconsultes romains ont-ils distingué deux nuances différentes dans la solidarité entre débiteurs, tandis qu'ils ne reconnaissent comme possible entre créanciers qu'une seule et même corréalité? Probablement, au point de vue actif, ce rapport exceptionnel de droit se présentait rarement dans la pratique, il n'est donc pas surprenant que leur esprit n'ait pas exercé sa pénétration ordinaire sur une institution peu en usage. De plus, les inconvénients qui résultent du principe de l'unité absolue de la dette combiné avec certaines règles strictes du droit civil, inconvénients dont l'existence, en matière de corréalité passive, a sans doute amené peu à peu la distinction d'une solidarité moins rigoureuse, n'existent pour ainsi dire pas en matière de corréalité active. Il n'est véritablement pas plus choquant, ni plus singulier, de voir le droit des cocréanciers éteint par le fait de la poursuite d'un seul d'entre eux, que par une libéralité ou un calcul frauduleux dissimulé sous l'apparence d'une *acceptilatio* mensongère.

reconnaître, en l'absence de textes précis, si telle obligation est simplement solidaire ou véritablement corréale? Telle est la difficulté; ici s'ouvre le champ des hypothèses, des conjectures et des théories plus ou moins solidement assises.

Deux systèmes principaux sont en présence, je vais les examiner successivement.

Le premier, dû à M. de Savigny (§ 20, p. 217 et suiv.), adopté par la plupart des auteurs allemands, sauf quelques divergences dans les détails, a reçu en partie l'assentiment des deux traducteurs de son traité du Droit des Obligations.

Dans l'opinion de l'illustre romaniste, le premier cas improprement dit de corréalité se trouve dans l'obligation née d'un délit en tant qu'elle porte sur l'indemnité (§ 20, p. 218). Nous savons qu'il existe dans cette circonstance une action pénale unilatérale; de plus, les textes nous apprennent que le paiement d'un seul libère tous les codébiteurs, mais que la simple *litis-contestatio* intervenue entre le créancier et l'un d'eux ne produit pas cet effet.

C'est par assimilation à cette circonstance particulière, dans laquelle naît une obligation *simpliciter in solidum*, que les jurisconsultes ont pu dire à bon droit que des colocataires, coemprunteurs, codépositaires, cotuteurs, etc..., sont quelquefois tenus *in solidum*, bien qu'il n'y ait eu au moment du contrat aucune convention touchant la corréalité.

Telle est la théorie que développe M. de Savigny de la façon suivante :

« Nous avons dit plus haut que les obligations naissent de la vente, du louage, du commodat, du dé-

» pôt, etc..., quand plusieurs y figurent d'un même
» côté, n'atteignent chacune de ces personnes que pour
» sa part; mais qu'une obligation corréale peut y être
» spécialement insérée, et que cette insertion pouvait
» même se faire, chez les romains, par un simple pacte.
» Ce point est non-seulement reconnu dans des appli-
» cations particulières, il fait même l'objet d'un texte
» remarquable de Papinien. (L. 9, *pr.*)

» Les cas où on stipule la corréalité ne peuvent faire
» l'objet d'aucune difficulté, mais les autres cas exi-
» gent un examen plus attentif. »

Ici M. de Savigny expose que l'obligation à la charge
de plusieurs débiteurs se divise, puis il continue ;

» « Mais le rapport de droit peut se présenter sous une
» autre forme, quand l'obligation dont il s'agit de pour-
» suivre l'exécution repose non pas, comme dans les
» hypothèses dont nous venons de parler, simplement
» sur une convention, mais sur un fait ou une omis-
» sion du débiteur, intervenue postérieurement; cette
» circonstance imprime alors à l'ensemble du rapport
» de droit un caractère plus personnel. A cet ordre de
» faits appartiennent les cas suivants :

» Le dépôt n'oblige en principe le dépositaire qu'à ré-
» pondre de son dol, et non de sa faute; aussi n'est-il
» pas responsable quand un tiers vole la chose, bien
» qu'on doive admettre que sans une faute de sa part
» ce vol pouvait ne pas arriver.

» Quand on donne une chose à garder à deux per-
» sonnes sans convention de corréalité, et qu'elle est
» frauduleusement détournée par toutes deux, chacune
» d'elles est obligée *in solidum*; mais quand l'une a
» payé, l'autre est libérée, parce que l'idée du dom-

» mage causé, par conséquent, la condition de fait de
» l'indemnité a disparu.

» Le principe que chacun des coupables peut être
» actionné non pas seulement pour moitié, mais pour
» le tout, repose sur le même motif que dans l'action
» pénale unilatérale, contre deux agents du même
» délit. Car, bien qu'ici on intente non pas une action
» pénale, mais une action naissant d'un contrat, cepen-
» dant ce n'est pas l'objet direct du contrat que le
» créancier poursuit par cette action, c'est la violation
» d'un droit, commise à l'occasion d'un contrat, viola-
» tion qui, dans ce cas, revêt même complètement la
» nature d'un délit, et d'un délit entaché de dol. »
(p. 223-226).

Des idées analogues sont ensuite exposées en ce qui
concerne le louage, le commodat, les cotuteurs, etc.

Ainsi : « Lorsque plusieurs commodataires ou loca-
» taires reçoivent une chose pour un usage commun,
» sans se constituer pourtant débiteurs corréaux.... Si
» la chose est volée par un tiers, chacun est obligé *in*
» *solidum* à l'indemnité; car on peut faire à chacun ce
» reproche, qu'il aurait pu prévenir tout le dommage
» par la *diligentia* qui lui incombait.....

» Quand plusieurs cotuteurs administrent en com-
» mun, la règle est que chacun d'eux n'est obligé que
» pour sa part; mais, les circonstances peuvent donner
» lieu aussi à une obligation solidaire, même à raison
» des actes préjudiciables de l'un des tuteurs, parce
» que l'autre aurait pu et dû les empêcher par une sur-
» veillance convenable, etc. (p. 227). »

En un mot : « En comparant les cas rassemblés ici
» (dépôt, louage et commodat, tutelle) avec les actions

» pénales unilatérales, nous devons leur attribuer des
» effets absolument identiques (p. 229). »

Au fond de tout ceci, nous trouvons deux idées dominantes qu'il faut bien faire ressortir :

1° La corréalité naît d'une convention expresse des parties; cette convention, dans les contrats de bonne foi, est nécessaire et suffisante; donc, s'il existe entre colocataires, cotuteurs, commodataires d'une chose en commun, codépositaires, etc..., une convention touchant la corréalité, ce rapport exceptionnel de droit naît, aussi rigoureux que s'il s'agissait, par exemple, d'une stipulation à laquelle auraient répondu des *correi promittendi*. En l'absence d'une convention spéciale, le droit commun reprend son empire et l'obligation se divise.

2° Pour imaginer qu'il y ait simple solidarité, il faut supposer qu'il existe, non pas une convention spéciale des parties, il y aurait alors véritable corréalité, mais bien un fait quelconque ou une omission de la part des débiteurs présentant de l'analogie avec un délit ou un quasi-délit, dans ce cas, en effet, il est naturel d'appliquer les règles de l'action pénale unilatérale.

M. de Savigny tient, avant tout, à respecter le sens littéral du texte de la loi 9 *pr.* de notre titre, dans laquelle Papinien dit : *non tantum verbis stipulationis sed et cæteris contractibus... fiunt duo rei promittendi.*

» Il y a lieu, dit-il, d'appliquer en matière de con-
» trats de bonne foi, non-seulement le même droit que
» dans une stipulation qui serait conçue dans les
» mêmes termes, mais on va jusqu'à employer la
» même expression technique, assurément pour faire
» disparaître jusqu'aux dernières traces du doute sur

» l'assimilation complète du droit dans ces hypothèses
» différentes (§ 17, note s). »

A quoi les traducteurs ajoutent qu'ils se rangent à cette opinion par plusieurs motifs.

1° La loi 9 est bien formelle en ce sens, il est fort difficile d'appliquer les expressions *duo rei promittendi* à des cas de corréalité improprement dits.

2° Il est de règle que tout pacte ajouté *in continenti* à un contrat de bonne foi fait corps avec lui, il doit en être de même pour le pacte de corréalité.

Il est doublement malheureux de raisonner avec tant de rigueur du texte de Papinien, d'abord, parce qu'il paraît démontré que l'on donne ainsi aux expressions dont se sert ce jurisconsulte, un sens qu'elles n'ont pas; en second lieu, parce que si l'on part de ce principe, que la convention engendre nécessairement une véritable corréalité, on est amené, comme M. de Savigny, à soutenir que tous les textes où il est dit que le paiement seul et non la poursuite libère les codébiteurs, sous-entendent qu'il n'y a aucune convention, expresse ou tacite, de solidarité entre les parties, et à édifier pour les besoins de la cause et l'explication de cette prétendue solidarité, indépendante de la volonté des contractants, une théorie véritablement inacceptable.

Je dis que Papinien n'a nullement entendu prétendre que des codépositaires, cotuteurs, etc., fussent identiquement dans la même situation que des copromettants sur stipulation.

En effet, tout le monde est d'accord pour reconnaître qu'en matière de dépôt, par exemple, à la différence de ce qui aurait lieu s'il s'agissait d'une stipulation, la simple poursuite contre l'un des débiteurs ne

libère pas les autres. *Non liberatur alter si cum altero agatur : non enim electione, sed solutione liberantur* (L. 1, § 43, *depositi*, 16, 3). D'ailleurs, il suffit de citer un certain nombre de textes où l'on voit manifestement que l'on emploie quelquefois ces expressions techniques, pour désigner certaines personnes qui ne sont pas véritablement *correi promittendi*. Ainsi, nous savons que les magistrats municipaux sont assimilés aux tuteurs, et, comme ces derniers, nommés quelquefois *correi promittendi*. Or voici ce que dit Paul : *Sed hæc in magistratibus tractavi quasi duo rei ejusdem debiti essent omnimodo : quod ita non est.* (L. 45, *de adm. et peric. tut.*, 26, 7).

De même Ulpien, dans une loi sur laquelle nous allons revenir, dit, en parlant de deux locataires d'une chose en commun : *quare duo quodammodo rei habebuntur*, etc.... Il est donc démontré que l'on appelle parfois *correi promittendi* des codébiteurs dont la situation présente de l'analogie avec la corréalité, sans être cependant absolument identique.

Ce n'est point ainsi que l'entendent les traducteurs de M. de Savigny.

Nous voyons bien ; disent-ils (p. 178, note 1, 3°), une corréalité imparfaite résultant d'un contrat de bonne foi, mais, rien ne nous prouve que les parties avec la liberté illimitée qui leur était laissée, n'avaient pas eu le soin d'écarter, par un pacte spécial, les dangereuses conséquences qu'entraînait la corréalité parfaite.

De sorte que, dans cette opinion, il faut admettre que tous les textes où nous voyons apparaître cette idée : *non electione sed solutione liberantur*, supposent implicitement :

1° Qu'il y a eu entre les parties convention expresse de corréalité.

2° Qu'un pacte est immédiatement intervenu modifiant les effets rigoureux de la première convention.

Il va sans dire que nous ne connaissons rien qui puisse nous mettre sur la trace d'un procédé aussi singulier. Mais, il y a plus, ce système est formellement contredit par les textes les plus clairs.

Voici, par exemple, Ulpien se demandant ce qui arrive : *si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul*; il rapporte l'opinion de Celsus qui se posait également la question d'une manière générale, et répond : *duo quodammodo rei habebuntur*.

Il est bien évident qu'aucune convention expresse n'était intervenue entre les parties, puisque les juriconsultes se posent la question de savoir s'il y a ou non solidarité. Il n'y a donc pas moyen, malgré l'opinion des MM. Gérardin et Jozon, de supposer ici le double pacte.

Et cependant il résulte de cette loi :

1° Que les colocataires ou commodataires d'un char en commun peuvent être poursuivis *in solidum*.

2° Que cette solidarité ne produit pas tous les effets de la corréalité.

Donc, une corréalité imparfaite peut résulter du contrat de commodat ou de louage sans qu'il existe aucune convention expresse des parties tendant soit à créer la corréalité, soit à en atténuer les effets rigoureux.

Est-ce à dire qu'il faille admettre avec M. de Savigny que cette solidarité est indépendante de la volonté des contractants, que dans tous les textes où les juricon-

sultes nous parlent d'un rapport de simple solidarité, il n'y a eu aucune convention, expresse ou tacite, touchant ce rapport juridique exceptionnel? Non certes, rien n'est plus inexact.

Outre qu'une semblable affirmation est dénuée de tout fondement, il est démontré qu'en matière de contrats de bonne foi, et spécialement en ce qui concerne la solidarité, l'intention des parties ressort clairement des circonstances particulières dans lesquelles elles ont contracté.

Paulus respondit: unum ex mandatoribus in solidum eligi posse, etiamsi non sit concessum in mandato. Pourquoi donc, malgré l'absence d'une manifestation expresse de la volonté des parties, leur intention est-elle ainsi nettement interprétée par le jurisconsulte? parce que le mandat est de bonne foi et, qu'en cette matière, on supplée à ce que les contractants n'ont pas dit par une interprétation large et équitable de leurs intentions. Or, il est naturel de penser que deux personnes louant ensemble un char, le propriétaire de ce char entende recourir contre chacune d'elles *in solidum*, alors surtout qu'il a dû considérer (ainsi que le fait remarquer Ulpien) que chacun des locataires devait sa *diligentia* pour le total, et, si telle a été sa pensée, on doit suppléer à son silence. (Aj. L. 41, § 1, *de fidej.* 46, 1.)

Ainsi, du moment qu'il s'agit d'un contrat de comodat, de louage, de mandat, de dépôt..., en un mot d'un contrat de bonne foi, établi dans des conditions telles que l'intention du créancier, connue des débiteurs, ait été de se réserver le droit de recourir *in solidum* contre chacun d'eux, *utriusque fidem in solidum secutus*, comme dit Papinien dans cette même loi 9, ou bien,

singulorum intuitum personam (L. 47, *locati*, 19, 2), on considère qu'il y a convention tacite de solidarité. Il est donc inadmissible de poser en principe que tous les textes, où il est dit qu'en matière de louage, de mandat, de dépôt, etc., il existe ce que nous appelons une simple solidarité, se réfèrent à cette hypothèse qu'il était en dehors de l'esprit des contractants de créer cette solidarité *ex ipso contractu*.

Il résulte de cette longue discussion que dans les contrats de bonne foi :

1° Il n'est pas nécessaire qu'il y ait un pacte touchant la solidarité, pour que le créancier ait le droit de poursuivre *in solidum* chacun des coobligés.

2° En admettant qu'un tel pacte existe, il ne saurait produire les effets de la corréalité et notamment l'obligation ne sera pas éteinte par la simple poursuite de l'un des débiteurs.

Je ne parle que pour mémoire de la seconde partie du système de M. de Savigny. La doctrine qu'il expose ne tend à rien moins qu'à faire dériver toutes les obligations, non pas des quatre sources que l'on connaissait jusqu'à ce jour, mais bien simplement du délit ou du quasi-délit. Si l'on admet que « le fait ou l'omission du » débiteur revêt dans les contrats de bonne foi tels que » le dépôt, le caractère d'un délit et doit donner naissance à une obligation identique, » à vrai dire, l'action directe de dépôt n'est plus qu'une superfétation, puisqu'en général, ce ne sera jamais que par suite d'un fait ou d'une omission du dépositaire, que le déposant se verra forcé de l'intenter. (V. LL. 17, § 1, *de dolo malo* 4, 3; 157, § 2, *de reg. juris*, 50, 17; 7, § 1, *depositi*, 16, 3.)

Le système de M. de Savigny est donc inadmissible à tous les points de vue.

La vérité est que le texte de Papinien doit s'entendre dans le même sens que celui d'Ulpien. La loi 5, § 15 *commodati*, (13, 6) applique à un cas déterminé le principe de la loi 9, *pr. (h. t.)* : il peut exister entre plusieurs locataires, commodataires, etc..., un rapport juridique analogue à la corréalité, l'obligation de ces codébiteurs présente alors une certaine analogie avec une obligation corréale (notamment, il y a droit pour le créancier à la poursuite d'un seul des obligés, à son choix, pour le total, et unité de paiement), mais elle ne doit pas moins en être soigneusement distinguée.

S'il s'agit d'une stipulation à laquelle ont répondu plusieurs copromettants, on est forcé de suivre les règles du droit strict ; or, le droit strict c'est le principe de la loi des XII Tables : *Quum nerum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*. Chacun des débiteurs a promis identiquement la même chose, il y a donc unité absolue de la dette commune au point de vue de l'objet. C'est pourquoi nous disons qu'en matière de corréalité (laquelle dérive de la stipulation et en général des contrats de droit strict), la simple *litis-contestatio* opérée entre le créancier et l'un des débiteurs, libère tous les *correi promittendi* ; c'est une conséquence nécessaire de cet autre principe du droit ancien : *Bis de eadem re ne sit actio*.

S'agit-il au contraire d'un contrat de bonne foi, alors, on n'est plus asservi aux règles strictes du droit primitif. Il n'y a plus à se préoccuper des paroles qui ont pu être prononcées, il faut bien moins les appliquer à la lettre qu'en consulter l'esprit ; l'important, c'est d'in-

interpréter d'une façon équitable l'intention des parties. Or, il n'est pas naturel de penser que les contractants aient voulu s'astreindre aux conséquences rigoureuses qu'entraîne la véritable corréalité, alors que rien ne les y forçait ; on admet bien que tous les faits équivalents au paiement, donnant directement ou indirectement satisfaction au créancier, éteignent la dette vis-à-vis de tous les débiteurs, mais on n'admet pas qu'il puisse en être ainsi, par exemple, de la seule *litis-contestatio* opérée entre l'un d'eux et le créancier. Telle est la simple solidarité qui résulte des contrats de bonne foi, et, dans laquelle nous disons qu'il y a, au point de vue même de l'objet, autant de dettes distinctes que d'obligés.

Aux débiteurs en vertu d'un contrat de bonne foi on assimile les débiteurs tenus d'une action *in factum*. En effet, au point de vue qui nous occupe, les textes les mettent sur le même rang. *Cæteri liberantur perceptione non litis-contestatione*, dit la loi 7, § 4, *quod falso tutore* 27, § 6. (Aj. LL 1, § 10 ; 2 ; 3 ; 4, *de his qui eff.*, 9, 3).

Il est facile de voir combien dans ce système, dont la science est redevable à M. Demangeat qui, le premier, l'a exposé d'une façon complète, tout s'enchaîne et s'harmonise à merveille.

La solution est donc, suivant nous, que si les codébiteurs sont tenus d'une action de bonne foi ou d'une action *in factum*, il y a obligation simplement solidaire, tandis qu'il existe une véritable corréalité si l'action est une *condictio*. Si l'on admet, avec M. de Savigny et ses traducteurs, que la corréalité véritable peut résulter d'un contrat de bonne foi, comment expliquer, par

exemple, la théorie des jurisconsultes romains sur les effets de la faute d'un *correus promittendi*?

Ex duobus reis.... promittendi, dit Pomponius dans la loi 18 de notre titre, *alterius factum alteri quoque nocet*. Il paraît évident que si la simple négligence, la faute *in omittendo*, ne nuit pas au *correus*, c'est que dans les contrats de droit strict, on ne répond pas de cette faute, ainsi que le dit expressément la loi 91 *pr. de verb. obl.*, (45, 1) : *qui dari promisit ad dandum, non ad faciendum tenetur*. Si la véritable corréalité résulte d'un contrat de bonne foi, où la responsabilité s'étend à la faute *in omittendo*, pourquoi donc celle-ci ne nuirait-elle pas également au codébiteur? Dans la théorie de M. de Savigny cette question ne peut recevoir de réponse acceptable.

Des difficultés analogues se présentent quand il s'agit d'expliquer : pourquoi, lorsqu'un débiteur simplement solidaire veut, après avoir payé, recourir contre ses codébiteurs, il n'est nullement question de lui accorder une exception de dol pour qu'il puisse se faire céder les actions du créancier, tandis que cette exception est formellement accordée au *correus promittendi* dans les mêmes circonstances? pourquoi, le créancier de codébiteurs simplement solidaires est tenu de conserver ses actions pour pouvoir les céder à celui qui le paiera et lui assurer par ce moyen un recours efficace, tandis que rien de semblable n'existe en matière de corréalité? pourquoi les jurisconsultes ont fini par accorder au débiteur simplement solidaire une action utile basée sur cession feinte, tandis que dans le droit de ces mêmes jurisconsultes, cette faveur était complètement étrangère au *correus promittendi*? etc...

Dans le système de M. Demangeat tout ceci s'explique parfaitement, la simple solidarité dérivant des contrats de bonne foi dans lesquels les considérations d'équité dominant avant tout, et la corréalité provenant des contrats de droit strict, lesquels, au moins dans la rigueur des principes, ne souffrent aucun compromis avec l'équité naturelle.

Dans la théorie professée par M. de Savigny, on est réduit à dire que l'on applique ici les principes de l'action pénale unilatérale parce que tous ces débiteurs sont tenus *ex delicto* ou *quasi ex delicto*; ce qui est inadmissible.

Enfin, dans l'opinion de MM. Gérardin et Jozon, il faut supposer que tous ces débiteurs ont fait un pacte tendant à atténuer les conséquences rigoureuses d'une véritable corréalité, ce qui est tout-à-fait inexact.

La doctrine que j'ai acceptée paraît donc la seule raisonnable, et, j'ajoute en terminant, que les rares arguments que l'on a essayé de faire valoir contre elle ne m'ont pas paru de nature à l'ébranler.

SECTION II

Après avoir établi la distinction capitale de la corréalité et de la simple solidarité, nous allons rechercher quelle est sur la dette corréale ou solidaire l'influence des divers événements qui éteignent ou modifient les obligations, en suivant le même ordre que dans le chapitre précédent.

1^o PAIEMENT. *Datio in solutum*. OFFRES SUIVIES DE CONSIGNATION.

Le paiement effectué par un seul des débiteurs corréaux ou solidaires éteint l'obligation de tous; cette ré-

gle découle de la définition même de la solidarité en général. (L. 3, *in fine*, *h. t.*)

Le paiement peut être fait par un seul des débiteurs, soit de toute la chose due, soit d'une partie seulement, pourvu, dans cette dernière hypothèse, que les autres obligés se réunissent à lui de manière à effectuer en définitive la prestation entière (b).

Si l'un des débiteurs a donné quelque chose au créancier pour être déchargé de l'obligation, ce qu'il a payé doit-il venir en déduction de la dette qui continue à peser sur les autres ? En réalité, entre le créancier commun et ce débiteur, c'est une espèce de transaction, on appliquera donc les mêmes règles de droit. Une loi spéciale (L. 15, § 1, *de fidej.*, 46, 1) décide que les fidéjusseurs sont déchargés de ce qui aurait été ainsi payé par l'un d'eux.

Le créancier a le droit de s'adresser à celui des débiteurs qu'il lui plaît de choisir, et de lui demander la totalité de la dette, à moins qu'il n'ait reçu d'un autre un paiement partiel valable. (L. 3, § 1, *h. t.*).

Selon l'opinion sabinienne qui a prévalu, la *datio in solutum* produit les effets du paiement. Il faut en conclure que la *datio* acceptée par le créancier libère les codébiteurs. Selon l'opinion proculéienne, le *reus promittendi* n'aurait eu à son service qu'une exception de dol (destinée à faire valoir la compensation), laquelle, en cas de société, aurait pu être également opposée par les codébiteurs ; mais, en l'absence d'un rapport de société, les *correi* n'auraient pu s'en prévaloir, parce qu'on prin-

(b) L. 31, § 1, *de sol.*, 46, 3, *in fine*. M. Demangeat (p. 18) pense que ce texte a subi une interpolation ; j'adopte cette manière de voir.

cipe, les *correi non socii* n'ont pas le droit d'invoquer le pacte fait par le créancier avec l'un d'eux (c).

Enfin, tous les *correi promittendi* sont libérés par les offres suivies du dépôt en justice (chap. III, note A).

2° NOVATION.

La novation intervenue entre le créancier commun et l'un des débiteurs libère tous ceux qui sont obligés avec ce dernier. Ce résultat se produit, soit que la novation ait lieu par changement d'objet, soit qu'elle ait lieu par changement de débiteur, soit enfin que, sur l'ordre du créancier, un tiers stipule des débiteurs, auquel cas il y a novation par changement de créancier.

L'obligation primitive est éteinte avec ses accessoires et ses garanties particulières, la novation est en effet analogue à une *datio in solutum*, et par conséquent opère comme elle *ipso jure* (d).

Comme nul ne peut obliger par sa promesse que lui-même, les codébiteurs sont évidemment libérés de la dette ancienne sans être tenus de la nouvelle; il va sans dire que le créancier pourrait faire dépendre sa novation de l'accession des autres débiteurs, car la novation peut certainement être faite sous condition (e).

Le créancier, faisant novation avec l'un des débiteurs, peut-il, sans le consentement des codébiteurs,

(c) Je dis, en principe, parce que s'il était démontré que le créancier a manifestement renoncé à tout droit de poursuite, il serait mal fondé à agir *contra fidem*, et les codébiteurs lui opposeraient l'exception de dol. (LL. 25, § 2, et 26, *de pactis*, 2, 11.)

(d) L. 31, § 1, *de nov.*, 46, 2. — L. 4 au Code, *de fidej.*, 8, 41. — L. 38, § 5, *de sol.*, 46, 3.

(e) L. 4, au Code, *de fidej.*, 8, 41. — L. 14, *pr.*, *de nov.*, 46, 2.

rattacher à la nouvelle dette les hypothèques qui grevaient les biens de ces derniers pour la garantie de l'ancienne? Non, et le créancier n'aurait pas davantage ce droit si le nouveau débiteur était un tiers étranger à la première obligation; la loi unique au Code, *etiam ob chirograph. pecun.* ne laisse aucun doute à cet égard : *Pignus interdidit si novatione facta in alium jus obligationis transtulisti, nec ut ea res pignoris nomine teneatur tibi cautum est.*

Cette décision tient à ce que la novation opère aussi énergiquement que le paiement, la dette étant éteinte *ipso jure*, les accessoires disparaissent avec elle.

Il en serait tout autrement si, au lieu de s'opérer par une stipulation, la novation pouvait être produite par un simple pacte; en effet, rien n'empêcherait alors le créancier de faire remise aux débiteurs de l'obligation personnelle, en conservant le droit réel pour sa garantie, mais la conséquence rigoureuse du mécanisme particulier de la novation romaine devait entraîner la solution des jurisconsultes.

On peut s'étonner justement que dans notre droit, où il est admis que la novation peut résulter d'une simple convention, la théorie romaine, uniquement fondée sur un principe tout différent ait été reproduite par le législateur. D'ailleurs, j'ai déjà dit que, même en droit romain, les anciens débiteurs peuvent consentir valablement à ce que la nouvelle dette soit garantie par les hypothèques qui grevent leurs biens, hypothèques qui, bien entendu, conserveront leur ancien rang. Ce principe général est posé par Ulpien dans la loi 11, § 1, *de pign. act.* (13, 7,) : *novata obligatio debiti pignus perimit,*

nisi convenit ut pignus repotatur. (Aj. LL. 3, pr. et 12, § 5, *qui pot. in pign.*, 20, 4).

S'il s'agit de débiteurs simplement solidaires, nous savons qu'il n'y a pas unité d'obligation; ainsi, lorsqu'un des débiteur est poursuivi, les autres restent néanmoins tenus. Cependant, la novation doit produire encore dans cette hypothèse un effet général, elle fonctionne comme le paiement, or, par le paiement d'un seul d'entre eux, tous les débiteurs solidaires sont libérés.

3^o ACCEPTILATION.

Quand le créancier commun fait acceptilation à l'un des débiteurs, tous les *correi* sont libérés (ch. III, n. n). Ce résultat provient de ce que l'acceptilation était, à Rome, conçue en termes tels qu'elle excluait l'idée d'une remise personnelle. Si le créancier voulait ne remettre la dette qu'à un seul des débiteurs, il ne pouvait réaliser cette libéralité personnelle qu'au moyen d'un pacte *in personam*, ainsi que nous le verrons plus loin en examinant la loi 3, § 3, *de liberatione legata*, (34, 3).

Il peut arriver que, parmi les codébiteurs, il existe des personnes auxquelles le créancier ne puisse faire de libéralité entre-vifs ou testamentaire. Or, l'acceptilation n'indique souvent qu'une donation entre-vifs, souvent aussi elle était employée comme moyen de mettre à effet un legs de libération (F). On comprend quelle sera la difficulté.

(F) Si le legs de libération est fait à un seul des deux *correi promittendi non socii*, le légataire ne peut pas exiger que l'héritier lui fasse acceptilation, parce qu'alors l'obligation serait entièrement éteinte; il

D'un côté l'acceptilation fonctionnant comme le paiement éteint la dette pour tous *ipso jure* ; de l'autre, plusieurs codébiteurs doivent rester tenus parce qu'ils ne peuvent recevoir de libéralité du créancier commun. Quelle sera la solution ? Nous la trouvons dans deux textes, l'un de Paul : la loi 29, *de lib. leg.* (34, 3) l'autre d'Ulpien : la loi 5, § 1, *de don. inter virum et uxorem* (24, 1).

Dans le premier, Paul, prenant l'hypothèse d'un legs de libération fait au profit de deux *rei promittendi*, suppose que l'un des débiteurs n'a pas le *jus capiendi*, tandis que son *correus* est un *pater*, ce qui lui donne le double avantage d'être *solidi capax* et d'avoir, en outre, le *jus caduca vindicandi*. Dans le second, Ulpien, se plaçant à une époque antérieure au sénatus-consulte d'Antonin Caracalla, époque à laquelle les donations entre époux, soit directement, soit par personnes interposées, étaient interdites et conséquemment nulles, suppose qu'un mari ayant pour codébiteurs sa femme et un tiers, fait acceptilation à l'un des deux.

S'il fait acceptilation à la femme, il va sans dire que cet acte est nul, la femme et son codébiteur restent obligés.

De même, si le legs de libération avait été fait au seul *incapax*, ce legs serait caduc.

peut exiger seulement que l'héritier lui accorde un pacte de remise (*à te non petam*), (L. 3, § 3, *de lib. leg.* 34, 3).

S'il y a société entre les *rei*, comme la poursuite contre celui qui n'est pas libéré réfléchirait contre le légataire libéré, ce dernier, devant être complètement mis à couvert, a le droit d'exiger que l'héritier lui fasse acceptilation, ce qui éteint complètement la dette. Dans cette dernière hypothèse, le *correus* non légataire ne peut agir *ex testamento* pour obtenir directement sa libération, mais il existe à son profit une exception de dol, pour paralyser l'action du créancier. (L. 40, *pr.*; *de fidej.*, 40, 1).

Mais, en dehors de ces deux circonstances, si l'on suppose qu'il n'existe aucune société entre les codébiteurs dont parlent l'une et l'autre loi : dans le premier cas, le débiteur *incapax* reste obligé, il est délégué au *pater*, lequel a l'avantage d'être libéré et en même temps de bénéficier du legs caduc, sans avoir aucunement besoin d'une acceptilation ; dans le second cas, l'acceptilation faite par le mari est nulle, puisque son effet, si elle était valable, serait contraire à la loi qui défend les libéralités entre époux ; mais, comme en définitive cette acceptilation contient la manifestation de la volonté du créancier, et doit valoir au moins comme un pacte de remise, le codébiteur de la femme en profite, il est libéré *exceptionis opo* au lieu de l'être *ipso jure*.

Ces décisions vont changer s'il existe entre les divers codébiteurs un rapport de société. Alors, le *pater* peut se faire faire *acceptilatio* par l'héritier ; celui qui est *incapax* recueillera, grâce à son codébiteur, le bénéfice du legs, *per consequentias*, *propter eum qui capax est*, dit Paul. De même, la femme sera libérée grâce à son codébiteur, c'est ce que décide expressément le § 2 de la loi 5 dont je viens d'examiner brièvement le premier paragraphe,

Ces conséquences, favorables à la femme et au légataire *incapax*, proviennent de ce qu'il existe une société entre les *rei promittendi*, les intérêts des codébiteurs sont alors indissolublement liés, celui d'entre eux qui paierait aurait recours par l'action *pro socio* contre l'autre et lui enlèverait ainsi le bénéfice de la libération qui doit lui appartenir.

4^o *Litis-contestatio*.

J'ai indiqué précédemment comment la *litis-contestatio* éteint l'action tantôt *ipso jure*, tantôt seulement *exceptionis ope* (p. 76).

Dans l'obligation corréale, il y a identité d'obligation, donc, en vertu du principe : *bis de eadem re no sit actio*, la *litis-contestatio* opérée vis-à-vis d'un seul des débiteurs libérait nécessairement tous les autres. Le même résultat se produit s'il existe un fidéjusseur de l'obligation principale ; ici encore il n'y a qu'une dette, c'est pourquoi, nous dit Paul (Sentences II, 17, § 16), *electo reo principali, fidejussor vel heres ejus liberatur*.

En matière de fidéjussion et de corréalité passive, on comprend quels désastreux effets produisait la conséquence immédiate de la *litis-contestatio*. Le créancier, ayant actionné son débiteur insolvable, ne peut plus recourir contre les cautions dont l'engagement paraissait cependant n'avoir d'autre but que d'offrir plus de garanties au créancier.

Aussi, pour échapper à cette loi rigoureuse, était-il devenu d'usage de recourir à certains artifices qui enlevaient à la fidéjussion sa ressemblance avec une obligation corréale, au moins au point de vue des règles sur la consommation de l'action par la procédure. Après avoir stipulé de Primus, je stipulais de Secundus : *Quanto minus à Primo consequi possem*. Ce procédé, que les interprètes modernes ont appelé *fidejussio indemnitatis*, nous est révélé par le jurisconsulte Papien. (L. 116, *de verb. obl.*, 45, 1.) Grâce à cet artifice, si en poursuivant Primus je n'obtiens pas le paiement de

ce qui m'est dû, je pourrai, malgré la *litis-contestatio*, poursuivre encore Secundus pour le surplus.

On avait aussi quelquefois recours au mandat; le fidéjusseur ou le *correus promittendi* poursuivi donnait mandat au créancier d'attaquer le débiteur principal ou son *correus* à ses risques et périls, et le créancier se trouvait, en cas d'insolvabilité du défendeur, assuré d'un recours contre le mandant. (Inst. III, 26, § 2).

Justinien, par une constitution que j'ai précédemment citée (ch. 3, note E), rappelant que tous les jours on élude la règle de la consommation de l'action par la procédure : *sic enim pactis (a) conventis hoc fieri conceditur et in usu quotidiano semper hoc versari adspicimus*, décide d'une manière générale que, pour les fidéjusseurs comme pour les *rei promittendi*, la poursuite de l'un des obligés laisse intacts contre les autres les droits du créancier :

Generaliter sancimus. quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur, ita et in fidejussoribus observari.

Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione præjudicium creditori adversus alium fieri non concedentes; sed remanere et ipsi creditori actiones integras, et personales et hypothecarias donec per omnia ei satisfiat. (L. 28, au Code, de fidej. 8, 41.)

(a) Le pacte dont parle la constitution était peut être simplement la convention que les débiteurs ou les fidéjusseurs ne seraient pas libérés par la *litis-contestatio*, convention parfaitement permise sous l'empire de la procédure extraordinaire alors que l'ancien principe de la procédure formulaire avait fini par disparaître.

J'ai déjà remarqué (p. 78) que, dans la compilation du Digeste, tous les textes relatifs aux *rei promittendi* ont été interpolés ou modifiés par les rédacteurs préoccupés du soin de les mettre d'accord avec le droit nouveau introduit par Justinien. (V. notamment loi 8, § 1, de *legatis* 1^o (30). — L. 2, Codo de *fidej. tut.* 5, 57). Nous savons que ces changements ne se rencontrent pas dans les lois relatives à la corréalité entre créanciers.

L'ancien effet de la *litis-contestatio* en matière d'obligation corréale se comprend très-bien ; c'est une conséquence nécessaire du principe *Bis de eadem re ne sit actio* et de l'identité absolue de l'objet dans cette obligation ; mais, précisément parce que dans la dette *simpliciter in solidum* il n'y a pas unité de lien au point de vue objectif, la simple poursuite contre un seul des obligés ne pouvait entraîner contre le créancier de plusieurs codébiteurs solidaires cette déchéance rigoureuse. Je me place ici, bien entendu, à l'époque des grands jurisconsultes, sous l'empire du système formulaire, puisque sous Justinien la *litis-contestatio* n'éteint pas plus l'obligation corréale que l'obligation solidaire. La poursuite contre l'un des débiteurs *simpliciter in solidum* laisse donc intacts contre les autres les droits du créancier. Cette solution est commandée par des textes nombreux. Ulpien parlant des commodataires dit : *Duo quodammodo rei habebuntur et si alter conventus præstiterit, liberabit alterum.* (L. 5, § 15, *commodati*, 13, 6). De même pour deux mandataires : *Plures ejusdem pecuniæ credendæ mandatores si unus judicio eligatur, absolutione quoque secutâ, non liberantur; sed omnes liberantur pecuniâ solutâ.* (L. 52, § 3, de *fidej.*, 46, 1).

Et encore à propos de l'action dont sont tenus les colataires d'un appartement d'où quelque chose est tombé sur la voie publique : *Si cum uno actum fuerit cæteri liberabuntur perceptione, non litis-contestatione.* (L. 1, § 10. — I.L. 2, 3, 4 ; *de his qui eff. vel dej.*, 9, 3). Une foule d'autres textes confirment la même idée. (L. 15, *de tut. et rat. dist.*, 27, 3. — L. 1, § 43, *de pos.*, 16, 3, etc...).

Nous avons vu précédemment comment plusieurs personnes soumises à une de ces actions dites *adjectitiae qualitatis* se trouvent dans une situation analogue à celle des fidéjusseurs d'une même obligation, puisque comme eux ils peuvent être poursuivis pour une dette qu'ils n'ont pas contractée personnellement (II). De même en matière d'actions noxales plusieurs personnes peuvent être poursuivies *in solidum*. Quel était dans ces diverses hypothèses l'effet de la *litis-contestatio* ?

Les juriconsultes décident unanimement que la poursuite contre l'un des obligés libère les autres : *Electio alterius alterum liberat*. La raison de cette solution est manifeste. En effet, le droit déduit en justice est indiqué dans l'*intentio* de la formule ; or, quelle que fût la personne attaquée, l'*intentio* était toujours rédigée de la même façon, si donc une nouvelle poursuite eût été permise, le même droit se fût trouvé deux fois déduit *in iudicium*, ce que ne permettait pas la règle ancienne de la consommation de l'action par la procédure (I).

(II). Bien entendu ces personnes ne jouiraient pas du bénéfice de division.

(I). L. 9, § 1, *de tribut. act.*, 14, 4. — L. 1, § 21, *de exercit. act.*, 14, 1. — L. 4, § 5, *quod cum eo...*, 14, 5. — L. 32, *pr.*, *de peculio*, 15, 1, *in princip.* — L. 42, § 1, *de furtis*, 47, 2.

Il est presque inutile d'ajouter que le droit nouveau de la constitution de Justinien vint modifier complètement ces règles diverses ; en statuant généralement au sujet des fidéjusseurs et des *rei promittendi*, elle dut nécessairement s'appliquer à des débiteurs tels que ceux dont je viens de parler. D'ailleurs il existe un texte formel sur ce point (L. 32, *pr.*, de *peculio*, 15, 1 ; *in fine*), grâce auquel le doute n'est pas possible.

5° CHOSE JUGÉE.

Un des *correi promittendi* ayant été poursuivi et absous, l'autorité de la chose jugée protège-t-elle les codébiteurs et ceux-ci peuvent-ils l'invoquer contre une nouvelle action intentée par le créancier ?

Cette question n'est point directement résolue par les textes ; leur silence s'explique par cette considération, qu'à l'époque des jurisconsultes la *litis-contestatio* éteignait complètement l'obligation corréale, il n'y avait donc pas lieu de rechercher quel pouvait être l'effet d'une seconde poursuite du créancier.

Cependant, même à une époque antérieure à la constitution de Justinien, le codébiteur poursuivi de nouveau par le créancier pouvait opposer soit la poursuite déjà intentée qui éteignait l'action, soit l'exception *rei judicatæ*, à son choix ; ceci résulte de deux textes (L. 7, § 1, de *except.*, 44, 1 et L. 42, § 3, de *jurej.*, 12, 2), dans lesquels il est dit que le droit résultant de la libération du débiteur principal peut être invoqué par le fidéjusseur et réciproquement ; ces deux textes mettent sur le même rang la chose jugée et le serment. J'ai cité, en parlant de l'effet de la chose jugée avec l'un des créan-

ciers *correi*, des décisions nombreuses qui établissent l'assimilation aux yeux des anciens juriconsultes de ces événements juridiques (p. 80, note c).

Il est facile de conclure des deux lois indiquées ci-dessus et de la faveur réciproque (j) qu'elles accordent au débiteur principal et au fidéjusseur, que leur décision repose, non pas, comme l'ont dit certains commentateurs, sur cette idée que le fidéjusseur aurait recours contre le débiteur principal, mais bien uniquement sur le principe de l'unité de l'obligation. Or, l'unité de dette existe aussi strictement en matière d'obligation corréale que dans l'hypothèse d'une fidéjussion, il faut donc étendre aux *rei promittendi* la décision donnée pour les fidéjusseurs.

S'il s'agit de débiteurs simplement solidaires pour lesquels l'unité d'obligation n'existe certainement pas, nous devons donner ici la même solution qu'à propos de la *litis-contestatio*. Le jugement d'absolution ne profitera qu'à celui qui l'a obtenu; c'est d'ailleurs ce qui résulte du passage suivant de Papinien : *Plures ejusdem pecuniæ credendæ mandatores si unus judicio eligatur absolutione secuta non liberantur, sed omnes liberantur pecuniâ solutâ* (L. 52, § 3, de *fidej.*, 46, 1).

Dans le droit de Justinien cette distinction subsiste entre les débiteurs solidaires et les *correi promittendi*, la cause de la différence à savoir : l'unité de dette dans un cas, la multiplicité des obligations dans l'autre, existant comme autrefois. Du reste, il existe des textes positifs tels que les deux lois indiquées plus haut et la loi 51, § 4, de *evictionibus* (21, 2) qui est ainsi conçue :

(j). *Quia et res judicata secundum alterutrum eorum utrique proficeret*. L. 42, § 3, de *jurej.*, 12, 2.

Si plures mihi in solidum pro evictione teneantur (par la stipulatio duplex qui en fait des rei promittendi) deinde post evictionem cum uno fuero exportus; si agam cum cæteris, exceptione me esse repellendum Labeo ait.

S'il s'agit d'un jugement de condamnation après lequel le créancier n'ait pas obtenu satisfaction du débiteur qu'arrivera-t-il ?

On ne trouve dans les sources de droit aucune solution formelle, mais ici, comme en matière de serment et comme je l'ai décidé en parlant de la corréalité active, je crois que l'autorité de la chose jugée peut être invoquée contre celui-là seulement qui a figuré au procès.

6° SERMENT.

Le serment déféré à l'un des *correi promittendi* et prêté par lui profite à ses codébiteurs. Dans l'esprit des jurisconsultes, le serment équivaut au paiement : *Ex duobus reis promittendi ejusdem pecuniæ, alter juravit; alteri quoque prodesse debet*. (L. 28, § 3, de jurejur., 12, 2).

La même décision doit être donnée s'il s'agit de simple solidarité, parce que le paiement d'un seul éteint l'obligation de tous, et que le serment *loco solutionis cedit*. Bien entendu, pour qu'il en soit ainsi, il faut que le serment porte sur l'existence de la dette et non sur l'existence de la solidarité (κ).

Si le débiteur refuse de prêter le serment, de deux choses l'une : ou ce refus se produit en dehors de toute instance et alors il ne tire pas à conséquence, ou bien il se produit au cours de la procédure et alors c'est un

(κ). L. 28, § 1, de jurejur., 12, 2. — L. 1, § 3, quar. rer., 41, 5.

aveu de la dette, aveu qui reste personnel à celui qui le fait et ne nuit pas aux débiteurs *correi*, lesquels étaient d'ailleurs libérés autrefois par la *litis-contestatio*.

Le serment peut être prêté par le créancier qui a juré *dari sibi oportero*. Je dirai ici comme précédemment (p. 81) : La puissance du serment prêté par le débiteur repose sur une assimilation au paiement qui éteint toute la dette, évidemment on ne peut établir une analogie semblable quand il s'agit du serment du créancier. Ce serment ne produit d'effet que vis-à-vis des parties entre lesquelles il est intervenu.

7° DU PACTE DE CONSTITUT.

Le pacte de constitut fait par l'un des débiteurs éteint l'obligation, non pas *ipso jure*, car le constitut est d'origine prétorienne, mais bien *exceptionis ope*. Il suit de là que si l'un des débiteurs a fait un pacte de constitut, les *correi* sont libérés ainsi que les codébiteurs simplement solidaires.

D'ailleurs, il est bien entendu que, si les parties avaient voulu que, malgré le constitut, l'obligation primitive subsistât, le créancier aurait deux actions, celle de l'obligation ancienne et l'action *de pecuniâ constitutâ*. Le constitut peut donc, selon l'intention des parties, opérer une espèce de novation de la créance ancienne ou bien la laisser intacte et fournir une action accessoire.

Dans la première hypothèse, je suis d'avis que la règle d'après laquelle l'intention de nover doit être expressément manifestée par les parties, règle qui exis-

trit à l'époque de Justinien (1), n'est pas applicable à ceux qui font le pacte de constitut; en effet, selon le droit commun le constitut équivaut au paiement, il n'est donc pas raisonnable d'exiger une manifestation solennelle pour faire produire à cette convention des effets qui en découlent tout naturellement *jure prætorio*.

Nous verrons plus loin que s'il s'agit d'un pacte ordinaire, intervenu entre le créancier et l'un des débiteurs, il est intéressant de rechercher si les *correi* sont *socii* ou non. Dans le premier cas, si le pacte est *in rem*, il profite pour le tout à tous; dans le second, il ne peut être invoqué que par le seul bénéficiaire. Mais, parlant du pacte de constitut, une semblable distinction est inutile, par la raison que l'effet extinctif de ce pacte repose sur une idée de paiement ou si l'on veut de *datio in solutum*; l'action nouvelle procurée au créancier est en quelque sorte une satisfaction, moyennant laquelle celui-ci renonce à sa créance primitive, or, l'idée de paiement subsiste toujours, quelles que soient les relations des débiteurs entre eux.

8° COMPENSATION.

Nous avons déjà vu qu'en droit romain la compensation n'était pas en elle-même une cause d'extinction des obligations. Le débiteur au profit de laquelle elle existe peut évidemment repousser par l'exception que la loi lui accorde la poursuite du créancier, mais les codébiteurs poursuivis ne peuvent opposer la compensation née de son chef.

(1) L. 8, Code de nov, 8, 42. — Inst. III, 20, § 3.

Il en serait différemment en cas de société des *correi promittendi* : *Si duo rei promittendi socii non sint non proderit alteri quod stipulator alteri reo pecuniam debet.* (L. 10, *h. t.*). La société entre *correi* rend leurs intérêts communs, s'il n'était pas permis à tous les codébiteurs d'invoquer, pour le tout, la compensation née du chef de l'un d'eux, l'exercice de leur recours, par l'action *pro socio*, rendrait inutile le bénéfice de la compensation pour ce dernier qui recourrait immédiatement contre le créancier son débiteur.

Si, au lieu de véritables *correi promittendi*, il s'agit de débiteurs simplement solidaires, les mêmes motifs doivent faire admettre, en cas de société, le droit pour chacun d'eux d'opposer la compensation totale du chef d'un codébiteur.

Mais, que décider s'il n'y a pas de société ?

Nous verrons plus loin que le débiteur solidaire qui paie intégralement, peut réclamer au créancier la cession de ses actions contre ses codébiteurs, dans le but de faire diviser équitablement la dette, à laquelle il ne doit, en définitive, participer que dans une certaine mesure ; si le créancier est dans telle situation que cette cession soit inutile ou impossible, le débiteur peut refuser de payer (M).

Or, dans notre hypothèse, le cessionnaire des actions du créancier se verrait opposer la compensation, absolument comme elle eût été opposée au cédant. Le débiteur ayant payé ne pourrait donc pas recourir contre ses codébiteurs par l'action cédée. Un tel résultat

(M). L. 47, *locati*, 10, 2. — L. 21, *de tut. et rat. distr.*, 27, 3. — L. 45, *de adm. et peric. tut.*, 26, 7. — L. 93, § 11, *de sol.*, 46, 3. — L. 70, *eod. tit.*

est injuste. Pour l'éviter, il faut accorder à celui qui est poursuivi le droit d'opposer au créancier la compensation du chef de son codébiteur, mais seulement pour la part que doit définitivement supporter ce dernier dans la dette. En effet, s'il lui était permis de l'opposer pour le tout, on obtiendrait encore un autre résultat injuste, à savoir que le codébiteur qui a le droit de compenser de son propre chef, verrait sa créance contre le poursuivant complètement sacrifiée; à son grand détriment, il aurait fait toute l'avance sans moyens de recours.

9° DU PACTE DE REMISE.

Du legs de libération et de la transaction.

Le pacte de remise peut être conçu de deux façons : *in rem* ou *in personam*.

In rem sunt quibus generaliter pasciscor : ne petam ; *in personam*, quotiens ne à persona petam id est ne à Lucio Titio petam. (L. 7, § 8, de pactis, 2, 14).

Ulpien, qui pose nettement cette distinction, ajoute qu'il faut toujours considérer l'intention des parties; souvent, dans un pacte, une personne est indiquée, mais seulement pour que l'on sache avec qui le pacte est fait, et alors le pacte peut fort bien être *in rem*.

Deux règles dominent la théorie du pacte de remise.

1° Le pacte *in personam* ne peut être invoqué que par celui avec lequel il a été fait. *Personale pactum ad alium non pertinere quemadmodum nec ad heredem labeo ait*, (L. 25, § 1, de pactis, 2, 14).

2° Le pacto *in rem* peut être invoqué par les coobligés s'ils sont dans une situation telle, qu'une poursuite contre eux, réfléchissant contre celui qui a obtenu le pacto, enlèverait à ce dernier le bénéfice auquel la convention lui donne droit. *In rem pacta omnibus prosunt quorum obligationem dissolutam esse ejus qui pascisceretur interfuit : itaque debitoris conventio fidejussoribus proficiet.* (L. 21, § 5, *in fine*, de pactis, 2, 14).

D'après ces principes, si le créancier a consenti à l'un des débiteurs une remise personnelle en lui disant : *a te non petam*, les codébiteurs n'en profitent pas ; ils peuvent être actionnés pour le tout sans qu'il y ait à distinguer s'ils sont ou non associés.

Si un pacto *in rem* est consenti à un débiteur principal, la caution peut l'invoquer ; autrement, elle aurait, si elle était poursuivie, un recours contre le débiteur principal, ce qui ferait perdre à ce dernier le bénéfice de la convention. Le fidejusseur n'aurait plus ce droit si, par un motif quelconque, il n'avait pas de recours à exercer, par exemple, s'il s'était engagé *animo donandi* (s). Conséquemment, si les *correi* sont *socii*, chacun d'eux peut opposer, pour le tout, le pacto *in rem* fait avec l'un des débiteurs ; en l'absence du rapport de société, ils perdent ce droit (o).

En effet, l'exercice de l'action *pro socio*, qui assure un recours au *correus* poursuivi, ferait perdre au bénéficiaire du pacto la faveur que lui a accordée le créancier, ce qui est inadmissible ; tandis qu'au contraire, en l'absence du rapport de société entre les débiteurs, peu importe à l'un d'eux que l'autre soit poursuivi ; l'action

(s) L. 32, de pactis, 2, 11.

(o) L. 23 pr., de pactis, 2, 11.

contre ce dernier ne devant pas réfléchir contre lui. Cependant, s'il était démontré que le créancier en faisant le pacte *in rem* à l'un des codébiteurs *non socii* a bien entendu renoncer à toute poursuite, les codébiteurs auraient pour se protéger sinon l'exception *pacti conventi*, du moins l'exception de dol. Julien le décide ainsi pour le fidéjusseur et il en serait de même en matière de corréalité (p).

Le legs de libération se gouverne par des règles analogues (q).

J'ai dit que même en cas de société le pacte *in personam* ne profite pas aux *correi*; le créancier s'est astreint à ne pas poursuivre l'un d'eux, peu importe qu'après l'action intentée contre un autre, cet autre vienne recourir contre le bénéficiaire du pacte, une pareille éventualité n'est pas entrée dans la convention. En matière de testament, l'interprétation du legs *in personam* est plus large, on suppose que le testateur a voulu que le légataire fut complètement indemne. D'ailleurs, il faut remarquer que le legs de libération revêtira toujours la forme d'un legs *in personam*, par cette raison qu'il faut nécessairement nommer le bénéficiaire du legs; on considère alors que la volonté du testateur a été de libérer complètement le légataire. S'il y a société des *correi*, les associés pourront donc opposer à l'héritier du créancier l'exception du testament pour la totalité; sans cela, ils recourraient immédiatement contre leur associé qui, dès-lors, ne bénéficierait plus du legs, contrairement à la volonté du testateur.

(p) LL. 25, § 2, et 26, *de pactis*, 2. 11.

(q) L. 3, § 3, *de lib. leg.*, 31, 3.

Telles sont les conclusions que l'on doit tirer du texte suivant d'Ulpien, à propos duquel nous pouvons remarquer qu'il pourrait arriver (s'il était démontré que le testateur a voulu faire une libéralité au profit de tous), que des codébiteurs qui ne sont, ni nommés dans le legs, ni associés au légataire, profitassent de la disposition faite en faveur de l'un d'eux. C'est la même idée que nous avons précédemment rencontrée à propos du pacte de remise *in rem* consenti à des *correi non socii*; ici encore il y aurait au profit des codébiteurs une exception de dol : *Et si quidem mihi liberatio sit relicta, cum solus sim debitor : sive à me petatur, exceptione uti possum, sive non petatur, possum agere ut liberer per acceptilationem. Sed et si cum alio sim debitor, puta duo rei fuimus promittendi; et mihi soli testator consultum voluit, agendo consequar, non ut accepto liberer, ne etiam conreus meus liberetur contra testatoris voluntatem, sed pacto liberabor. Sed quid si socii fuimus? Videamus ne per acceptilationem debeam liberari : alioquin, dum a conreco meo petitur, ego inquietor. Et ita Julianus, libro trigesimo secundo Digestorum, scripsit : si quidem socii non simus pacto me debere liberari, si socii per acceptilationem. (L. 3, § 3, de lib. leg., 34, 3.—Aj. L. 12, de reg. juris, 50, 17).*

La transaction suppose un abandon réciproque, il faut donc dire ici ce que nous avons dit précédemment à propos de la corréalité active (p. 87), la différence entre le montant de l'obligation et le chiffre de la somme payée n'a été laissée au débiteur que par l'effet d'une convention, le paiement a éteint valablement l'obligation pour une certaine partie, on appliquera au surplus les règles concernant le pacte de remise.

Jusqu'à présent je n'ai parlé que des *rei promittendi*, qu'arrivera-t-il dans l'hypothèse d'une simple solidarité?

Il faut encore distinguer si le pacte est *in rem* ou bien *in personam*, s'il existe ou s'il n'existe pas de société. Cependant, en l'absence d'un rapport de société, une différence notable se présente. Le pacte consenti par le créancier s'oppose à ce qu'un débiteur poursuivi puisse se faire céder avec efficacité contre le bénéficiaire du pacte les actions du créancier, par conséquent, ainsi que je l'ai déjà expliqué à propos de la compensation, dans la mesure de cette impossibilité, la poursuite contre lui est interdite; c'est-à-dire que les codébiteurs solidaires *non socii*, poursuivis par le créancier, peuvent lui opposer l'exception de pacte jusqu'à concurrence de la part que doit définitivement supporter dans la dette celui d'entre eux auquel il a été accordé. Je n'ai pas besoin d'ajouter qu'un semblable moyen de défense ne serait pas admis en matière de corréalité.

10° CONFUSION.

Quand l'un des codébiteurs meurt et laisse pour héritier le créancier commun, cet événement ne fait sortir de l'obligation que la personne décédée, la personne est libérée, mais l'obligation n'est pas éteinte (n). Le créancier pourra exercer son action contre les autres débiteurs.

Si les débiteurs étaient associés, alors, la créance ne subsiste plus qu'en partie. Celui sur la tête duquel

(n) L. 71, *nr.*, de *fidej.*, 40, 1.

s'est opérée la confusion est, en même temps que créancier tenu de la part de dette du débiteur qu'il représente, il ne peut donc exiger des *correi* le paiement de cette part qu'il serait forcé, par l'exercice de l'action qui leur est ouverte, de restituer sur le champ. Il en est de même des débiteurs solidaires *socii*. S'il s'agit de débiteurs solidaires *non socii*, les codébiteurs seront libérés jusqu'à concurrence de la part que devait supporter dans la dette l'héritier du débiteur ou le débiteur représentant le créancier, parce que, jusqu'à concurrence de cette part, la cession des actions ne peut avoir lieu efficacement.

Si l'un des codébiteurs devient héritier de son codébiteur, cette réunion des deux obligations (l'obligation est multiple au point de vue des personnes) sur la même tête n'a aucun des effets de la confusion ; c'est ce que dit le jurisconsulte Venuleius dans la loi 13 de notre titre :

Si reus promittendi alteri reo heres exstiterit, duas obligationes eum sustinere dicendum est. Nam ubi quidem altera differentia obligationum esse possit, ut in fidejussore et reo principali constitit alteram ab altera perimì. Cum vero ejusdem duæ potestatis sint, non potest reperiri qua altera potius quam alteram consummari. Ideoque, et si reus stipulandi heres exstiterit duas species obligationis eum sustinere.

Nous voyons que si le fidéjusseur a succédé au débiteur ou réciproquement, il y a confusion, la fidéjussion est éteinte. L'obligation accessoire est absorbée dans l'obligation principale. Nous pouvons remarquer en passant, que l'obligation accessoire ne disparaîtrait pas si elle était plus efficace que l'obligation principale ; par

exemple, si cette dernière était une simple obligation naturelle (s).

Il en est différemment en matière d'obligations corréales ou solidaires, dans lesquelles chaque engagement est principal. Cette réunion sur la même tête de deux obligations distinctes profitera au créancier ; si le débiteur héritier était, par exemple, bénéficiaire d'un pacte personnel, le créancier pourra néanmoins, sans avoir à craindre une exception, l'attaquer comme représentant son codébiteur décédé.

11° Du COMPROMIS.

Les règles sont les mêmes qu'au point de vue actif : s'il n'y a pas société entre les *rei*, la peine n'est pas encourue par l'action du créancier contre un autre que celui avec lequel il a compromis ; si, au contraire, il y a société, alors le créancier donnant ouverture par son fait au recours de l'un des débiteurs contre celui qu'il protégeait la sentence de l'arbitre, se trouve contrevenir à la défense qui lui a été faite et la peine est encourue. (V. p. 90, 91).

12° PRESCRIPTION.

En matière de corréalité la prescription de l'action ne pouvait avoir lieu puisque les actions civiles et notamment la *condictio* étaient perpétuelles. J'ai déjà dit qu'une constitution d'Honorius et de Théodose avait

(s) L. 03, § 3, de *sol.*, 40, 3. — Voir aussi L. 21, §§ 1 et 2, de *fidej.* 40, 1.

introduit une prescription de trente années en cette matière. (Ch. 3, note v).

Nous savons également que d'après une constitution de Justinien formant la loi 5, au Code de duob. reis (8, 40) la prescription interrompue contre l'un des débiteurs l'est contre les autres : *Nobis pietate suggerente videtur esse humanum semel in uno eodemque contractu qualicumque interruptione, vel agnitione adhibita, omnes simul compelli ad persolvendum debitum, sive plures sint rei, sive unus.*

13° PERTE DE LA CHOSE DUE. — DEMEURE.

Si la perte du corps certain dû est arrivée par la faute de l'un des débiteurs ; cette faute nuit-elle aux codébiteurs ?

Oui, dit Pomponius : *Alterius factum alteri quoque nocet.* (L. 18, *h. t.*). Ainsi, c'est le fait du débiteur qui empêche en même temps sa libération et celle de ses codébiteurs ; il n'en serait pas de même de sa simple négligence ou de sa *culpa in omittendo*. En matière d'obligation corréale, de *condictio* et de droit strict, on est obligé à ce que l'on a promis par paroles et non à autre chose : *Qui dari promisit ad dandum non ad faciendum tenetur* dit la loi 91, *pr.*, de verb. obl. (45, 1), De sorte que, si le corps certain périt faute de soins, le débiteur entre les mains duquel il se trouve est libéré, les codébiteurs le sont également.

Mais que décider si la chose a péri après la mise en demeure de l'un des *correi promittendi*, les autres restent-ils tenus ou sont-ils, au contraire, libérés ?

Le jurisconsulte Paul répond encore bien clairement

à cette question : *Unicuique sua mora nocet, quod et in duobus reis promittendi observatur* (L. 173, § 2, *de reg. jur.*, 50, 17). De même Marcien nous dit : *Si duo rei promittendi sint alterius mora alteri non nocet.* (L. 32, § 4, *de usuris*, 21, 2). Ainsi le *factum* et la *mora* sont gouvernés par des règles différentes.

La chose périssant par le fait de l'un des codébiteurs, on peut dire que les codébiteurs sont en faute, soit d'avoir choisi un codébiteur déshonnête, soit de ne l'avoir pas surveillé ; à coup sûr, le créancier est à l'abri de tout reproche, il serait injuste que sa créance fût éteinte, que les débiteurs fussent libérés par le dol de l'un d'eux. Si la chose périt par cas fortuit, en principe, tout le monde devrait être libéré. Cependant, par faveur pour le créancier, on décide que s'il a été diligent, s'il a mis son débiteur en demeure, ses droits seront conservés ; n'est-il pas dès lors mal fondé à vouloir s'en prévaloir contre ceux qu'il n'a pas interpellés ? il pouvait mettre tous les codébiteurs en demeure, que ne l'a-t-il fait ? Que n'a-t-il été diligent vis-à-vis de tous ? Il a commis une faute, il doit en subir les conséquences.

Malgré la simplicité et l'harmonie de ces décisions, Dumoulin, plus confiant dans ses propres sentiments que frappé de l'évidence des textes, imaginait un système tout différent, système adopté par Pothier, reproduit en partie par notre législateur (art. 1205) et que pour tous ces motifs je dois indiquer au moins sommairement.

Dumoulin part de cette idée : quand la chose due périt par la faute de l'un des codébiteurs, les autres doivent rester tenus pour le tout, et de même, quand

la chose due périclite après la demeure de l'un d'eux. Mais, dans ces deux circonstances, les codébiteurs qui ne sont ni coupables, ni en demeure, ne doivent supporter ni les dommages-intérêts, ni même les intérêts proprement dits; à moins, cependant, qu'il n'existe une clause pénale stipulée entre les parties, auquel cas tout le monde en serait tenu. Et comme les textes semblent se refuser à une pareille interprétation, on y fait deux légères additions, destinées sans doute à en compléter le sens. Au premier on ajoute : *ad perpetuandam obligationem*, au second : *ad augendam obligationem*, de sorte qu'il faut lire : *Alterius factum alteri nocet ad perpetuandam obligationem*; — *Alterius mora alteri non nocet ad augendam obligationem*; — Et conclure, en dépit de Pomponius, de Paul et de Marcien, que le fait et la demeure de l'un des codébiteurs produisent les mêmes résultats.

Je crois inutile de développer longuement la réfutation d'une semblable théorie, aujourd'hui d'ailleurs presque universellement rejetée, le langage des textes est trop net, les conséquences qu'entraîne le système de Dumoulin sont trop manifestement inacceptables pour que le doute puisse être permis; je me bornerai à mentionner l'opinion de Cujas qui résume parfaitement la théorie véritablement romaine sur ce point (*Comm. de loi 9, § 1, h. t.*), *Mora personæ coheret, mora fit in persona tantum. Et ideo mora unius ex reis promittendi non nocet alteri; et is qui moram non facit liberatur re promissa naturaliter extincta, etiamsi conreus fecerit et solus conreus obligatus manet. At si hominem promissum unus ex reis occiderit, quod factum interpretes etiam moram appellant male (separatur enim mora à*

facto hujusmodi, à delicto hujusmodi) non liberatur alter qui non occidit.

Les mêmes solutions doivent-elles être données en ce qui concerne le fait ou la demeure de débiteurs simplement solidaires ?

Deux différences sont à signaler :

1° En principe ceux qui sont tenus d'une action de bonne foi répondent en même temps du fait et de la négligence ou *culpa in omittendo*.

2° Il n'y a pas ici unité d'obligation, chacun doit donc répondre pour lui personnellement.

Ainsi, l'un des codépositaires a fait périr par dol l'objet déposé, l'autre est libéré (r). Cependant il faut observer, ainsi que je l'ai dit précédemment, qu'un tuteur répond de l'administration de son cotuteur, c'est une exception à la règle que les débiteurs solidaires ne répondent point de la faute de leurs codébiteurs, exception qui tient sans aucun doute à ce que les cotuteurs doivent se surveiller réciproquement, de sorte que le manque de surveillance engendre une faute personnelle à chacun d'eux. En ce qui concerne la demeure, il va sans dire qu'ici encore *unicuique sua mora nocet*, mais il faut remarquer en outre que dans l'hypothèse où nous nous plaçons d'un contrat *bonæ fidei*, les intérêts courent contre le débiteur du jour de la demeure : *In bonæ fidei contractibus ex mora usuræ debentur* (v); tandis que s'il s'agit d'une *condictio*, il faut décider tout autrement : *Legatorum vero usuræ non debentur*, dit Gaius au liv. II, § 280 de ses commentaires.

(r). L. 1, § 43, *depositi*, 10, 3.

(v). L. 32, § 2, *de Usuris*, 21, 2. -- L. 2, *Code depositi*, 1, 31.

14° *Capitis-Deminutio.*

De même que la confusion, la *capitis-deminutio* n'opère qu'une libération personnelle au *capite minutus*; sa personnalité disparaissant il est libéré *jure civili* de ses dettes antérieures, mais les codébiteurs restent tenus.

C'est ce que dit expressément Pomponius (L. 19, *h. t.*) : *Quum duo eandem pecuniam debent, si unus capitis-diminutione exemptus est obligatione, alter non liberatur*; et, contrairement à ce qui a lieu dans l'hypothèse de la confusion, le résultat serait le même si les *rei* étaient *socii* (v).

On sait du reste que le *capite minutus* n'est pas toujours absolument libéré. Ainsi, en cas de *minima capitis-deminutio*, l'adrogé reste obligé naturellement (w). De plus Gaius nous apprend que le prêteur donnait contre lui une action utile, *rescissâ capitis diminutione*, (Comm. III, § 84), et si l'adrogeant ne défendait pas à cette action, les créanciers étaient envoyés par le prêteur en possession de tout ce qui aurait constitué le patrimoine de l'adrogé s'il fût resté *sui juris*. De même, celui qui prend les biens du *capite minutus* dans le cas d'une *maxima* ou d'une *media capitis-deminutio* est tenu de payer ses dettes sous peine de l'envoi en possession des créanciers (x).

(v). Il faut en dire autant du cas où l'un des débiteurs ferait cession de biens, d'ailleurs il pourrait encore être poursuivi s'il venait à faire quelque acquisition importante. (L. 6, de *cess. bon*, 42, 3.)

(w). L. 2, § 2, de *cap. minut.*, 4, 5.

(x). LL. 2, *pr.* ; 7, §§ 2 et 3, de *cap. minut.*, 4, 5.

Dans la dernière phrase de la loi 10 Pomponius dit : *Et ideo si aquâ et igni interdictum est alicujus, fidejussor postea ab eo datus te-*

15° *Restitutio in Integrum.*

L'effet de la *restitutio* étant de remettre les choses dans l'état où elles se trouvaient auparavant, l'obligation de celui qui a été restitué doit être regardée comme nulle *ab initio* et *ipso jure*; or si cette obligation était réellement nulle *ipso jure* les codébiteurs seraient quand même tenus *in solidum* (L. 6, *pr.*, *h. t.*). S'il n'y a pas société, les codébiteurs ne peuvent évidemment pas se plaindre. S'il y a société, le résultat sera le même parce que l'action du créancier ne réfléchira point contre le restitué et que d'ailleurs le créancier n'est tenu à aucune garantie vis-à-vis du *reus* non restitué. C'est la solution que donne Ulpien parlant du fidéjusseur d'un mineur de 25 ans; ce fidéjusseur reste tenu, en principe, malgré la restitution de celui qu'il a cautionné (y).

CHAPITRE V

Du bénéfice de division en matière de solidarité.

Avant de rechercher si le débiteur *correus* ou simplement solidaire peut contraindre le créancier à diviser

netur. D'après M. Demangeat, le sens serait que le fidéjusseur donné plus tard par le *correus* non condamné est valablement obligé. C'est une traduction un peu large; à mon avis, (en admettant que le texte n'ait pas été primitivement : *fidejussor postea ab eo datus non teneatur*), on peut très-bien traduire ainsi : le fidéjusseur donné par le condamné reste néanmoins tenu ensuite. Pomponius exprimerait une idée juste à savoir que : l'obligation corréale persistant, le fidéjusseur reste tenu malgré la condamnation de l'un des *rei*.

(y). L. 13, *pr.*, *de min.*, 1, 1. Aj. L. 48, *pr.*, *de fidej.*, 40, 1.

son action contre ses codébiteurs et lui, et répondre ainsi à la poursuite autrement que par le paiement du total auquel il s'est engagé, il importe de rappeler comment s'est introduite dans la jurisprudence romaine cette faveur particulière que l'on nomme le bénéfice de division.

Il existait autrefois à Rome trois modes particuliers d'engagements accessoires, par lesquels des tiers pouvaient venir fortifier et garantir l'obligation principale : la *sponsio*, propre aux citoyens romains ; la *fidejussio* ou *sponsio* mise à la portée des *peregrini* ; la *fidejussio*, destinée à compléter et plus tard à remplacer les deux premières *adpromissiones*. Tandis que celles-ci ne pouvaient prendre naissance qu'avec un contrat verbal et au moment même où il se formait, le fidéjusseur pouvait garantir toute espèce d'obligations en s'engageant à une époque antérieure ou postérieure au contrat principal (A).

Au fidéjusseur comme au *sponsor* et au *fidepromissor*, le créancier pouvait réclamer le paiement de la dette *in solidum*.

Plusieurs plébiscites vinrent successivement au secours de ces débiteurs accessoires,

Une loi Apuleia (B) établit entre plusieurs *sponsores* ou *fidepromissores* une sorte de société, de manière que chacun pût répéter contre les autres, par l'action *pro socio*, ce qu'il aurait payé de plus que sa part. De même, les deux lois Cornelia (C) et Publilia (D) apportèrent

(A) Gaius. Comm. 3, §§ 116, 117 et suiv. — LL. 1; 2; 8 § 1, 16 § 3, de *fidej.* 40, 1.

(B) Gaius Comm. 3, §§ 122 et 123.

(C) Gaius 3, § 124.

(D) Gaius 3, § 127.

quelques tempéraments à la rigueur de l'engagement dont nous parlons. Mais la plus importante fut sans doute la loi *Furia de sponsu*, applicable en Italie seulement, qui décide que l'obligation des *sponsores* et des *fidepromissores* ne durera que deux ans, et que si, pendant ce temps, la dette principale vient à échéance, l'obligation accessoire se divisera de plein droit entre tous les coobligés, de manière que chacun d'eux ne puisse être poursuivi que pour une part virile (E). Le créancier était averti de ne pas poursuivre les garants *in solidum*, sous peine de déchéance; il y avait même plus, car la loi *Furia* donnait la *manus injectio : adversus eum qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset* (F).

Cette loi si favorable était demeurée étrangère aux fidejusseurs. Pour ces derniers, ce fut l'empereur Adrien qui introduisit le bénéfice de division (G).

Le bénéfice de division accordé aux fidejusseurs n'est pas acquis de droit, il doit être sollicité et n'a lieu qu'entre ceux d'entre eux qui, au moment de la *litis-contestatio*, se trouvent encore solvables. Le bénéfice de division était demandé *in jure* devant le magistrat et celui-ci donnait au créancier une action *pro parte*, ou, si le créancier prétendait que les autres fidejusseurs n'étaient pas solvables, il lui accordait une action *in solidum*,

(E) *Caïus* 3, § 121.

(F) *Caïus* 4, § 22.

(G) Le créancier qui a un débiteur et un fidejusseur est libre de choisir celui de ces deux obligés qu'il lui plaît d'attaquer, à moins d'une convention contraire. (L. 5. au Code, *de fidej.*, 8, 41). Ce n'est qu'à partir de Justinien que l'on rencontre le bénéfice de discussion accordé au fidejusseur d'une façon générale. (Novelle IV.)

mais avec cette exception : *nisi et illi solvendo sint* (11).

En matière d'obligation corréale, chaque débiteur est tenu *in solidum* en tant que débiteur principal. Pour deux *rei promittendi*, le droit strict, le sens absolu des paroles par lesquelles ils se sont engagés ne permettent pas que l'un d'eux, attaqué, puisse rejeter sur un autre une partie du fardeau qu'il est menacé de supporter seul ; il a promis au créancier *principaliter*, il n'y a pas de raison pour qu'il puisse le contraindre à modifier sa procédure.

Le créancier est libre, s'il le veut, de diviser lui-même son action et cette manière d'agir lui sera quelquefois avantageuse. (V. L. 3, § 1, *h. t.*).

Supposons une dette de 90 et trois débiteurs *correi* qui ne sont solvables, pris séparément, que jusqu'à concurrence de 50. Evidemment, si le créancier poursuit l'un d'eux *in solidum*, il épuise son droit, obtient au maximum 50 et, en vertu de ce principe bien connu, *bis de eadem re ne sit actio*, perd le surplus irrévocablement. Il serait mieux avisé d'actionner chacun des *correi pro parte*, il obtiendrait 30 de chacun et recouvrerait par suite la totalité de sa créance. Mais cette faculté, toute dans son intérêt, n'implique nullement un bénéfice de division qui lui soit opposable. Il en est de même du recours que pourrait avoir le débiteur poursuivi contre ses *correi*, soit par suite de l'existence d'une société, soit pour un autre motif ; ce recours lui servira sans doute à se faire indemniser, après qu'il aura payé le total entre les mains du poursuivant, mais

(11) Instit. III, 20, § 1. — L. 28, de *fidej.* 10, 1.

il ne saurait en tirer avantage pour échapper à la condamnation et l'opposer d'abord comme une sorte de bénéfice de division à la poursuite du total dirigée contre lui (1).

Si au lieu de *rei promittendi*, nous considérons les débiteurs *simpliciter in solidum*, nous trouvons des textes qui démontrent péremptoirement que peu à peu l'usage s'est introduit d'accorder, au moins à quelques-uns d'entre eux, le bénéfice de division : *exemplo fidejussorum*.

Les *mandatores pecuniæ credendæ*, dont la situation est assimilée constamment dans les lois à celle des fidejusseurs, ont dû évidemment être, au point de vue qui nous occupe, traités comme ces derniers. Débiteurs simplement solidaires, ils ont bénéficié de la division (2). Il est permis de penser que cette faveur ne leur fut accordée que postérieurement à l'*Epistola Hadriani*. Le jurisconsulte Papinien dit en effet : *Nam et si mandato plurium pecunia credatur, æque dividitur actio* ; ce qui semble bien indiquer que le bénéfice de division fut introduit pour les *mandatores* par une sorte de considération d'équité et non en vertu de la constitution d'Adrien.

Quoiqu'il en soit, c'est bien par une considération de ce genre que, plus tard, Justinien étend le bénéfice de division à ceux qui font ensemble le pacte de constitut pour la dette d'un tiers ; ceux-ci forment encore une

(1) On sait qu'il y a des circonstances où le fait qu'il existe une société permet au débiteur poursuivi de repousser pour le tout l'action du créancier. Ex. : pacte de remise *in rem* ; legs de libération ; compensation.

(2) L. 7, de *fidej. et nomin.* 27, 7.

classe de débiteurs solidaires qui peuvent être aussi bien que les fidéjusseurs et les *mandatores*, regardés comme obligés accessoires, il était équitable de leur accorder la même faveur (κ).

Nous avons vu dans quelles circonstances les cotuteurs devenaient débiteurs solidaires; l'administration n'étant pas divisée entre eux, soit qu'ils administrent en commun, soit qu'ils aient commis la faute de ne pas administrer, ils peuvent être poursuivis *in solidum*, mais ils bénéficient de la division; si l'un d'eux est insolvable, son insolvabilité retombe, bien entendu, sur les autres, l'intérêt du pupille passant avant tout (λ). (V. p. 56, note f).

Le même bénéfice de division était accordé aux magistrats municipaux, mais il leur était refusé en cas de dol.

Les cotuteurs et les magistrats ne peuvent pas comme les *mandatores pecuniæ credendæ* ou ceux qui *pecunias pro aliis simul constituunt* être assimilés aux fidéjusseurs et considérés comme des débiteurs accessoires. Quels sont donc les motifs qui ont engagé, soit les prudents, soit les législateurs, à venir à leur secours en leur accordant la faveur considérable dont nous venons

(κ) L. 3 au Code, de *pecun. const.*, 4, 18.

(λ) L. 1, §§ 11 et 12, de *tut. et rat.*, 27, 3. — L. 38, *pr.*, et § 1, de *adm. et peric. tut.* 26, 7.

Il faut remarquer que si au lieu de plusieurs cotuteurs, le pupille avait eu un tuteur unique et plusieurs cofidéjusseurs de ce tuteur, ces derniers n'auraient pas eu le droit d'opposer la division. Ceci tient sans doute à ce qu'en réalité le pupille n'a pas contracté, il est censé ignorer ce qui a pu se passer, on ne peut le forcer à aller soutenir son procès devant des juges différents : *non ipse contraxit et ignorat omnia*, dit Papinien. (L. 12, *Rem. pup.*, 46, 6.

En ce qui concerne les magistrats; voir les lois 15, de *adm. et peric. tut.* 26, 7, et 7, de *magistr. conv.*, 27, 8.

de parler. Je les trouve dans cette considération d'équité, que chacun est en partie responsable de la faute des autres, faute qu'il aurait dû combattre par sa propre diligence, soit qu'ils aient administré tous ensemble, soit que personne n'ait administré. Une loi commune de surveillance leur est imposée dans leurs rapports quotidiens; la faute d'un seul devient en quelque sorte la faute de tous; il serait inique qu'il fût permis à ceux qui ne sont pas poursuivis de se prévaloir de l'*electio* de l'un d'entre eux pour échapper à la juste demande qui aurait pu leur être faite. D'ailleurs, l'intérêt du pupille n'en souffrira pas et sa situation sera la même que s'il poursuivait un seul d'entr'eux *in solidum*.

Il nous est parvenu un texte du jurisconsulte Marcellus, la loi 47 *locati* (19, 2), duquel il résulte que la jurisprudence avait hésité à étendre le bénéfice de division aux codébiteurs solidaires en général (M); mais, selon ce jurisconsulte, il est plus juste de ne pas enlever au créancier le droit de poursuivre pour le tout celui qu'il voudra, à la charge de céder ses actions au débiteur qui le paie. *Quamquam fortasse justius sit, etiam si solvendo omnes erunt, electionem conveniendi quem velit non auferendam actori, si actiones suas adversus cæteros præstare non recuset.*

Quelque incertitude qu'il puisse exister sur ce point, on voit que, dans le dernier état du droit, on était assez disposé à accorder d'une manière générale, à tous les débiteurs solidaires, un bénéfice dont l'extension s'était

(M) Marcellus ne parle, il est vrai, que des coacheurs et des colocataires, mais en rapprochant ce texte de celui de Papinien, qui forme la loi 9, *pr.* de notre titre, on voit que la vente, le louage, le commodat et les autres contrats de bonne foi sont mis au même rang.

peu à peu développée. J'ai déjà dit que rien de semblable n'avait été accordé aux *correi promittendi*. Pour eux, la loi était le droit strict, l'équité ne pouvait adoucir la rigueur de leur engagement. Reste à examiner maintenant si cette sévérité primitive s'est toujours maintenue à leur égard.

Il paraît dès l'abord singulier que l'on ait pu accorder aux *rei promittendi* le bénéfice de division, alors que le but de la corréalité est précisément de donner au créancier le droit de poursuivre *in solidum* celui des débiteurs qu'il lui plaît de choisir, et que le principe de cette institution se trouve dans les paroles strictes, impératives qu'ont prononcées les parties; à proprement parler, eût été anéantir la corréalité et la remplacer par ce que les interprètes ont nommé la *fidejussio indemnificata*.

Cependant, bien avant Justinien, un texte du jurisconsulte Papinien, inséré au Digeste et formant la loi 11 *pr.* de notre titre, nous apprend qu'en un cas particulier on pouvait appliquer, même à des débiteurs *correi*, l'*Epistola Hadriani*. Ce texte est ainsi conçu :

Reos promittendi vice mutua fidejussores non inutiliter accipi convenit; reus itaque stipulandi actionem suam dividere si velit (neque enim dividere cogendus est), potest eundem ut principalem reum, item qui fidejussor pro altero exstitit, in partes convenire: non secus ac si duos promittendi reos divisim actionibus conveniret.

Je me range pour la traduction de cette loi à l'opinion de Cujas (*in lib. XI, resp. Papiniani*), adoptée par la plupart des interprètes, notamment par MM. de Savigny (§ 25, p. 296) et Demangeat (p. 320).

La décision de Papinien a trait à la combinaison

d'une obligation corréale avec un cautionnement réciproque des codébiteurs ; le jurisconsulte remarque qu'une semblable combinaison est utile, non pas au point de vue du créancier, elle ne l'avantage en rien, mais au point de vue du débiteur poursuivi, elle permet à ce dernier d'obtenir les avantages qui résulteraient d'une société avec ses codébiteurs. Il pourra recourir contre eux par une action contraire de mandat ou de gestion d'affaires pour tout ce qui excède sa part virile, opposer la compensation, etc... De plus, en supposant toujours que le créancier veuille bien tenir compte de ce rapport de fidéjussion réciproque ou qu'il s'y soit engagé d'une manière spéciale, le débiteur pourra user de divers bénéfices introduits par Justinien ou avant lui en faveur des fidéjusseurs.

Ainsi, trois *rei promittendi* se portant fidéjusseurs les uns des autres et la dette étant de 600, l'un d'eux, attaqué comme *reus principalis* pour son tiers 200 se trouve avoir pour le surplus un cofidéjusseur ; il a le droit au bénéfice de division, et s'acquitte personnellement en payant encore 200 en qualité de fidéjusseur. Il peut même, s'il le juge préférable, opposer au créancier (qui y consent ou y a consenti par avance) le bénéfice de discussion, introduit par la novelle 4 de Justinien, pour tout ce qui excède sa part et le renvoyer discuter ses codébiteurs pour ce que chacun d'eux doit *principaliter*.

Ainsi, Papinien ne veut pas dire que la convention particulière dont il parle profitera au créancier, qu'elle lui procurera quelque avantage, loin de là, il répond simplement qu'une pareille combinaison n'est pas tout-à-fait inutile et que dans certaines circonstances elle

peut produire des effets remarquables. Seulement, comme tout cela dépend de la volonté du créancier (*neque enim dividere cogendus est*), il faut reconnaître que la décision de Papinien n'a pas une importance pratique bien considérable; mais, elle acquiert une grande valeur si on la rapproche du texte de la novelle 99 de Justinien dont il me reste à parler.

La novelle 99 a été de tout temps le sujet des plus grandes controverses, et comme le dit M. de Savigny (§ 26, p. 309) : « Il s'est amoncelé sur ce point une si » grande abondance de matériaux qu'il s'agit bien » plutôt aujourd'hui de présenter un aperçu concis des » résultats acquis que d'augmenter encore ces maté- » riaux. »

La difficulté n'est pas précisément de savoir quelle est la décision donnée par l'empereur, mais bien sur quel point précis elle porte. Cependant, un jurisconsulte contemporain de cette constitution, Julien, dans son abrégé des Nouvelles (*novel. const. cap. 348*) en présente le sens d'une façon assez nette pour qu'un pareil document puisse avoir la plus grande autorité dans la discussion; d'autant plus que l'interprétation que donne ce jurisconsulte paraît seule d'accord avec le texte aussi bien qu'avec l'esprit général de la constitution dont nous cherchons à connaître la portée.

Dans la préface de sa constitution, Justinien observe que précédemment il a édicté une loi au sujet de la poursuite dirigée contre les cautions, *de electione mandatorum, et fidejussorum et sponsorum*, mais que cette loi a besoin de quelque complément, *egere quadam explanatione et incremento* et que la présente novelle a pour objet de le lui fournir. Les auteurs reconnaissent

unanimentement que c'est une allusion à la novelle 4, par laquelle fut introduit, quatre années seulement auparavant, le bénéfice d'ordre ou de discussion au profit des fidéjusseurs.

Il suit de là que la novelle 99 se rattache intimement à la novelle 4 et doit, comme elle, parler de la situation particulière des fidéjusseurs.

Justinien examine ensuite une première hypothèse sans difficulté possible :

Si quis enim alternà fidejussione obligatos sumat aliquos;

Si quidem non adjecerit oportere et unum horum in solidum teneri; omnes ex æquo conventionem sustinere.

Ainsi, trois débiteurs conjoints d'une dette de 90 se sont cautionnés réciproquement, chacun d'eux ne peut être poursuivi que pour 30, pour les 60 autres il n'est que fidéjusseur et peut en invoquant la novelle 4 faire discuter d'abord ses codébiteurs. Remarquons que l'on parle ici de débiteurs simplement conjoints (N).

Voici maintenant la seconde hypothèse :

Si vero aliquid etiam tale adjiciatur, servari quidem pactum, etc....

C'est ici que se présente la difficulté, nous verrons dans un instant quelle est la solution que donne l'empereur, mais auparavant, il importe de se rendre un compte exact de la situation des parties. Sur ce point une foule d'opinions ont été produites.

J'en analyserai sommairement quelques-unes.

(N). Il ne faudrait pas conclure de ce texte qu'une addition spéciale fût nécessaire sous Justinien pour que les débiteurs fussent obligés *in solidum*. C'est un point sur lequel j'ai déjà eu l'occasion de m'expliquer; dans le texte de la novelle ces mots : *si quidem non adjecerit*, n'ont été employés que pour mettre en évidence ce qui distingue les deux espèces prévues.

1^o La loi ne concerne que les cautions :

Jusqu'à l'époque de Justinien les cautions jouissaient bien du bénéfice de division, mais en définitive elles étaient engagées solidairement, la novelle 99 décide que désormais, pour elles, le droit commun c'est la division de la dette, de telle sorte qu'il faut une convention spéciale pour créer entre elles le lien de la solidarité (*si vero... tale adjiciatur*). L'empereur a ainsi fait pour les fidéjusseurs ce que la loi Furia avait édicté pour les *sponsores* et les *fidepromissores*.

Cette opinion ne tient aucun compte du renvoi à la novelle 4 et par ce motif est inacceptable. (Asverus, p. 18, 63-66).

2^o Ce sont tous les débiteurs corréaux ou solidaires qui font l'objet de la loi.

Cette opinion a presque toujours été admise par les commentateurs, ainsi Ribentropp (p. 116), Glück (t. 4, p. 526), Schröter (pages 445, 446), Puchta, (Vorlesungen p. 235, 236) ont admis, comme autrefois Cujas, que Justinien a introduit pour les débiteurs *correi* et d'une manière générale le bénéfice de division.

En effet, dit-on, Justinien suppose bien qu'il y a corréalité et il ajoute :

Non tamen mox ab initio unumquemque in solidum exigi; sed interim secundum partem quâ unusquisque obligatus est, etc...

Il est permis cependant d'adresser plusieurs critiques à cette interprétation. Une pareille transformation de la corréalité est sans doute un fait considérable; or, Justinien dont on connaît l'emphase habituelle (o) dès qu'il

(o). Voir les introductions à la novelle 22 et à la novelle 118.

s'agit de quelque modification importante des institutions juridiques, ne parle ici que de quelques additions, destinées à compléter les dispositions d'une novelle antérieure; de plus, le rapport intime des deux constitutions ne s'explique pas très-clairement si l'on adopte cette manière de voir, et l'on ne tient davantage aucun compte de la première phrase du chapitre premier de la novelle : *Si quis enim alterna fidejussione obligatos sumat aliquos*, laquelle domine évidemment les deux espèces successivement analysées par Justinien, comme l'indique d'ailleurs la construction des deux membres de phrase suivants : *Si quidem non adjecerit...* d'une part, *si vero aliquid tale adjiciatur...* de l'autre.

3° D'après M. de Vangerow (tome 3, p. 87), il s'agit d'individus qui, débiteurs solidaires d'un créancier, ont tous bénéficié de l'opération d'où est né leur engagement commun, ces individus seront nécessairement regardés comme fidéjusseurs les uns des autres; Justinien dit qu'il serait injuste qu'un seul d'entre eux pût être forcé de faire l'avance pour tous.

Ce système, quelque crédit qu'il ait pu rencontrer, offre cela de remarquable que le sens obvie du texte lui est précisément contraire. Que suppose la novelle? que plusieurs débiteurs se sont portés fidéjusseurs les uns des autres; et voilà que dans l'opinion de M. de Vangerow, il ne s'agit ici que d'une fidéjussion tacite, dérivant, non pas de la volonté des parties, mais d'une circonstance particulière dans laquelle l'engagement solidaire aurait été contracté! Mais alors, le texte doit être complètement remanié. Au lieu de supposer avant tout des fidéjusseurs, Justinien aurait dû supposer des

débiteurs *correi*; à la place de la distinction qu'il établit, en proposer une autre, entre l'hypothèse où tous les codébiteurs auraient bénéficié de l'opération et celle où l'un d'entre eux seulement en aurait tiré profit, et modifier également les solutions qu'il donne.

4° Je ne parle ni de l'opinion de ceux qui pensent que la novelle n'a trait qu'aux coemprunteurs d'une somme d'argent (Heinbach), suffisamment réfutée par le texte même de la novelle 4 où l'hypothèse d'un prêt est également choisie sans qu'il soit venu à l'idée de personne de restreindre à ce cas spécial les décisions qu'elle renferme; ni de la théorie dans laquelle on restreint l'application de la novelle à certaines conventions obscures ou équivoques sur lesquelles elle ne donnerait qu'une décision interprétative (Buchardi), et je pense avec M. de Savigny, les auteurs qu'il cite (§ 26, p. 312), et M. Demangeat (p. 330 et suiv.), que l'on s'approche davantage de la vérité en traduisant scrupuleusement le texte, siège de la controverse.

Avant tout, il s'agit de personnes qui pour une certaine dette se sont toutes cautionnées réciproquement.

Ceci posé, deux hypothèses sont possibles.

1° Ce sont de simples débiteurs conjoints; alors, chacune de ces personnes n'est tenue que pour sa part : *Omnes ex æquo conventionem sustinere*. Il n'y a pas de difficulté.

2° Ce sont des débiteurs *correi*. — Que décider ?

On le voit, c'est identiquement la même situation que celle indiquée par Papinien dans la loi 11 dont j'ai parlé précédemment, ce sont des *rei promittendi vice mutua fidejussores*, et il est facile d'indiquer en quoi les solutions diffèrent. D'après Papinien et le droit du Digeste,

le créancier peut à son gré tenir compte de la fidéjussion ou non. Dans le droit de la novelle, au contraire, il y a une combinaison plus équitable des droits du créancier et des débiteurs. Le créancier doit jouir du bénéfice résultant de la convention de solidarité : *Servari quidem pactum* ; quant au débiteur, il peut mettre en cause ses débiteurs présents et solvables pour les faire condamner à satisfaire en même temps le créancier : *Et non commune debitum proprium cujuscumque fieri onus*. Le droit du créancier est sauvegardé, puisqu'il obtient satisfaction entière, par une seule action, en choisissant celui des débiteurs qu'il veut. L'avantage du débiteur est également obtenu, car il a la faculté de contraindre ses codébiteurs à payer leurs parts ; avantage analogue au *beneficium excussionis* introduit par la novelle 4 (dont la relation intime avec le texte qui nous occupe se trouve ainsi respectée), mais que la novelle 4 ne suffisait pas à lui assurer parce que, en vertu même de son engagement, il est attaqué non comme un simple fidéjusseur, mais comme *reus principalis* pour le tout.

Telle est l'interprétation la plus naturelle et en même temps la meilleure de cette fameuse constitution. On lui fait, il est vrai, un reproche : Alors, dit-on, loin de profiter au créancier, cette fidéjussion réciproque, qui semblait devoir augmenter ses garanties, ne peut que lui nuire ; un pareil résultat est inadmissible, l'existence d'une fidéjussion ne peut avoir d'autre but que l'intérêt du créancier. C'est l'argument de M. de Wangerow. Mais pour y répondre, il suffit de considérer :

1° Que le droit du créancier est entitativement conservé ;

2° Qu'il n'y a rien de surprenant à ce que la fidéjussion réciproque, comme, par exemple, un rapport de société, puisse augmenter les garanties des débiteurs les uns contre les autres.

D'ailleurs, si, au moins au point de vue de la procédure, cette fidéjussion ne pouvait pas être opposée au créancier, pourquoi la novelle exige-t-elle que ce rapport exceptionnel ait été accepté par ce dernier : *Licet aliquid inter se illi popigerint ignorante isto qui habet eos obligatos, et unusquisque tenebitur in id quod ab initio scripserit*, etc. ?

J'ajoute, en terminant, que cette interprétation n'est autre que celle de Julien, or, je le répète, Julien était contemporain de la novelle, son opinion en cette matière doit évidemment peser d'un grand poids en faveur du système que je viens d'exposer.

CHAPITRE VI

Du recours entre codébiteurs et entre cocréanciers.

D'après tout ce qui a été dit précédemment sur le rapport exceptionnel de corréalité, il est manifeste que cette institution juridique a pour but, si on la considère au point de vue passif, de donner au créancier une sûreté plus complète, une garantie plus énergique, en même temps que de lui offrir la plus grande commodité pour le recouvrement de ses droits. Il en est ainsi, soit que la modalité exceptionnelle prenne sa source dans la volonté des parties, soit qu'elle naisse en dehors d'un consentement réciproque, comme en matière

de délit, où elle permet à la personne qui a souffert d'arriver plus promptement à la réparation du dommage causé.

Au point de vue actif, c'est sans doute aussi dans le but de procurer au créancier un mode de poursuite plus facile, sans qu'il soit besoin d'un mandat spécial, mandat peut-être difficile à donner au moment opportun.

Mais, à côté de ces avantages, se manifestaient des conséquences désastreuses, contraires au but même de l'institution. Les principes rigoureux du droit romain étaient tels, que l'exercice imprudent d'une action par un seul des créanciers mettait à néant son droit et celui des autres, libérait le débiteur poursuivi en même temps que les codébiteurs, etc. Un créancier venait-il à toucher le montant intégral de l'obligation, les autres n'avaient aucun droit à lui rien réclamer, un des débiteurs pouvait être contraint de payer seul la dette sans pouvoir y faire participer ses codébiteurs, etc.

Si toutes ces conséquences étaient nécessaires, si aucun moyen d'y remédier n'avait été découvert, il faudrait dire que cette institution n'est qu'une véritable loterie, où le hasard remplace le droit, inutile sinon dangereuse, et assurément destinée à être proscrite de toutes les législations actuelles. Mais, on comprend qu'il n'en ait pas été ainsi; les jurisconsultes romains ont dû chercher à remédier, par quelques-unes de ces combinaisons ingénieuses qui leur sont si familières, aux effets absolus, dangereux du droit strict. Nous allons voir comment ils sont parvenus à ce résultat en examinant successivement ces deux questions :

1° Le créancier qui a touché toute la créance est-il tenu de partager avec ses cocréanciers ?

2°. Le débiteur qui paye toute la dette a-t-il quelque recours à exercer contre ses codébiteurs ?

Deux opinions tout-à-fait opposées divisent encore aujourd'hui les commentateurs ; les uns admettent le recours, les autres le nient ; mais, des deux côtés on admet des exceptions aux principes posés.

Dans certaines circonstances, en effet, il n'est point douteux qu'une action récursoire ne soit ouverte. En réalité il s'agit ici de rapports de droit particuliers, à côté et en dehors du rapport exceptionnel de corréalité. Tels sont les cas suivants :

1° Société.

Si plusieurs personnes réunies en société deviennent créancières ou débitrices solidaires, et que l'une d'elles touche le montant intégral de l'obligation ou paie toute la dette, nul doute qu'il n'y ait au profit des cocréanciers ou contre les codébiteurs une action *pro socio*, destinée à faire diviser équitablement entre les associés la perte ou le gain de la société. En dehors des textes nombreux qui se réfèrent à cette idée (A), une pareille solution ne pouvait être controversée, car elle découle naturellement des principes élémentaires du contrat de société.

2° Communauté.

Indépendamment du contrat de société, la simple communauté peut de la même façon amener l'exercice d'un recours. Si plusieurs personnes possédant en commun ou cohéritières, deviennent créancières ou débitrices solidaires ou corréales à l'occasion de la chose commune, par exemple, pour un emprunt destiné aux

(A). L. 10, *h. t.* — L. 62, *ad. leg. Falcid.*, 35, 2. — L. 20, *de lib. leg.*, 31, 3, etc.

réparations de l'immeuble commun, ou par suite d'une vente de la propriété indivise, l'exercice de l'action *communi dividundo*, ou de l'action *familiae herciscundae* assure le partage équitable de la dette ou de la créance (v).

3° Mandat.

Nous savons d'après la loi 11 (*h. t.*) que des débiteurs solidaires peuvent se porter fidejusseurs les uns des autres, celui d'entre eux qui aurait payé dans ces conditions le total de la dette aurait recours contre les codébiteurs. L'idée de mandat est, en effet, parfaitement admise en ce qui concerne les rapports du fidejuteur avec le débiteur principal.

De même, si nous supposons que, dans le but de faire réaliser le contrat duquel est né le rapport de corréalité, les créanciers ou les débiteurs futurs se soient donné un mandat réciproque, l'exercice de l'action *mandati* permettra encore un recours équitable.

Cependant, il faut remarquer que cette idée de mandat, non mentionnée dans les textes, ne pourrait servir de base à une théorie générale de recours. En effet, d'une part, les juriconsultes ne paraissent pas s'être attachés à considérer comme unis, *ipso facto*, par les liens d'un mandat ceux qui sont tous, à l'occasion d'une même dette, des obligés ou des créanciers principaux, et, d'un autre côté, on ne peut véritablement imaginer de mandat quand le rapport de solidarité ou de corréalité naît sans convention, comme dans l'hypothèse d'un testament ou d'un délit.

(v). LL. 4, § 3 et 6, § 2, de *comm. divid.*, 10, 3. — LL. 18, § 3, et 25, § 15, *famil. hercisc.*, 10, 2. — Aj. LL. 2, § 2; 72, *pr.*, de *verb. obl.*, 45, 1. — L. 25, § 10, *fam. hercisc.*, 10, 2, etc., qui consacrent en matière d'obligations indivisibles une idée analogue.

4^o Gestion d'affaires.

Au moment où l'obligation corréale ou solidaire s'est formée par la convention des parties, chacune d'elles était libre d'y adhérer ou de s'y refuser. Le contrat ayant été formé, il a été virtuellement convenu qu'il produirait les effets qu'il doit produire selon le droit. Si donc, plus tard, un des *correi* vient à recevoir le montant de l'obligation intégrale ou à payer toute la dette, il semble que ce soit bien plutôt en vertu d'un mandat (sinon exprès du moins tacite), que par une sorte de gestion d'affaires, laquelle suppose que l'opération a eu lieu non d'après les conventions des parties, mais à leur insu et par une seule d'entre elles; aussi, de prime abord, paraît-il assez difficile d'admettre qu'une action *negotiorum gestorum* puisse servir de base à un recours.

Il existe cependant un texte, sur l'interprétation duquel on est d'ailleurs fort loin de s'entendre, qui, dans un cas où précisément l'obligation a pris naissance sans convention de la part des débiteurs, décide que celui qui a payé peut exercer un recours au moyen de l'action de gestion d'affaires.

Dans la loi 30 de *neg. gest.* (3, 5) Julien nous dit que le jurisconsulte Valerius Severus permet à un tuteur ou à un magistrat dont la responsabilité a été engagée par la mauvaise gestion de son collègue de recourir par l'action *negotiorum gestorum*, pourvu toutefois que lui-même n'ait commis aucune fraude.

D'après Cujas (*Comm. in lib. III, Digest. Salvii Juliani*). Le texte s'applique à ceux qui *commune officium gerunt* et non pas à d'autres. La gestion des cotuteurs ou des collègues est en quelque sorte indivisible, la

mauvaise gestion que l'un d'eux a faite est en même temps une gestion de son affaire et de celle de son cotuteur ou de son collègue, ce dernier agissant en tant que *dominus negotii* a le droit de l'attaquer par l'action *directa negotiorum gestorum*, de même que toute personne dont les affaires ont été mal gérées par un tiers.

Il faut reconnaître, cependant, qu'à l'inspection du texte de Julien, on serait tenté de supposer qu'il s'agit de l'action contraire et non de l'action directe de gestion d'affaires; et puis, pour quel motif restreindre cette décision à des cotuteurs? On ne voit pas bien pourquoi le même raisonnement ne s'appliquerait pas à des co-dépositaires ou à des commodataires.

Dans une autre interprétation due à M. de Wangerow (p. 78 et suiv.), il faudrait distinguer entre les débiteurs *correi* et les débiteurs simplement solidaires. Dans l'obligation *simpliciter in solidum* il y a pluralité d'obligation au point de vue objectif, de sorte que le débiteur qui paie éteint sa dette et les dettes des autres, il doit donc avoir l'action contraire de gestion d'affaires; tandis qu'en matière d'obligation *corréale*, il y a unité de dette, par conséquent on ne peut pas dire que le débiteur payant éteigne l'obligation des autres, il n'éteint que la sienne, il n'y a pas de recours parce qu'il n'y a pas de gestion d'affaires.

Quelle que puisse être la vérité de cette distinction entre la corréalité et la simple solidarité, elle n'offre évidemment aucun intérêt au point de vue de la question de savoir s'il existe un recours ou non. En effet, l'action *negotiorum gestorum* était de bonne foi, il fallait donc rechercher *ex æquo et bono* si une personne

avait utilement géré l'affaire d'autrui; or, quand un débiteur éteint la dette commune, il libère les autres, voilà qui est certain; que l'obligation soit corréale ou solidaire, l'opération qu'il fait est évidemment utile aux codébiteurs, le motif de l'équité se retrouve dans l'un comme dans l'autre cas.

Dans une troisième opinion qui a pour elle l'autorité de plusieurs romanistes allemands, à la tête desquels se place M. de Savigny (§ 23, p. 261), et paraît seule conforme aux principes, on refuse toute espèce de recours par l'action *negotiorum gestorum*; le texte dont je viens de parler n'étant qu'une décision isolée, traduction dans un cas particulier d'une théorie qui n'avait pas prévalu chez les jurisconsultes et en dernière analyse doit être laissée de côté.

Celui des débiteurs qui est poursuivi par le créancier est forcé de payer; on ne peut véritablement pas dire qu'en payant il cherche à libérer les autres puisque, son intérêt étant seul en jeu, c'est sur lui seul que retombe désormais tout le poids de la dette. Il est bien vrai qu'en se libérant il libère les autres, mais est-ce bien là un effet particulier de sa propre volonté? pas le moins du monde. Il paie parce qu'il est poursuivi, parce que c'est le seul moyen d'échapper aux conséquences rigoureuses qu'entraînerait un refus; le fait de la libération des codébiteurs a donc sa cause, non dans son intention, mais dans la volonté du créancier qui l'a choisi, lui et non un autre, pour fournir la prestation intégrale à laquelle il a droit. Or, celui qui a, sans le vouloir, procuré un avantage à un autre, n'a pas droit à l'action *negotiorum gestorum contraria*; c'est précisément dans l'hypothèse où nous nous plaçons qu'il faut

appliquer la doctrine de Paul : « *Hoc casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo quia nominem obligare volui.* » (L. 14, § 1, *com. div.*, 10, 3).

Une idée analogue se retrouve dans la décision que donne le même jurisconsulte parlant de celui qui a construit sur le terrain d'autrui ; il a voulu faire sa propre affaire et non celle du propriétaire : *Qui in alieno solo ædificium extruxerit non alias sumptus consequi posse, quam possideat, et ab eo dominus soli rem vindicet : scilicet oppositâ doli mali exceptione.* (L. 14, *de except. doli mali*, 44, 4). Il n'est nullement question de lui accorder l'action *negotiorum gestorum*.

Cette doctrine est assurément celle qui a prévalu.

Cependant, dans la circonstance où un héritier putatif aurait, par erreur, donné des corps certains lui appartenant en exécution des legs faits par le défunt, un ancien jurisconsulte, Africain, paraît lui accorder l'action de gestion d'affaires au moins à titre d'action utile contre le véritable héritier (c).

Il serait en dehors de mon sujet d'examiner les diverses interprétations dont ce texte est susceptible ; une seule chose paraît démontrée : c'est qu'en supposant qu'Africain admit réellement l'action de gestion d'affaires dans le cas dont il parle, d'autres jurisconsultes la refusaient complètement, et que l'opinion de ces derniers a triomphé puisque on décida en définitive que l'héritier putatif procéderait, en restituant l'hérité au véritable héritier, par voie de rétention (d). Or, Julien, rédacteur de la loi 30, et Valérius Severus, dont il mentionne l'opinion, étaient contemporains d'Afri-

(c). L. 40, *de neg. gest.*, 3, 5.

(d). L. 31, *pr.*, *de hered. pet.*, 5, 3.

cain, il n'y aurait donc rien de surprenant à ce qu'ils aient admis une action que plus tard les jurisconsultes s'accordaient à refuser à celui qui, sans le vouloir, aurait, par ses actes, procuré un avantage à un tiers; d'ailleurs, nous ne savons pas quelle était au juste l'opinion personnelle de Julien et on pourrait peut-être conjecturer, non sans quelque apparence de raison (E), qu'après avoir reproduit l'opinion de Valerius Severus dans la loi 30, il montrait ensuite que cette doctrine était inadmissible.

Quoiqu'il en soit, nous sommes fondés à penser que l'admission d'un recours, par l'action utile de gestion d'affaires a disparu, en matière de corréalité, puisqu'elle n'était que la conséquence d'une théorie plus générale sur l'action *negotiorum gestorum*, théorie qui était unanimement repoussée dès l'époque du jurisconsulte Paul.

D'après cela, il faut dire qu'à moins d'une société, d'une communauté d'intérêts, d'un mandat, toutes hypothèses particulières, en dehors de la corréalité, il n'y avait pas de recours entre créanciers ou débiteurs, le créancier qui avait tout reçu pouvant tout conserver, le débiteur qui avait tout payé devant supporter seul le fardeau tout entier de l'obligation.

Comment un résultat qui paraît aujourd'hui choquer le bon sens autant que l'équité, a-t-il pu être admis par les Romains? Sur ce point on est réduit aux conjectures.

Peut-être, l'institution de la corréalité entre créanciers se rattachait-elle à ce principe qu'on ne pouvait être représenté en justice et par conséquent agir par man-

(E). L. 33, de cond. indeb., 12, 6.

dataire ; un tiers sans intérêt direct à l'obligation se constituait à côté du créancier véritable comme *reus stipulandi*, c'était une sorte de mandat irrévocable, quelquefois gênant, mais quelquefois, aussi, fort utile. On eût pu, il est vrai, obtenir le même résultat par l'*adstipulatio*, mais cette institution tombée de bonne heure en désuétude n'était pas sans inconvénients ; le droit de l'*adstipulator* lui étant personnel ne passait pas à ses héritiers, l'adstipulation de l'esclave pour le même motif était nulle (r), la constitution de *duo rei stipulandi* pouvait être préférable.

Au point de vue passif, peut-être aussi, quelquefois, la dette n'intéressait-elle réellement qu'un seul des débiteurs, les autres ne s'adjoignant que pour donner au créancier une garantie plus large, une plus grande commodité. Il y avait bien pour permettre d'arriver au même résultat la *sponsio* et la *fidepromissio* ; mais, la loi l'uria, en décrétant que l'obligation des *sponsores* ou *fidepromissores* s'éteindrait de droit au bout de deux années et qu'elle ne passerait pas aux héritiers, rendait peu efficace une garantie de ce genre. Quant à la fidéjussion elle ne fut imaginée que plus tard.

Cette manière d'envisager la corréalité trouve un appui solide dans les textes nombreux, déjà analysés, qui présentent chacun des créanciers, pris individuellement, comme ayant la libre et entière disposition de la créance solidaire et chaque débiteur comme devant supporter la totalité de la dette. Telle est la rigueur des principes au moins dans l'ancien droit romain (a). Il

(r). Gaius, comm., 3, § 114.

(a) Je dois dire en passant que M. de Savigny n'admet point cette explication. Voici, d'après lui, dans quelles circonstances devait se pré-

nous faut maintenant examiner comment, peu à peu, a prévalu une théorie plus douce, permettant entre les débiteurs corréaux ou solidaires un règlement plus juste des intérêts, si les circonstances dans lesquelles a été contractée l'obligation commune sont telles que l'un des créanciers, gardant pour lui tout le bénéfice de la créance, ou les codébiteurs, complètement libérés par le paiement d'un seul, s'enrichiraient injustement aux dépens d'autrui (11).

Les Romains, comme on sait, n'admettaient pas la cession de créance telle que nous la comprenons; l'obligation étant un rapport entre deux personnes déterminées, l'une des personnes parties à l'obligation ne pouvait à leurs yeux être changée sans que le lien de droit fût par là même dissous. Mais leur esprit fertile en inventions trouva bientôt un moyen détourné de transporter à un tiers le bénéfice de la créance sans cependant détruire l'obligation primitive. Celui qui voulait céder sa créance donnait mandat à un tiers de poursuivre le débiteur, la chose était jugée pour le mandataire qui, dispensé de rendre compte, recevait en réalité le bénéfice de l'obligation. Cola

senter habituellement la corréalité au point de vue passif : si l'un des débiteurs n'a aucun intérêt dans l'obligation, « Je ne crois pas, dit-il, » que les Romains, avec le respect bien entendu qu'ils avaient pour les » formes, aient employé un procédé de ce genre (la corréalité), ils se » seraient plutôt servis d'une simple *fidejussio*; du moins, je ne con- » nais pas de texte qui mentionne l'autre combinaison. Nous sommes » donc autorisés à admettre que dans le rapport passif de corréalité cha- » cun des débiteurs a toujours un intérêt propre, bien que partiel seu- » lement, à toute l'opération juridique. » (§ 22, p. 218). Ceci peut être soutenu, mais nous avons remarqué que la *fidejussio* n'a été imaginée qu'assez tard et que la *sponsio* et la *fidepromissio* offraient de très-graves inconvénients.

(11) L. 200 de *reg. jur.*, 50, 17.

s'appelait constituer le tiers *procurator in rem suam*. (Gaius 4, § 94).

Si l'un des débiteurs solidaires vient à payer le créancier intégralement, et si, d'un autre côté, il ne devait en réalité ne supporter qu'une portion de la dette, ne pourrait-il pas envisager son opération comme l'équivalent de celle-ci : extinction de la créance jusqu'à concurrence de ce qu'il doit personnellement, achat du surplus de l'action du créancier, cédée par celui-ci contre les codébiteurs (1). Le résultat serait le même si le créancier ayant d'abord divisé son action contre tous, comme il avait le droit de le faire, un des débiteurs avait payé sa part divisée et acheté de lui les portions de la créance divisée contre les autres. Cette combinaison n'a rien que de juste, elle n'est pas contraire au droit, car d'une part le créancier peut diviser son action, d'autre part il peut les céder à un tiers, et par conséquent au débiteur, dont l'intérêt à cette cession est manifeste.

Il y a donc dans ce procédé la véritable base d'un recours, édifié non plus sur un rapport particulier, spécial, de mandat ou de société entre les codébiteurs, mais sur les principes fondamentaux de la corréalité combinés avec l'équité naturelle, sans qu'il puisse en résulter aucune atteinte aux droits que confère au créancier le mode d'engagement exceptionnel et rigoureux des codébiteurs. Seulement, il faut reconnaître que c'est une base bien fragile, puisque tout dépend de la bonne volonté du créancier; elle deviendrait véritablement solide si on pouvait soustraire cette cession à l'arbitraire de celui-ci; nous allons voir que c'est précisément dans

(1) L. 36, de *fidej.* 40, 1.

ce sens que se perfectionna la jurisprudence romaine. Examinons d'abord à un point de vue général les développements de cette idée.

Il peut arriver qu'un défendeur quelconque obligé à certaines prestations, ne pouvant s'y soustraire, possède cependant, et précisément à l'occasion de la dette qu'il va payer, un droit de recours contre des tiers, droit indiscutable au point de vue de l'équité, mais démuné d'une action, ou bien paralysé par quelque règle stricte de la législation civile, ou par l'effet de quelque événement accidentel, de telle sorte que ce débiteur ne soit pas dès-lors assuré de faire triompher plus tard l'équité qui milite assurément en sa faveur.

Ainsi, par exemple, une personne, sur le mandat du débiteur, a promis de payer pour lui, mais au moment de l'exigibilité de la dette, la preuve du mandat n'existe plus, l'*actio mandati* ne peut plus être intentée avec succès; ne serait-il pas injuste que le créancier, connaissant les faits, refusât de céder ses actions à celui qui le paie, et lui rendit impossible, par son mauvais vouloir, un recours manifestement équitable? Remarquons que le créancier n'aurait rien à perdre, il recevrait un paiement intégral, ses droits seraient complètement respectés. Refuser à celui qu'il poursuit l'unique chance de salut qui lui reste, serait de sa part un abus injuste du droit strict, une véritable mauvaise action. C'est ce qu'a compris le préteur; aussi, permet-on au débiteur poursuivi dans ces conditions d'opposer au créancier qui refuse de céder ses actions une barrière infranchissable à sa mauvaise foi, l'exception de dol (j).

(j) LL. 1, § 1, de *doli except.*, 41, 1; 65, de *evict.* 21, 2; 17, de *fidej.* 40, 1. L'exception de dol, qui, ainsi que nous le verrons, n'est utile qu'en

Rendus à ce point, nous voyons qu'en principe le débiteur *correus* ou *in solidum* qui est prêt à payer, a droit à la cession des actions du créancier; certaines règles particulières aux uns ou aux autres peuvent exister, dont nous ne parlons pas en ce moment, mais ce qu'il importe de constater, c'est ce premier progrès de la théorie du recours, progrès dont les conséquences favorables s'appliquent aux deux catégories d'obligés solidaires.

Cette cession d'actions si avantageuse pour le débiteur était-elle toujours un secours suffisant? Sans parler des formalités nécessaires pour arriver à ce résultat, formalités dont l'inutilité semble évidente dans une question toute d'équité, un inconvénient sérieux se présentait. On sait que dans la formule de la cession, l'*intentio* contenait le nom du cédant et la *condemnatio* le nom du cessionnaire (Gaius 4, § 86); que serait-il arrivé si le cédant était mort dans l'intervalle du jour de la cession (c'est-à-dire du mandat), au jour de la *litis-contestatio*? l'insertion du nom du cédant dans l'*intentio* étant devenue impossible, le droit au recours se serait éteint (κ).

Le progrès de la jurisprudence amena peu à peu des procédés plus commodes. La cession au débiteur pour-

matière de corréalité, semble impraticable à l'époque où la *litis-contestatio* éteignait l'action corréale; on doit présumer que, si le dol était évident, le prêteur refusait simplement l'action; sinon, il délivrait la formule munie de l'exception de dol, de sorte que si, plus tard, le juge reconnaissait que le créancier était mal fondé à refuser la cession, celui-ci était débouté de sa demande, tandis que le débiteur était absous, ou condamné *pro parte*, si l'on admet avec certains auteurs que l'exception de dol n'entraînait pas nécessairement l'absolution du défendeur (V. Demangeat, l. c. p. 253).

(κ) L. 1 au Code, de *obl. et act.*, 1, 10.

suivi étant nécessaire, forcée, retardée seulement par le mauvais vouloir du créancier, on finit par la considérer comme ayant eu réellement lieu; on permit au cessionnaire fictif d'exercer comme action utile, *exemplo creditoris*, en son propre nom, l'action qui aurait dû être précédemment cédée, et le résultat favorable était encore obtenu (l).

Comme tous les compromis du droit strict avec l'équité, ces institutions se développèrent peu à peu, d'abord avec une certaine indétermination, puis avec un caractère plus précis sous Justinien (m).

Cette cession feinte devait être reportée par la pensée à l'époque où la cession véritable aurait pu être exigée, de sorte qu'elle ne pouvait être paralysée par des événements postérieurs; c'est un des avantages multiples de ce dernier perfectionnement : *Quod quanquam suo tempore non fecerit, tamen id ei præstabitur* (n). Il me reste, à remarquer, en terminant cet exposé général, qu'aucun recours n'était admis pour les débiteurs dont l'obligation aurait pris sa source dans un dol ou un délit commun; il n'y avait pour eux ni l'action *pro socio*, ni l'action *mandati*, ni même une cession véritable ou fictive des droits du créancier. C'est ce qui résulte très-clairement du texte suivant emprunté au jurisconsulte Ulpien : *Nec enim ulla societas maleficiorum*

(l) L. 10, *pr. de Pactis*, 2, 14 (dans laquelle est mentionné le rescrit d'Antonin), LL. 5, *Code de hered. vendit.* 4, 30, et 2 au *Code de duob. reis*, 8, 10.

Seulement l'*intentio* contenait alors le nom du cessionnaire fictif. L. 5, *Code, quando fiscus*, 4, 15,

(m) LL. 7, 8, 9, au *Code de hered. vendit.* 4, 30.

(n) L. 57, *de leg. 1^{re}*, 30, *in fine.* — Aj. L. 1 au *Code de obl. et act.* 1, 10.

vel communicatio justa damni ex maleficio est. (L. 1, § 14, *de tutel. et rat.* 27, 3, *in fine.* Aj. L. 57, *pro socio*, 17, 2. — L. 2 au Code, *de contr. jud. tut.*, 5, 58.)

Après avoir esquissé dans son ensemble la théorie du bénéfice *cedendarum actionum* et en même temps de l'action récursoire en général, il me reste à montrer comment les jurisconsultes l'ont appliquée en pratique, soit en matière de corréalité active ou passive, soit en matière de simple solidarité.

1° Corréalité entre créanciers.

Nous avons eu déjà l'occasion de remarquer comment le rapport de corréalité a dû, chez les Romains, se présenter assez rarement au point de vue actif. Entre créanciers, cette modalité exceptionnelle donne naissance à une sorte de mandat irrévocable, incommode et quelquefois dangereux, de sorte qu'on comprend fort bien le peu d'importance pratique de cette institution; quoiqu'il en soit, si l'un des créanciers a touché l'intégralité de la créance commune, pourra-t-il être forcé de partager avec ses cocréanciers?

La question ne fait pas de doute, si, comme cela devait se présenter le plus fréquemment, il existe entre les créanciers un rapport de société. De même, s'il s'agit de la vente d'une chose commune, à l'occasion de laquelle ils sont devenus *coœi*. Le débiteur payant entre les mains d'un seul d'entre eux, les cocréanciers pourront recourir contre celui qui aura reçu, par l'action *communi dividundo*. Dans le cas où une société ferait défaut, on pourrait peut-être admettre une idée de mandat, mais cela n'est pas suffisamment établi par les textes.

A coup sûr, ce mandat tacite serait bien plus admissible dans cette circonstance qu'en matière de corréalité passive. Mais, en dehors de ces hypothèses particulières dans lesquelles le droit au recours est évident, nous ne voyons pas que le simple fait d'avoir stipulé en commun puisse donner ouverture à une action récursoire. Quant à une cession d'action véritable ou feinte, il va sans dire qu'il n'en peut être question ici.

2° Simple solidarité entre débiteurs.

En dehors des circonstances où le rapport de société, de communauté, de mandat, entre codébiteurs, permet évidemment un recours équitable, celui d'entre eux qui a payé toute la dette a le droit de se faire céder les actions du créancier contre ses coobligés ; il jouit de ce que l'on appelle le bénéfice *cedendarum actionum*.

Marcellus, parlant de plusieurs coacheteurs ou de plusieurs colocataires tenus *in solidum*, nous dit expressément qu'il est juste de laisser au créancier le droit de poursuivre pour le total celui des débiteurs qu'il veut, mais à une condition : *Si actiones suas adversus ceteros prestare non recuset*. (L. 47, locati, 19, 2. V. p. 149). Papinien émet la même idée quand il explique le mécanisme de la cession faite au profit des cotuteurs tenus *in solidum*. (L. 21, de tut. et rat. 27, 3). Il serait superflu de multiplier les citations, il résulte des textes qu'une pareille décision doit être étendue à tous les débiteurs *in solidum*.

Il est facile de voir comment, même pour les divers débiteurs solidaires qui jouissaient du bénéfice de division, tels que les *mandatores*, les tuteurs, les magis-

trats, le bénéfice de cession d'actions pouvait être particulièrement avantageux. Le bénéfice de division suppose des codébiteurs solvables actuellement; si les codébiteurs sont tous insolvable, sauf un, il est clair que celui-là, contraint de payer l'intégralité, sera fort heureux d'avoir à sa disposition une action qui, plus tard, si les codébiteurs reviennent à la tête de leurs affaires, lui permettra peut-être de se faire rembourser. L'évidence de l'intérêt du débiteur poursuivi apparaît encore, si l'on suppose qu'il n'a accédé à l'obligation qu'en vue des sûretés particulières dont était munie l'action du créancier; en admettant que ce débiteur ne fut qu'un *intercessor*, sans intérêt dans la dette, il pourra peut-être répéter du débiteur principal tous ses déboursés, y compris la portion qui fut restée définitivement à sa charge, s'il avait tout simplement demandé la division entre lui et les autres débiteurs accessoires. Un débiteur solidaire a donc intérêt à réclamer la cession des actions et il a le droit de le faire.

Cette cession, le codébiteur solidaire la réclamera dès qu'il sera poursuivi : soit *in jure*, et elle lui sera accordée par le créancier, sous peine, pour ce dernier, de se voir refuser la formule; soit *in judicio*, sous peine pour le créancier de voir le juge de l'action de bonne foi refuser la condamnation (o). Enfin, elle peut encore être réclamée après que le débiteur a été condamné à payer le total, ce dernier n'aura qu'à opposer la demande de cession d'actions au moment où le créancier le poursuivra par l'action *judicati*; c'est ce que dit expressément Modestin : *Si in solidum condemnatus est unus ex mandatoribus, cum judicati conveniri coeperit, posse*

(o). L. 1, § 18, de tut. et rat., 27, 3.

cum desiderare, ut adversus eos qui idem mandaverunt, actiones sibi mandentur. (L. 41, § 1, de fidej. et mand. 46, 1) (p).

Ces diverses décisions se comprendront facilement si l'on se rappelle qu'en matière d'obligation solidaire, l'effet extinctif de la *litis-contestatio* ne se produit pas, et que, puisqu'il s'agit d'actions de bonne foi, il n'est point nécessaire d'introduire dans la formule l'exception de dol dont nous verrons plus tard l'utilité en parlant des *correi promittendi*.

Le paiement opéré, l'obligation est éteinte, par conséquent il ne saurait y avoir désormais de cession efficace d'une action qui n'existe plus (q).

Nous savons par quels moyens le débiteur poursuivi triomphera de la mauvaise volonté du créancier, mais, qu'arrivera-t-il si ce dernier est dans l'impossibilité de céder les actions? Par exemple, il a fait un pacte de remise au codébiteur; malgré toute sa bonne volonté, il lui est désormais impossible de céder à l'autre débiteur qu'il poursuit des droits efficaces. Ici encore une doctrine favorable au débiteur poursuivi s'est introduite, on assimile au refus de cession l'impossibilité ou s'est mis le créancier de l'opérer efficacement. Ainsi, nous dit Paul, si le pupille devenu pubère libère un des tuteurs, il ne peut agir *in solidum* contre l'autre parce

(p). En principe, la cession met le débiteur à la place du créancier et l'investit de tous ses droits, sauf bien entendu ceux qui tiendraient à certain privilège spécial au créancier. Ainsi, l'action du pupille est privilégiée, mais ce privilège ne passe pas à son héritier, ni *a fortiori* au tuteur cessionnaire. — L. 42, de adm. et peric. tut., 26, 7.

(q). L. 76, de sol., 46, 3. — Il en serait différemment s'il s'agissait d'obligations tellement distinctes que le paiement de l'une n'éteignit pas l'autre. — L. 93, § 10, de sol., 46, 3.

qu'il ne peut plus céder ses actions. C'est aussi l'opinion de Papinien. Ce jurisconsulte suppose qu'une personne a prêté de l'argent sur le mandat d'un tiers ; si le créancier en agissant contre le débiteur succombe, par exemple, pour cause de plus-pétition, il ne peut plus agir contre le *mandator*, parce qu'il ne peut plus lui faire cette cession d'actions sur laquelle ce dernier a dû nécessairement compter (n).

J'ai montré précédemment que les jurisconsultes avaient admis en faveur du débiteur poursuivi une action utile. Nous avons vu que cette action était en réalité celle du créancier que l'on supposait avoir été cédé ; cette fiction n'avait rien que d'équitable puisque, sans nuire aucunement aux droits du créancier, on prévenait un résultat injuste que l'entêtement seul ou la mauvaise foi de ce dernier aurait pu produire. Les constitutions ont admis ce recours par l'action du créancier désintéressé, donnée au débiteur poursuivi à titre d'action utile, ainsi que nous le voyons par les textes suivants :

Et si forte, dit Ulpien, quis ex facto alterius tutoris condemnatus præstiterit, vel ex communi gestu, nec ei mandatae sunt actiones, constitutum est à Divo Pio et ab imperatore nostro et Divo patre ejus, utilem actionem tutori adversus contutorem dandam. (L. 1, § 13, de tut. et rat., 27, 3).

De même, en ce qui concerne ceux de l'appartement desquels est tombé un objet sur la voie publique, Paul s'exprime ainsi qu'il suit :

(n). L. 45, de adm. et peric. tut. 20, 7. — L. 03, § 11, de sol., 40, 5.

Præstaturi partem damni societatis iudicio vel utili actione ei qui solvit. (L. 4, de his qui eff., 9, 3).

De même l'empereur Caracalla :

Cum ex causâ iudicati satisfacere cœperis, actiones adversus tutores tuos mandari tibi à pupilla desiderabis, vel utili actione uteris. (L. 2, C. de contr. jud. tut., 5, 58).

Cette action utile n'est autre que l'action du créancier (s) ; on a peu à peu admis d'une manière générale pour tous les codébiteurs solidaires une faveur analogue à celle qu'Antonin-le-Pieux avait introduite pour l'acheteur d'une hérédité. A la rigueur, ce dernier aurait dû se faire céder, les uns après les autres, toutes les actions personnelles du défunt, et si le vendeur était de mauvaise composition il n'aurait eu d'autre ressource que de le forcer par l'action du contrat à les lui céder une à une. Une constitution célèbre vint lui épargner cette peine en lui permettant d'exercer à titre d'actions utiles, basées sur une cession feinte, toutes les actions du défunt : *Rescriptum est à Divo Pio utiles actiones emptori hereditatis dandas.* (L. 16, pr. de pactis, 2, 14).

Il importe de remarquer que dans tous ces textes on suppose que le débiteur a été poursuivi ; une solution différente doit être donnée si le débiteur, de son propre

(s). J'ai dit précédemment, p. 161, pourquoi on ne peut pas penser qu'il s'agisse dans tous ces textes d'une action *utilis negotiorum gestorum* ; d'ailleurs, si on admettait l'action utile de gestion d'affaires dans l'hypothèse où le débiteur a été poursuivi, pourquoi la refuserait-on au cas où il aurait payé spontanément le créancier ? Et cependant, dans ce cas, les jurisconsultes ne disent point que le débiteur qui ne s'est pas fait faire cession ait un droit quelconque à une action utile. De plus, dans presque tous les textes on voit figurer sur le même rang, l'action cédée et l'action utile, n'est-ce pas encore un indice de la véritable nature de l'action utile ?

mouvement, est allé offrir le paiement au créancier; ainsi que je l'ai déjà dit, l'obligation étant une fois éteinte, il n'y a pas lieu de parler de cession d'action ni d'action utile. Quand un débiteur a été poursuivi et qu'il est contraint de payer, le créancier ne peut pas se refuser à lui céder ses actions; que le débiteur oublie de les réclamer, cela ne fait rien, le créancier les lui offre en quelque sorte par là même qu'il le poursuit. Quoi de plus naturel, si la cession n'a pas été effectivement opérée, que le débiteur soit, malgré cela, regardé comme investi de droits qui lui sont virtuellement offerts, de droits qu'il doit évidemment accepter puisqu'ils lui sont avantageux. Mais, le débiteur venant spontanément payer le créancier, on présume que s'il ne demande pas la cession d'actions, c'est qu'il a quelque raison pour en agir ainsi; il doit savoir ce qu'il fait puisqu'il prend l'initiative, tant pis pour lui s'il se présente comme voulant éteindre l'action plutôt que comme voulant se la faire céder. D'ailleurs, nous avons, en face des textes précédemment cités, d'autres textes non moins formels (r) :

Si post solutum sine ullo pacto omne quod ex causa

(r). L'explication de Dumoulin, dans laquelle, voulant établir que la subrogation a lieu de plein droit, ce jurisconsulte est forcé pour donner un sens quelconque au texte de Modestin (L. 70, *de solut.*, 46, 3.), de supposer que c'est un tiers et non un coobligé qui paie, trouve une réfutation complète dans la constitution de Sévère et Antonin où il est impossible de ne pas admettre que c'est le coobligé qui paie. D'ailleurs, la théorie générale de Dumoulin sur la subrogation de plein droit était abandonnée même en son propre temps, lui-même fournit un argument puissant contre cette opinion en nous disant : *Non transeunt actiones nisi in casibus jure expressis*; or, il ne peut trouver d'autre texte pour établir la subrogation que la loi 1, § 13, *de tut. et rat.* (27, 3) dont j'ai parlé précédemment et qui suppose un débiteur poursuivi. (V. p. 177).

tutela debeatur, actiones post aliquod intervallum cessae sint : nihil ea cessione actum cum nulla actio super- fuerit, dit le jurisconsulte Modestin (L. 76, de solut.), et de même les empereurs Sévère et Antonin dans une constitution formant la loi 1 au Code de contr. jud. tut. (5, 58). *Si pro contutore judicato pecuniam solvisti, nullum judicium tibi contra pupillum competit ut delegetur tibi adversus liberatum actio. Quod si nomen emisti, in rem tuam procurator datus heredes judicati poteris convenire.*

Dans ces deux textes, nous voyons l'application des principes posés, à savoir qu'un débiteur qui paie sans réclamer la cession des actions et sans être poursuivi (auquel cas il serait censé accepter la cession que le créancier est considéré comme lui offrant) libère, *ipso facto*, ses codébiteurs, et s'interdit tout recours par l'action du créancier, à la cession de laquelle le paiement sans réserves oppose désormais un obstacle infranchissable.

J'ai déjà fait observer que tout recours est également interdit en cas de dol ou de délit. La simple faute ne produit pas cet effet rigoureux. La faute personnelle à celui qui a payé empêche seule le recours de s'ouvrir à son profit (v).

Il me reste à dire quelques mots des limites dans lesquelles s'exerce l'action cédée. Nous avons vu que l'opération de la cession, destinée à permettre le recours équitable, ressemble assez à la division de l'action du créancier entre tous les débiteurs, le cessionnaire payant sa part divisée et acquérant le surplus contre les autres. Le cessionnaire, *procurator in rem suam*, ne

(v). L. 1, de his qui eff., 0, 3. — L. 2. au Code de contr. jud. tut. 5, 58.

pourrait, si les choses se passaient réellement ainsi, agir contre chacun des codébiteurs *quo pro parte*. C'est aussi de cette façon que le recours doit s'effectuer. L'équité seule a fait introduire cette action récursoire; ne serait-t-il pas injuste que le second débiteur, par exemple, fut condamné, soit à supporter seul le poids de l'insolvabilité de tous les autres, soit à faire toute l'avance, alors que c'est au nom de l'équité de la division de la dette, que le premier débiteur poursuivi a pu se faire céder les actions du créancier? Il faut donc admettre que l'action cédée se divise entre tous les débiteurs solvables au moment de la cession. Telle est la manière de voir des jurisconsultes, qui donnent en cette matière une décision analogue à celle que nous avons rencontrée en parlant du bénéfice de division accordé aux fidejusseurs. *Sed et si non omnes solvendo sint inter eos qui solvendo sunt dividitur actio* (L. 1, § 12, de tut., 27, 3. — Aj. L. 26, de fidej., 46, 1).

3. Corréalité entre débiteurs.

Le débiteur *reus promittendi* qui va payer l'intégralité de la dette a-t-il le droit d'exiger la cession des actions du créancier contre ses codébiteurs?

Voyons d'abord ce qui a été décidé relativement aux fidejusseurs. Si l'on fait abstraction du caractère accessoire de leur engagement et du bénéfice de division qui leur fut accordé, il faut reconnaître qu'ils ressemblent assez à des *correi promittendi*; comme eux, ils ont contracté pour le total de la dette un engagement de droit strict. Or, le jurisconsulte Julien nous dit des fidejusseurs qu'ils avaient droit à la cession des actions : *Fidejussoribus succurri solet ut et stipulator compellatur*

ei qui in solidum solvere paratus est vendere cæterorum nomina. (L. 17, *de fidej.* 46, 1).

Ce texte paraît suffisamment clair, cependant, M. de Savigny (§ 25, note o) n'y voit point une preuve manifeste que le bénéfice de cession d'actions appartienne au fidéjusseur. Il ne reconnaît pas non plus le droit à la cession dans ce texte de Paul : *Quia tenetur ad idipsum ut præstet actiones.* (L. 36, *de fidej.*, 46, 1). D'après lui, tout ce que l'on peut soutenir, c'est qu'il y avait, avant Justinien, divergence entre les jurisconsultes; tandis que, dans le dernier état du droit, il n'est point douteux qu'un recours de ce genre ne fût refusé aux fidéjusseurs; on leur accordait le bénéfice de division, mais c'était tout (v).

Je ne saurais admettre une semblable opinion. Les textes que l'on oppose ne sont nullement concluants, il en est même un, la loi 39, *de fidej.*, qui me semble bien plutôt contraire au système de M. de Savigny. Mais, quoiqu'il en soit de la manière de voir du grand romaniste allemand sur ce point particulier, j'admets avec lui que le recours par cession d'actions fût-il refusé aux cofidéjusseurs, on ne devrait pas en conclure que les *correi promittendi* dussent être traités absolument de la même façon. Les fidéjusseurs ne sont pas entre eux véritablement *correi promittendi*; « il y a même entre » cofidéjusseurs si peu de rapport de droit immédiat » qu'il est possible qu'ils ignorent complètement leur » existence l'un vis-à-vis de l'autre. » (P. 308, § 25, et note p). D'ailleurs, le droit de recours au bénéfice de celui des *rei promittendi* qui va payer l'intégralité de la

(v). Inst. III, 20, § 4. — L. 11 au Code *de fidej.*, 8, 41. — L. 39, *de fidej.*, 46, 1.

dette peut être établi d'une manière directe à l'aide de quelques textes, peu nombreux, il est vrai, mais suffisamment démonstratifs.

Voici, par exemple, une décision du jurisconsulte Papinien, de laquelle il résulte certainement que le débiteur *correns* qui paie le créancier a droit à la cession de ses actions contre les codébiteurs : *Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt et evictionis nomine pro partibus hereditariis spopoderunt : cum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor evicit. Quærebatur an uterque heredum conveniri possit. Id quo placebat propter indivisam pignoris causam. Nec remedio locus esse videbatur ut per doli exceptionem actiones ei qui pecuniam creditori dedit præstarentur quia non duo rei facti proponerentur. Sed familiæ heriscundæ judicium eo nomine utile est : nam, quid interest, unus ex heredibus in totum liberaverit pignus, an vero pro sua duntaxat portione? cum coheredis negligentia damnosa non debet esse alteri. » (L. 65, de evict., 21, 2).*

Une chose hypothéquée à un créancier du défunt a été vendue par les deux héritiers qui se sont engagés envers l'acheteur (sans doute par la *stipulatio duplex*), à le garantir de l'éviction, et qui se sont engagés *pro partibus hereditariis*, pour moitié, je suppose. Le créancier est payé par l'un des héritiers, Primus, pour la part de ce dernier ; mais, Secundus, l'autre héritier, ne payant pas, le créancier se prévaut de l'indivisibilité de l'hypothèque et vend la totalité de la chose hypothéquée. L'acheteur est ainsi évincé pour le tout ; il recourt donc par l'action *ex stipulatu duplex* contre ses deux vendeurs. Primus qui a payé sa part personnelle au créancier peut-il invoquer la cession de l'action de l'acheteur ?

Non, dit Papinien, parce qu'il n'y a pas ici *duo rei promittendi*; l'acheteur, ayant reçu de Primus le prix de la chose, a encore le droit de le demander une seconde fois à Secundus, il ne peut être contraint d'opérer une cession qui le priverait de ce droit, mais, Primus pourra recourir par l'action *familiæ heriscundæ*.

On peut, à bon droit, conclure de cette explication que dans la pensée de Papinien, si *duo rei proponerentur*, celui d'entre eux qui paierait le créancier aurait droit à la cession des actions, cession qu'il pourrait exiger dans les conditions que j'ai précédemment indiquées, par la menace toute puissante de l'exception de dol. C'est ainsi que M. de Savigny comprend le texte qui nous occupe (§ 24, p. 287, note h), et M. Demangeat (p. 252) partage sa manière de voir (w).

On a cependant tiré contre cette opinion un argument assez spécieux du texte suivant, dans lequel Ulpien présente une décision d'un jurisconsulte plus ancien, Julien, au sujet du calcul de la quarto Falcidia dans un cas particulier.

L'hérédité contenant une dette ou une créance corréale, on se demande pour combien on doit la faire entrer en compte, est-ce pour le tout, est-ce au contraire pour moitié seulement ?

Il faut distinguer, dit Julien : Si les *duo rei* étaient *socii*, il faut compter à l'actif ou au passif de l'hérédité la créance pour moitié, de suite ; au point de vue du

(w) En principe, l'obligation corréale, dans l'ancien droit, est éteinte *lite-contesta*, il n'y a donc plus, dès ce moment, de cession possible ; mais j'ai montré précédemment comment l'exception de dol fonctionnait en inspirant au créancier la crainte de perdre son procès pour le tout ou au moins, dans une certaine opinion, pour tout ce qu'excède la part virile du débiteur qu'il poursuit.

calcul de la quarto, c'est absolument comme si le défunt avait stipulé ou promis une part virile. Mais, s'il n'existait pas de société, poursuit le jurisconsulte : *In pendentibus esse in utrius bonis computari oporteat id quod debetur vel ex cuius bonis detrahi.* (L. 62, pr., ad leg. Falc. 35, 2.)

Ceci semble bien indiquer qu'il n'y a pas de recours par la cession d'actions ; en effet, si ce recours avait lieu, il va sans dire qu'on devrait encore sur le champ compter la créance ou la dette pour moitié.

M. de Savigny pense que Julien, tout en admettant le recours par la cession d'actions, aura considéré qu'en définitive, l'efficacité de ce recours dépend de la volonté du débiteur, qui est libre de ne pas invoquer son droit à la cession, et, précisément à cause de cette incertitude, le calcul de la créance est *in pendentibus*. (§ 25, p. 300).

Je n'admets pas cette explication, Julien dit positivement que l'incertitude porte sur cette question : laissera-t-on *en entier* la créance dans l'actif de la succession, ou ne l'y comptera-t-on *pas du tout* ? L'hérédité aura-t-elle à supporter l'*intégralité* de la dette ou bien au contraire y demeurera-t-elle définitivement étrangère ? Or, le jurisconsulte n'aurait certainement pas parlé ainsi, s'il avait pensé que le recours par cession d'actions ou que l'action utile (ainsi que le prétend M. de Savigny) existât toujours au profit du débiteur payant. La difficulté demeure donc entière ; mais je me hâte d'ajouter qu'on peut y répondre de deux façons.

Julien parle à la fois de cocréanciers et de codébiteurs, et il est manifeste que jamais la théorie de cession d'actions ne s'est appliquée aux *rei stipulandi* ; on ne peut

donc pas s'étonner de ne voir, dans un texte qui traite cumulativement ces deux hypothèses aucune allusion à un mode de recours impraticable en l'une d'elles. Peut-être après avoir supposé : d'une part, l'existence d'une société, d'autre part, l'inexistence de ce rapport, Julien ajoutait-il quelque chose de particulier touchant le recours ouvert aux *rei promittendi*. Du reste, et c'est là ce qui paraît le plus probable, à l'époque où vivait le jurisconsulte Julien, la théorie de cession d'actions était loin d'avoir obtenu l'assentiment universel des jurisconsultes. De plus, les textes anciens qui nous sont parvenus touchant l'action utile basée sur une cession feinte, ne remontent pas une époque antérieure au rescrit d'Antonin-le-Pieux. Nous pouvons donc conclure, avec quelque certitude, que du temps de Julien, la théorie de cession d'actions n'était encore que dans la période d'enfancement et que la cession feinte donnant lieu à l'action utile n'avait pas été imaginée. Mais à coup sûr cette décision isolée ne prévaut pas contre les textes qui établissent si péremptoirement le droit à la cession opérée en faveur du débiteur *correus*, à une époque plus avancée de la législation romaine.

J'ajoute que Julien lui-même reconnaissait parfaitement que, dans certaines circonstances, le recours par cession d'actions était admis, puisqu'il le dit expressément dans la loi 17, *de fidej.*, citée plus haut (p. 182). Je me suis servi de ce texte pour établir que, dès cette époque, un fidéjusseur poursuivi avait droit à la cession d'actions contre son cofidéjusseur, mais quelque opinion que l'on puisse avoir sur ce point, il faut reconnaître que l'on n'a pas accordé aux cofidéjusseurs, comme aux codébiteurs solidaires, une action utile ; la théorie d'une

cession feinte est demeurée étrangère aux obligations de droit strict, parce que, ainsi que le fait observer M. Demangeat (p. 257), « on ne voit pas qu'en général » on ait égard dans l'intérêt de celui qui est tenu d'une » *condictio* à ce que réclamerait l'équité, que par exem- » ple on sous-entende à son profit les conventions qui » interviennent habituellement, ou qu'on le relève des » conséquences rigoureuses d'un simple oubli (x). »

On pourrait conclure par analogie, qu'en matière de corréalité, la cession feinte n'avait pas été non plus admise dès le principe ; mais j'ai fait remarquer qu'au point de vue du recours, l'analogie des *fidéjusseurs* et des *rei promittendi* n'est peut-être pas suffisamment établie pour que l'on puisse raisonner rigoureusement des uns aux autres. Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'en matière de droit strict, l'équité ne suffit pas pour contrebalancer les effets d'une déchéance édictée par les lois. Or, l'*actio utilis* a précisément pour but de soustraire le créancier aux rigueurs du droit ; de plus, l'inexistence de la cession feinte à l'époque de Julien résulte manifestement de la loi 62, *ad. leg. Falcidiam* que nous avons examinée.

Plus tard cependant, cette action utile, refusée d'abord, a fini par être admise. C'est au moins ce que l'on peut conclure d'un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien formant la loi 2 au Code de *duob. reis* (8, 40), lequel est ainsi conçu :

Creditor prohibetur non potest exigere debitum cum sint duo rei promittendi ejusdem pecunie à quo velit. Et ideo, si probaveris te conventum in solidum exsolvisse, Rector

(x) Voir par exemple la loi 39, de *fidej.*, 46, 1.

provinolæ juvare te adversus eum eum quo communiter mutuum pecuniam accepisti non cunctabitur.

Deux personnes empruntant une somme se sont constituées *duo rei promittendi*; le créancier ayant, bien entendu, le droit de demander à chacun des emprunteurs la totalité, celui qui paie aura-t-il un recours contre l'autre? Oui, dit le rescrit. Mais par quelle action? les interprètes ne sont pas d'accord.

C'est par une action *pro socio* ou *communi dividundo* disent les uns; les empereurs supposent que l'argent a été reçu *communiter*, ce qui indique évidemment une relation de société ou tout au moins de communauté.

Pour moi, ce mot *communiter* signifie tout simplement que l'argent a été reçu par deux personnes agissant ensemble, par des coemprunteurs, et pas autre chose; il est manifestement impossible de supposer que la question naïve d'un associé ou d'un communiste, demandant s'il a bien une action, ait obtenu les honneurs d'une réponse impériale; d'ailleurs, les empereurs ne parlent pas d'un recours par une action ordinaire, mais bien d'une faveur particulière : *Rector provincie juvare te... non cunctabitur.*

S'agirait-il d'une action utile de gestion d'affaires? J'ai cherché à démontrer (p. 164) que l'on ne donnait point l'action de gestion d'affaires à un homme qui, sans le vouloir, avait apporté quelque avantage à autrui, en conséquence, je ne pense point que ce soit à une action de ce genre que le rescrit fasse allusion. Reste donc à supposer que le secours qui est accordé au postulant est la fiction d'une cession de l'action du créancier avec l'action utile qui en découle nécessairement. Telle est

l'interprétation la plus plausible et je crois la plus universellement adoptée (r).

Ainsi, dans le dernier état du droit, les *correi promittendi* finiront par être, au point de vue du recours, de plus en plus assimilés aux débiteurs *simpliciter in solidum*. Une seule différence paraît avoir persisté. Nous avons vu que le débiteur solidaire peut refuser de payer plus que sa part au créancier qui s'est mis dans l'impossibilité de lui céder ses actions ; on ne voit point qu'une semblable faveur ait été accordée au *correus promittendi*. Cela se comprend d'ailleurs fort bien. En matière de corréalité aussi bien qu'en matière de fidéjussion, il existe une action de droit strict, une *condictio*, il n'y a qu'une obligation, celle des débiteurs ; en vertu de quelle considération voudrait-on contraindre le créancier à une certaine nécessité, celle de conserver ses actions, alors qu'en face des débiteurs obligés par un acte unilatéral il n'a évidemment contracté soit *verbis*, soit *litteris*, soit autrement, aucune espèce d'obligation réciproque. Lorsqu'il s'agit d'un contrat de bonne foi, le juge peut faire une large part à l'équité, il n'en est point de même en matière de contrats *stricti juris*. Seulement, il faut bien remarquer que le débiteur ayant fait insérer dans la formule l'exception de dol, le juge se trouve par là même investi d'un certain pouvoir d'appréciation grâce auquel, s'il apparaît que le créancier ait réellement commis un dol, en se dépouillant des actions qu'il ne peut plus désormais céder avec efficacité, il pourrait fort bien arriver que le défendeur fut absous, absolument

(r) de Savigny, § 21, p. 289. — Demangeat, p. 266. — Schröter, p. 427 et de Wangerow, p. 79, l'expliquent d'une façon différente.

comme si le créancier, ayant conservé ses actions, refusait méchamment de les lui céder.

En résumé, nous pouvons conclure de ce long examen des difficultés auxquelles donne lieu l'étude de l'action récursoire, qu'une théorie plus juste, plus favorable aux débiteurs, acceptée par les jurisconsultes, finit par se substituer à la rigueur de la doctrine primitive et trouva dans le droit du Code son dernier et plus considérable développement.

DROIT FRANÇAIS

DE

LA SOLIDARITÉ EN DROIT CIVIL

INTRODUCTION

Lorsque plusieurs personnes se réunissent pour stipuler une même chose d'un même débiteur, la présomption est que chacune d'elles a stipulé pour une part virile ; il existe autant de créances distinctes que de stipulants.

Lorsque plusieurs personnes se réunissent pour promettre une même chose à un même créancier, la présomption est que chacune d'elles a promis pour une part virile ; il existe autant de dettes distinctes que de promettants.

Tel est le principe de droit commun que nous pouvons formuler ainsi : Entre des créanciers simplement conjoints et entre des débiteurs simplement conjoints, l'obligation, au point de vue actif comme au point de

vue passif, se divise de plein droit, pourvu, d'ailleurs, que l'objet de la dette soit susceptible de division (article 1119 et 1162).

Mais, il peut intervenir une convention spéciale des parties, il peut exister une disposition formelle de la loi, qui donne à chacun des créanciers conjoints le droit de contraindre le débiteur à effectuer entre ses mains le paiement intégral de l'obligation, comme s'il avait seul stipulé pour le tout; ou permette au créancier de poursuivre chacun des débiteurs conjoints pour le total de la dette, comme s'il avait seul promis pour le tout; et alors, la conjonction qui unissait les créanciers et les débiteurs devient bien plus énergique, elle est resserrée par le lien d'un mandat réciproque, en vertu duquel l'un quelconque des créanciers a le droit d'agir pour tous; l'un quelconque des débiteurs peut être forcé de payer pour tous, de telle sorte qu'au point de vue de l'objet il n'y a plus qu'une créance, la créance de la totalité, qu'une dette, la dette de la totalité, à l'extinction desquelles un seul paiement suffira. Telle est l'idée générale de cette obligation conjointe particulièrement remarquable que nous pouvons maintenant ainsi définir : Obligation au bénéfice de plusieurs créanciers conjoints, ou à la charge de plusieurs débiteurs conjoints, en vertu de laquelle chaque créancier peut exiger la totalité de la chose due, et chaque débiteur est tenu de la totalité, mais, de telle sorte, que le paiement fait à l'un des créanciers ou par l'un des débiteurs éteigne toute l'obligation (A).

(A) Comparez : Marcadé, sur l'art. 1197. — Larombière, tome II, art. 1197, n° 3. — Toullier, tome III, n° 709. — Demôlombe, tome III, n° 119. — Colmet de Santerre, tome V, n° 127.

Chacun des créanciers est vis-à-vis du débiteur unique créancier du tout, au moins au point de vue du paiement; de même, chacun des débiteurs est, vis-à-vis du créancier, débiteur du tout. Voilà le caractère dominant, le caractère exceptionnel de cette obligation conjointe dont la manière d'être ordinaire a été ainsi modifiée par la loi ou la convention des parties. Cette modification, dont le but est de réunir en seul faisceau, en un seul tout, *in solidum*, les créances ou dettes distinctes qui eussent existé sans elle, a dû prendre un nom en rapport avec les effets qu'elle produit. Nos anciens auteurs la désignaient par ce mot : *solidité*, dérivé immédiat de *solidum*; dans notre droit moderne, elle se nomme solidarité.

Telle est l'étymologie bien connue de l'expression constamment employée dans la doctrine aussi bien que dans les arrêts; mais il importe, pour ne laisser au début de cette étude aucune incertitude sur les termes dont je compte me servir, de placer ici une observation qui trouvera plus tard son entier développement.

Il existe dans notre droit, comme il existait en droit romain, une foule de circonstances qu'il serait impossible de prévoir et d'énumérer, dans lesquelles plusieurs personnes se trouvent devoir à une autre une même chose en totalité, sans qu'il y ait nécessairement entre elles aucun lien, aucune véritable conjonction; et, dans ces conditions, deux hypothèses sont possibles : ou bien le paiement effectué par l'un de ces débiteurs libérera les autres, ou il ne les libérera pas. Examinons-les séparément.

Je stipule, par exemple, 100 de Pierre, puis, par un autre acte, 100 de Paul, puis, plus tard encore, 100 de

Jacques, sans qu'il y ait entre ces trois débiteurs aucun lien, aucun mandat, aucune société; chacun d'eux me doit bien 100 en totalité, mais, appellerai-je leur obligation solidaire? Évidemment non, il y a là trois dettes distinctes, trois dettes de 100, le paiement de Pierre ne libérera pas Paul, celui de Paul ne libérera pas Jacques et de pareils résultats sont en contradiction avec la notion même de l'obligation solidaire à l'extinction de laquelle un seul paiement suffit.

Mais, voici qu'en vertu des articles 1382 et suivants du Code civil, trois personnes, dont la responsabilité se trouve simultanément engagée vis-à-vis de moi, par suite d'un délit civil ou d'un quasi-délit commis à mon préjudice, sans que la part prise par chacune d'elles à l'exécution de l'acte dommageable puisse être reconnue, sont condamnées à me payer *in solidum* une certaine somme à titre de dommages-intérêts (B).

Il est évident que je n'ai droit qu'une fois à la totalité des dommages-intérêts, de telle sorte que ces trois débiteurs seront libérés vis-à-vis de moi par le paiement intégral de cette somme, effectué par l'un quelconque d'entre eux que j'ai le droit de poursuivre pour le tout. Appellerons-nous solidaire l'obligation dont il sont tenus?

Oui, disent des auteurs nombreux dont nous aurons plus tard à examiner l'opinion, il y a là les éléments nécessaires de la solidarité; seulement, comme il n'existe entre ces débiteurs ni mandat, ni société valables en droit, nous appellerons la solidarité qui les lie *imparfaite*, parce qu'en effet elle ne produit pas toutes ces

(B) Comparez Arrêt de la cour d'Aix, 14 mai 1825. — Arrêt de rejet Cassat., 11 juillet 1826. — S. 27, 1, 236.

conséquences dont parle la loi, dans la section IV du chapitre IV du titre des obligations et qui dérivent naturellement du mandat ou de la société. Ainsi, il y a deux solidarités, l'une parfaite, l'autre imparfaite.

Sans entreprendre ici la discussion de cette théorie qui va jusqu'à appliquer à des hypothèses parfaitement et complètement réglées par le législateur lui-même sa distinction de deux solidarités, je tiens à dire que je reconnais une seule espèce d'obligations solidaires. Qu'elle vienne de la volonté des parties, qu'elle soit imposée par la toute-puissance de la loi, peu importe, c'est toujours la même solidarité, exceptionnelle, parce qu'elle déroge au principe de la division de la dette, et reposant avant tout sur une conjonction entre les débiteurs. A côté de la dette solidaire il peut exister, il est vrai, une foule d'obligations au total, mais ces obligations, *simpliciter in solidum*, ne supposent pas nécessairement un lien quelconque entre les débiteurs; elles ne contiennent, d'ailleurs, rien de dérogoratoire au droit commun, parce que, sans qu'il soit besoin d'une disposition formelle de la loi ou d'une volonté spéciale des parties, elles sont, *per se* et tout naturellement, au total, en un mot, elles sont *in solidum* parce qu'elles ne sauraient être autrement.

Ainsi qu'en droit romain, ces mots *in solidum* n'ont, dans notre droit, aucun sens précis, bien loin d'indiquer une situation juridique déterminée, ils s'appliquent indifféremment à toutes les hypothèses dans lesquelles il se trouve qu'un ou plusieurs débiteurs sont tenus du tout et non pas seulement d'une portion du tout. Chez nous comme à Rome, il existe un nombre indéterminé de circonstances dans lesquelles on peut dire qu'il y a obligation au total, *in solidum* (V. p. 5 et suiv.), mais

de même que les Romains ne connaissaient qu'une seule espèce d'obligations corréales, celle qui naissait autrefois de la stipulation, ayant ses conditions d'existence et ses effets spéciaux nettement précisés par la loi, de même, en droit français, nous ne devons reconnaître qu'une seule espèce d'obligations solidaires, obligation dénommée d'une manière particulière, *nomen habens à jure civili*, ayant ses conditions d'existence propres, ses effets propres, et différant dans son origine comme dans ses résultats de toute autre obligation.

Maintenant, il est bien évident que l'obligation solidaire a précisément emprunté son nom à l'obligation *in solidum*; à quoi cela tient-il? C'est que ces deux obligations ont toujours ce point de contact que dans l'une comme dans l'autre le débiteur est tenu du total de la dette; mais, est-ce un motif suffisant pour les réunir sous une même dénomination et s'exposer ainsi à les confondre? Je ne le pense pas.

La nature de l'obligation solidaire étant ainsi définie, voyons comment le législateur l'a réglementée. Nous savons qu'à Rome chacun des *correi stipulandi* était réputé le maître absolu de la créance, chacun des *correi promittendi* était considéré comme devant supporter seul toute la dette; nous avons examiné les conséquences extrêmes, injustes, qu'avait tirées de ces principes la rigoureuse et inflexible logique des jurisconsultes; puis, nous avons vu le droit strict céder peu à peu devant des considérations évidentes d'équité et, à travers les variations multiples de la législation, nous avons essayé de résoudre les graves difficultés auxquelles donne lieu l'action récursoire ouverte aux créanciers et aux débiteurs.

Il serait en dehors du cadre de cet ouvrage de rechercher ici comment les institutions romaines, de plus en plus modifiées par l'action du temps et le travail salutaire d'une civilisation différente, sont parvenues jusqu'à nous par la grande voix des Domat, des Dumoulin, des Pothier et de tous ces illustres jurisconsultes auxquels le législateur français a fait de si nombreux et si considérables emprunts. Nous aurons, en effet, l'occasion fréquente de suivre, pour ainsi dire, à la trace, les diverses décisions de notre Code, et, pour en étudier l'esprit, pour en saisir la portée, de remonter à leur origine et d'en indiquer les sources; il nous sera facile alors, de reconnaître que peu de parties de notre droit civil présentent une preuve plus manifeste de la grande influence du droit romain sur notre législation actuelle.

Il va sans dire que les anciennes distinctions entre les pactes, les stipulations, les contrats, le droit civil et le droit prétorien, les diverses actions qui en naissent, en un mot, toutes ces institutions dont le droit romain était plein dans son enfance et qui étaient la plupart du temps contraires aux principes du droit naturel, ne pouvaient trouver place dans une législation plus véritablement humaine où l'on admet que le seul consentement a force de loi entre les parties et que ce consentement engendre un contrat, lequel doit être exécuté de bonne foi. Mais, abstraction faite de la physionomie toute particulière du droit de l'ancienne Rome, abstraction faite de toutes ces formules bizarres qui, aujourd'hui, ne sont plus, il existe, au point de vue spécial qui nous occupe, entre la théorie romaine et la nôtre, une différence considérable qu'il importe de signaler ici.

A l'inverse des *correi stipulandi* ou des *correi promittendi*, nos créanciers et nos débiteurs solidaires sont présumés associés.

Les jurisconsultes romains n'ont presque jamais raisonné que dans l'hypothèse ou le débiteur qui paie et le créancier qui reçoit toute la dette n'ont aucun recours à exercer ou à souffrir; le législateur français, au contraire, d'accord en cela avec la raison, laquelle nous avertit que plusieurs personnes ne se réunissent, en général, que parce qu'elles ont un intérêt commun, suppose entre débiteurs et entre créanciers solidaires une relation de société et ouvre ainsi d'une manière générale un recours réciproque, auquel les Romains n'étaient arrivés qu'après de longs et pénibles tâtonnements.

Tel est le principe nouveau consacré dans notre droit, principe fécond en résultats pratiques plus conformes aux idées de bonne foi et d'équité qui prédominent dans les législations modernes. Aussi, notre obligation solidaire est-elle loin de correspondre exactement à l'obligation corréale de l'ancien droit romain, malgré ce qu'en a pu dire l'orateur du gouvernement dans son exposé des motifs (c). Bien des solutions, de tout temps consacrées par l'imposante autorité des jurisconsultes et de leurs commentateurs, ont dû être modifiées radicalement, par l'introduction, dans la notion même de l'obligation solidaire, d'un élément nouveau, d'une idée de société, de mandat, acceptée il est vrai autrefois en tant qu'accident, mais repoussée jusqu'à nos jours comme règle générale et présomption juridique.

(c). Fenet, t. 13, p. 248 et suiv.

A part la série de différences qui découlent de cette règle nouvelle, on peut assez justement appliquer à notre théorie des obligations solidaires, ce que disait M. Bigot de Préameneu, présentant au Corps législatif la loi qui forme aujourd'hui le titre des obligations en général : « Elles seraient bien mal entendues les dispositions du Code civil relatives aux contrats, si on les » envisageait autrement que comme des règles élémentaires d'équité, dont toutes les ramifications se trouvent dans les lois romaines. C'est là que sont les » développements de la science du juste et de l'injuste ; » c'est là que doivent s'instruire ceux qui voudront y » faire quelques progrès, et, en général, tous ceux qui » seront chargés de la défense ou de l'exécution des » lois consignées dans le Code français. » (D).

Je suivrai ce conseil, et, à l'exemple de notre législateur, je ne craindrai pas de puiser largement aux sources abondantes du droit romain et de notre ancienne jurisprudence.

J'examinerai dans trois chapitres distincts :

- 1° La solidarité entre créanciers ;
- 2° La solidarité entre débiteurs ;
- 3° La solidarité légale qui ne peut exister qu'entre ces derniers.

Et, pour compléter ce travail sans lui donner cependant une étendue démesurée, tout en analysant d'une manière spéciale les dispositions de notre droit civil, j'indiquerai sommairement les principaux cas de solidarité en matière commerciale et en matière criminelle, ainsi que les règles qui les gouvernent.

CHAPITRE PREMIER.

Solidarité entre créanciers.

La solidarité entre créanciers est loin d'avoir, dans nos usages journaliers, l'importance qu'elle paraît avoir quelque temps conservée à Rome; elle se rencontre encore assez fréquemment entre commerçants; mais, en matière civile, comme en réalité elle présenterait dans la plupart des cas autant d'inconvénients que d'avantages, il est rare que les parties l'établissent dans leurs conventions. Quant à la loi, elle ne l'impose jamais.

C'est sans doute à cause du peu d'intérêt qu'offre cette modalité de l'obligation au point de vue actif, que le législateur lui a consacré dans la longue section des obligations solidaires trois articles seulement. De ce laconisme sont nées bien des incertitudes, bien des difficultés; nous allons chercher à dissiper les unes et à résoudre les autres en examinant successivement :

- 1° Les caractères distinctifs et le mode d'établissement de la solidarité active;
- 2° Ses effets;
- 3° Le recours des créanciers.

SECTION I

Caractères distinctifs et établissement de la solidarité entre créanciers.

D'après l'art. 1197 du Code civil :

« L'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers » lorsque le titre donne expressément à chacun d'eux

» le droit de demander le paiement du total de la
» créance, et que le paiement fait à l'un d'eux libère le
» débiteur encore que le bénéfice de l'obligation soit
» partageable et divisible entre les divers créan-
» ciers. »

Grâce à la notion générale de l'obligation solidaire et aux explications déjà fournies, il est facile de comprendre le sens de cette disposition. Elle consacre trois règles importantes qui dominent toute la théorie de la solidarité entre créanciers.

1° Chaque créancier a le droit de demander au débiteur le paiement du total de la dette, comme si, seul, il avait stipulé pour le tout.

2° Le débiteur est libéré vis-à-vis de tous les créanciers par un seul paiement, parce qu'il n'y a qu'une seule chose due, dont la prestation éteint l'obligation.

3° En réalité, chacun des créanciers n'a droit définitivement qu'à la part à lui assignée dans le bénéfice de la créance recouvrée ; donc, quand il vient, en vertu du titre qui lui donne ce droit, réclamer et toucher la totalité de la créance, il agit comme véritablement créancier pour sa part, et seulement en qualité de mandataire de ses cocréanciers pour le surplus. Notons en passant que cette considération ne saurait profiter au débiteur vis-à-vis duquel le créancier est toujours considéré comme créancier du total, mais qu'elle peut lui être opposée dans certains cas.

De même que l'obligation pure et simple, l'obligation solidaire prend naissance dans la volonté des parties ; mais, comme une convention de solidarité crée un droit exceptionnel, dérogeant au principe de la division de

la créance, elle ne peut pas être présumée, c'est pourquoi notre article 1197 exige qu'elle soit stipulée expressément.

Il ne faudrait pas, assurément, conclure du texte qu'il soit nécessaire, pour créer la solidarité, d'employer certaines formules sacramentelles ; une seule chose est indispensable : une volonté expresse, clairement manifestée. Ainsi, dans notre droit, la solidarité active ne se présume pas plus que la solidarité passive, mais, la première a cela de particulier qu'elle n'est jamais imposée par la loi à la libre volonté des parties. Il n'y a pas de solidarité légale entre créanciers.

La créance solidaire est évidemment une au point de vue de l'objet, mais si l'on considère les personnes, il est facile d'apercevoir autant de liens différents que de créanciers, et, à ce point de vue, la créance est multiple ; on peut donc concevoir des modalités diverses affectant l'engagement du débiteur vis-à-vis des créanciers, un terme, par exemple, ou une condition, dont il bénéficierait à l'égard de quelques-uns d'entr'eux seulement. La loi, il est vrai, ne parle point de cette hypothèse, qui n'en est pas moins parfaitement réalisable chez nous comme chez les Romains (art. 1201).

De même, la plupart du temps, les diverses stipulations existeront dans un seul et même acte, mais rien n'empêche qu'elles aient lieu dans des actes différents, pourvu, toutefois, qu'il y ait entr'elles une relation nécessaire. Sans doute, si je stipule aujourd'hui de Primus, un tiers quelconque ne pourra pas, plus tard, devenir mon cocréancier solidaire, la stipulation qu'il ferait donnant naissance à une autre obligation, *alia atque alia erit obligatio* ; mais, si à l'époque du premier

contrat il a été convenu que ce tiers pourra plus tard accéder à l'obligation en qualité de cocréancier solidaire, nul doute qu'il ne le devienne en effet, au moment où il stipulera la même chose de Primus. Sans cette corrélation entre nos deux stipulations, il y aurait indépendance des deux créances, et, le concours de nos deux volontés n'ayant pas eu lieu au moment voulu, les règles sur le mandat réciproque deviendraient inapplicables.

La volonté de l'homme, cause créatrice de l'obligation solidaire, peut se manifester aussi bien dans un testament que dans un contrat. Pothier en fait la remarque (*Traité des obligations*, n° 259). « On peut, dit-il, » apporter pour exemple d'une obligation solidaire celle » qui naît d'une disposition testamentaire qui aurait été » faite en ces termes : Mon héritier donnera aux Car- » mes ou aux Jacobins *une somme de 100 livres* ; l'hé- » ritier ne doit qu'une seule somme, mais il doit cette » somme entière à chacun des deux couvents qui en » sont cocréanciers solidaires, de manière, néanmoins, » que le paiement qu'il fera de cette somme à l'un des » deux couvents le libérera envers les deux. » Cet exemple est tiré de la loi 16 au Digeste de *legatis* 2° dont j'ai parlé dans la première partie de cette étude. (V. p. 54).

Il paraît cependant résulter du texte de la disposition testamentaire citée par Pothier, que l'héritier peut payer aux Carmes ou aux Jacobins ; aucun de ces deux couvents n'a donc le droit de déterminer en sa faveur un choix dont le testateur a respecté l'entière liberté. A mon avis, il y a là, non pas une obligation conjointe et solidaire, mais une obligation disjointe et condition-

nelle. Certes, il faut reconnaître, d'une manière générale, que le défunt aurait pu établir dans son testament que ces deux couvents auraient le droit de demander à l'héritier l'intégralité du legs, sauf à s'arranger entre eux après la délivrance faite, et les constituer ainsi créanciers solidaires de la succession ; mais, dans la disposition précitée, cette intention n'est nullement démontrée, et, par conséquent, dans le doute, nous devons dire qu'il n'y a pas solidarité.

Il serait impossible de donner des règles précises touchant les formules diverses qui peuvent être employées, soit dans une convention, soit dans un testament pour indiquer qu'il y a solidarité. En dehors de certaines situations où le doute n'est pas possible, par exemple, si les parties ont constitué un simple *adjectus solutionis gratia*, il peut arriver que des circonstances particulières, éclairant d'un jour nouveau l'intention des contractants, amènent à donner au titre précédemment douteux un sens parfaitement déterminé ; le juge alors trouvera dans l'examen de ces circonstances un élément de décision ; mais, s'il y a doute, il devra décider que la solidarité n'existe pas. Cependant, la plupart de nos jurisconsultes, Jarombière, Troplong, Demolombe, Rodière, etc., regardent comme constatant la solidarité le titre où se trouveraient des mentions telles que celles-ci : « Le débiteur fera le paiement du total de la créance à l'un ou à l'autre des créanciers, » ou bien : « l'acheteur paiera le prix à l'un ou à l'autre des covendeurs. » Moi aussi, je l'admettrais, mais à condition que ces mots « à l'un ou à l'autre » ne signifient pas « à l'un ou à l'autre au choix du débiteur. » Qui nous éclairera sur ce point ? ce n'est pas, je pense, une discussion

à priori ; tout dépend de l'intention des parties, et cette intention est douteuse. Appliquons donc les principes du droit commun, en face d'une convention dont les termes sont ambigus, faisons pencher la balance en faveur du débiteur (art. 1162), décidons en conséquence qu'il y a seulement une obligation disjointe et conditionnelle, et partant, point de solidarité.

Nous savons comment s'établit la solidarité active et quels sont ses caractères distinctifs. On aperçoit sans peine le peu d'intérêt que présente cette modalité de l'obligation.

Elle offre un certain avantage au débiteur qui n'est pas exposé à des poursuites multipliées et aux frais qu'elles entraînent, puisqu'il a le droit d'être traité comme s'il avait un créancier unique. Mais, pratiquement, il serait peu raisonnable de supposer que les créanciers vont se réunir dans le seul but d'être agréable à leur débiteur.

En ce qui concerne les créanciers, la solidarité est plus dangereuse qu'utile. Le mandat contractuel qui les lie ne peut s'éteindre que par le paiement de la dette ; désormais, par le fait de la solidarité, ils sont enchaînés l'un à l'autre sans qu'aucun autre événement que l'extinction de l'obligation puisse les désunir, alors même qu'ils auraient de justes motifs de suspicion contre l'un d'entr'eux.

Je veux bien que ce mandat réciproque puisse, en certains cas, faciliter le recouvrement de la créance, en permettant à chacun des intéressés de faire des actes conservatoires, d'exercer des poursuites ; mais, ce but serait aussi bien atteint par la constitution d'un mandataire soumis aux règles générales du mandat, révocable à la discrétion du mandant. Il faut donc, pour

trouver un côté réellement pratique à cette convention, supposer que les créanciers se sont précisément proposé d'éviter cette règle de l'article 2003, aux termes duquel le mandat prend fin par la mort du mandant ou du mandataire, etc. Or, il est peu probable qu'une pareille idée leur vienne; d'abord, la confiance est ordinairement personnelle, elle ne passe point aux successeurs; et puis, si l'un des cocréanciers laisse en mourant plusieurs héritiers, les autres ne pourront donc plus exercer leur recours que divisément, en admettant que l'insolvabilité de ces héritiers inconnus ne vienne pas rendre toute action récursoire inutile. Ces difficultés, ces complications, n'engageront pas fréquemment les créanciers à entrer dans cette voie. Aussi, en pratique, la solidarité active est-elle excessivement rare. Quoiqu'il en soit, nous allons en étudier rapidement les effets.

SECTION II.

Effets de la solidarité entre créanciers.

Nous avons vu quelles conséquences logiques les jurisconsultes romains tiraient de ce principe que chacun des *correi stipulandi* est réputé maître absolu de la créance. Un des créanciers, par exemple, avait le droit de faire remise à titre gratuit ou autrement du total de la créance, sans être obligé (du moins en général et dans le droit primitif) de tenir compte à ses cocréanciers du préjudice que pouvait leur causer sa fraude ou sa libéralité.

Cette doctrine rigoureuse, reproduite en partie par Pothier (n° 260), s'est maintenue dans notre ancienne jurisprudence. Mais, si elle pouvait avoir sa raison

d'être à Rome, notre législation actuelle ne devait pas s'en accommoder; aussi, une théorie plus raisonnable et plus juste a-t-elle été consacrée dans nos lois.

Nos créanciers solidaires sont réputés associés. Bien loin d'être le maître absolu de la créance, chacun d'eux n'est maître que de sa part; il est mandataire de ses cocréanciers pour le surplus. Telle est l'idée nouvelle introduite par notre législateur; elle trouvera son développement plus tard, mais, dès à présent, il était nécessaire de la mettre en relief pour faire bien comprendre les décisions de la loi en ce qui concerne les effets de l'obligation solidaire que nous allons étudier.

1^o PAIEMENT. — OFFRES RÉELLES SUIVIES DE CONSIGNATION.

Le premier effet de la solidarité dérive du droit accordé à chacun des créanciers de demander au débiteur le paiement intégral de la créance et de lui en donner valablement quittance, en face duquel existe le droit parallèle du débiteur de se libérer par un paiement intégral effectué entre les mains de l'un quelconque des créanciers (art. 1197).

Ce droit au paiement intégral passe à l'héritier du cocréancier solidaire décédé. S'il existe plusieurs héritiers, la créance solidaire n'étant pas pour cela indivisible, se partage entr'eux tous suivant la règle ordinaire et chacun d'eux ne peut plus agir que pour sa part héréditaire.

Quand le débiteur est poursuivi par l'un des créanciers, la faculté de choisir dont il jouissait précédemment s'évanouit, il ne peut plus payer valablement

qu'entre les mains du poursuivant. C'est ce que dit l'article 1198 : « Il est au choix du débiteur de payer à l'un » ou à l'autre des créanciers solidaires tant qu'il n'a pas » été prévenu par les poursuites de l'un d'eux. »

Peut-être, en édictant cette règle, le législateur s'est-il rappelé l'ancien effet de la *litis-contestatio* qui, au moment des poursuites d'un seul des créanciers, éteignait l'obligation vis-à-vis de tous ; mais, bien que depuis Justinien, cet antique effet de la procédure ait disparu, la disposition de l'article 1198 devait exister dans notre droit comme elle existait dans le droit de Justinien, parce qu'elle trouve en elle-même sa raison d'être et qu'elle est une conséquence nécessaire de la situation des créanciers solidaires.

Le droit de poursuite, en effet, est égal entre tous les créanciers, quoi de plus raisonnable qu'il appartienne au premier qui le met en mouvement, puisqu'il suffit qu'il soit exercé par un seul ?

La diligence du poursuivant le met à l'abri du danger de l'insolvabilité de ses cocréanciers qui auraient pu, à son défaut, toucher les fonds et les dissiper. Quoi de plus juste que cette situation lui soit conservée ?

Les poursuites du créancier doivent donc constituer une sorte de prise de possession de la créance. Tels sont les motifs que l'on donne généralement de cette disposition (A).

J'ajoute cette autre considération : puisque dans la pensée de la loi, en contractant solidairement, les créanciers se sont donné irrévocablement le mandat réciproque de poursuivre, dès que l'un d'eux poursuit

(A). Rodière. — *De la solidarité et de l'indivisibilité*, n° 15 (1852).

et met ainsi à exécution le mandat, le débiteur doit, comme les autres créanciers, subir la loi qui a été dictée et payer entre les mains d'un mandataire accepté d'avance, derrière lequel s'effacent désormais les mandants.

Quel est le sens précis du mot *poursuites* que nous trouvons dans notre texte? D'abord, il est évident qu'il faut des poursuites régulières; mais, s'agit-il ici d'une manifestation quelconque de la volonté du créancier, ou bien d'une menace plus sérieuse, particulièrement énergique, telle, par exemple, que la loi l'exige pour l'interruption de la prescription (b). C'est ainsi, et dans ce dernier sens, que l'article 1206 dit : « Les *poursuites* » faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous. » Il est naturel de penser que cette expression n'a point changé de valeur, qu'elle désigne dans l'article 1198 ce qu'elle indique dans l'article 1206; et que si un commandement, une citation en justice, un acte d'exécution forcée arrêtent le droit d'option du débiteur, une simple sommation, ou une citation en conciliation non suivie dans le mois d'une demande en justice, ne sauraient avoir cet effet (c).

Si le mot *poursuite* n'est pas strictement défini dans nos codes, il est en revanche assez fréquemment employé pour que l'on puisse, à bon droit, y attacher l'idée d'une réclamation persistante, d'une volonté destinée à ne plus garder de ménagements. Or, la sommation n'a jamais eu ce caractère; sauf en ce qui concerne les intérêts, dans deux cas exceptionnels, elle ne

(b). Art. 2244 et suiv.

(c). V. art. 2245, C. de C. et 51, C. de P.

produit aucun des effets du commandement dont elle diffère autant par l'origine que par les conséquences. Il en est de même de la citation en conciliation qui n'est pas suivie d'une instance, jamais elle n'a été regardée comme l'expression d'une menace imminente; d'ailleurs, pour être logique, il faudrait, dans le système contraire, décider comme M. Demolombe (n° 164) que tout acte extra-judiciaire par lequel un des créanciers a manifesté au débiteur sa volonté, suffit pour enchaîner la liberté de ce dernier. Or, je le demande, y a-t-il entre une simple lettre, par exemple, et ce qu'on appelle en bon français des *poursuites*, la moindre ressemblance?

Le créancier solidaire, auquel l'article 1197 donne le droit de demander le paiement du total, aurait-il la faculté d'accepter un paiement partiel? par exemple, le paiement de ce qui doit lui revenir plus tard?

La question paraît me faire peu de doute. Aucun des créanciers n'est forcé d'agir le premier, ceci est incontestable; mais, si l'un d'eux poursuit le débiteur, il doit agir autant dans l'intérêt de ses cocréanciers que dans le sien propre; c'est une conséquence de la société qui l'unit à eux. Ceci posé, il est évident qu'il peut être avantageux d'accepter un paiement partiel, peut-être, en agissant ainsi, évitera-t-on des frais, peut-être même, pour échapper à une perte totale, est-il prudent d'assurer d'abord le remboursement d'une portion de la dette, ce qui est toujours plus sûr. Donc, il faut reconnaître au créancier solidaire comme à un mandataire ordinaire, le droit de recevoir des à-compte. Seulement, bien entendu, ce qu'il aura ainsi touché, il devra le partager entre ses cocréanciers, proportionnellement à la part que chacun possède dans l'entière créance. Il y a en

effet entre eux et lui mandat, société, et dans ces deux contrats la bonne foi s'oppose à ce que l'un quelconque des contractants rende sa condition meilleure au détriment des autres (D).

Je suppose que le débiteur soit poursuivi par l'un des créanciers, nous venons de décider qu'il a pu valablement faire un paiement partiel entre les mains d'un autre que le poursuivant, il pourra donc opposer à ce dernier le versement de l'à-compte et faire réduire sa demande du total ; mais, ce qu'il a pu faire avant toute poursuite, pourrait-il encore le faire après ? serait-il fondé par exemple à répondre au créancier qui le prévient : « Vous avez deux cocréanciers, donc vous êtes » présumé n'avoir droit qu'au tiers de la somme totale ; » je veux bien vous payer ce tiers, mais j'entends remettre directement aux deux autres ce qui doit leur » revenir » (E).

Je ne le pense point, malgré l'opinion de M. Rodière (n° 15) et de plusieurs autres (F). Telle était la solution romaine, telle était l'opinion de notre ancienne jurisprudence, telle est aussi la décision du Code.

Il est vrai que, chez nous, la règle ordinaire, c'est le partage entre créanciers solidaires du bénéfice de la créance et même le partage égal à défaut de preuves contraires ; mais, en quoi cette présomption, spéciale aux rapports des créanciers entre eux, peut-elle modifier la position du débiteur ? Si elle limite les droits des premiers entre eux, en quoi peut-elle augmenter ceux du second ? Voilà ce que je ne comprends pas. Le débi-

(D). Art. 1840.

(E). Art. 1107, 1108, 1365.

(F). V. notamment Larombière, t. 2, art. 1108, n° 6.

teur d'une créance solidaire ! mais, il sait par les termes mêmes du contrat que chacun des créanciers peut lui demander le total. Il s'est engagé à payer le total entre les mains du premier qui réclamera, et, il ne jouit du droit d'option que si aucun d'eux ne devance les autres. Il sait de plus qu'il ne peut offrir aux créanciers leurs parts divisées, la solidarité étant exclusive de la division. La créance se partagera-t-elle par têtes, également ou inégalement ; appartient-elle à un seul des créanciers ou à plusieurs d'entr'eux seulement ? cela ne le regarde pas. Les termes de son contrat ne comportent pas une pareille immixtion dans les affaires des autres ; il n'a qu'une chose à faire, payer le total à qui le lui réclame, et le réclamant n'a qu'une preuve à apporter, à savoir qu'il est créancier solidaire. Cette preuve établie, il pourra faire au débiteur récalcitrant ces deux réponses péremptoires :

1° Je suis créancier solidaire, donc j'ai droit au total de la créance, quelque partageable ou divisible qu'elle puisse être (art. 1197) ;

2° Je vous prévienne par mes poursuites, donc vous ne pouvez plus payer qu'entre mes mains (art. 1198).

Il me reste deux mots à ajouter pour terminer ce que j'ai à dire sur le paiement.

Si tous les créanciers intentaient leur poursuite à la fois, comme le débiteur ne serait alors prévenu par aucun d'eux, la priorité des demandes ne pouvant, je suppose, être constatée, il retrouverait sa liberté d'action et pourrait payer intégralement au créancier de son choix. Je dis *intégralement* ; en effet, la solidarité a été stipulée dans l'intérêt du débiteur ou des créanciers, il est évident que dans le premier cas il serait injuste

d'enlever au débiteur le droit de s'acquitter en une seule fois, et que, dans le second, il n'a pas la permission de fractionner son paiement (o).

Enfin, si aucun des créanciers ne poursuit le paiement de la dette échue, le débiteur n'étant pas tenu de rester indéfiniment dans l'inquiétude, peut, s'il le juge convenable, se libérer valablement en faisant des offres réelles suivies de consignation.

Pour suivre l'ordre des dispositions du Code, je traiterai maintenant de l'effet de l'obligation solidaire au point de vue de la remise de la dette.

2° REMISE DE LA DETTE. — SERMENT.

Notre ancien droit français, d'accord en ce point avec la doctrine romaine, permettait à l'un des créanciers de faire remise de l'entière créance (n) : *Acceptilatio unius*, disaient les jurisconsultes, *tota solvitur obligatio*. C'était une conséquence naturelle de ce principe que chaque créancier est maître absolu de la créance.

Dans notre droit moderne, les créanciers sont réputés associés, ils sont même présumés avoir une part égale dans la propriété de la créance; il suit de là que chaque créancier peut bien disposer de sa part, mais non de l'entière créance, pour faire acte de propriété sur les parts de ses cocréanciers, il lui faudrait un mandat exceptionnel et qui ne se suppose pas (i).

Telles sont les idées consacrées dans l'article 1198 relativement à la remise de la dette et dans l'art. 1365.

(o). Art. 1244.

(n). Pothier (n° 200, 4°).

(i). Art. 1107, 1108, 1303, 1863 combinés avec les art. 1083, 1090.

relativement au serment que nous allons examiner l'un après l'autre.

» Néanmoins la remise faite par l'un des créanciers
» solidaires ne libère le débiteur que pour la part de
» ce créancier. » Telle est la disposition de l'art. 1198
(*in fine*); elle est suffisamment claire pour n'avoir pas
besoin d'une longue explication. Ainsi, il est entendu
que le débiteur auquel a été consentie la remise par
l'un des créanciers demeure, vis-à-vis des autres, dé-
biteur du total, déduction faite seulement de la part de
celui qui a été libéral à son égard; la même solution
doit être donnée s'il s'agit d'une remise dissimulée sous
l'apparence mensongère d'un paiement. Un des créan-
ciers, je suppose, est insolvable, il a besoin d'argent, il
s'entend avec le débiteur, et, moyennant une certaine
somme, lui délivre quittance du tout; les cocréanciers
seront-ils admis à prouver l'origine frauduleuse de la
quittance? On comprend leur intérêt, le créancier
contre lequel ils devraient désormais recourir étant
hors d'état de les payer.

Poser la question, c'est la résoudre.

Sans doute un des créanciers a le droit de délivrer
quittance. Pourquoi? parce que c'est la conséquence
naturelle du droit de recevoir le paiement intégral.
Mais, il est manifeste que, s'il fait un acte de libéralité
avec l'argent des autres, il outre passe le mandat qu'il
a reçu; à plus forte raison, si, frauduleusement, il
cherche à nuire à ses coassociés. Les cocréanciers qui
n'ont rien reçu sont donc admis à prouver que le paie-
ment est simulé, que la quittance est mensongère, qu'il
y en a réalité une remise du total faite sans droit, et,
cette preuve, ils pourront la faire par tous les moyens

admis, conformément à la disposition de l'art. 1348.

On devra, dès lors, assimiler cette fausse libération à une simple remise de la dette, quand bien même il serait démontré que le créancier a reçu plus que la part qui devait lui revenir. Nous avons admis, il est vrai, que les à-compte versés par le débiteur doivent être imputés sur la créance totale, mais, dans l'hypothèse où nous nous plaçons, l'excédant est-il véritablement un à-compte ? n'est-il pas plutôt le prix de la fraude ? Il ne paraît difficile de ne pas admettre qu'il n'y a là rien autre chose qu'un engagement frauduleux contracté par le créancier, largement payé par le débiteur, et, que de pareils actes ne peuvent en aucune façon être opposés aux créanciers qui doivent conserver le droit au paiement de l'entière créance diminuée seulement de la part du créancier infidèle.

La même décision s'impose, si au lieu de délivrer quittance le créancier avait abandonné l'acte sous-seing privé ou la grosse de l'acte authentique constatant l'obligation (j) ; les autres seront admis à prouver que le paiement n'a pas eu lieu et conserveront ainsi leur action contre le débiteur.

C'est par des considérations analogues à celles qui précèdent qu'a été dictée la disposition de la loi relative au serment. Après avoir dit que le serment ne fait preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré ou contre lui (k), l'article 1365 ajoute : « Néanmoins le serment

(j). Art. 1282, 1283.

(k). Il serait plus exact de dire : le refus ou la prestation de serment ne fait preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré ou contre lui. En effet, c'est seulement le refus de serment de la part de l'adversaire qui profite à celui qui l'a déféré.

» déferé par l'un des créanciers solidaires au débiteur
» ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier » (1).

Pothier (n° 824) suivant le principe romain : *Jusjurandum solutionis loco cedit* (L. 27, de jurej.) décidait que si le débiteur a juré : « Qu'il ne doit rien » il est libéré vis-à-vis de tous, comme il le serait par un paiement véritable. Mais, cette idée a été abandonnée, avec raison, par le législateur. Qu'est-ce en effet que la délation du serment, sinon une convention d'après laquelle il ne sera plus rien demandé au débiteur, s'il jure qu'il ne doit pas ? C'est donc, ainsi que le dit M. Demolombe (n° 177), une sorte de remise conditionnelle qui doit suivre le sort d'une remise ordinaire.

Je décide également que le refus de prêter le serment ne profite qu'au seul créancier qui l'a déferé. C'est un aveu de la dette qu'a fait le débiteur, mais cette preuve n'existe qu'en faveur de celui qui a déferé le serment (art. 1365); d'ailleurs, si le serment prêté ne profite au débiteur que pour partie, il est juste que le serment refusé ne lui nuise que dans la même proportion.

De même, si un des créanciers avait prêté le serment, il est clair, d'après les mêmes principes, que les autres ne peuvent s'en prévaloir, le créancier est bien mandataire des autres créanciers à l'effet de conserver la créance; mais, on ne peut admettre que le débiteur auquel le serment de la part du créancier ne pouvait profiter que pour partie, ait voulu que la prestation de serment lui nuisit pour le total.

(1). Il n'y a pas à tenir compte du mot *néanmoins* par lequel commence la disposition finale de l'article 1365. Tout le monde sait qu'il a été maladroitement copié sur le texte de Pothier (n° 824).

Nous arrivons au dernier article de notre paragraphe dans lequel les effets de la solidarité sont examinés à un troisième point de vue.

3° PRESCRIPTION.

Si les créanciers solidaires sont mandataires les uns des autres à l'effet de recevoir le paiement de la créance commune, ils le sont également à l'effet de conserver leurs droits à ce paiement. En conséquence, tout acte qui interrompt la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires, profite aux autres créanciers (art. 1199). Et il en est à ce point de vue de la reconnaissance volontaire de la dette, comme de l'interpellation judiciaire (M).

Cependant une difficulté se présente. Le créancier a interrompu la prescription par une demande en justice, mais son assignation est nulle; ou bien, l'instance étant régulièrement introduite il s'est désisté, ou il a encouru la péremption, ou plus simplement sa demande a été rejetée. Voilà l'interruption mise à néant en ce qui le concerne. En est-il de même vis-à-vis des cocréanciers?

Il me semble qu'en laissant agir seul leur mandataire, ils ont remis tout le soin de leurs intérêts entre ses mains. Ils savaient bien, pourtant, que l'interruption n'était en quelque sorte que conditionnelle, qu'elle pouvait être anéantie; si donc, au lieu d'intervenir à l'instance, et de consolider leur droit chancelant, ils sont restés dans l'inaction, leur impardonnable négli-

(M). Art. 2248, 2244 et 2245.

gence ne me paraît pas devoir être plus protégée que celle de leur cocréancier.

Il peut se faire que l'un des créanciers solidaires soit décédé laissant plusieurs héritiers, comment se gouverne dans ce cas l'interruption de la prescription ? J'appliquerai ici la distinction que je trouve dans l'article 2249 au sujet des débiteurs solidaires.

Si l'interruption est le fait de l'un des créanciers, elle profite à tous, aux autres créanciers comme aux héritiers du défunt. Si elle émane de l'un des héritiers, l'obligation étant divisible, cet héritier n'a droit qu'à une part, pour cette part seulement l'interruption profite aux autres créanciers ; elle ne profite pas aux cohéritiers, parce qu'entre ces derniers il n'y a aucun lien commun, ni solidarité, ni indivisibilité.

La prescription ne court pas contre un créancier mineur ou interdit, elle ne court pas davantage entre époux, dans d'autres cas encore, elle est également suspendue (N). Je suppose que l'un des créanciers soit vis-à-vis du débiteur dans cette situation favorable, le bénéfice de la suspension existe-t-il pour lui seul ou pour tous les cocréanciers ?

La suspension de la prescription, dit la majorité des auteurs, est assurément une faveur exceptionnelle, accordée, en raison de certaines circonstances, à certaines personnes déterminées ; donc, les personnes étrangères ou en dehors de ces circonstances ne doivent pas jouir de cette exorbitante protection. La loi, il est vrai, a dans un cas, un seul, consacré une théorie contraire, c'est en matière d'obligations indivisibles. Mais il n'y a

(N) Art. 2252, 2253, 2256 et suiv.

aucun motif d'étendre à la solidarité ce qui est décrété pour l'indivisibilité ; chacun sait qu'il n'est pas permis de créer de faveur exceptionnelle par analogie. Et d'ailleurs, est-ce que le mandant peut se prévaloir de la minorité de son mandataire, invoquer les causes qui suspendent la prescription en faveur de celui-ci ? Evidemment non ; or, le créancier solidaire n'est à l'égard de ses cocréanciers, et relativement à leurs parts, qu'un simple mandataire ; qu'un seul créancier interrompe la prescription pour tous, c'est juste, il a mandat de recouvrer la créance et par conséquent de la conserver, mais s'il vient, par exemple, à être interdit, dira-t-on, par hasard, que ses cocréanciers avaient prévu cet événement à l'époque du contrat ; et qu'ils lui avaient spécialement donné mandat d'obtenir le bénéfice de la suspension de prescription par ce singulier procédé ?

Donc, dit M. Rodière (n° 25), s'il y a deux créanciers, l'un majeur, l'autre mineur ou interdit, « la prescription encourue par le majeur et capable équivaut à la » remise qu'il aurait faite de sa part. »

Il en sera ainsi lorsque le droit de l'un des créanciers est à terme ou sous condition, celui-là seul a droit au bénéfice de la suspension et pour sa part seulement.

Malgré le grand nombre et l'autorité considérable des auteurs qui professent cette doctrine, je crois devoir avec MM. Delvincourt (t. 2, p. 499), Duranton (11, p. 180), Demolombe (n° 171), me ranger à l'opinion contraire.

Il est vrai que je ne poserai point d'abord en principe, avec le dernier de ces éminents jurisconsultes, que la suspension « n'est autre chose qu'une interruption

» que la loi fait elle-même de plein droit, à tout mo-
» ment, en faveur de celui des créanciers contre lequel
» elle ne veut pas que la prescription coure, et que,
» par conséquent, dès que l'interruption de la pres-
» cription, par l'un des créanciers, l'interrompt au pro-
» fit de tous, il est logique que la suspension de la
» prescription au profit de l'un d'eux la suspende éga-
» lement au profit de tous. » De deux choses l'une, ou
la suspension est la même chose que l'interruption, et
alors la question n'a plus besoin d'être discutée, ou elle
est différente, et alors l'argument ne vaut rien. Or, tout
le monde distingue avec le Code ces deux événements.
Indépendamment des résultats qui diffèrent, il y a aussi
les causes, qui ne sont pas les mêmes; il est toujours
vrai de dire que l'interruption provient du fait de l'un
quelconque des créanciers, la suspension, au contraire,
de la situation particulière et personnelle de l'un ou de
plusieurs d'entre eux. Et la question est précisément de
savoir si cette personnalité de la suspension ne fait pas
obstacle à la généralité de ses résultats. Etablissons
donc notre théorie sur une base moins fragile.

Aucune réclamation n'ayant été adressée au débi-
teur, le temps requis pour la prescription s'est écoulé;
mais il se trouve que l'un des créanciers a été interdit
dans l'intervalle et que la prescription a été suspendue
en sa faveur. Plus tard, restitué dans la plénitude de ses
droits civils, ce créancier attaque le débiteur en paie-
ment de l'obligation; quel peut être le montant de sa
réclamation? le total de la dette, disons-nous; la part
seulement qui devait lui revenir, dit l'opinion contraire.
Si je démontre que donner à ce créancier le droit de
demander une part seulement, c'est faire sa position

pire, j'aurai prouvé la fausseté de la décision qu'on nous oppose, puisque le bénéfice de la suspension a pour but de conserver intacts tous les droits de l'incapable.

Au jour du contrat, il a été implicite. ment convenu que si l'un des créanciers venait à poursuivre, avant les autres, le débiteur, il jouirait de plusieurs prérogatives. Il pourrait d'abord réclamer le paiement intégral et se le faire verser sur le champ, évitant ainsi les risques de l'insolvabilité possible de ses cocréanciers ou du débiteur ; au cas où il serait lui-même créancier de ses cocréanciers pour une somme supérieure ou égale au montant de l'obligation, il pourrait se payer de suite, par ses mains, en monnaie de compensation, au lieu d'attendre un paiement qui pourrait fort bien lui échapper, etc., en un mot, il aurait le droit de recevoir intact le total de la dette, pour en disposer comme bon lui semblerait, en s'entendant avec ses cocréanciers pour le plus grand avantage de tous, sans que le débiteur ait en aucune façon le droit de contrôler un règlement de compte dans lequel il lui est défendu d'intervenir. Or, tel était le droit de ce créancier au jour du contrat, tel il s'est maintenu grâce à la suspension de la prescription jusqu'au jour où il vient en réclamer l'exécution. D'ailleurs, ne sait-on pas qu'au jour de la demande de paiement, il n'y a plus en face du débiteur qu'un seul créancier, créancier du total, le poursuivant. Qu'importe donc que les autres aient éprouvé tel ou tel événement, que trente ans ou plus soient écoulés ? Le débiteur ne doit plus voir qu'un seul créancier, armé de tout son droit par la protection de la loi.

Mais, dit-on, ce droit que la loi conserve intact est limité par les bornes de l'intérêt du créancier, et son

intérêt ne peut être supérieur à sa part. Je crois avoir démontré que c'est là précisément que se cache l'erreur; au surplus, cet argument nous mènerait un peu loin. Ainsi, je suppose que l'un des créanciers ait libéralement abandonné sa part à l'un de ses collègues, il faut dire, par le même motif, qu'en étant généreux pour l'un des créanciers, il a abandonné tous droits vis-à-vis du débiteur auquel il ne peut plus désormais adresser aucune réclamation. Je ne pense pas, cependant, qu'on admette jamais un pareil résultat; autant vaudrait dire alors que les créanciers solidaires sont censés avoir droit à l'intégralité de la dette (art. 1198), mais, qu'en réalité, c'est une simple manière de parler, puisqu'il est loisible au débiteur, après avoir examiné la situation respective des parties, de faire un partage plus raisonnable de ses deniers.

Le créancier incapable peut donc invoquer la solidarité stipulée à son profit, mais la créance ainsi recouvrée doit, selon le droit commun, se partager entre tous les créanciers, au prorata de leurs parts respectives, les relations de société qui unissent des cocréanciers solidaires s'opposant à ce que l'un d'eux se fasse, au détriment des autres, une situation favorable.

Dans l'opinion de la jurisprudence et de la plupart des auteurs, il faut, si l'on veut maintenir l'idée de société qui domine les rapports des créanciers entre eux, décider que l'incapable, recevant la part seulement qu'on lui permet de réclamer, doit la diviser entre ses cocréanciers, absolument comme s'il avait reçu un paiement partiel; mais, qui ne voit que l'on compromet de la façon la plus fâcheuse les droits de l'incapable, alors que la loi déclare formellement qu'ils ne peuvent être

amoindris? D'un autre côté, vouloir assimiler, comme on le fait dans la théorie contraire, la prétendue déchéance qu'on impose aux créanciers capables à une remise consentie par chacun d'eux, c'est se mettre en contradiction manifeste avec la vérité et créer gratuitement une présomption contraire aux présomptions juridiques les mieux établies (o).

Quant à l'argument tiré de ce que l'incapable n'est que le mandataire de ses cocréanciers relativement à leurs parts, il suffit pour y répondre de considérer, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, que l'incapable réclame le paiement intégral, en son nom, de son propre chef, et non pas en vertu de son mandat; vis-à-vis du débiteur, il est, comme avant, créancier du total.

Les principes qui ont guidé le législateur quand il a déterminé les effets de la prescription nous conduisent à donner une solution identique en ce qui concerne la mise en demeure et les intérêts. La demeure, qui met les risques de la chose due à la charge du débiteur (art. 1302), et l'expose même parfois à la condamnation aux dommages-intérêts, est évidemment un acte conservatoire. Quant à la demande d'intérêts, c'est aussi un acte d'amélioration de la créance; or, les cocréanciers sont réciproquement mandataires les uns des autres à l'effet de conserver et d'améliorer la créance commune (p).

(o) L'interruption de la prescription par un seul des créanciers profite à tous (art. 1199); c'est donc que, dans l'esprit du législateur, la prescription ne produit pas les mêmes effets qu'une remise volontaire. Quelqu'il puisse arriver, cette remise profiterait toujours au débiteur pour la part de celui qui la lui aurait accordée.

(p) Voir ci-dessous l'explication de l'art. 1207. Dans le même sens. MM. Vallette, Aubry et Reau sur Zachariæ, t. 3, p. 12. Demolombe, t. 3, n° 172 et suiv.

Il faut donc décider que la demeure du débiteur et la demande d'intérêts profitent à tous les créanciers.

Nous avons examiné les effets de la solidarité au point de vue du paiement, de la remise de la dette, du serment, et de la prescription, ce sont les seuls événements sur lesquels le Code, dans le paragraphe consacré à la solidarité active, donne des indications spéciales. Reste maintenant à passer rapidement en revue les autres modes d'extinction des obligations énumérés dans l'art. 1234, et certaines autres circonstances particulières de nature à modifier la condition de la créance solidaire.

4° PERTE DE LA CHOSE DUE.

Il va sans dire que si l'objet dû vient à périr par cas fortuit, alors que le débiteur n'était pas en demeure, il est libéré d'une manière absolue vis-à-vis de tous les créanciers. Il n'y a qu'à appliquer les dispositions des art. 1302 et 1303.

5° NOVATION. — TRANSACTION. — COMPROMIS. — ABANDON DES SURETÉS SPÉCIALES QUI GARANTISSENT L'OBLIGATION. — ATERMOIEMENT.

Nous savons que dans notre droit le créancier solidaire n'est pas le maître absolu de la créance, il ne peut pas, par exemple, faire au débiteur remise de la dette entière. Je conclus de ce principe incontesté que la novation, la transaction (art. 2045, 2051) ou le compromis (art. 1989, 1003, C. Pr.) que l'un des créanciers pourrait faire avec le débiteur, n'atteindrait que sa part.

Quant à la novation, c'est une espèce de *datio in solutum* ; or, il faut décider, en principe, que la *datio in solutum* n'est pas opposable au créancier qui n'a rien reçu, parce que le mandat de recevoir le paiement ne donne pas au mandataire le droit de recevoir autre chose que ce qui est dû. Ajoutons aussi que la novation emportant extinction des sûretés particulières qui garantissaient la dette novée, il doit être défendu au créancier d'arriver par cette voie détournée à un résultat que la loi prohibe. Il est, en effet, complètement en dehors des termes d'un mandat donné pour assurer et recevoir le paiement de consentir la main-levée d'une hypothèque, ou de faire abandon d'un cautionnement.

Je déciderai, par les mêmes motifs, que le créancier n'a pas le droit d'accorder au débiteur un terme opposable à ses cocréanciers, ou de figurer tant en son nom qu'au nom de ses cocréanciers au vote d'un concordat en faveur du débiteur failli ; chacun des créanciers doit s'y présenter pour sa part.

En un mot, le mandat qu'a reçu chaque créancier étant donné pour assurer le paiement, l'acte par lequel l'un d'eux diminue ses chances d'être intégralement payé ne compromet que ses droits et n'est opposable aux autres que jusqu'à concurrence de sa part.

Mais si, par aventure, les créanciers trouvaient la transaction, le compromis, la novation, profitables à leurs intérêts, pourraient-ils invoquer ces actes ?

Deux systèmes sont en présence.

Les uns disent : oui, la chose est évidente (q).

(q) Rodière, n° 21. Laromblère, t. 2, art. 1108, n° 12. Aubry et Reau sur Zachariæ, t. 3, p. 12.

Non, disent les autres, la convention dont le débiteur ne peut profiter ne saurait lui préjudicier. M. Demolombe (n° 187) reproduisant textuellement l'argument de M. Colmet de Santerro donne trois motifs en faveur de cette opinion.

1° Les créanciers solidaires n'ont pas mandat de faire novation, puisque cet acte n'est pas opposable à leurs co-créanciers ; donc, en novant, ils ne les représentent pas ; or, les cocréanciers ne peuvent se prévaloir d'un acte dans lequel ils n'ont pas été représentés.

2° Les cocréanciers sont mandataires à l'effet de recevoir et d'assurer le paiement, mais non de faire toute espèce de conventions.

3° La doctrine contraire crée une inégalité choquante au détriment du débiteur.

Et cependant, M. Demolombe (n° 186) décidant que la *datio in solutum* n'est pas plus opposable aux créanciers que la novation faite par l'un d'eux, reconnaît avec tout le monde que ces mêmes créanciers sont parfaitement libres, si bon leur semble, de faire leur profit de cette libération du débiteur en l'acceptant comme valable. Cette solution, d'ailleurs, s'impose, parce qu'elle concilie en pratique les intérêts de tous : du créancier qui a reçu, du débiteur qui a donné, des cocréanciers qui partageront. Ainsi, le débiteur ne peut pas se prévaloir de la *datio in solutum* qu'il a faite, mais on peut la lui opposer ; pourquoi donc s'indigner contre l'iniquité prétendue d'une situation identique ? que sert-il aussi de prétendre que le créancier n'a pas représenté ses collègues ? Est-ce qu'une transaction ne peut pas être, comme une autre convention, un moyen d'arriver plus sûrement à un remboursement quelconque et les

créanciers ne sont-ils donc plus mandataires à l'effet d'assurer le paiement ? La vérité est que la novation, de même que la transaction, le compromis, sont, tout comme la *datio in solutum*, des moyens plus ou moins sûrs d'arriver au but que se sont proposé les créanciers et pour lesquels ils se sont donné mandat ; à eux donc d'apprécier les avantages qu'ils peuvent en retirer, à eux de faire une concession de leur droit strict, dans leur intérêt bien entendu et dans celui du débiteur, à eux aussi la liberté d'user rigoureusement, s'ils le préfèrent, du droit incontestable que la loi leur a donné.

6° COMPENSATION.

Quand on parle des effets de la compensation à l'égard des créanciers solidaires, il est bien entendu que les qualités de la créance et de la dette, exigées par la loi doivent exister avant toute poursuite émanée de l'un des créanciers, parce que la compensation ne peut pas nuire aux droits des tiers (art. 1298).

Ceci dit, je suppose que l'un des créanciers solidaires devienne débiteur du débiteur commun ; ce dernier, actionné par lui, opposera à bon droit la compensation, et, si cette compensation est totale, il sera libéré vis-à-vis de tous : *Compensatio instar est solutionis*.

Mais, que décider si le créancier qui poursuit n'est pas celui avec lequel le débiteur peut compenser ?

En premier lieu, il me semble évident que le débiteur peut opposer au poursuivant la compensation déjà effectuée jusqu'à concurrence de la part du créancier devenu son débiteur.

En effet, aux termes de l'article 1290 : « La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives. »

D'un autre côté, avant toute poursuite, le débiteur pouvait payer entre les mains de qui il voulait, et le créancier avait le droit de recevoir un paiement partiel ; ici, le paiement partiel c'est la compensation, que l'on ne peut légitimement méconnaître, et qui libère dans une certaine mesure le débiteur, comme le ferait une véritable numération d'espèces.

Mais, si la dette de l'un des créanciers se trouvait égale ou supérieure au total de la créance, le débiteur pourrait-il opposer la compensation totale ?

Oui, il aurait ce droit. La compensation n'est autre chose qu'un paiement fictif ; avant les poursuites, le débiteur, jouissant du droit d'option, a pu valablement se libérer vis-à-vis de tel créancier, par compensation ou autrement, et libéré à l'égard d'un créancier il est également libéré vis-à-vis de tous (art. 1198).

C'est en vain que pour combattre cette opinion on tire argument de l'article 1294 aux termes duquel « le débiteur solidaire ne peut opposer la compensation de ce que doit au codébiteur le créancier qui le poursuit. » Cette disposition est exceptionnelle, difficile même à justifier autrement que par des motifs d'utilité pratique qui ne trouvent pas ici leur application. Que le créancier vis-à-vis duquel le débiteur s'est libéré, comme c'était son droit, ait reçu un paiement réel ou un paiement fictif, la situation des cocréanciers n'a pas changé, elle

est restée la même ; ils ont dans l'une et l'autre circonstance le même recours contre le créancier qui a touché le total de la créance. La loi ne permet pas à un codébiteur solidaire de s'immiscer dans les affaires du créancier et de l'un des codébiteurs, elle ne veut pas que le débiteur poursuivi puisse toujours faire retomber sur un débiteur non poursuivi le fardeau de l'avance, soit, mais il n'y a aucune raison de dire ici que le débiteur, invoquant la compensation contre tous, s'immisce à tort dans des affaires qui ne le regardent pas ; la vérité est que son droit est de chercher à se protéger lui-même contre tous ses créanciers.

Je suis également peu touché de l'argument que propose Marcadé (sur l'art. 1198) disant que la compensation avec le mandataire ne peut pas être opposée au mandant ; cette observation est exacte, mais elle ne s'applique point dans notre hypothèse, parce que chaque créancier est à la fois mandant et mandataire, et que l'on peut parfaitement opposer au mandataire la compensation de ce qui est dû par le mandant.

7° CONFUSION.

Quand les qualités de créancier et de débiteur d'une même chose se réunissent sur la même tête il y a ce que l'on appelle confusion et la dette est éteinte.

Lorsque l'un des créanciers solidaires devient héritier du débiteur commun ou que ce dernier devient héritier de l'un des créanciers, nul doute qu'il n'y ait confusion et que la dette ne soit éteinte pour la part qui devait revenir au créancier héritier ou décédé.

Mais, faut-il aller plus loin, et dire que l'obligation est éteinte pour le tout ?

C'est l'opinion de M. Colmet de Santerre : d'après cet auteur chacun des cocréanciers ne pourra plus exercer contre celui d'entre eux sur la tête duquel s'est opérée la confusion qu'une action en recours divisée, pour sa part, action complètement dénuée de toutes les garanties accessoires qui pouvaient assurer le paiement de l'ancienne obligation ; le motif de cette solution, c'est que le débiteur a le droit, avant toute poursuite, de choisir le créancier auquel il paiera et que s'il se trouve lui-même un des créanciers, il est évident qu'il doit se payer à lui-même.

Oui, il est bien évident qu'il doit se payer à lui-même sa part, mais est-il si nécessaire qu'il se paie cette portion de la créance qu'il doit, plus tard, remettre à ses cocréanciers ? je ne le pense pas.

La confusion, d'après les articles 1209 et 1301, est, chez nous comme chez les Romains, moins un mode spécial d'extinction de l'obligation qu'un obstacle matériel à son exécution : *magis eximit personam ab obligatione quam exlinguit obligationem* ; or, l'impossibilité de l'exécution de l'obligation n'existe que pour la part du créancier-débiteur ; cela est vrai aussi bien pour la solidarité active que pour la solidarité passive. Nous appliquerons donc la même règle et nous déciderons comme nous l'avons fait en droit romain, en parlant des créanciers *socii* ou des débiteurs *socii*, que la confusion n'éteint la créance solidaire que pour la part du débiteur-créancier.

8° CHOSE JUGÉE.

Il me reste à traiter une dernière question, la plus délicate de toutes, et sur laquelle les opinions les plus diverses ont été émises.

Quel est l'effet d'un jugement intervenu entre le débiteur et l'un des créanciers solidaires à l'égard des co-créanciers ?

Trois systèmes sont en présence.

D'après le premier, le jugement ne profite ni ne nuit aux cocréanciers solidaires. (V. Demangeat; Duranton, etc.)

D'après le second, il profite aux créanciers, mais il ne leur nuit pas. (Mourlon, Aubry et Reau, Marcadé, Rodière, etc.)

Dans le troisième, on admet que la chose jugée conserve autorité vis-à-vis de tous les créanciers quelle que soit l'issue du procès. (Demolombe, Colmet de Santerre, etc.).

Je n'entrerai pas ici dans la discussion de ces trois opinions ; plus tard, en examinant la solidarité entre débiteurs, je me réserve de donner à cette question intéressante tous les développements qu'elle exige, pour le moment je me borne à indiquer en peu de mots les motifs qui me déterminent à admettre en principe : que le créancier solidaire plaidant représente ses co-créanciers, quelle que doive être l'issue du jugement à intervenir, mais sous la réserve d'une distinction nécessaire.

Et d'abord, il me paraît certain que le jugement obtenu par un des créanciers profite à ses coassociés. Mandataire à l'effet d'obtenir le remboursement de la

créance, il ne fait qu'user de son droit, que remplir son mandat, en obtenant une condamnation en vertu de laquelle il peut agir plus sévèrement et avec plus d'efficacité contre le débiteur.

J'ai quelque peine à comprendre comment M. Duranton concilie ces deux idées : pouvoir du créancier de faire, en qualité de mandataire, dans son intérêt et dans celui de tous, les actes conservatoires de la créance pour arriver au paiement intégral, et, inefficacité vis-à-vis des autres, d'un jugement obtenu dans le but d'arriver au paiement, c'est-à-dire dans un but d'intérêt commun. Il est de règle, cependant, que les actes du mandataire profitent au mandant dans l'exercice du mandat.

Et maintenant, si l'on admet que le débiteur ayant perdu son procès ne peut plus discuter avec les autres créanciers le point précédemment litigieux, comment décider que ces mêmes créanciers pourront remettre le fait du procès en question, si leur associé plaidant a perdu au lieu de gagner ?

Il est de l'essence de la solidarité entre créanciers d'être en un certain point avantageuse au débiteur, ainsi que nous l'avons remarqué, et l'on soutient qu'elle ne peut lui être que nuisible ! Si le débiteur perd son procès, dit-on, tout est fini ; en vertu de la solidarité, il est condamné au total ; s'il le gagne, au contraire, c'est un mince avantage, puisqu'il est encore sous le coup d'une poursuite pour la totalité, diminuée seulement de la part de celui qui a perdu d'abord, et, ainsi de suite, autant de fois qu'il existera de créanciers. En vérité, une pareille doctrine est la négation de la solidarité.

La distinction de la jurisprudence repose d'ailleurs

sur une idée inexacte. Pour représenter une personne dans un procès, il faut avoir mandat de plaider et non pas seulement mandat de gagner le procès. Le mandat tacite dont est investi chacun des créanciers solidaires n'est que la supposition d'un mandat véritable, donc, le mandat tacite de plaider ne se décompose pas, il n'existe qu'à la condition d'être complet, de permettre de courir toutes les chances bonnes ou mauvaises de la lutte qui s'engagera. Ainsi, on peut dire que le créancier plaidant représente ses cocréanciers, on peut soutenir qu'il ne les représente pas, mais il n'y a pas de milieu.

On insiste cependant. « Il est impossible, dit M. Rodière (n° 27) de voir dans le pouvoir de toucher le » montant de l'obligation, le pouvoir de compromettre » la créance par une attaque mal dirigée et mal soutenue..... Nous comprenons qu'en dehors même des » cas prévus par la loi, ce créancier puisse faire la condition de ses cocréanciers meilleure; mais, nous ne » comprenons pas qu'il puisse la faire pire. » Ce raisonnement est complètement inadmissible. Non, il n'y a de la part du créancier ni faute, ni imprudence à soutenir ses droits vis-à-vis du débiteur, même en plaident. N'est-ce pas la loi elle-même qui lui donne le droit d'exercer des poursuites pour le total, c'est-à-dire tant en son nom qu'au nom des autres, puisque les cocréanciers sont réputés associés? Ne ressort-il pas des articles 1198 et 1199 que l'un des créanciers a le droit de mener tant en son nom qu'au nom de ses collègues des poursuites jusqu'au bout. Qui dit poursuite, en effet, dit résistance, contestation; et comment triomphe-t-on d'une résistance? comment vide-t-on une con-

testation ? par un jugement. Donc, de par la loi elle-même, le créancier a le droit de plaider au nom de tous indépendamment du résultat favorable ou contraire du procès (n).

Il est facile de voir que le fondement même de notre théorie ferait complètement défaut si c'était dans un autre but que l'intérêt commun, source du mandat, qu'eût plaidé le créancier, ou si le jugement était motivé par des considérations à lui personnelles. Tout le monde est d'accord pour reconnaître qu'un jugement portant sur l'état de capacité ou d'incapacité du créancier, ou sur l'existence de la solidarité à son égard, n'aurait d'effet qu'entre lui et le débiteur; les créanciers doivent évidemment demeurer étrangers à ses controverses. Le jugement n'aura non plus aucun effet à leur égard s'il est le fruit d'une collusion frauduleuse entre le débiteur et le plaidant (s), ou d'un abandon ou d'un acquiescement de la part de ce dernier. On comprend, en effet, qu'il puisse y avoir entre cocréanciers mandat de soumettre à une justice impartiale et souveraine une question dont la solution doit, plus tard, être regardée comme la vérité elle-même, tandis qu'on ne saurait admettre que les créanciers consentent à être représentés par celui qui abandonne ou trahit leurs intérêts.

Enfin, il est encore une autre hypothèse dans laquelle l'idée de mandat me paraît faire complètement défaut. Puisqu'il s'agit d'un procès sur la créance solidaire, c'est donc que le débiteur soutient ou qu'elle n'a jamais existé, ou, qu'ayant été valablement formée, elle

(n). On peut encore tirer un argument à *contrario* de l'art. 1365.

(s). Il y aurait alors ouverture de tierce-opposition au profit des cocréanciers. (Art. 474 du C. de P.).

est aujourd'hui éteinte. Que les cocréanciers se représentent réciproquement pour plaider au sujet de la non-extinction de la créance, rien de plus raisonnable ; c'est un acte conservatoire de leurs intérêts. Mais, qu'ils puissent se représenter pour plaider lorsque l'existence même de la créance solidaire est contestée, voilà ce que je ne puis admettre.

De deux choses l'une, ou l'obligation sera déclarée nulle, par exemple, faute de cause, ou le jugement reconnaîtra qu'elle existe, qu'elle a été valablement contractée.

Dans le premier cas, le débiteur ne peut évidemment pas opposer aux cocréanciers le jugement déclarant qu'il n'y a pas de créance, et par conséquent pas de solidarité. Il est clair que cette décision judiciaire est pour eux *res inter alios judicata* ; ils n'auraient pu être représentés qu'en vertu du lien solidaire, et voici que précisément le jugement constate que ce lien ne s'est jamais formé.

Dans le second cas, on se heurte également à une pétition de principes. Comment les créanciers prétendront-ils avoir été représentés au jugement ? En vertu de la créance solidaire. Et comment établiront-ils qu'il existe une créance solidaire ? En invoquant le jugement. Il leur est impossible de sortir de cette impasse.

Donc, lorsque l'existence de la créance solidaire, c'est-à-dire l'existence du mandat, n'est pas préalablement établie, les cocréanciers ne peuvent se représenter dans l'instance engagée ; le jugement que l'un d'eux obtiendra ne peut leur être opposé par le débiteur, de même qu'ils ne pourraient invoquer contre ce dernier une décision qui leur serait favorable.

En résumé, le jugement qui interviendra entre un créancier et le débiteur portera sur l'existence même de la créance solidaire, ou bien sur son extinction. Dans le premier cas, le créancier ne représente pas ses collègues ; il les représente dans le second, et alors tous les actes, depuis l'assignation jusqu'au jugement, sont opposables aux créanciers, contre lesquels courent également les délais d'appel ou d'opposition à partir de la signification du jugement faite à celui qui figurait dans l'instance (r).

SECTION III

Du recours entre créanciers.

C'est une idée fréquemment exprimée que, dans notre droit, les créanciers solidaires sont réputés associés. Cette idée nouvelle, introduite par le législateur contrairement à la doctrine romaine moins équitable et moins vraie, trouve une juste application dans l'article 1198 relativement à la remise de la dette, et dans l'article 1365 relativement au serment ; elle est également, à mon avis, consacrée dans la première disposition de la loi touchant la solidarité, dans l'art. 1197. Je sais bien que certains auteurs ont cru voir dans ces mots : « Encore que le bénéfice de l'obligation soit » partageable et divisible entre les divers créanciers, » une simple allusion à une hypothèse exceptionnelle, possible, et non pas ordinairement réalisée ; mais cette

(r) Il faut décider également que l'opposition des cocréanciers ne serait pas recevable si le débiteur faisait exécuter, dans les six mois, le jugement obtenu contre le créancier mis en cause qui n'aurait pas comparu. (Art. 156 et 158 du C. de P.)

interprétation me paraît erronée. Il est en effet différent de dire : « Encore que le bénéfice soit partageable, » ou bien : « alors même que le bénéfice serait partageable. » Le sens naturel de la dernière phrase de l'art. 1197 est donc, qu'en général, l'obligation se divise entre les créanciers ; telle est la présomption de la loi qui nous avertit en même temps de ne pas confondre la solidarité avec l'indivisibilité.

Les cocréanciers présumés associés sont, de plus, supposés avoir chacun une part égale dans la propriété de la créance (art. 1863).

Sans doute, il peut y^e avoir, chez nous comme à Rome, un simple *adstipulator*, qui n'ait aucun intérêt à l'obligation et soit constitué dans le seul but d'en assurer le recouvrement ; mais, ce serait à celui qui prétendrait avoir droit à la totalité du bénéfice de la créance de prouver cette exception à la division présumée. Je pense même, qu'en l'absence d'indication particulière sur ce point dans l'acte d'obligation, le créancier qui prétendrait avoir vis-à-vis de ses cocréanciers un droit supérieur à une part virile, devrait être repoussé s'il n'apportait une preuve écrite ; ce serait en effet vouloir prouver, au point de vue du mandat qui aurait été donné à ses cocréanciers ou que lui-même aurait reçu, outre le contenu à l'acte d'obligation duquel découle naturellement une division égale de la créance ; or, le mandat se prouve selon les règles générales, et, dans notre hypothèse, la preuve testimoniale ne serait pas admise même au-dessous de cent cinquante francs (v).

Ainsi, en général, le bénéfice de la créance recouvrée

(v) Art. 1085 et 1341.

est divisé entre tous les créanciers, chacun d'eux n'a droit qu'à une part virile, à moins que la convention d'une répartition différente ne soit établie.

CHAPITRE II

De la solidarité entre débiteurs.

La solidarité passive, bien qu'elle constitue une dérogation au principe de la division de la dette et qu'elle établisse ainsi une aggravation exceptionnelle de la situation ordinaire des débiteurs, reçoit dans notre pratique les plus fréquentes et les plus intéressantes applications. Elle existe de plein droit et avec plus ou moins de rigueur contre tous ceux qu'unit, dans le même acte, un intérêt commercial, elle se présente non moins fréquemment en matière civile, enfin, la loi l'impose aux parties dans une foule de cas dont nous ferons l'analyse dans un chapitre spécial.

Nous nous occuperons seulement ici de la solidarité conventionnelle, de celle qu'ont voulu et stipulée les parties et nous examinerons successivement :

1° Les caractères et le mode d'établissement de la solidarité ;

2° Ses effets vis-à-vis du créancier ;

3° Les moyens de défense par lesquels les débiteurs solidaires peuvent repousser l'action du créancier ;

4° L'extinction de la solidarité ;

5° Les effets de la solidarité entre les débiteurs au point de vue du recours.

SECTION I

*Caractères distinctifs et établissement de la solidarité
entre débiteurs.*

L'article 1200 définit ainsi la solidarité :

« Il y a solidarité entre les débiteurs lorsqu'ils sont
» obligés à une même chose, de manière que chacun
» puisse être contraint pour la totalité et que le paie-
» ment fait par un seul libère les autres envers les
» créanciers. »

Ainsi, deux caractères de la solidarité :

Chaque débiteur est tenu pour le tout de la même chose qui fait l'objet unique de l'obligation ; et comme la chose n'est due qu'une fois, le paiement fait par un seul libère les codébiteurs.

Ces conditions sont nécessaires pour qu'il y ait solidarité, mais sont-elles suffisantes ? La loi semble le dire ; cependant, s'en tenir à la définition de l'art. 1200, c'est s'exposer à confondre deux choses très-différentes, la solidarité et l'indivisibilité.

Chacun des débiteurs d'un objet indivisible, en effet, est tenu pour le tout et le paiement d'un seul libère tout le monde ; s'en suit-il que ces débiteurs soient solidaires ? certainement non. Il y a donc une lacune dans la définition de notre article que nous devons compléter en constatant dans l'obligation solidaire un caractère spécial, étranger à l'indivisibilité, l'engagement tacite et personnel à chacun des débiteurs de payer pour les autres.

C'est ce que Pothier disait bien avant le Code : « Il
» ne suffit pas que chacun des débiteurs doive toute la

» chose, il faut que chacun des codébiteurs *totum et totaliter debeat*; c'est-à-dire qu'il faut que chacun des codébiteurs soit obligé aussi totalement à la prestation de la chose que s'il eût seul contracté l'obligation. » (Obligations, n° 262).

Ainsi, les codébiteurs d'un objet indivisible doivent bien *totum*, mais non pas *totaliter*. L'indivisibilité entraîne obligation de payer le tout, c'est vrai, mais la solidarité suppose quelque chose de plus, des relations, plus étroites entre les codébiteurs, un mandat réciproque à l'aide duquel ils se représentent mutuellement dans leurs rapports avec le créancier.

Complétée de cette façon, la définition de l'art. 1200, devient acceptable et satisfait aux prescriptions de l'article 1219 qui recommande de ne point confondre l'obligation indivisible avec l'obligation solidaire.

Ces deux modalités diffèrent, en effet, à de nombreux points de vue. La solidarité vient de la volonté de l'homme ou de la loi, l'indivisibilité, en général, de la nature de l'objet dû; de telle sorte que l'obligation solidaire se divise de plein droit entre les héritiers de chacun des débiteurs, tandis que l'obligation indivisible demeure telle qu'elle est vis-à-vis des mêmes héritiers qui pourraient chacun être poursuivis pour le tout. De même, si l'obligation indivisible vient à se convertir en dommages et intérêts, la cause d'indivisibilité cessant, l'obligation nouvelle se divise entre les débiteurs primitifs, ce qui montre clairement comment chacun d'eux ne devait pas la chose *totaliter*. Dans la même circonstance, la solidarité se maintiendrait dans toute son énergie vis-à-vis des débiteurs solidaires obligés chacun au total et *totaliter*.

Les codébiteurs solidaires doivent la même chose, et, au point de vue de l'objet, il est exact de dire que la dette est une, mais, en réalité, il y a, quant aux personnes, autant de liens divers qu'il existe de codébiteurs, et à ce point de vue la dette est multiple. Aussi, peut-on facilement concevoir que la même chose soit due dans des lieux différents par certains codébiteurs, que les uns jouissent d'un terme, les autres d'une condition, etc. C'est ce que dit l'art. 1201 reproduisant ainsi la doctrine fort raisonnable des Romains et de notre ancien droit. (Pothier, n° 263.)

De même que les débiteurs peuvent devoir, sous des conditions diverses, de même, ils peuvent s'être engagés par des actes séparés; la loi, tout en considérant l'hypothèse d'un acte unique comme la plus ordinaire, ne prohibe point une combinaison différente, mais il est bien entendu que ces divers actes devront se rattacher les uns aux autres, de façon qu'il y ait eu véritablement entre les codébiteurs concours de volontés. Ainsi, l'un des codébiteurs, Primus, s'engage seul en déclarant qu'il accepte Secundus comme codébiteur solidaire, Secundus s'engageant plus tard et déclarant qu'il consent à être codébiteur solidaire de Primus. Si les engagements étaient complètement indépendants, il n'y aurait pas solidarité, parce que la solidarité suppose un mandat réciproque, et le mandat, le concours des volontés; il y aurait tout simplement, pour chacun des contractants, une obligation au total, *in solidum*, dans laquelle les règles découlant du mandat réciproque ne trouveraient plus leur application. (V. chapitre III).

Aux termes de l'art. 1202 « la solidarité ne se présume » point, il faut qu'elle soit expressément stipulée; »

cette modalité de l'obligation donne, en effet, le droit exceptionnel de poursuivre chacun des débiteurs pour le tout, elle crée une situation particulièrement favorable au créancier, en dehors du droit commun, et, pour ce motif, ne doit pas être présumée en l'absence d'une convention spéciale. Cette règle, que nous avons déjà rencontrée en étudiant l'obligation corréale romaine, a traversé sans altération notre ancienne jurisprudence. *Non sunt correi nisi . hoc actum appareat*, disait Dumoulin, *et in dubio, præsumitur quod est minus*. Pothier (n° 265), tenait le même langage. Ce n'est pas dire, évidemment, qu'il soit besoin de paroles sacramentelles, il suffit que la volonté des parties apparaisse clairement et que, soit par le mot technique de solidarité, soit par des expressions équivalentes, on ait bien indiqué que les codébiteurs entendaient se placer dans la situation des art. 1200 et suivants, renonçant ainsi par avance à opposer le bénéfice de discussion et le bénéfice de division, au moment de la poursuite du créancier pour le total. S'il y a doute sur l'intention des contractants, on doit décider qu'il n'y a pas solidarité.

Une obligation solidaire peut évidemment résulter d'un testament aussi bien que d'une convention. Le testateur peut, en effet, grever l'un quelconque de ses héritiers du legs du disponible, il peut donc en grever plusieurs solidairement et cela n'aura rien d'injuste, puisqu'il est évidemment plus avantageux pour chacun d'eux d'avoir des codébiteurs que de n'en avoir pas.

Nous venons de voir que la solidarité ne se présume pas, il faut qu'elle soit expressément stipulée. Cette règle ne cesse, dit encore le législateur, que « lorsque la » solidarité a lieu de plein droit en vertu d'une dispo-

» sition de la loi. » Nous trouvons, en effet, dans nos diverses lois, de nombreuses dispositions établissant d'une manière formelle la solidarité entre les débiteurs, nous en étudierons plus loin les difficultés, mais, avant d'entrer dans cet examen, je crois plus à propos d'exposer les effets de l'obligation solidaire, en suivant l'ordre des articles qui traitent, d'abord (1203-1212), des rapports du créancier avec les débiteurs, et en second lieu (1213-1216), des rapports des débiteurs entre eux.

SECTION II

Effets de la solidarité passive vis-à-vis du créancier

Le premier effet de l'obligation solidaire est consacré en ces termes par l'art. 1202 : « Le créancier d'une obligation contractée solidairement peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division. » Cette conséquence ressort de la définition même de la solidarité : *singuli solidum debent*.

Nous avons examiné quelle était, en droit romain, l'application du bénéfice de division accordé à certains débiteurs solidaires et rapporté les controverses auxquelles a donné lieu la novelle 99 de Justinien. Nous avons remarqué que l'introduction de ce bénéfice serait presque la négation de toute corréalité ; mais, quelle que soit la valeur des opinions diverses que nous avons discutées (p. 152 et suiv.), il ne paraît pas que, dans notre ancienne jurisprudence, la pratique ait accordé aux débiteurs solidaires une semblable faveur. Pothier, (n° 270) et Dumoulin (Coutumes du Maine, art. 471) sont for-

mels sur ce point ; la clause de renonciation au bénéfice de division était devenue de style dans les actes portant solidarité, bien que, suivant l'opinion générale, elle fût superflue.

C'est sous l'influence des anciennes idées et pour dissiper toute obscurité que l'on a introduit la disposition finale de notre article. Cette disposition présente encore un autre avantage. Nous verrons que la loi considère les codébiteurs solidaires comme associés ; le fardeau de la dette, supporté par un seul à l'époque des poursuites du créancier, se répartit plus tard entre tous. En réalité, chaque débiteur apparaît comme véritablement débiteur de sa part, et caution des autres pour le surplus ; on serait donc tenté d'assimiler les codébiteurs solidaires aux cautions et de réclamer pour eux, en vertu des articles 2025 et 2026, le droit au bénéfice de division. Une telle prétention serait sans doute mal fondée, bien autre, en effet, est l'obligation accessoire que l'on appelle cautionnement, bien autre l'obligation principale de chacun des débiteurs solidaires ; mais, pour éviter toute controverse, le législateur a cru devoir édicter à cet égard une règle formelle.

D'ailleurs, comme tout ce qui n'est point défendu est permis, rien n'empêche les parties de stipuler, dans l'acte portant solidarité, que les débiteurs jouiront du bénéfice de division. Les conséquences de la rigueur ordinaire de la solidarité seront, il est vrai, considérablement amoindries, mais il subsistera cependant deux différences entre une obligation ainsi déterminée et une obligation simplement conjointe : la dette ne se divisera pas de plein droit, le bénéfice de division devra être demandé et n'aura d'effet qu'entre les débiteurs solvables

à ce moment. Une semblable clause, restreignant d'une façon aussi énergique les droits du créancier, se présentera bien rarement en pratique ; mais si en principe et en général le débiteur ne peut pas opposer la division de la dette, il a toujours le droit d'invoquer l'exception dilatoire de l'art. 175 du Code de Procédure qui lui permet de demander un délai pour mettre en cause ses garants, c'est-à-dire ses codébiteurs, afin de faire statuer par un seul et même jugement sur l'action principale et sur le recours ; avantage dont le débiteur poursuivi fera bien de profiter, puisqu'il évitera par ce procédé le danger de s'entendre démontrer par ses codébiteurs qu'il s'est mal défendu contre les poursuites du créancier, et, après avoir échoué dans les deux instances, de voir retomber sur lui seul le fardeau de la dette entière.

Il va sans dire que la dette solidaire n'étant pas pour cela indivisible, si l'un des débiteurs vient à mourir laissant plusieurs héritiers, la dette se divise entre eux suivant le principe général ; le créancier ne peut plus demander à chacun des représentants de son ancien codébiteur qu'une part héréditaire. Supposons deux codébiteurs solidaires, l'un d'eux meurt et laisse trois héritiers, chacun de ces derniers peut être contraint par le créancier à payer le tiers de la dette, mais il a immédiatement recours contre le codébiteur solidaire pour la moitié de ce qu'il a payé, c'est-à-dire un sixième dans notre hypothèse.

Réciproquement, si le créancier a le droit de demander le total à chacun des débiteurs, l'un quelconque des débiteurs peut offrir le total au créancier. Cette décision me paraît commandée par la nature même de la soli-

darité; elle est analogue à la disposition de l'art. 1198 qui permet au débiteur de plusieurs créanciers solidaires de se libérer entre les mains de l'un d'eux, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites d'un autre. De quel droit, en effet, forcerait-on un débiteur qui veut se libérer à rester sous le coup de poursuites qui l'atteindront certainement un jour ou l'autre, soit de la part du créancier, soit de la part des codébiteurs. Lui reprocherait-on, par hasard, de faire l'avance des fonds et de s'exposer à l'insolvabilité de ses codébiteurs contre lesquels son recours peut devenir illusoire?

Non-seulement le créancier peut choisir parmi les débiteurs celui auquel il s'adressera, mais il peut poursuivre successivement plusieurs des obligés ou même les attaquer tous ensemble.

Cette conséquence de l'obligation solidaire est indiquée dans l'art. 1204, d'après Pothier et la loi 28 au Code *de fidejussoribus* dont nous avons parlé. Nous n'avons plus de règles de procédure produisant les effets de la *litis-contestatio*, et rien ne s'oppose à ce que la même obligation soit plusieurs fois déduite *in judicium*. L'important aux yeux de notre législateur, c'est que le créancier soit payé, c'est qu'il puisse poursuivre tous ses débiteurs jusqu'à parfait paiement; telle est la règle bien simple de l'article 1204, mais si simple qu'elle paraisse au premier abord, son application, dans certaines circonstances, n'en donne pas moins lieu aux plus graves difficultés. Je veux parler du cas où plusieurs des coobligés sont en faillite; sans entreprendre l'exposition de la théorie générale du Code de commerce à ce sujet, je croirais rester tout à fait incomplet si je laissais de côté une question qui se rattache

si étroitement au principe de droit civil que nous venons de poser avec l'art. 1204.

Examinons d'abord certaines hypothèses où le doute n'est pas permis.

Il peut se faire que l'un des débiteurs solidaires soit en faillite, les autres étant encore *in bonis*. De deux choses l'une :

• Ou le créancier n'a reçu aucun à-compte, et alors sa créance figurera à la masse, en entier, pour sa valeur nominale. Si le créancier n'arrive qu'à un dividende, à un paiement partiel, son recours contre les codébiteurs solidaires lui est assuré, qu'il ait pris part au vote du concordat ou non. En effet, aux termes de l'article 545 du Code de commerce : « Nonobstant le concordat, les créanciers conservent leur action pour la totalité de la créance contre les coobligés du failli. »

Ou bien le créancier a reçu valablement quelque à-compte avant la faillite, et alors sa situation est réglée par l'article 544 qui dispose ainsi : « Si le créancier porteur d'engagements solidaires entre le failli et d'autres coobligés a reçu avant la faillite un à-compte sur la créance, il ne sera compris dans la masse que sous la déduction de cet à-compte, et conservera, pour ce qui lui restera dû, ses droits contre le coobligé ou la caution ; le coobligé ou la caution qui aura fait le paiement partiel sera compris dans la même masse pour tout ce qu'il aura payé à la décharge du failli. » Ainsi, dans cette hypothèse, c'est le coobligé ayant fourni l'à-compte qui figure à la masse pour la somme versée entre les mains du créancier, de telle sorte qu'en définitive la créance est produite une seule fois, partie par le créancier, partie par le coobligé qui a fait

l'avance. L'art. 544 règle ainsi les droits du créancier et du coobligé à l'égard de la faillite, mais il est étranger aux rapports du coobligé et du créancier entre eux; il faut donc, pour ce règlement, s'en référer au droit commun. Or, en cette matière, le droit commun, c'est le principe de l'art. 1252 du Code civil : *nemo contra se subrogat*; par conséquent, il faut décider que l'admission du coobligé à la masse ne saurait nuire aux droits du créancier tant que ce dernier n'aura pas été payé. Telle est, je crois, la doctrine la plus sûre.

Je suppose maintenant que tous les débiteurs solidaires soient simultanément en faillite; il s'agit, par exemple, d'une société en nom collectif. Aux termes des art. 1200 et 1204, le créancier a le droit de demander le total à l'un quelconque des associés faillis. Il s'adresse à l'un d'eux et obtient un dividende de 50 p. 0/0; sa créance étant ainsi réduite de moitié, il se retourne contre les autres, que peut-il leur réclamer? Fera-t-il figurer dans les masses diverses sa créance pour l'intégralité ou pour moitié seulement? A-t-il même le droit, après avoir choisi l'une des faillites, celle qui donne le plus fort dividende, de venir prendre sa part dans les distributions des autres?

Telle est la question, célèbre dans les fastes de la jurisprudence, qu'il nous faut examiner. La réponse qu'y fait l'art. 542 du Code de commerce ne laisse point de doute sur ce qui est aujourd'hui décidé par le texte de la loi, mais il importe de rechercher les motifs de cette disposition, d'en mettre au jour le fondement juridique, pour pouvoir ainsi examiner avec quelque chance de succès si l'art. 542 constitue une règle spéciale à la faillite, particulière au commerce, ou une règle générale,

applicable en matière civile, et résoudre ainsi une difficulté qui divise encore aujourd'hui la doctrine et la jurisprudence.

Quelle sera la position du créancier porteur d'engagements solidaires en face des faillites simultanément ouvertes de ses débiteurs ?

Trois solutions étaient possibles et ont été successivement adoptées :

La première s'est imposée par l'autorité de Savary, rédacteur de l'ordonnance de 1673.

Le créancier est libre au milieu de toutes ces faillites de choisir la plus favorable, celle qui paie le mieux ; mais, une fois le choix arrêté, tout est fini ; le créancier a reçu un dividende, or, en monnaie de faillite, le dividende c'est le paiement. Il y a dans ce système quelque chose d'analogue à l'effet de la poursuite en droit romain ; dirigée contre un seul, elle libérait tous les autres. « Les raisons qui décident la question pour l'option de ce système, dit Savary, sont de grandes considérations pour le public, parce qu'il s'y rencontre moins d'inconvénients, moins d'abus et moins d'embarras que si le porteur de la lettre (le créancier) entraînait dans les divers contrats. » La vérité est que, dans l'opinion de Savary, on ne tient aucun compte de la précaution qu'a prise le créancier de stipuler des garanties spéciales, dans la crainte précisément que l'un des débiteurs ne devint insolvable.

Ce système rigoureux subsistait depuis une vingtaine d'années, quand une solution nouvelle, mise en avant par Dupuys de la Serra, reproduite par Jousse et Pothier, fut acceptée par les jurisconsultes.

On regarda comme plus juste, que le créancier pût se

présenter dans les diverses faillites, en produisant dans chacune d'elles sa créance diminuée de ce qu'il aurait touché en dividendes antérieurs. Il est manifeste que dans ce système comme dans le précédent le créancier était parfaitement assuré de n'arriver jamais à un paiement intégral.

Enfin, une troisième théorie se fit jour ; on conserve au créancier les sûretés qu'il a voulu acquérir en stipulant des engagements solidaires et on lui donne l'espoir d'être complètement payé de ce qui lui est dû. Pour arriver à ce résultat, il est permis au créancier de produire sa créance intégrale dans toutes les masses. Telle est l'idée consacrée dans l'article 542 du Code de commerce ainsi conçu : « Le créancier porteur d'engagements souscrits, endossés ou garantis solidairement » par le failli et d'autres coobligés qui sont en faillite, » participera aux distributions dans toutes les masses et » y figurera pour la valeur nominale de son titre jusqu'à parfait paiement. »

Les articles 497 et 569 prévoyaient le danger que semblaient redouter surtout les auteurs des deux premiers systèmes, à savoir : que le créancier ne finit par recevoir plus qu'il ne lui était dû. L'inscription, sur le titre même, de la somme pour laquelle le créancier est admis et de la remise des divers dividendes au fur et à mesure de leur versement, permet aux syndics de se rendre compte des droits du créancier ; ils sont ainsi avertis de ne faire aucun paiement en excédant du total de la créance, sous peine d'être responsables vis-à-vis de la masse ; il n'y a donc plus à craindre le danger possible sous l'empire de l'ordonnance de 1673.

Si la réunion des dividendes affectés dans chacune

des faillites au paiement de la créance dépasse le montant du principal joint aux intérêts et autres accessoires, l'excédant est dévolu, suivant l'ordre des engagements, à ceux des coobligés qui auraient les autres pour garants; hormis cette hypothèse, qui se réalisera rarement, il n'y a point de recours de masse à masse à raison des dividendes payés. (Art. 543).

Remarquons enfin que s'il s'agit de vrais débiteurs solidaires, par exemple, d'associés en nom collectif, il n'y a point à se préoccuper de l'ordre des engagements, puisque tous sont garants les uns des autres.

Nous savons maintenant quelle est la disposition de la loi, recherchons en le motif.

En dehors de l'opinion de ceux qui regardent l'article 542 comme contraire aux principes, opinion qui se trouvera suffisamment réfutée par l'exposition que nous allons faire, deux explications sont en présence.

L'une appartient à M. Bravard-Veyrières (t. 5, p. 596 et suiv.). Ce savant auteur pose en principe que « les » diverses masses, en tant qu'il s'agit du dividende » revenant au créancier, doivent des choses non-seulement distinctes, mais différentes, totalement différentes. » En effet, par suite du jugement déclaratif, la créance se transforme en un droit à un dividende, or, ces dividendes sont différents; les diverses masses ne doivent donc plus la même chose; il n'y a donc plus solidarité entre elles. « Il faut donc laisser de côté le » principe de la solidarité et du paiement et s'attacher » au principe du dividende dont la conséquence est » que le créancier peut toucher dans chaque faillite » jusqu'à ce qu'il soit désintéressé le dividende afférent » à sa créance. »

Ce système entraîne des conséquences que la doctrine et la jurisprudence repoussent d'un commun accord. C'est ainsi que contrairement à ce qu'il faudrait en conclure logiquement, le créancier privilégié qui a reçu, grâce à son gage, un paiement partiel en dehors de la faillite, est admis au bénéfice de l'article 542 et peut produire pour la totalité, bien que ce paiement partiel ne constitue évidemment pas un dividende. D'ailleurs, comme le fait remarquer M. Demangeat, s'il n'y a aucun lien entre les masses, comment expliquer le recours qu'accorde l'article 543.

La grande majorité des auteurs, au contraire, ne voit dans l'article 542 qu'une juste application des principes de la solidarité. C'est aussi mon opinion.

Plusieurs faillites sont ouvertes simultanément, c'est-à-dire que toutes sont ouvertes avant qu'une seule d'entre elles soit liquidée. En vertu des articles 1200 et suivants, chacun des débiteurs solidaires faillis peut être considéré comme débiteur du tout ; donc, le créancier a le droit de réclamer le total à chacune des masses. Et, qu'on ne prétende pas que, grâce au jugement déclaratif, le lien de la solidarité est brisé ; le débiteur était débiteur du tout, l'événement postérieur de sa faillite ne peut rien changer à cet état juridique, il est vrai qu'il ne paiera pas le total, mais, c'est néanmoins le total de la dette qui doit figurer au passif et par conséquent dans chaque masse ; le créancier a donc, dès à présent, un droit acquis, à ce que chacune d'elles pourra donner. Or, les faillites étant simultanées, nous pouvons les supposer ouvertes au même moment et liquidées en même temps. Que sera-t-il arrivé alors ? le créancier aura touché dans chaque masse,

on vertu des articles 1200 et suivants du Code civil un dividende sur sa créance intégrale et il aura obtenu le résultat que lui permet également d'atteindre l'article 542.

La preuve que la loi entend bien dans ce sens la disposition qu'elle établit, c'est qu'aux termes de l'article 544, la valeur nominale du titre est réduite si le créancier a reçu un à-compte avant la faillite. Pourquoi cela ? Parce qu'alors on peut dire à ce créancier avec Emérigon (Tr. des contrats à la grosso, ch. 10, sect. 3) : « Vous n'êtes créancier que de ce qui vous est dû et non » de ce qui vous a été payé ; » mais, dans l'hypothèse de l'article 542, le créancier a évidemment le même droit dans toutes les faillites, je dis de plus qu'il a droit à la production intégrale, parce qu'au moment où s'ouvre la dernière faillite, au moment où naît son droit vis-à-vis d'elle, la première n'est pas encore liquidée, c'est-à-dire qu'il n'a rien reçu dans les autres faillites, et que, par conséquent, il est encore créancier du total, armé de tous ses droits.

C'est par un motif analogue que l'on décide en faisant une juste application des articles 542 et 544 (C. de Com.) que si l'un des débiteurs solidaires resté *in bonis* versait un à-compte au créancier après l'ouverture des faillites, ce dernier n'en conserverait pas moins le droit à une production intégrale ; un événement postérieur ne saurait lui enlever rétroactivement un droit irrévocable, primitivement acquis par la seule vertu de l'engagement solidaire, grâce auquel il a pu, dès l'ouverture de chacune des faillites, se présenter dans chaque masse comme créancier du total (A).

(A). Il est clair que, dans le système de M. Bravard, c'est une solution contraire qu'il faut donner.

C'est ainsi que je regarde l'article 542 comme faisant une juste application des principes de la solidarité combinés avec les règles des faillites.

De ce qui précède, on peut conclure :

1° Qu'il n'est pas nécessaire pour l'application de notre article que tous les débiteurs solidaires soient en faillite.

2° Que l'article 542 ne saurait s'appliquer dans le cas de faillites successives et non simultanées.

C'est ainsi d'ailleurs que l'ont toujours compris dans leurs systèmes différents, Savary, Pothier, Emerigon et le Code lui-même. (Art. 542, 543, 544).

La première de ces conséquences est évidente, quant à la seconde, il est facile de la justifier. Lorsque, la faillite de l'un des coobligés étant liquidée, un dividendo payé, une nouvelle faillite d'un autre coobligé vient à s'ouvrir, les droits du créancier sont-ils vis-à-vis de cette nouvelle masse ce qu'ils étaient anciennement? Pas le moins du monde. Il est certain que ce créancier a reçu un à-compte, à-compte qu'il est même censé avoir accepté puisque le concordat oblige tout le monde, il n'est plus créancier que ce qui lui est dû; or, il lui est dû toute la dette moins l'à-compte reçu; la première masse est libérée désormais vis-à-vis de lui, quant à la seconde, en vertu de ce principe : que le codébiteur solidaire qui paie en partie, libère ses codébiteurs d'autant, on ne peut évidemment lui demander que la différence de l'excédant.

Ces diverses difficultés examinées, revenons à la question qui nous intéresse. Le système de l'article 542 est-il applicable à l'état de déconfiture des codébiteurs solidaires? Je ne le pense pas.

Si l'ordonnance de 1673 semble confondre sous la seule dénomination de faillite deux choses différentes, la déconfiture d'un commerçant et celle d'un non commerçant; si, dans notre ancien droit, ces deux situations paraissent avoir été si peu distinguées que les règles de l'une étaient également applicables à l'autre, il est cependant remarquable que les auteurs anciens ne traitent jamais ces questions qu'à propos de faits de commerce (B). C'est également dans notre Code de commerce que se rencontrent les dispositions que nous avons examinées. Or, les principes du droit commercial ne reçoivent point en général leur application en matière civile, surtout s'il s'agit d'une institution aussi scrupuleusement réglementée que celle des faillites. De plus, et cette dernière considération me paraît déterminante, quelque raisonnement que l'on puisse faire, il n'en sera pas moins toujours vrai que, si après avoir poursuivi un des débiteurs solidaires j'obtiens, dans une distribution par contribution, le quart de ce qu'il me doit, par l'effet du paiement partiel que j'accepte je ne suis plus créancier que des trois quarts, les codébiteurs ont été libérés du quart. En conséquence, sur quoi me fonderais-je pour leur réclamer la totalité, alors qu'en vertu de leurs engagements réciproques, ils ne me doivent plus qu'une partie.

Mais, dit-on, la déconfiture n'est autre chose que la faillite des non-commerçants, et, si en matière de commerce l'article 542 est conforme aux principes du droit civil consacrés dans les articles 1200 et suivants, comment, en matière civile, ses dispositions

(B). L'ordonnance de 1673 ne prescrivait rien de semblable à ce que nous appelons le jugement déclaratif de faillite.

favorables deviennent-elles contraires à ces mêmes principes ?

C'est que précisément dans notre droit la faillite est autre chose que la déconfiture.

Au moment et par l'effet du jugement déclaratif de faillite, les poursuites individuelles cessent, le créancier se trouve en face de toutes les masses, avec des droits égaux, droits acquis, *ipso facto*, à tout ce qu'elles pourront donner, et, de cette situation combinée avec les principes de la solidarité découle la solution consacrée par l'article 542. Mais, en matière civile, quel changement peut apporter aux règles de droit le fait particulier que plusieurs débiteurs sont hors d'état de payer leur dette ? Quel est le jugement qui fixe pour eux le moment de leur insolvabilité ? Quelles dispositions de procédure réglementent leur situation ? La vérité est que des débiteurs ruinés sont des débiteurs comme les autres ; ce que l'un d'eux paie vient à la décharge des codébiteurs. Le créancier qui poursuit un second débiteur solidaire après avoir reçu la moitié de la créance, dans la distribution ouverte sur les biens du premier, n'est plus créancier que de ce qui lui est dû, c'est-à-dire de ce qu'il n'a pas touché, savoir : la moitié de la créance ; en vertu de quel raisonnement le considérerait-on comme créancier du total ? La disposition de l'art. 542 est donc inapplicable en matière civile dans l'hypothèse de l'état d'insolvabilité de plusieurs codébiteurs solidaires.

Nous avons suffisamment examiné les diverses conséquences du droit qu'a le créancier d'exercer des poursuites contre tous les débiteurs, passons à l'étude d'un second effet de l'obligation solidaire.

Les débiteurs solidaires sont, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, mandataires les uns des autres, de telle sorte que chacun est considéré, vis-à-vis du créancier, comme représentant ses codébiteurs. Il suit de là que tout ce qui conserve la dette ou la perpétue à l'égard de l'un d'eux, la perpétue ou la conserve à l'égard de tous. Les articles 1205, 1206, 1207, font de ce principe trois applications que nous allons successivement examiner.

1^o PERTE DE LA CHOSE DUE.

Le débiteur d'un corps certain est libéré par la perte de l'objet dû, si cette perte est arrivée par cas fortuit ; tel est le principe des Romains, de notre ancienne jurisprudence et de notre droit actuel, qui le consacre dans l'article 1302. Si le corps certain a péri par la faute du débiteur ou même sans sa faute, mais avec cette double circonstance : 1^o Qu'il était en demeure de payer ; 2^o que l'objet n'eût pas péri s'il avait été en la possession du créancier, l'obligation primitive, inexécutable désormais, se convertit en une obligation à des dommages-intérêts (Art. 1147).

Il est évident que si l'objet dû périt par cas fortuit, tous les codébiteurs solidaires de cet objet sont libérés ; mais s'il périt par le fait ou pendant la demeure de l'un d'entre eux, quelle devient la situation des autres ? Sont-ils complètement libérés ? leur dette, au contraire, est-elle remplacée par une obligation identique à l'obligation actuelle du débiteur coupable ou retardataire ?

L'art. 1205 fait à cette question une réponse mixte, ne consacrant ni l'un ni l'autre de ces systèmes absolus

et par une distinction difficile à justifier théoriquement, s'efforce de concilier l'intérêt du créancier et celui des débiteurs : « Si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des créanciers solidaires, les autres codébiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose, mais ceux-ci ne sont point tenus des dommages et intérêts. Le créancier peut seulement répéter ses dommages et intérêts, tant contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri, que contre ceux qui étaient en demeure. » C'est la traduction de la formule de Dumoulin, dans l'opinion duquel le fait ou la demeure de l'un des débiteurs solidaires nuit aux autres : *ad perpetuandam obligationem non ad augendam.*

Je ne reviendrai point ici sur ce que j'ai déjà dit touchant les lois romaines que Dumoulin s'est en vain efforcé de faire concorder. Il me suffira de constater que la théorie de ce grand jurisconsulte est devenue la nôtre après avoir été acceptée par Pothier (n° 273). Ce dernier aussi conciliait de la même façon deux textes que les romanistes modernes regardent comme inconciliables par l'excellente raison qu'ils s'appliquent à deux situations parfaitement distinctes. (V. p. 139 et suiv.)

Quelque grande que soit l'autorité de Pothier jointe à celle de Dumoulin et confirmée par la confiance que lui témoigne le législateur du Code Napoléon, on ne peut s'empêcher de trouver peu juridique cette doctrine basée sur deux idées contradictoires. De deux choses l'une, en effet, ou les codébiteurs sont garants les uns des autres ou ils ne le sont pas : dans le premier cas, ils devront répondre du fait de leur codébiteur qui sera

considéré comme leur faute personnelle ; ils ne devront répondre de rien dans le second , la faute de leur codébiteur sera pour eux un véritable cas fortuit par lequel ils seront libérés. Et de même pour la mise en demeure : si , relativement aux dommages-intérêts encourus par suite de la perte de la chose, l'effet de la sommation est personnel au débiteur qui l'a reçue , comment cet effet est-il en même temps général quant au fond même de l'obligation ?

Et, d'ailleurs, cette fameuse règle elle-même, qui résume la théorie consacré, est-elle exempte de tout reproche ? Est-il bien vrai que conserver la dette ne soit pas l'augmenter ? Il est cependant plus onéreux de payer le prix d'une chose qui a péri que de remettre cette chose elle-même.

Les rédacteurs du Code auraient pu décider, selon le désir de M. Demolombe (n° 344), que les codébiteurs solidaires seraient mutuellement responsables de toutes les conséquences de la faute ou de la demeure de l'un d'eux, et alors l'art. 1205, modifié en ce sens, eût été d'accord avec l'art. 1207, aux termes duquel la demande d'intérêts contre un seul fait courir les intérêts contre tous ; ou bien, renouvelant la véritable distinction romaine entre la faute et la demeure, ils auraient pu rendre les codébiteurs responsables de l'une et non de l'autre ; mais la responsabilité une fois édictée, devait être la même pour tous, parce que c'est une idée fondamentale, en matière de solidarité, que la dette soit la même pour tous les débiteurs. Quoiqu'il en soit la loi est formelle.

Il va sans dire que les débiteurs peuvent renoncer au bénéfice de l'art. 1205 et s'engager à payer solidaire-

ment ou autrement les dommages-intérêts encourus par la faute ou la demeure de l'un d'entre eux.

Il faut même aller plus loin et décider, avec Pothier, que la distinction entre ce qui augmente et ce qui perpétue seulement la dette est inapplicable au cas où les parties auraient stipulé une clause pénale destinée à parer aux éventualités de l'appréciation toujours incertaine des dommages-intérêts (n° 273). Cette clause pénale est, en effet, une stipulation particulière, dans les conditions de l'obligation principale, à la seule différence près qu'elle est subordonnée à une condition ; elle constitue donc une obligation solidaire conditionnelle. Malgré le silence de la loi sur ce point, nous n'hésitons pas à formuler cette opinion en considérant que toute cette théorie n'est que la reproduction de l'ancienne doctrine. L'art. 1232 nous fournit, en outre, un puissant argument d'analogie, lorsqu'il applique aux débiteurs d'une chose indivisible la responsabilité de la clause pénale, en cas de contravention d'un seul d'entre eux. Les débiteurs d'une chose indivisible, qui sont libérés par la perte de l'objet dû occasionnée par la faute de l'un d'eux, sont, en effet, bien moins énergiquement tenus que des débiteurs solidaires, dont l'obligation, dans la même hypothèse, serait perpétuée.

Ajoutons, en terminant, que dans tous les cas où l'exécution de l'obligation est devenue impossible par la faute de l'un des débiteurs solidaires, faute qui entraîne la responsabilité des autres, ceux-ci ont recours contre l'auteur du préjudice, avec dommages-intérêts s'il y a lieu.

2° INTERRUPTION DE LA PRESCRIPTION.

Aux termes de l'art. 1206 « les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous. »

C'est la décision que Pothier motivait en ces termes (oblig. 272) : « C'est une conséquence de ce que chacun des débiteurs est débiteur du total; car le créancier en l'interpellant, l'a interpellé pour le total de la dette, même à l'égard des débiteurs qu'il n'a pas interpellés, lesquels ne pourraient opposer une prescription contre le créancier que sur ce qu'il n'aurait pas usé de son droit pour la dette dont ils sont tenus; mais ils ne peuvent le prétendre, puisque la dette dont ils sont tenus est la même que celle pour laquelle leur codébiteur a été interpellé pour le total. »

Ce raisonnement est-il sans réplique? Je ne le pense pas. Il existe souvent à la charge de plusieurs personnes des obligations au total, *in solidum*, nous en avons déjà vu un exemple et plus tard nous examinerons dans quelles conditions elles se présentent; or, la prescription interrompue à l'égard de l'un des débiteurs *simpliciter in solidum* ne l'est pas vis-à-vis des autres. Donc, ainsi que le remarque le savant annotateur de Pothier, la circonstance que les codébiteurs doivent le total n'est pas suffisante pour expliquer l'art. 1206. Il faut ajouter que les codébiteurs solidaires sont mandataires les uns des autres, ils se représentent vis-à-vis du créancier, voilà le motif juridique de notre disposition.

L'interruption de la prescription pourrait également résulter de la reconnaissance de la dette faite par l'un

des débiteurs, pourvu, bien entendu, que cette reconnaissance fût antérieure à l'achèvement de la prescription, car, à partir de ce jour, il est clair qu'il existe pour les codébiteurs un droit acquis dont ils ne peuvent plus être dépouillés.

Mais, que décider si la reconnaissance par acte sous-seing privé n'acquiert date certaine qu'après la prescription accomplie ? Les codébiteurs doivent-ils être traités comme des tiers ou comme des ayant-cause ? La date de l'acte leur est-elle opposable ou non ? (art. 1328).

Je crois, qu'à moins de fraude démontrée, l'acte sous-seing privé, émané de l'un des débiteurs, fait foi de sa date vis-à-vis de ses codébiteurs. Dans l'opinion contraire, il faudrait décider qu'un mandant peut récuser tous les actes sous seing privé passés par son mandataire dans l'exercice du mandat, si ces actes n'acquièrent date certaine qu'après l'expiration du mandat. Or une telle solution me semble inadmissible.

L'article 2249 reproduisant la disposition de l'art. 1206 fait en outre une juste application du principe de la division de la dette entre les héritiers des débiteurs solidaires : « L'interpellation faite conformément aux articles » ci-dessus à l'un des débiteurs solidaires, ou sa reconnaissance, interrompt la prescription contre tous les » autres, même contre leurs héritiers. »

« L'interpellation faite à l'un des héritiers d'un débiteur » solidaire ou la reconnaissance de cet héritier, » n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres » cohéritiers, quand même la créance serait hypothécaire, si l'obligation n'est indivisible.

« Cette interpellation ou cette reconnaissance n'interrompt la prescription à l'égard des autres codébiteurs »

» que pour la part dont cet héritier est tenu. Pour inter-
» rompre la prescription pour le tout à l'égard des au-
» tres codébiteurs, il faut l'interpellation faite à tous les
» héritiers du débiteur décédé ou la reconnaissance
» de tous ces héritiers. »

Des solutions analogues, découlant du principe de division de la dette, doivent être données, *mutatis mutandis*, en ce qui concerne les risques de la chose (art. 1205) et le cours des intérêts (1207).

Nous avons décidé en matière de solidarité active que la suspension de la prescription devait, au point de vue de ses effets vis-à-vis des créanciers, être assimilée à l'interruption. Les motifs qui ont dicté cette solution se représentent ici ; je ne puis admettre, qu'étant donné plusieurs codébiteurs solidaires, la prescription ait été suspendue contre les uns sans être par cela même suspendue contre les autres.

Si l'on admettait une différence entre les divers débiteurs, il faudrait décider que le créancier peut demander la totalité de la dette à celui en faveur duquel la prescription n'aura pas pu courir ; et alors, ce débiteur aurait-il un recours contre ses collègues ? Évidemment non ; sans cela, il serait inexact de prétendre que ces derniers ont été libérés par la prescription. Voilà donc ce débiteur infortuné chargé à lui seul du fardeau de la dette entière, sans avoir commis la moindre faute ; or, ce résultat est contraire aux conventions et conséquemment inadmissible.

Prétend-on, au contraire, que le créancier ne peut plus réclamer au débiteur qui n'a pas prescrit que sa part dans la dette ? Je demande alors en vertu de quelle disposition un codébiteur solidaire peut répondre au créan-

cier qui le poursuit autrement que par un paiement intégral, et ce que deviennent les articles 1200 et 1303 ?

La vérité est qu'on ne peut, sans heurter les principes de la solidarité et léser les droits des codébiteurs ou ceux du débiteur qui n'a pas prescrit, faire aux premiers un sort différent de celui du second, et qu'en conséquence la prescription suspendue ou interrompue vis-à-vis d'un seul débiteur doit être regardée comme suspendue ou interrompue vis-à-vis de tous (c).

3^e DEMANDE D'INTÉRÊTS.

En disposant que « la demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous, » l'article 1207 fait une troisième application de cette idée que les codébiteurs solidaires se représentent vis-à-vis du créancier. Il faut reconnaître que cette disposition s'écarte de la fameuse règle de Dumoulin, car, sans doute, les intérêts augmentent la dette; elle n'est pas moins contraire aux principes du droit romain, et, malgré l'opinion de M. Bigot de Préameneu, on ne saurait l'expliquer par une assimilation à l'interruption de prescription, simple acte conservatoire de la dette qui n'entraîne aucune aggravation de l'obligation primitive.

Il est cependant facile de justifier, soit en droit, soit en équité, l'innovation introduite par le législateur.

En droit, d'abord : n'est-il pas vrai que les intérêts

(c) Demolombe, n^o 411 et suiv., et les autorités que cite cet auteur. Rodière, n^o 102. — Arrêt de Cassat., 8 décembre 1852. — Contre : Aubry et Reau sur Zachariæ, t. 2, p. 268, note 27. — Toullier annoté par Duvergier, n^o 728, note b. — Colmet de Santerre, t. 5, n^o 142 bis, 5. Voir aussi art. 64 et 180 du Code de commerce.

moratoires ne sont que le montant d'une véritable clause pénale, connue, acceptée d'avance ? et, dès-lors, n'est-il pas rationnel qu'ils soient encourus par tous les débiteurs, lorsque la demande en a été dirigée contre l'un d'entre eux, absolument comme le serait une clause pénale expressément stipulée ? (art. 1205).

En équité, n'y a-t-il pas avantage pour tous à ce que le créancier, dans le but d'assurer le paiement des intérêts, ne se trouve pas contraint de former contre chacun des débiteurs une demande en justice, avec redoublement des frais, qui, en définitive, retomberaient sur ces derniers. D'ailleurs, il est permis au débiteur d'arrêter les poursuites en faisant des offres ou en payant.

Cette explication de l'art. 1207, dans laquelle les intérêts sont considérés comme une clause pénale parfaitement connue et tacitement acceptée, nous avertit qu'il faut se garder d'étendre en dehors de l'hypothèse qu'elle prévoit une disposition si favorable au créancier. Ainsi, je ne ferai pas participer au bénéfice de l'article 1207 une demande de fruits, ou d'autres accessoires indéterminés de la chose due, que l'un des débiteurs serait en retard de livrer.

Si la dette avait, vis-à-vis de quelques-uns des débiteurs, des modalités différentes, l'un jouissant par exemple d'un terme, ou bien son engagement n'étant que conditionnel et l'obligation des codébiteurs étant pure et simple, les intérêts ne commenceraient à courir, vis-à-vis du débiteur favorisé, qu'à compter de l'échéance du terme ou de la réalisation de la condition. Ils courraient alors de plein droit, si une demande avait été préalablement formée contre les autres. En effet, il n'est pas permis de présumer que le codébiteur à terme se

soit engagé à garantir, avant que toute poursuite contre lui-même fût possible, les risques du retard de ses codébiteurs; l'assimilation à une clause pénale acceptée, qui justifie l'article 1207, est donc impossible ici, et, par conséquent, la disposition de faveur que consacre cet article devient inapplicable.

Après avoir signalé ces trois conséquences importantes du mandat tacite que se sont réciproquement donné les codébiteurs solidaires, mandat en vertu duquel ils se représentent devant le créancier, nous entrons avec le Code dans un autre ordre de considérations.

Nous allons maintenant examiner les moyens de défense que peuvent présenter les codébiteurs solidaires poursuivis par le créancier en vertu de l'obligation qu'ils ont contractée.

SECTION III

Moyens de défense par lesquels les débiteurs solidaires peuvent repousser l'action du créancier.

L'obligation solidaire étant unique quant à son objet on doit conclure que non-seulement le paiement fait par l'un des débiteurs libère les autres, mais que tous les événements qui éteignent ou diminuent l'obligation vis-à-vis de l'un d'eux l'éteignent aussi ou la diminuent dans la même mesure vis-à-vis de tous. Cette déduction est parfaitement exacte en principe. Mais, il peut arriver que le fait juridique, en vertu duquel un débiteur se voit complètement ou partiellement libéré, ait un caractère personnel à ce débiteur, il ne doit alors avoir d'influence qu'à son égard. Aussi, le législateur distin-

gue-t-il avec grand soin les caractères particuliers de chacun des moyens de défense que peuvent opposer les débiteurs à la réclamation du créancier ; ces moyens sont appelés : *exceptions*, mais, il va sans dire qu'il s'agit bien véritablement de défenses au fond et non pas seulement de moyens de procédure.

Aux termes de l'article 1208 :

» Le codébiteur solidaire poursuivi par le créancier
» peut opposer toutes les exceptions qui résultent de la
» nature de l'obligation et toutes celles qui lui sont per-
» sonnelles ainsi que celles qui sont communes à tous
» les codébiteurs ; il ne peut opposer les exceptions qui
» sont purement personnelles à quelques-uns des au-
» tres codébiteurs. » Une analyse exacte de cet ar-
ticle fait apercevoir quatre espèces différentes d'excep-
tions :

1° Les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation.

Elles reposent sur un vice de l'obligation, sur son inexistence ou sa nullité provenant, par exemple, de l'absence des solennités requises pour certains contrats, ou d'une cause fausse, illicite, etc. Elles peuvent être opposées par tous les codébiteurs.

2° Les exceptions communes.

Cette seconde catégorie, plus générale que la première, comprend les exceptions que peuvent opposer tous les débiteurs et, comme dans la première, on a rangé les causes d'inexistence ou de nullité, il faut considérer ici les circonstances dans lesquelles l'obligation s'est éteinte vis-à-vis de tous ; tous les codébiteurs en profitent.

3° Les exceptions personnelles.

Ici ce n'est plus un vice entachant l'obligation vis-à-vis de tous, ou un événement qui l'éteint dans son intégralité, que le débiteur invoque; c'est une circonstance particulière à sa personne qui anéantit, à son égard seulement, l'engagement contracté, ou qui, à son égard seulement, l'aurait empêché de naître.

Les codébiteurs peuvent opposer ces exceptions jusqu'à concurrence de la part dans la dette de leur associé favorisé qui peut, lui, les opposer pour le tout.

4° Les exceptions purement personnelles.

Enfin, parmi les exceptions personnelles, il en est que les codébiteurs ne peuvent invoquer en aucune façon, pas même pour la part du codébiteur, telle est, par exemple, l'exception tirée de l'incapacité de l'un des débiteurs ou d'un privilège à lui accordé par la loi. (Art. 1125, 1268 C. Civ., et 545 C. de C.).

Il est facile de comprendre le motif pour lequel une circonstance particulière à l'un des débiteurs, éteignant vis-à-vis de lui la dette contractée, par exemple, une remise de sa part à lui faite par le créancier, peut être invoquée par les codébiteurs jusqu'à concurrence de cette part; s'il n'en était pas ainsi, ces derniers auraient recours contre le débiteur libéré qui ne profiterait plus d'une remise devenue pour lui un acte illusoire (art. 1213). C'est une exception simplement personnelle.

Il est également facile d'apercevoir pourquoi, s'il s'agit, par exemple, d'un débiteur mineur ou interdit, ses codébiteurs ne peuvent profiter de cette situation pour invoquer, de quelque façon que ce soit, la nullité de l'obligation, même pour la part de l'incapable. Ils sont, en effet, en faute de s'être engagés avec lui, ils devaient

savoir que, son obligation étant nulle, il ne participerait pas au fardeau de la dette.

De même, si un terme ou une condition avait été accordé par le contrat à l'un des débiteurs, les autres ont accepté cette situation et ne peuvent y échapper. Invoquer une exception de ce genre serait vouloir contraindre le créancier à enlever au codébiteur le bénéfice du terme ou de la condition, en un mot à déchirer un contrat qu'il est manifestement forcé de subir tel quel. Une semblable prétention est tellement inadmissible, que, si le terme avait été accordé à tous les codébiteurs, la perte de ce bénéfice par l'un d'entre eux, qui aurait fait faillite, ou diminué les sûretés spéciales promises au contrat (art. 1188), ne nuirait pas aux autres, ces derniers conserveraient le bénéfice du terme auquel ils ont droit (art. 444 C. de C.). Ainsi, le terme, la condition, l'incapacité constituent des moyens purement personnels.

Que dirons-nous du dol, de l'erreur, de la violence, dont un seul des débiteurs aurait été victime; sera-ce là un moyen personnel ou purement personnel?

Il va sans dire que si le créancier s'adresse au codébiteur dont le consentement a été vicié, celui-ci peut lui opposer pour le tout l'exception de nullité qui le protège. Mais, si le créancier s'adresse aux autres, ceux-ci peuvent-ils invoquer, du chef de leur codébiteur et au moins pour sa part, l'exception de nullité?

La caution qui, aux termes des articles 2012 et 2036 ne peut opposer les exceptions purement personnelles, peut cependant exciper de l'erreur, du dol ou de la violence qui aurait vicié le consentement du débiteur principal. En effet, son engagement accessoire ne

saurait être plus étendu que l'obligation principale, celle-ci est nulle, le cautionnement est donc nul parce qu'il ne s'appuie sur rien.

L'engagement accessoire aurait une base solide, si, l'intention des parties étant d'assurer le paiement au cas d'une demande en nullité, le créancier avait voulu se réserver, précisément dans cette hypothèse, un recours contre la caution. Cette intention sera présumée, si la nullité provient de l'incapacité du débiteur principal; en effet, la caution doit savoir qu'elle a garanti un incapable, par conséquent, elle doit avoir eu l'intention d'assurer le paiement, même au cas où le débiteur principal invoquerait la nullité; sans cela, le cautionnement serait un acte dénué de toute valeur, ce qui ne doit pas être présumé. Mais, si la caution doit connaître l'état d'incapacité de celui qu'elle garantit, elle n'est pas forcée de savoir si le consentement de ce dernier n'est que le fruit de l'erreur, s'il a été surpris par dol, ou violence. Il est juste, dans ce cas, de lui permettre d'exciper de la nullité d'une obligation qu'elle n'a cautionnée que parce qu'elle la croyait valable; en réalité la caution invoque tout autant sa propre erreur que celle du débiteur principal.

Quant aux débiteurs solidaires, ils sont tous tenus principalement pour le tout, et l'engagement de l'un d'eux peut parfaitement être nul sans que celui des autres cesse d'être valable; il faut donc décider en principe que le vice du consentement constitue une exception purement personnelle à celui qui a été violenté ou trompé; mais cette décision reçoit un tempérament, si les codébiteurs ont pu légitimement concevoir l'espérance de recourir contre le débiteur dont l'engagement

se trouve nul, c'est ce qui arrivera s'ils ont contracté dans l'ignorance du dol, de l'erreur ou de la violence dont il a souffert; en réalité, ici encore, les débiteurs invoquent une cause d'erreur qui leur est personnelle, en ce qui regarde la garantie de la part de la dette afférente à leur codébiteur.

La même distinction n'est plus applicable si, au lieu d'un vice du consentement, c'est l'incapacité qui anéantit l'engagement de l'un des débiteurs. Les codébiteurs solidaires ne sont pas excusables d'avoir contracté avec lui, leur erreur n'est pas légitime : *Nemo consetur ignorare conditionem ejus cum quo contrahit*. Je ne saurais donc admettre avec Demolombe (n° 388) que la rescision de l'obligation pour cause d'incapacité puisse constituer une exception simplement personnelle.

Ces quelques explications étant données, j'arrive à l'étude des exceptions communes, que peuvent invoquer tous les débiteurs; elles naissent d'une cause de nullité ou d'extinction de l'obligation ou de certaines circonstances particulières que nous allons successivement examiner en suivant l'ordre de l'article 1234, soit que les textes auxquels je ferai allusion se trouvent dans notre section des obligations solidaires, soit qu'ils n'apparaissent que dans des sections différentes.

1° PAIEMENT.

Il va de soi que le paiement libère tous les codébiteurs; il fournit toujours une exception commune. Il en serait de même d'une *datio in solutum*, acceptée par le créancier, ou des offres réelles suivies d'une consignation, soit qu'elles aient été acceptées par le créancier,

soit qu'elles aient été déclarées bonnes et valables par un jugement passé en force de chose jugée (art. 1261, 1262).

Avant le jugement ou l'acceptation, le débiteur peut retirer ses offres et alors il n'y a rien de fait; mais, une fois l'acceptation ou le jugement intervenus, les débiteurs sont tous libérés, *ipso facto*, sans qu'ils aient rien à craindre d'un arrangement par lequel le créancier permettrait au débiteur de retirer la chose consignée.

2° NOVATION.

L'article 1281 est ainsi conçu :

« Par la novation faite entre le créancier et l'un des
» débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés. La
» novation opérée à l'égard du débiteur principal libère
» les cautions. Néanmoins, si le créancier a exigé dans
» le premier cas l'accession des codébiteurs et dans le
» second celle des cautions, l'ancienne créance subsiste
» si les codébiteurs refusent d'accéder à la dette. »

La novation étant une espèce de dation en paiement, un mode d'extinction, il est naturel quelle procure une exception commune, si elle intervient contre le créancier et l'un des débiteurs; ce dernier seul se trouve désormais engagé dans les liens de la nouvelle obligation qu'il vient de contracter, à moins que le créancier n'ait mis comme condition de la novation, l'accession des codébiteurs à la nouvelle dette, auquel cas, s'ils refusent, la condition faisant défaut, l'ancienne obligation subsiste telle que par le passé. S'ils acceptent cet arrangement, l'ancienne dette est éteinte par la novation, mais la nouvelle est-elle solidaire? Je ne le pense

point. La solidarité ne se présume pas (art. 1202); nous dirons donc d'elle ce que l'article 1278 dit des privilèges et hypothèques, sûretés exceptionnelles qui disparaissent aussi par l'effet de la novation, à moins que le créancier ne les ait expressément réservées.

D'ailleurs, quand le créancier exige l'accession des codébiteurs à la nouvelle dette sans s'expliquer davantage, alors qu'il pourrait si facilement stipuler une accession solidaire, il est naturel de penser qu'il n'y tient pas spécialement; en tous les cas, il y a doute; or, le doute s'interprète en faveur des débiteurs et contre la solidarité.

Il faut remarquer que si des privilèges ou des hypothèques grevaient les biens des débiteurs solidaires, le créancier ne pourrait pas réserver ces sûretés sans exiger l'accession des débiteurs à la nouvelle dette et opérer ainsi la novation avec tous. Telle est, en effet, la disposition de l'article 1280 : « Lorsque la novation » s'opère entre le créancier et l'un des débiteurs » solidaires, les privilèges et hypothèques de l'ancienne » créance ne peuvent être réservés que sur les biens de » celui qui contracte la nouvelle dette. »

Cette prohibition ne s'applique qu'au cas où le créancier voudrait, sans le consentement des autres codébiteurs, affecter à la nouvelle dette les hypothèques qui grevaient leurs biens pour la garantie de l'ancienne; il est évident que les codébiteurs solidaires peuvent, aussi bien qu'un tiers quelconque, hypothéquer tout ou partie de leurs biens à la sûreté de la dette de leur ancien codébiteur.

Cette doctrine était celle de Pothier. Elle a pu être justifiée en droit romain, comme conséquence du

mécanisme spécial de la novation, mais elle n'eût pas dû lui survivre. N'est-il pas singulier que le créancier, ayant le droit de ne pas faire novation, c'est-à-dire de maintenir l'obligation solidaire et personnelle de chacun des codébiteurs, en même temps que les hypothèques qui grèvent leurs biens, n'ait pas la facilité de faire remise de l'une tout en conservant les autres. La même singularité existe en matière de cautionnement. Le codébiteur solidaire ou la caution gagnerait pourtant à cette libéralité de n'être tenu qu'hypothécairement, comme un tiers détenteur, ce qui lui serait, sans aucun doute, avantageux. Il en est de l'article 1280 comme de l'article 1205, il est facile d'y apercevoir l'influence romaine s'exerçant à travers la doctrine de Pothier. (V. p. 117).

3° REMISE DE LA DETTE.

La remise de la dette peut être générale, au profit de tous les débiteurs, ou particulière, au profit d'un seul d'entre eux.

Dans le premier cas, elle fournit évidemment un moyen commun, puisque ce n'est autre chose que l'abandon de toute espèce de droits contre les codébiteurs. Dans le second, elle fournit une exception simplement personnelle, car le créancier ne peut plus exiger le paiement que déduction faite de la part remise. Vouloir encore exiger un paiement intégral serait mettre à néant la libéralité consentie, ou rendre pire la condition des codébiteurs, deux choses également impossibles.

Mais, il peut se présenter une difficulté. En l'absence d'explications de la part du créancier, quelle sera son

intention présumée? Il a déclaré faire remise à l'un des débiteurs solidaires; quelle remise? est-ce de toute la dette, ou seulement de sa part?

Pothier distinguait (n^{os} 275 et 608). La remise, disait-il, est tacite ou expresse; dans le premier cas, c'est-à-dire si le titre qui constate la créance est remis au débiteur, la renonciation sera présumée complète, puisque le créancier a abandonné totalement la preuve de sa créance; dans le second, tout dépend de son intention qu'on s'efforcera d'éclaircir. Dans le doute, il est probable que Pothier faisait pencher la balance en faveur d'une remise partielle, par ce motif, qu'en fait de libéralité, c'est le moins qui est supposé et non le plus.

Pour la remise tacite, la doctrine de Pothier a été consacrée dans l'article 1284; c'est une remise générale qui libère tous les codébiteurs. Si le titre est la grosse d'un acte authentique, la preuve est admise contre la présomption de la loi; elle ne l'est pas si le titre est sous-seing privé. (Art. 1282 et 1283).

Quant à la remise expresse que la loi appelle improprement conventionnelle, l'idée de Pothier est abandonnée : « La remise ou décharge conventionnelle au » profit de l'un des codébiteurs solidaires libère tous les » autres à moins que le créancier n'ait expressément » réservé ses droits contre ces derniers. (Art. 1285). »

Il faut avouer que les rédacteurs de l'article 1285 n'ont pas été mieux inspirés, en abandonnant ici leur guide habituel, qu'en suivant aveuglément ses théories sur d'autres points; la décision qu'ils donnent ne saurait s'expliquer sans l'influence de la rigoureuse doctrine romaine sur l'*acceptilatio*. L'acceptilation, sorte de paiement fictif, pouvait servir à accorder une remise,

mais, elle opérait comme un véritable paiement, c'est-à-dire, en libérant tous les débiteurs. Quel besoin était-il de renouveler le souvenir d'une pareille institution ? alors surtout, qu'à côté de ce contrat suranné, se trouvaient les dispositions plus douces et plus équitables du pacte de remise absolument analogue à la convention du même genre dans notre pratique, qui dans une législation débarrassée des formules rigoureuses d'un droit en enfance devaient naturellement trouver leur place. Les jurisconsultes romains et Pothier, après eux, étaient plus raisonnables en supposant moindre et non plus grande une libéralité dont l'étendue est incertaine.

Je suppose que le créancier, sagement conseillé, ait réservé ses droits contre ses codébiteurs, en faisant, à celui qu'il veut favoriser, remise de sa part. De quelle part a-t-il voulu parler ? est-ce de la part réelle ? Il n'est pas censé la connaître. Est-ce de la part virile ? cela paraît plus probable. Donc, à moins qu'il ne soit démontré que le créancier connaissait la part réelle de chacun des débiteurs dans l'obligation, il sera présumé avoir voulu parler de la part virile ; mais, si, par aventure, la part virile excédait la part réelle, il va sans dire que c'est seulement jusqu'à concurrence de cette dernière que vaudrait la remise.

4° COMPENSATION.

Aux termes de l'article 1290 :

« La compensation s'opère de plein droit par la seule
» force de la loi même à l'insu des débiteurs, les deux
» dettes s'éteignent réciproquement à l'instant où elles
» se trouvent exister à la fois jusqu'à concurrence de
» leurs quotités respectives. »

Il faut conclure de cette disposition, que si le créancier s'adresse au débiteur vis-à-vis duquel il se trouve redevable d'une somme égale ou supérieure au montant de la dette solidaire, celui-ci opposera la compensation pour le tout ; si la somme est inférieure, il se libérera en payant la différence ; et, dans les deux cas, la circonstance qu'il est complètement libéré, qu'il a éteint la dette, est un moyen commun au profit des codébiteurs.

Il semble que ce paiement fictif, cette libération par compensation, existant de plein droit, doive toujours opérer de la même façon, quelque parti que prenne le créancier. Il paraît naturel que, s'il s'adresse aux autres débiteurs, ces derniers puissent exciper de l'extinction de la dette, de même qu'ils peuvent exciper du paiement ou de la *datio in solutum* ; telle est, en effet, la conséquence logique du principe déposé dans l'article 1290.

Telle est aussi la théorie que consacrait le projet du Code ; il est vrai que dans un certain article 1294, il était dit que le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution ; mais, rien d'analogue n'était édicté à l'égard des codébiteurs solidaires.

Le Tribunal fit à ce sujet l'observation suivante qui dut amener une addition au projet présenté : « Si l'on » pouvait opposer la compensation de ce qui serait dû à » un autre qu'à soi-même, quoique cet autre fût un co- » débiteur solidaire, ce serait donner lieu à des diffi- » cultés sans nombre ; ce tiers se trouverait engagé » malgré lui dans des procès désagréables, il faudrait » examiner contradictoirement avec lui si la dette existe,

» jusqu'à quel point elle existe, si elle est susceptible
» de compensation, etc. Il est naturel que la compen-
» sation n'ait lieu entre deux personnes que pour ce
» qu'elles se doivent directement l'une à l'autre; tels
» sont les motifs de l'addition proposée. » (Fenet.,
p. 162-163). L'addition fut faite et elle est ainsi conçue :
« Le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la
» compensation de ce que le créancier doit à son codé-
» biteur. »

Quelles que soient l'utilité de cette disposition et les autres raisons qui peuvent la justifier, telles que : l'injustice qu'il y aurait à faire courir le danger de l'avance précisément au débiteur auquel le créancier ne demande rien; à lui imposer fatalement cette lourde charge alors, qu'aux termes du contrat, la situation devait être égale pour tous et offrir à tous les mêmes chances bonnes ou mauvaises; ou bien ce motif plus juridique qui nous est indiqué par Pothier (n° 274) en ces termes : « Chacun des codébiteurs étant débi-
» teur du total, lorsqu'il paie le total, ce n'est point vis-
» à-vis du créancier qu'il paie les parts de ses codébi-
» teurs, il paie ce qu'il doit lui-même, et, par consé-
» quent, il ne peut opposer en compensation que ce
» qui lui est dû à lui-même et non ce qui est dû à ses
» codébiteurs; » il n'en est pas moins certain que le législateur a été principalement touché des inconvénients signalés par le Tribunat dont l'observation met pleinement en lumière l'esprit de l'article 1294 modifié et complété.

Cette réflexion nous fournit la solution d'une question gravement controversée.

Le moyen de la compensation devient, nous l'avons

vu, un moyen commun quand le créancier s'adresse au débiteur qui est lui-même son créancier. Dans le cas contraire, c'est un moyen personnel. Mais est-ce un moyen purement personnel? Les autres débiteurs peuvent-ils l'invoquer jusqu'à concurrence de la part de celui qui peut compenser?

Après bien des hésitations, tout en reconnaissant que cette décision pèche contre la logique, Domat et Pothier après lui admettent l'affirmative; le motif qu'ils mettent en avant est une considération d'utilité pratique, les recours et circuits d'actions sont ainsi supprimés. « Lorsque Paul m'aura payé, pour le total, la dette » qu'il me doit solidairement avec Pierre, dit Pothier » (n° 274), Paul aura un recours contre Pierre pour la » part dont il était tenu, et pour cette part il saisira » entre mes mains ce que je dois à Pierre et me fera » rendre jusqu'à concurrence de cette part ce que j'aurai reçu. » D'après cela, il paraît au grand jurisconsulte plus simple que Paul ne me paie pas la part de Pierre, puisque cela aboutit au résultat attendu avec un circuit d'actions de moins.

Mais, comme le remarque fort judicieusement M. Demangeat, ce raisonnement est tout à fait inexact; le droit de saisir n'entraîne pas le droit de compenser. Si Paul peut m'opposer la compensation pour la part de Pierre, il est manifeste qu'il n'aura rien déboursé quant à cette part; mais, lorsqu'il vient saisir entre mes mains cette part qu'il a payée lui-même, il est obligé de subir le concours de mes créanciers, ce qui rend sa situation bien différente, surtout si je suis insolvable; le droit d'opposer la compensation partielle serait donc beaucoup plus énergique que le droit de saisir. Au surplus,

il y aura toujours le recours du débiteur solidaire créancier contre le créancier; cette action, on ne peut la supprimer. Je conclus de ce qui précède que le motif d'utilité pratique n'est pas suffisant pour dicter la solution de la difficulté proposée.

Je suis également peu convaincu du raisonnement mis au jour par M. Rodière (n° 81); d'après lequel le débiteur solidaire n'étant qu'une caution relativement à la part de son codébiteur, doit, aux termes de l'article 1294, pouvoir opposer la compensation de ce qui est dû à ce dernier. Je n'ai pas besoin de rappeler que le débiteur solidaire s'est engagé à tout, il est débiteur principal, la caution, au contraire, n'est obligée qu'accessoirement; vis-à-vis du créancier, il n'y a pas d'assimilation possible entre le débiteur solidaire et la caution.

D'ailleurs, la solution de M. Rodière est-elle bien d'accord avec l'explication qu'il donne du texte que nous étudions? Selon lui, le législateur a voulu que toutes les chances fussent égales entre les débiteurs, qu'aucun ne fût forcé de faire l'avance, à moins que le créancier ne l'y contraigne, comme c'est son droit; tel serait, suivant le savant professeur de Toulouse, l'unique ou plutôt la principale préoccupation du rédacteur de l'article 1294; mais, qui ne voit qu'en donnant le droit aux codébiteurs d'opposer la compensation partielle on fait retomber sur le débiteur-créancier la nécessité de l'avance de sa part?

La vérité est, qu'en vertu du texte et de l'esprit de l'article 1294, la compensation ne peut jamais être opposée que par celui qui peut compenser. Le texte d'abord, il est formel et ne distingue pas. L'esprit de

la loi n'est pas moins évident, les motifs mis en avant par le Tribunal existent aussi bien dans une hypothèse que dans l'autre, et, dans son exposé, le tribun Mouricault a pu dire justement : « Domat embrasse et défend » l'opinion contraire ; mais Pothier, tout en l'adoptant, » observe et prouve que les motifs n'en sont pas concluants, c'est donc avec raison que le projet a rejeté » cette opinion. »

Donc, en résumé, le moyen de la compensation fournit une exception purement personnelle, à moins que le créancier ne s'adresse à celui dont il est lui-même débiteur, auquel cas, la dette étant éteinte, le moyen devient commun.

Appliquons-nous la même théorie aux cautions solidaires ?

Il semble, au premier abord, que la réponse doive être affirmative. En effet, après avoir dit que la caution n'a plus le droit d'invoquer le bénéfice de discussion si elle s'est engagée solidairement avec le débiteur, l'art. 2021 ajoute : « Dans ce cas, l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires. »

Cependant, il faut remarquer deux choses :

1° L'article 2021 parle seulement de la caution qui s'engage solidairement avec le débiteur, c'est-à-dire dans le même acte, et non d'une caution qui s'engagerait plus tard, sans la participation ou l'ordre du principal obligé ;

2° L'article 2021 n'assimile la caution solidaire au débiteur qu'au point du bénéfice de discussion.

Ceci dit, devons-nous conclure, soit de cette disposition, soit des termes de l'article 1216 que nous expli-

quérons plus loin, et dans lequel on pourrait trouver quelque trace de la même assimilation, qu'il n'y ait en réalité au point de vue qui nous occupe aucune différence à établir entre ces deux catégories d'obligés? Je ne le pense point.

Sous quelque modalité rigoureuse qu'il ait été contracté, le cautionnement ne peut jamais être qu'un engagement accessoire, sans quoi il cesserait d'être un cautionnement; et, précisément à cause de ce caractère, la loi nous indique elle-même de nombreuses différences entre les débiteurs et les cautions solidaires.

Ainsi, la caution, même solidaire, ne peut s'engager sous des modalités plus onéreuses que le débiteur principal (art. 2013). Les débiteurs solidaires peuvent être obligés différemment (art. 1201).

Le débiteur solidaire ne peut invoquer l'article 2037 et se prétendre déchargé parce que la subrogation à l'action du créancier n'est plus possible; dans la même circonstance, la caution solidaire sera libérée.

La dette solidaire est présumée contractée dans l'intérêt commun, tandis que l'obligation à laquelle accède une caution même solidaire est réputée dans le seul intérêt du débiteur principal (art. 1213, 1216). La remise faite à la caution ne profite pas au débiteur principal, elle profiterait à des codébiteurs (art. 1287), etc.

La loi ne confond donc pas les cautions et les débiteurs solidaires, et la disposition de l'article 2021, aussi bien que celle de l'article 1216, ne sauraient détruire cette distinction.

Pourquoi, dès lors, enlever à la caution le bénéfice de l'article 1294 qui édicte, d'une manière générale, à l'égard de tous les obligés accessoires, cette règle pro-

tectrice : « La caution peut opposer au créancier la compensation de ce qui est dû au débiteur principal ? » Pourquoi, alors que la compensation s'opère de plein droit et libère immédiatement le débiteur principal, ce qui devrait naturellement éteindre l'obligation accessoire, dirait-on que la caution reste obligée, quand aucun texte ne commande cette solution rigoureuse et dérogatoire au principe fondamental en matière de compensation ? (art. 1290 et 1294). Il faut donc décider qu'à la différence des débiteurs solidaires, qui ne peuvent invoquer la compensation du chef de leur codébiteur quand ce dernier ne l'a pas opposée, la caution solidaire profite de la compensation opérée en faveur du débiteur principal, et, d'une manière générale, qu'elle peut comme une caution ordinaire invoquer les exceptions que pourrait faire valoir le débiteur principal, excepté, bien entendu, celles qui seraient purement personnelles à ce débiteur dans le sens de l'article 2036.

5° CONFUSION.

« Lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, il se fait une confusion de droit qui éteint les deux créances. » Telle est la disposition de l'article 1300 à laquelle fait allusion l'article 1209 réglant les effets de la confusion sur l'obligation solidaire.

Cette réunion de deux qualités opposées sur la même tête se produit en général à la suite d'une succession ; mais elle pourrait évidemment aussi bien résulter d'un testament, d'une donation ou d'un achat de créance ; la règle est la même dans tous les cas : la dette n'est

éteinte que pour la part de celui qui est à la fois créancier et débiteur. Cette disposition, fort sage, était commandée par la nature particulière de l'événement auquel elle s'applique. Le droit romain, nos anciens auteurs et les rédacteurs du Code après eux ont, en effet, reconnu que la confusion est simplement l'impossibilité matérielle, pour celui qui est à la fois débiteur et créancier, d'exécuter l'obligation ; on ne peut être débiteur et créancier de soi-même ; donc, loin d'être analogue au paiement, la confusion lui est précisément opposée ; c'est pourquoi le créancier conserve le droit à l'exécution de l'obligation solidaire, diminuée seulement de la part qu'il doit en supporter comme représentant l'un des débiteurs. Ainsi la confusion ne donne lieu qu'à un moyen personnel.

Il peut arriver que le codébiteur ne soit héritier du créancier ou le créancier héritier de l'un des codébiteurs que pour partie. La règle est toujours la même. La confusion ne s'opère que proportionnellement à la part héréditaire du créancier ou du codébiteur. Si le débiteur n'est, par exemple, héritier que pour moitié, il intentera l'action solidaire contre les autres obligés pour la moitié diminuée de la part qu'il doit personnellement supporter dans cette moitié. Si le créancier n'est héritier du débiteur que pour un tiers, il intentera l'action pour la totalité, moins le tiers de la part que le débiteur décédé devait personnellement. Il serait superflu d'insister sur ces exemples. Il me reste seulement deux observations à présenter.

1° Si parmi les débiteurs solidaires il se trouve un insolvable, la part contributoire s'augmente, et le créancier qui a succédé au débiteur ou le débiteur qui a suc-

cédé au créancier doit supporter sa part des suites de l'insolvabilité.

2° Pour qu'il y ait confusion, il faut supposer que la succession a été acceptée purement et simplement, l'effet du bénéfice d'inventaire étant précisément d'empêcher la confusion des patrimoines et des personnalités juridiques du défunt et de l'héritier.

6° PERTE DE LA CHOSE DUE.

La perte de la chose due fournit évidemment une exception commune (art. 1302, V. p. 257). Si l'objet de la dette périt par la faute ou après la demeure de tous les débiteurs, ceux-ci continuent à être tenus de la valeur de la chose, avec les dommages et intérêts. Si un seul d'entre eux est en faute ou était en demeure, nous savons que seul il est responsable des dommages et intérêts; mais, tous sont tenus du prix de l'objet qui a péri (art. 1205).

7° NULLITÉ OU RESCISION.

La rescision ou la nullité de l'obligation donne lieu à une exception commune lorsqu'elle provient d'une cause inhérente à la dette. Si la cause de nullité est l'incapacité de l'un des débiteurs ou un vice de son consentement, j'ai déjà indiqué (p. 268 et suiv.) comment il naît des exceptions tantôt personnelles, tantôt purement personnelles.

8° CONDITION RÉSOLUTOIRE.

La condition résolutoire donnera naissance à une exception commune ou à une exception purement per-

sonnelle, selon qu'elle affectera l'obligation de tous ou seulement l'obligation d'un seul.

9° PRESCRIPTION.

La prescription fournit évidemment un moyen commun si elle n'a été interrompue contre aucun des codébiteurs. D'ailleurs, suspendue ou interrompue contre un seul, nous savons qu'elle est par là même suspendue ou interrompue contre tous. (V. p. 263.)

Nous avons examiné l'effet des divers modes d'extinction des obligations indiqués par l'article 1234, il nous faut aborder maintenant l'étude de certains événements juridiques dont l'influence sur la dette solidaire est plus ou moins considérable.

10° TRANSACTION. — COMPROMIS.

Si la transaction ou le compromis est favorable aux codébiteurs, ceux-ci peuvent s'en prévaloir, ils sont en effet tous mandataires les uns des autres à l'effet d'améliorer leur commune situation ; mais je ne pense pas que le créancier puisse invoquer contre eux un acte de cette nature. La transaction, le compromis supposent un mandat exprès (art. 1988, 1989), et rien ne lui est plus opposé qu'un mandat tacite de se représenter vis-à-vis du créancier ; la transaction et le compromis ne peuvent donc être opposés par le créancier que pour la part du débiteur qui a compromis ou transigé.

11° SERMENT.

Aux termes de l'article 1365, le serment déféré à l'un des débiteurs solidaires et prêté par lui, profite aux codébiteurs. Nous avons déjà remarqué (p. 215) que cette disposition n'est qu'une conséquence du mandat réciproque que se sont donné les codébiteurs. Il s'agit, bien entendu, d'un serment portant sur la dette et non sur l'existence de la solidarité à l'égard de celui qui le prête.

Ainsi que nous l'avons reconnu précédemment, le serment n'est autre chose qu'une sorte de remise conditionnelle, une espèce de transaction, il suit de là que le serment référé par le débiteur solidaire ou le refus de prêter le serment déféré ne saurait nuire aux codébiteurs. Ces derniers, en effet, n'ont pas été valablement représentés par celui qui expose ou compromet imprudemment leurs intérêts. Nous verrons dans un instant que cette distinction ne s'applique pas en matière de chose jugée. La raison en est claire : si le serment prêté par le débiteur nuit au créancier pour la totalité, c'est qu'il y a lieu d'appliquer la théorie de la remise de la dette ; si le serment refusé ou référé ne lui profite que pour partie, c'est qu'il est manifeste qu'il a été référé ou refusé en dehors de tout mandat.

12° DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE.

Avant d'examiner la question difficile de savoir si un jugement intervenu entre le créancier et l'un des débiteurs produit quelque effet vis-à-vis des codébiteurs solidaires, il importe d'écarter tout d'abord certaines cir-

constances particulières, dont la présence ne pourrait que compliquer la difficulté qu'il nous reste à résoudre.

On convient généralement que si l'affaire a été jugée sur des moyens personnels au débiteur qui plaide, s'il démontre, par exemple, son incapacité au moment où il aurait contracté, le jugement ne peut avoir d'effet que vis-à-vis de lui. Dans tous les cas, quels que soient les moyens employés, les codébiteurs ont toujours, plus tard, le droit de faire valoir des moyens à eux personnels. On appliquera dans ces diverses hypothèses les règles précédemment posées touchant les exceptions personnelles ou purement personnelles. (V. p. 268 et suiv.).

Si le jugement n'est que le résultat d'une collusion frauduleuse, il est permis aux codébiteurs d'y former tierce-opposition (art. 474, C. pr.). S'il n'a été obtenu qu'à la faveur d'un abandon des droits du débiteur ou de son acquiescement, il n'est pas opposable à ceux qui n'ont pas été mis en cause. Enfin, il est évident que si la contestation portait, non sur la dette, mais sur l'existence de la solidarité relativement au défendeur, la décision rendue n'aurait d'effet qu'à son égard.

Ceci dit, la question dans sa plus grande généralité est ainsi posée par M. Demolombe (n^{os} 371 et suiv.) :
« Le débiteur assigné par le créancier a soutenu que
» l'obligation était nulle, parce qu'elle avait une cause
» illicite ou qu'elle était éteinte par le paiement, par la
» prescription, etc., ou par tout autre mode absolu de
» libération *in rem*. La décision judiciaire intervenue
» sur une telle instance aura-t-elle l'autorité de la chose
» jugée pour ou contre les autres codébiteurs ? »

Je fais d'autant plus volontiers cet emprunt à l'illustre jurisconsulte, que la solution qu'il présente n'étant pas, à mon sens, acceptable, au moins d'une manière absolue, je dois tenir, pour la facilité de la discussion, à me placer identiquement sur le même terrain que lui.

Plusieurs systèmes que nous avons indiqués en parlant de la solidarité entre créanciers se retrouvent ici.

1^o Dans l'opinion de MM. Demangeat, Duranton, Colmet de Santerre, etc., le jugement intervenu n'a aucune autorité vis-à-vis des codébiteurs.

Ce système se fonde sur des idées romaines (V. p. 125 et 126). A la différence de ce qui avait lieu pour les *correi promittendi* (L. 42, § 3, *de jurejur.* 12, 2), le jugement rendu en faveur d'un débiteur simplement *in solidum* n'enlevait pas au créancier le droit d'agir contre les autres (L. 52, § 3, *de fidej.* 48, 1). Or, nos débiteurs solidaires ressemblent plus aux débiteurs *simpliciter in solidum* qu'aux *correi promittendi*. L'idée spéciale de l'unité de l'obligation corréale, qui entraîne les effets particuliers d'un jugement en matière de corréalité, ne se rencontre pas en droit français. D'après cela, la chose jugée fournit une exception personnelle et non une exception commune.

2^o Dans le second système on use de distinctions.

Si le jugement est favorable au débiteur, il profite aux autres ; s'il lui est défavorable, il ne leur nuit pas. Tel est le système d'un grand nombre d'auteurs et je crois celui de la jurisprudence. L'obligation de chacun des débiteurs est, quant à eux, multiple, donc, chacun d'eux, en invoquant un moyen de défense commun, ne s'en sert que pour dégager son obligation personnelle ; d'où il faut conclure que, si le plaidant succombe, les

autres n'en peuvent souffrir; le prétendu mandat qu'on invoque contre cette opinion n'a, d'ailleurs, jamais été donné que pour permettre à un codébiteur d'améliorer la condition commune et non pour l'empirer. (Aubry et Reau, Marcadé, Mourlon, etc.).

3° Enfin, dans le système de M. Demolombe et des auteurs qu'il cite, la chose jugée a autorité vis-à-vis de tous les codébiteurs, soit que le plaillant ait gagné, soit qu'il ait perdu.

Bien qu'il soit téméraire de chercher à avoir raison contre tout le monde, il m'est impossible d'accepter dans leur généralité aucune de ces théories; j'en veux faire un rapide examen, montrer en quoi elles pèchent, et cette critique me fournira les éléments d'une solution que je crois préférable.

Supposons un jugement favorable au débiteur défendeur : il a, par exemple, déclaré la dette éteinte. On prétend que ce jugement ne profite pas aux codébiteurs. Mais, dans toutes les dispositions concernant la solidarité nous voyons apparaître une idée tout-à-fait opposée. Le débiteur solidaire est bien mandataire des autres à l'effet de diminuer ou d'éteindre la créance, et, si on laisse de côté la question spéciale de jugement qui nous occupe, il est clair que le débiteur ne fait que son devoir en payant, parce qu'alors il libère tout le monde; il paie tant en son nom qu'au nom des codébiteurs. Pourquoi la libération personnelle par un jugement produit-elle un effet moins étendu que la libération personnelle par le paiement? Comment concilier ces deux idées : pouvoir du débiteur d'agir au nom de tous dans l'intérêt commun, et, inefficacité du jugement obtenu par l'un d'eux dans un but évident d'intérêt commun?

Il est de règle cependant que les actes du mandataire profitent au mandant; or, la source du mandat existe ici, c'est l'intérêt commun (D). Il me paraît donc certain (E) que le créancier ne peut plus discuter avec les autres débiteurs le point précédemment litigieux, sur lequel il a précédemment succombé. Et maintenant, si le débiteur a mandat d'obtenir un jugement favorable, c'est donc qu'il a mandat de plaider; il n'y a pas de distinction possible. Ainsi que nous l'avons déjà constaté, pour représenter une personne dans un procès, il faut avoir reçu d'elle mandat de courir les chances bonnes ou mauvaises d'une lutte judiciaire.

Qu'on remarque, d'ailleurs, qu'elle est l'injustice du système de la jurisprudence à l'égard du créancier. La solidarité des débiteurs est évidemment stipulée par lui, pour son plus grand avantage, et il se trouve qu'on la fait précisément tourner à son détriment. La solidarité semblait organisée pour permettre au créancier des poursuites contre un seul assurant ses droits contre tous; elle paraissait éviter les procédures multiples, les frais répétés, les chances diverses; pas du tout, si le créancier a perdu, tout est fini, il est complètement déchu de ses droits; s'il gagne, c'est un mince succès, puisqu'il sera forcé de recommencer autant de fois qu'il existe de codébiteurs. Est-il rien de plus contraire à l'idée de la solidarité?

Mais, dit-on, le débiteur n'a pas mandat de compromettre les droits des codébiteurs et de les exposer témérairement dans une instance qu'il n'est peut-être pas

(D). 1200, 1203; 1206, 1207, 1208, 2249, etc.

(E). On pourrait encore trouver un argument d'analogie en faveur de cette opinion dans la disposition de l'article 1285.

assez fort pour soutenir seul. C'est là qu'est l'erreur ; il n'y a ni faute ni imprudence de la part du plaidant ; il ne fait qu'user de son droit. N'est-ce pas la loi qui donne au créancier le droit de poursuivre pour le tout celui des débiteurs qu'il lui convient de choisir ? et ce débiteur élu n'est-il pas forcé de se défendre s'il croit avoir raison ? Et, qui dit poursuite pour le tout et défense pour le tout, dit également jugement pour le tout. Donc, de par la loi elle-même, le débiteur a le droit de plaider tant en son nom qu'au nom de ses collègues.

Ajoutons à ces considérations une remarque de M. Rodière (N° 105) :

« Si les codébiteurs qui n'ont pas figuré dans le jugement ne pouvaient s'en prévaloir, il faudrait nécessairement, en cas de succombance de leur part, leur accorder un recours pour sa part virile contre le débiteur précédemment relaxé, ce qui serait manifestement attenter à la chose jugée au profit de celui-ci, ou bien, décider qu'ils ne sont tenus que déduction faite de la part du codébiteur précédemment relaxé, ce qui serait briser un lien que jamais les parties n'avaient annoncé vouloir rompre. »

J'arrive ainsi au système de M. Rodière lui-même, adopté en partie par M. Demolombe. Le premier de ces deux jurisconsultes semble établir sa théorie sur ces deux idées :

1° Le débiteur a invoqué un moyen commun de libération ;

2° Les moyens communs profitent à tous.

Il est manifeste que raisonner ainsi c'est commettre une grave méprise. La difficulté est précisément de sa-

voir si la chose jugée fournit ou non une exception commune. Puisque la libération est contestée, ce n'est pas la libération sans doute qu'on invoque, mais le jugement qui la constate. Ce jugement est-il ou non profitable aux autres ? c'est la question.

M. Demolombe ne commet point cette faute de donner un mauvais argument en faveur d'une bonne cause ; il repousse également la seconde partie du système de M. Rodière, d'après lequel les codébiteurs pourraient recommencer le procès contre le créancier gagnant, en présentant des moyens nouveaux, non invoqués par le défendeur primitif. Si les débiteurs ont tous été représentés par le plaidant, il est clair qu'ils ne peuvent pas plus recommencer l'action que le défendeur condamné, alors même qu'ils prétendraient avoir de nouveaux moyens à présenter.

Mais le système de l'éminent doyen de la Faculté de Caen est-il bien à l'abri de toute critique ?

Je comprends parfaitement qu'en présence des dispositions nombreuses où l'on voit l'obligation solidaire donnant naissance à un mandat, on soit amené à penser que les débiteurs solidaires sont représentés valablement par un seul d'entre eux, même pour un jugement ; mais encore faut-il que l'obligation, source du mandat, existe ; bien plus, il est nécessaire qu'elle existe d'une façon incontestée. L'article 1206, par exemple, parlant de l'interruption de la prescription, suppose évidemment que l'existence de l'obligation solidaire est établie, ce n'est que dans l'hypothèse où une dette a pris naissance qu'il est utile de savoir si elle a été prescrite ou non. Je dirai la même chose de l'article 1207 (dont le seul but, d'ailleurs, est de diminuer les frais de

poursuites), il présuppose l'existence de la dette solidaire.

Donc, si l'existence de l'obligation solidaire est contestée, si le débiteur soutient qu'elle est nulle faute de cause, ou parce qu'elle a une cause illicite, etc., ou par tout autre motif, les fondements de notre théorie s'écroulent, et nous ne pouvons plus dire, en raisonnant par analogie des autres dispositions de la loi, que le défendeur puisse représenter ses codébiteurs solidaires dans une semblable instance.

Telle est l'idée qui se présente d'abord à l'esprit. Mais il est facile d'aller plus loin en démontrant directement, d'après les principes qui gouvernent l'autorité de la chose jugée, que la représentation des codébiteurs par un seul d'entre eux est, en pareil cas, manifestement impossible. Le procès étant engagé sur l'existence ou la nullité de la dette, il intervient un jugement : de deux choses l'une, l'obligation est déclarée nulle ou existant valablement.

Dans le premier cas, le jugement ne profite pas aux codébiteurs. Il me paraît évident que le défendeur ne peut pas prétendre être le mandataire des autres débiteurs pour obtenir un jugement qui déclare précisément qu'il n'y a aucun lien, aucun mandat, entre eux et lui. De même, les codébiteurs ne peuvent prétendre avoir été représentés en vertu d'un soi-disant mandat qui, aux termes du jugement, n'a jamais existé.

Dans le second cas, le jugement ne nuit pas aux codébiteurs. En effet, le créancier ne peut argumenter de l'existence de l'obligation solidaire pour prétendre qu'il y a eu mandat donné au défendeur de représenter les codébiteurs dans l'instance, parce qu'il se verrait forcé

d'argumenter du mandat pour établir que les codébiteurs ont été représentés au jugement qui constate l'obligation ; et qu'il est impossible d'admettre un pareil raisonnement.

Done, quand l'existence de la dette est en question, l'existence du mandat lui-même étant contestée, on ne peut pas plus partir de l'idée de mandat pour établir la dette, que de l'idée de dette pour établir le mandat. Et M. Demolombe (n° 369) a beau s'écrier : « Eh bien » non, nous ne commettons pas cette pétition de principes. » Je n'en persisterai pas moins, jusqu'à nouvel ordre, dans cette opinion : qu'une instance engagée sur l'existence de la dette a le même effet qu'une instance engagée sur l'existence de la solidarité par rapport au défendeur, et que le jugement est opposable ou profitable au seul débiteur qui a plaidé.

En un mot, et pour résumer cette longue discussion, puisque le défendeur a opposé un moyen commun, *in rem*, c'est qu'il soutient que la dette est nulle ou éteinte.

Si le jugement porte sur la nullité de l'obligation, le débiteur ne représente pas les autres débiteurs ; ceci me paraît démontré. Si au contraire le jugement porte sur l'extinction ou la non-extinction de la dette, j'incline à penser qu'il profite ou nuit, selon les cas, à tous les codébiteurs non mis en cause.

Dans le cas où le défendeur peut valablement représenter les codébiteurs, il faut admettre qu'il les représente d'une façon complète, depuis le premier acte de procédure jusqu'au dernier. Ainsi, la signification du jugement contradictoire au débiteur condamné fait courir les délais d'appel contre tous. La signification à avoué

du jugement par défaut, faute de conclure, fait courir contre tous les délais d'opposition. Enfin, si le défaut est faute de comparaître, l'exécution dans les six mois du jugement contre le défaillant ferme tous les délais d'opposition et empêche la péremption vis-à-vis de tous (F). En effet, la situation est la même que si tous les débiteurs ayant été assignés et condamnés par défaut, le jugement avait été exécuté contre un seul d'entre eux dans les six mois. Ce jugement constitue un titre parfait tant qu'il n'y a pas été formé opposition. Il a seulement besoin d'être conservé par des actes d'exécution dans un délai déterminé; or, il est dans l'esprit de la loi qu'un débiteur solidaire représente ses codébiteurs, quand il s'agit seulement pour le créancier de conserver son droit contre tous, sans répétition inutile de procédures et de frais.

SECTION IV

Extinction de la solidarité.

Nous avons examiné quelle est sur la dette solidaire l'influence des circonstances par l'effet desquelles l'obligation elle-même se trouve éteinte ou amoindrie. Il va sans dire que l'obligation disparaissant, la solidarité dis-

(F) Si des codébiteurs solidaires ayant le droit d'opposer des exceptions personnelles, ou plus généralement ne se représentant pas réciproquement dans l'instance, ont tous été mis en cause par le créancier, et qu'il intervienne un jugement contradictoire contre les uns et par défaut faute de comparaître contre les autres, le défaut d'exécution du jugement, dans les six mois, contre les défaillants, entraîne la péremption; bien que la condamnation contradictoire, prononcée contre quelques-uns des débiteurs, ait suffi pour interrompre la prescription de la dette envers tous. (Demolombe, n° 365).

paraît avec elle. Mais le lien particulièrement énergique de la solidarité peut être brisé, l'obligation primitive demeurant intacte. Cet événement, le seul dont nous ayons à parler dans cette section, prend le nom de remise de la solidarité.

La remise de la solidarité est absolue ou relative.

Dans le premier cas, le créancier faisant abandon des droits spéciaux que lui conférait, vis-à-vis de tous, la modalité particulière de l'obligation contractée, cette dernière rentre dans la classe générale des obligations conjointes. Elle se divise de plein droit entre les débiteurs ; à bien parler, il y a désormais autant de dettes distinctes que d'obligés. Les règles que nous avons exposées touchant l'interruption de la prescription, la demande d'intérêts, etc., ne trouvent plus leur application parce que la société est dissoute, le mandat s'est évanoui.

Si la remise n'est que relative, le débiteur auquel elle a été accordée n'est plus, à l'égard des autres, qu'un simple débiteur conjoint. Il n'est plus tenu vis-à-vis du créancier que pour sa part, les codébiteurs demeurant obligés à la totalité de la dette diminuée de la part du créancier favorisé (art. 1210). A la différence de ce qui a lieu pour la remise de la dette (art. 1285), la remise de la solidarité accordée, même sans réserves, à l'un des débiteurs n'a point d'effet général ; le projet du Code consacrait, il est vrai, une opinion contraire, mais le législateur mieux inspiré a préféré suivre ici la théorie romaine sur le pacte de remise et respecter le vieil adage : *Nemo donare præsumitur*. Ainsi, la libéralité du créancier est purement personnelle à celui qu'il favorise.

Je n'ai rien à dire de particulier sur la remise absolue de la solidarité, les conséquences en sont si simples que

la loi n'en parle même pas ; mais, nous devons examiner de plus près l'hypothèse d'une remise relative.

Elle peut être expresse ou tacite :

1° « Le créancier qui consent à la division de la » dette, dit l'article 1210, conserve son action solidaire » contre les autres, mais sous la déduction de la part » du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité. »

La disposition finale de cet article se comprend facilement dans la pratique. La plupart du temps, en effet, le créancier ne déchargera l'un des débiteurs de la solidarité que parce qu'il en aura reçu un paiement partiel égal à sa part. Il prendra volontiers vis-à-vis de lui l'engagement de ne pas le poursuivre pour l'excédant et, dans ce cas, il est naturel qu'il ne conserve l'action contre les autres que dans la limite de ce qui lui est encore dû.

Mais, il peut se faire que, dans un sentiment de bienveillance, le créancier consente cette remise sans avoir rien reçu. Dans cette hypothèse, est-il bien juste de restreindre son action contre les codébiteurs et de ne la lui accorder que diminuée de la part de celui qu'il a favorisé ?

Plusieurs auteurs (c) ont écrit que non ; et, malgré le texte formel de l'article 1210, ils refusent d'en appliquer la disposition parce qu'elle n'a plus, disent-ils, de raison d'être. La convention intervenue entre le créancier et l'un des débiteurs, dit-on dans cette opinion, est close indifférente aux codébiteurs. Que le créancier ait fait ou non une remise de la solidarité, leur situation n'est pas changée, puisque dans tous les cas ils conservent le

(c). Delvincourt, Duranton, etc. — Aubry et Rau, t. 3, § 208, note 52.

recours pour la part du débiteur déchargé; il est vrai que ce dernier est assuré de n'avoir pas à faire l'avance du total de la dette, mais, le créancier était toujours libre de lui accorder cet avantage sans qu'il fût besoin d'aucune convention, puisqu'il a le droit de poursuivre les autres débiteurs pour le total sans rien demander à celui qu'il veut favoriser.

Ce raisonnement ne me paraît pas démonstratif. Oui, sans doute, le créancier est libre d'arrêter son choix sur qui il lui plaît, et c'est précisément pour cela que sa situation est modifiée, s'il s'engage vis-à-vis de l'un des débiteurs à ne pas réclamer le total de la dette. Dans le premier cas, il peut changer d'avis, dans le second, ce n'est plus possible; et s'il n'existe que deux débiteurs solidaires, n'est-il pas évident que, d'après le système opposé, celui qui n'a pas été déchargé de la solidarité serait fatalement obligé de faire l'avance du total? Le créancier préférerait évidemment lui demander un paiement intégral, plutôt que de fractionner son action en l'intendant contre chacun d'eux pour une part virile.

C'est à cet inconvénient que remédie la disposition finale de l'article 1210; elle ne mérite donc pas le reproche d'inutilité qu'on lui adresse. Il y aurait aggravation de la position des codébiteurs, par suite de la remise de la solidarité faite à l'un d'eux, sans la règle protectrice de l'article 1210, et cette considération me détermine à penser que cette règle ne peut être éludée même par une convention expresse; en effet, une convention intervenue entre le créancier et l'un des débiteurs ne peut pas nuire aux codébiteurs; si donc le créancier avait fait dépendre le sort de la remise qu'il est dans l'intention de consentir de la conservation de son ac-

tion pour le total contre les codébiteurs, il faudrait décider qu'il n'y a là qu'une remise conditionnelle dépendant de la bonne volonté des codébiteurs peu favorisés (11).

2° La renonciation tacite aux droits que donne la solidarité stipulée produit évidemment les mêmes effets qu'une renonciation expresse ; mais, il est clair aussi qu'elle ne pourra être induite que de certaines circonstances particulièrement sérieuses, ne laissant aucun doute sur la volonté présumée du créancier : *Nemo donare præsumitur*. Les articles 1211 et 1212 font l'application de ce principe et mentionnent quatre cas de remise tacite.

Aux termes de l'article 1211.

« Le créancier qui reçoit divisément la part de l'un
» des débiteurs sans réserver dans la quittance la solidarité, ou ses droits en général, ne renonce à la solidarité qu'à l'égard de ce débiteur.

» Le créancier n'est pas censé remettre la solidarité
» au débiteur lorsqu'il reçoit de lui une somme égale à
» la portion dont il est tenu, si la quittance ne porte
» pas que c'est pour sa part.

» Il en est de même de la simple demande formée
» contre l'un des débiteurs pour sa part si celui-ci n'a
» pas acquiescé à la demande ou s'il n'est pas intervenu
» un jugement de condamnation. »

A — Recevoir divisément la part du débiteur dans le sens de l'article 1211 c'est faire deux choses :

1° Recevoir une somme égale au montant de la part du débiteur.

(11). Colmet de Santerre, Mourlon, Valette, etc.

2° Donner quittance portant que c'est pour la part du débiteur.

Cette seconde condition est essentielle, car, il est évident que le créancier a le droit d'accepter d'un débiteur même solidaire un paiement partiel, un à-compte, sans que l'on puisse induire de ce simple fait une renonciation au droit de solidarité pour le total. Mais, je ne pense point comme M. Demolombe (n° 470) que la première condition doive être aussi strictement observée ; j'admettrais comme indiquant décharge de la solidarité une quittance portant que le créancier a reçu tant comme à-compte sur la part du débiteur, et ce ne serait, je crois, sortir ni de l'esprit ni du texte de la loi qui a parlé de *eo quod plerumque fit*, sans édicter une règle invariable (1).

Bien que la part du débiteur ait été reçue divisément, il va sans dire que la présomption de la loi tomberait encore devant la manifestation claire de la volonté du créancier qui déclarerait réserver tous ses droits ; car son droit est de demander le total au débiteur sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division (art. 1203).

B — La remise de la solidarité peut également résulter d'une demande en justice, non pas seulement pour telle somme qui se trouverait égale à la part du débiteur, mais bien pour cette part elle-même, de façon qu'il n'y ait point de doute sur l'intention du créancier. Il faut donc que le créancier ait, dans l'assignation :

1° Demandé la somme due par le défendeur ;

(1). V. Laromblère, t. 2, art. 1211, n° 5.

2° Dit que cette somme est pour sa part ; et qu'il n'ait point fait de réserves touchant la conservation de ses droits.

Il est de principe que tant qu'une offre n'a pas été acceptée elle peut être rétractée ; donc, jusqu'au jour de l'acquiescement du débiteur ou de jugement, le créancier est maître de retirer l'offre de remise qu'il a produite. On s'est demandé s'il est indispensable, pour que le jugement produise l'effet d'une acceptation de la part du débiteur, qu'il ait acquis force de chose jugée ; je ne le pense point. Les voies d'appel ou d'opposition ne sont ouvertes qu'à ceux qui ont succombé et par conséquent, dans notre hypothèse, au seul débiteur ; le créancier est lié par le quasi-contrat judiciaire, il ne peut retirer son offre, à moins que le débiteur ne lui rende sa liberté en faisant tomber par un moyen quelconque le jugement prononcé contre lui.

L'article 1212 nous indique deux autres cas de remise tacite, l'une pour les arrérages, l'autre pour le capital :
« Le créancier qui reçoit divisément et sans réserves
» la portion de l'un des codébiteurs dans les arrérages
» ou intérêts de la dette, ne perd la solidarité que pour
» les arrérages ou intérêts échus et non pour ceux à
» échoir, ni pour le capital, à moins que le paiement
» divisé n'ait été continué pendant dix ans consécutifs. »

C — Le débiteur solidaire d'une rente ou d'un capital produisant intérêt peut donc se prévaloir de la remise de la solidarité concernant les arrérages ou les intérêts si, les ayant payés au créancier, il a retiré une quittance portant que c'est pour sa part. Ce n'est qu'une applica-

tien particulière de l'article 1211 et du premier cas dont nous avons parlé. Il suit de là que la présomption de remise ne s'applique qu'aux intérêts échus et non à ceux à échoir et, parmi les intérêts échus, qu'à ceux pour lesquels, une quittance, portant les mots « pour sa part » ou d'autres équivalents, aurait été fournie par le créancier.

D — Cependant, si cette division des intérêts ou des arrérages a duré un certain laps de temps, il est de plus en plus probable que le créancier renonce à l'avenir à la solidarité vis-à-vis de ce débiteur dont il accepte constamment des paiements divisés. Telle était l'opinion de Pothier (n° 279) ; ce jurisconsulte exigeait que la division des paiements eût duré tout le temps nécessaire à la prescription, c'est-à-dire trente ans, le Code ne demande que dix années consécutives ; et, tandis que dans l'ancien droit la remise de la solidarité n'était présumée que pour les intérêts, elle s'étend aujourd'hui au capital lui-même.

Les termes de la disposition finale de l'article 1212 indiquent nettement qu'il ne suffirait pas d'une seule quittance embrassant, pour la dette d'intérêts payés, un espace de temps même supérieur à dix années. Il faut une certaine continuité de paiements ; mais, combien en faut-il ? N'est-il besoin que de trois quittances, comme le dit M. Demolombe (n° 491) ? ou de cinq ou de dix comme le veulent MM. Toullier, Larombière, etc. ?

Je ne pense pas qu'il soit nécessaire de produire autant de quittances que d'années. Que veut la loi ? Que les paiements divisés aient été continués pendant dix ans consécutifs ; non pas que, pendant dix ans, il y ait eu, à chaque échéance, un paiement divisé ; mais bien,

qu'entre deux paiements divisés, distants l'un de l'autre de dix années, il ne soit pas intervenu un seul paiement non divisé. Pour qu'il y ait continuité des paiements il faut en supposer au moins trois; le premier marque le point de départ de la période pendant laquelle le créancier accepte des paiements divisés, le dernier ferme cette période, il est nécessaire et suffisant qu'elle ait duré dix ans sans qu'il soit besoin de plusieurs paiements et à plus forte raison de huit paiements dans l'intervalle.

Cette idée se confirme si l'on veut bien regarder le côté pratique de l'article 1212. Il me paraît certain que si le créancier reste dix ans sans toucher d'intérêts de son débiteur solidaire, il aura bien soin de conserver tous ses droits dans sa quittance, et n'ira pas, en face d'un mauvais payeur, négliger et compromettre la sûreté qu'il trouve dans l'engagement des autres pour la part qu'il doit craindre de perdre. En conséquence, on ne doit pas présumer qu'averti il aille par inattention recevoir divisément les intérêts arriérés. La difficulté que l'on a soulevée n'a donc aucun intérêt pratique, parce l'article 1212 ne trouvera d'application que dans le cas d'un bon débiteur, qui n'inspire aucune crainte au créancier et paie régulièrement.

Il est à peine besoin de faire remarquer en terminant que la remise tacite, absolument comme la remise expresse de la solidarité, n'enlève pas au créancier le droit d'agir solidairement contre les autres débiteurs, il est seulement obligé de déduire de sa demande la part du débiteur déchargé.

SECTION V

Effets de la solidarité passive entre les débiteurs

— *Recours.*

Le recours du codébiteur solidaire qui a payé contre ceux qu'il a libérés ne pouvait être répudié dans notre droit sans blesser violemment les idées d'équité qui dominent en général dans nos institutions. Si à Rome il fallut bien du temps pour briser les entraves des principes stricts sur lesquels s'appuyait le droit des obligations, on n'avait plus besoin aujourd'hui, dans une législation qui a bénéficié de tous les progrès des civilisations précédentes, de ces fictions laborieusement imaginées pour mettre d'accord la stricte raison et la véritable justice.

Dans notre ancienne jurisprudence, on admettait sans contestations le recours entre codébiteurs solidaires, il ne s'agissait donc plus que d'édicter une règle générale; c'est ce qu'ont établi nos législateurs dans les art. 1213 et 1251; en même temps, ils ont fait disparaître toutes les difficultés du droit romain sur l'action récursoire. « L'obligation contractée solidairement envers le créancier se divise de plein droit entre les codébiteurs qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion, » telle est la disposition de l'article 1213. Ainsi, dans notre droit, les codébiteurs solidaires sont réputés associés. Pour le créancier, la présomption est qu'ils sont associés avec parts égales; ceci me semble résulter naturellement de l'article 1213 combiné avec l'article 1863 dans lequel il est dit : « Les associés sont » sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont

» contracté chacun pour une somme et part égale, etc. » Donc, vis-à-vis du créancier, la présomption de société avec parts égales résulte de ce seul fait que l'acte emportant solidarité n'a pas indiqué une division différente de la dette ; cette présomption, conséquence de l'acte d'obligation, ne saurait être détruite, ainsi que je l'ai fait remarquer ailleurs, par une simple preuve testimoniale. (V. p. 237).

Quand je dis que, vis-à-vis du créancier, les codébiteurs solidaires sont réputés associés pour parts égales, c'est sous le bénéfice de cette observation souvent répétée, que le créancier a toujours le droit de considérer chacun des codébiteurs comme responsable de la totalité de la dette. Il n'y a lieu d'appliquer la présomption de la division égale que dans le seul cas où, le créancier ayant traité avec l'un des débiteurs pour sa part, il devient intéressant de rechercher quelle est l'étendue présumée de cette part, (j). En dehors de l'hypothèse où le créancier veut bien ne considérer l'un des débiteurs que comme responsable de la part qu'il doit définitivement supporter dans la dette, l'obligation au total vis-à-vis du créancier est la loi de chacun des débiteurs, quand bien même la responsabilité définitive devrait retomber sur un seul d'entre eux.

C'est ce que dit expressément l'article 1216 :

« Si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée » solidairement ne concernait que l'un des coobligés » solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs qui ne seraient considérés » par rapport à lui que comme ses cautions. » De cette

(j). Par exemple dans les hypothèses prévues par les articles 1209, 1210, 1211, 1214.

disposition, nous devons rapprocher l'observation suivante du Tribonat, destinée à prévenir toute espèce de doute sur le véritable sens dans lequel elle doit être interprétée. « Ce n'est que par rapport à celui pour » lequel la dette a été contractée solidairement que » les autres codébiteurs solidaires sont considérés » comme cautions. Par rapport au créancier, tous sans » aucune distinction sont débiteurs principaux et » obligés comme tels. » (κ).

Entre les débiteurs et vis-à-vis de chacun d'eux, la division de la dette doit équitablement s'opérer suivant la part d'intérêt que chacun y avait. Cette division s'établit par un recours de celui qui a payé contre les autres.

Quel sera le moyen de mettre en action ce droit de recours ?

Pothier nous dit que l'action appartenant au débiteur qui a payé sera tantôt l'action *pro socio*, tantôt l'action *mandati*, tantôt une action *utilis negotiorum gestorum*.

En général, ce sera l'action de société : par exemple, pour plusieurs acheteurs qui devraient le prix solidairement ; mais, s'il s'agit d'une donation, comme on ne s'associe que *lucris querendi causa*, l'action de société n'ayant pas de base, on la remplace par l'action du mandat. S'il s'agit d'un délit commis par plusieurs, il n'y a plus ni société ni mandat, *nec enim ulla societas maleficiorum, nec societas nec mandatum*. Mais, l'équité s'oppose à ce que les codébiteurs coupables profitent au détriment de celui qui a payé ; ce dernier a libéré les

(κ). Loaré, t. 12, p. 271.

autres, il a donc fait leur affaire, on lui accorde une action *utilis negotiorum gestorum* (L.).

Voilà ce que nous dit Pothier touchant l'action personnelle qui naît du chef de celui des codébiteurs qui a payé. Il a de plus, ajoute le grand jurisconsulte (n° 280) le droit de se faire céder les actions du créancier contre ses codébiteurs. Il est censé n'éteindre la dette que pour la part qu'il est tenu de payer seul, sans recours ; pour le surplus de la dette : *creditor non in solutum accepit sed quodammodo nomen creditoris vendidit* (L. 36, de fidej.).

Telle est la théorie de l'ancienne jurisprudence. Doit-on, dans notre droit, admettre également au profit du débiteur qui a payé deux actions différentes dans leur origine ? L'une personnelle, prenant naissance du chef de ce débiteur, l'autre acquise par subrogation et qui ne serait que l'action du créancier ?

Un parti considérable s'y refuse (M), mais la majorité des auteurs professe une opinion contraire et je me range de leur côté. Il me paraît difficile d'admettre qu'une théorie qui, venant du droit romain, est demeurée avec le même nom et à notre point de vue avec les mêmes effets dans notre ancien droit (Pothier, nos 519, 522, 560) ait complètement changé de sens dans nos lois, alors qu'aucune disposition n'indique que le

(L). J'ai essayé de démontrer qu'en droit romain on n'accordait pas l'action *utilis negotiorum gestorum* à celui qui, sans le vouloir, avait fait l'affaire d'autrui (V p. 161 et suiv.) — Si la solidarité avait pris naissance dans un délit commun, nous savons qu'il n'y avait pas d'action recursaire. (V. p. 173).

(M). Delvincourt, II, 559, Toullier, IV, n° 110, Duvergier, Championnière et Rigaud. — *Contra* : Mourlon, Colmet de Santerre, Zachariæ Aubry et Reau, Larombière.

législateur ait voulu abandonner les idées si clairement et si manifestement exprimées par les Romains, par nos anciens jurisconsultes, qu'il reproduit lui-même dans des termes presque identiques (N). Indépendamment des conséquences à mon avis inacceptables qu'entraînerait la doctrine opposée, je ne pense pas que la subrogation soit simplement chez nous un mode de recouvrement d'une créance préexistante ; et, spécialement, au point de vue du débiteur qui a payé, je décompose en deux actions distinctes le recours qui lui est accordé par la loi :

1° Action de mandat, ou de société naissant de son chef ;

2° Action du créancier, avec toutes les suretés particulières dont elle pouvait être munie, dans laquelle il est légalement subrogé, d'après l'article 1251, 3°.

Selon qu'il agira par l'une ou l'autre de ces deux actions, il aura tel ou tel avantage. Par l'action subrogée, il jouit des sûretés spéciales qui assurent le paiement, par l'action de mandat il a droit aux intérêts de ses déboursés à partir du jour où il a payé. (Art. 2001).

Si le débiteur poursuit ses coobligés par l'action personnelle, il est évident qu'il ne peut demander à chacun d'eux que la part dont il est redevable, puisque, de chacun d'eux, il n'a reçu mandat que pour cette part. Mais, s'il use de l'action du créancier, ne peut-il pas agir solidairement ?

(N). L'ordonnance de 1609 reproduite par Pothier dit expressément que le subrogé acquiert les *droits, actions, privilèges, hypothèques* du créancier ; en un mot la *créance elle-même* avec tous les droits qui en dépendent. L'article 1250 1° se sert de termes identiques ; la subrogation, dit-il, investit le subrogé des *droits, actions, privilèges et hypothèques* de l'ancien créancier.

Dans l'opinion citée plus haut, il est clair que la réponse doit être nécessairement négative, puisque, selon elle, la subrogation n'a d'autre base que l'action personnelle, à laquelle elle confère seulement les accessoires de la créance primitive.

Pothier et les rédacteurs du Code après lui ont cependant vu là une difficulté qu'ils ont cru devoir trancher d'une manière expresse. Bien que Pothier vit dans l'action subrogée la véritable action du créancier, il admettait que le recours ne devait pas s'exercer solidairement, mais, par un motif d'utilité, pour éviter les circuits d'actions. « Celui de mes codébiteurs, dit-il, à qui » j'aurais fait payer le total de la créance, ma part dé- » duite, aurait droit, en payant, d'être pareillement subrogé aux droits du créancier, sous la déduction de la » part dont il est lui-même tenu ; et, en vertu de cette » subrogation, il aurait droit d'exiger de moi, sous la » déduction de sa part, ce qu'il m'aurait payé, puisque » je suis tenu moi-même de la solidarité. » (N° 281).

Cette raison ne serait pas suffisante dans notre droit où il est dit que la subrogation ne nuit pas au subrogeant ; il résulte, en effet, de cette règle, que le débiteur recevant d'un autre codébiteur le paiement de ce qu'il a déboursé, et le subrogeant à son tour dans l'action qu'il tenait du créancier, ne peut redouter du subrogé aucun recours par l'action cédée. Le législateur, en consacrant dans l'article 1214 la doctrine de l'ancienne jurisprudence, s'est donc inspiré d'une autre considération. Les codébiteurs solidaires sont garants les uns des autres, il est, par conséquent, inadmissible que l'un d'eux puisse poursuivre chacun des autres pour une portion plus forte que sa part, puisqu'alors il serait tenu

de l'indemniser. Cette idée si naturelle est celle que nous trouvons consacrée toutes les fois qu'il s'agit de plusieurs personnes se devant une mutuelle garantie. (Art. 875).

D'après cette analyse, il est facile de conclure que la garantie réciproque et la règle qu'elle engendre existeraient aussi bien dans l'hypothèse d'une subrogation conventionnelle expressément consentie par le créancier ; ce dernier ne pourrait conférer au débiteur plus de droits que ne lui en accorde l'article 1214. Mais il faudrait accorder au débiteur la faculté d'agir solidairement contre ses codébiteurs si, au lieu d'un simple paiement avec subrogation, il y avait eu une véritable vente ou cession de la créance. Il y aurait lieu d'appliquer les principes de la confusion et la règle de l'article 1209 ; dans ce cas, la dette n'est éteinte que pour la part de celui sur la tête duquel s'est opérée la confusion.

Il résulte de la garantie que se doivent réciproquement les débiteurs, que si l'un d'eux devient insolvable, son insolvabilité se répartit contributoirement entre tous les autres solvables, y compris le poursuivant. Je pense même que cette insolvabilité retomberait uniquement sur ce dernier, si elle était postérieure au paiement ; en effet, à l'instant du paiement, tous les débiteurs ont été libérés vis-à-vis du créancier, et la part que chacun d'eux doit à celui qui les a libérés, s'est trouvée fixée définitivement.

Telles sont les dispositions de l'article 1214 : « Le » Le codébiteur d'une dette solidaire qui l'a payé en » entier ne peut répéter contre les autres que les parts » et portions de chacun d'eux, si l'un d'eux se trouve

» insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité se
» répartit par contribution entre tous les codébiteurs
» solvables et celui qui a fait le paiement. »

Quand la loi parle du codébiteur qui aurait payé la dette en entier, c'est qu'elle pense, qu'en général, le créancier usera de son droit (art. 1200) et exigera le paiement du total ; mais il faut admettre également que si le créancier avait accepté de l'un des débiteurs un paiement partiel, ce dernier aurait l'action récursoire dans la limite de ce qu'il aurait déboursé. Il est à peine besoin de remarquer que si les parts des coobligés dans l'obligation sont inégales, c'est proportionnellement à ces parts que se répartit le fardeau de l'insolvabilité comme celui de la dette.

Disons enfin, en terminant, que si, par suite de la négligence ou de la faute du débiteur, le paiement qu'il a effectué ne profite pas à ses codébiteurs, ne tourne pas à leur libération (art. 2031), on doit appliquer les principes généraux des articles 1382 et 1383 et lui refuser toute espèce de recours.

Le fardeau de l'insolvabilité de l'un des débiteurs doit être contributoirement réparti entre tous les autres, même entre ceux que le créancier aurait déchargés de solidarité.

C'est ce que disait l'orateur du gouvernement dans l'exposé des motifs : « Le codébiteur déchargé a dû
» compter qu'il lui restait encore une obligation à rem-
» plir à l'égard de ses codébiteurs en cas d'insolvabilité
» de quelques-uns d'entre eux. »

Cette idée est consacrée dans l'article 1215 : « Dans
» le cas où le créancier a renoncé à l'action solidaire
» envers l'un des débiteurs, si l'un ou plusieurs des

» autres codébiteurs deviennent insolvable, la portion
» des insolvable sera contributoirement réparti entre
» tous les débiteurs, même entre ceux précédemment
» déchargés de la solidarité par le créancier. »

Le texte de la loi est formel, et d'après le passage de l'exposé des motifs cité plus haut, l'esprit n'en paraît pas moins évident. L'opinion de l'ancienne jurisprudence (Pothier, n° 275), d'après laquelle la perte provenant de l'insolvabilité de l'un des débiteurs devait retomber sur le créancier plutôt que sur ceux qu'il aurait déchargés de la solidarité, est abandonnée; puisque, selon les propres expressions du législateur, la dette est *répartie* entre tous les codébiteurs solvables.

Une convention contraire serait évidemment permise, puisqu'elle ne contiendrait rien d'illicite, mais elle devrait être expressément stipulée; dans le doute, le créancier qui décharge un débiteur de la solidarité est présumé lui laisser la responsabilité de ce qui pourra arriver par la suite, et spécialement de l'insolvabilité future des codébiteurs.

Ainsi, malgré la rigueur de cette solution qui, dans les cas extrêmes, par exemple si tous les codébiteurs, hormis le débiteur déchargé de la solidarité, deviennent insolvable, conduit, je le reconnais, à permettre au créancier de demander le total de la dette à celui-là même auquel il a fait remise, il faut cependant la regarder comme seule bonne, parce qu'elle est impérieusement commandée par le texte formel de l'article 1215, lequel, d'ailleurs, n'est qu'une application particulière de la maxime que les libéralités ne se supposent point. J'y apporterai cependant un tempérament. Il me paraît juste que, si le créancier, au moment où il a consenti la

remise de la solidarité, connaissait l'état d'insolvabilité de l'un ou de plusieurs des codébiteurs solidaires, on puisse considérer qu'il a entendu affranchir celui qu'il veut favoriser de tout recours de ce chef. Dans ce cas, par interprétation de la volonté du créancier, le débiteur pourrait faire retomber sur lui les insolvabilités dont il avait connaissance.

Il me reste, pour terminer ce que j'ai à dire du recours en général, à examiner une question que la loi n'a pas résolue d'une manière explicite. On sait que, dans certains cas, la caution peut agir contre le débiteur principal même avant d'avoir payé. Ceci résulte de l'art. 2032 du Code civil. Cette faveur est-elle accordée aux débiteurs solidaires ?

Suivant M. Rodière (n° 131), l'affirmative ne ferait point de doute. L'opinion de cet auteur se fonde toujours sur cette idée, bien souvent émise dans son traité, que les débiteurs solidaires ne sont que des cautions relativement aux parts de dette de leurs codébiteurs ; non moins souvent, nous avons eu occasion de proclamer que, vis-à-vis du créancier, chacun des débiteurs s'est engagé *principaliter, in solidum*, ce qui amène des conséquences différentes.

Aux termes même du mandat tacite qu'ils se sont donné, les codébiteurs solidaires conviennent que chacun d'eux pourra être contraint de faire l'avance de ce qui, plus tard, doit être à la charge des autres. Il semble qu'il soit de l'essence de la solidarité que chacun des codébiteurs doive courir les chances d'un paiement intégral, c'est ce que remarque M. Rodière lui-même (n° 79) ; dès lors, n'est-il pas contradictoire que le débiteur puisse recourir contre ses associés avant d'avoir

payé? Dans ce système, il est manifeste que le danger de l'avance ne serait jamais à redouter pour un débiteur solidaire.

Tout ce que peut faire le débiteur poursuivi, c'est, ainsi que je l'ai déjà dit, profiter de l'article 175 du Code de procédure pour mettre en cause ses garants, et faire juger en une seule instance le procès principal en même temps que la question du recours.

J'ai terminé l'étude des principales difficultés que présentent les dispositions de la loi sur l'action récursoire en général; il importe d'examiner maintenant, de plus près, certaines questions délicates qui se rattachent particulièrement à l'exercice de l'action du créancier, dans laquelle est légalement subrogé le débiteur.

Nous savons que la subrogation nous vient du droit romain. On l'appelait alors le bénéfice *cedendarum actionum*. D'après Dumoulin (1^{re} lect. *Dol.* n^{os} 19 et 20), le débiteur solidaire, et, en général, celui qui se trouve tenu avec d'autres ou pour d'autres est de plein droit subrogé à l'action du créancier, parce que, dit ce jurisconsulte, la loi permettant au débiteur d'invoquer la subrogation, il n'est pas juridique de supposer qu'il a négligé ses droits et qu'il renonce à un semblable bénéfice.

D'autres auteurs tels que Renusson (*Traité des subrogations*, ch. 7, n^o 68, ch. 9, n^o 27), Pothier (n^o 280), etc., combattaient cette doctrine. Ils pensaient que la subrogation ne pouvait avoir lieu de plein droit, à moins que la loi ne l'eût ainsi décidé; or, aucune disposition législative n'accordait une pareille faveur au débiteur qui avait payé. La théorie de Pothier avait généralement prévalu dans l'ancien droit, mais avec cette restriction : que si la

créancier refuse par hasard de consentir à la subrogation, « la loi supplée à ce qu'il aurait dû faire et subroge » elle même le débiteur qui a requis la subrogation en » tous les droits et actions du créancier. »

Le Code consacre l'opinion de Dumoulin dans l'article 1251 3° qui accorde la subrogation légale à tous ceux qui, étant tenus avec d'autres ou pour d'autres, ont payé la dette qu'ils avaient intérêt à acquitter. Cette subrogation place le débiteur dans la position qu'avait l'ancien créancier et comme le dit l'article 1250, le substitue dans les droits, actions, privilèges et hypothèques de ce dernier.

Ceux qui sont tenus avec d'autres sont les débiteurs solidaires ou les débiteurs d'une chose indivisible ; ceux qui sont tenus pour d'autres sont les cautions. Il est évident que leur recours sera, en général, mieux assuré par l'action du créancier que par la seule action personnelle de société, de mandat ou de gestion d'affaires. La difficulté qui se présente est de savoir si les débiteurs solidaires et les cautions qui, par l'article 1251, sont mis au même rang en ce qui concerne la subrogation, jouissent également, dans la même mesure, de certaines dispositions favorables, et notamment si l'article 2037 leur est indifféremment applicable.

L'article 2037 s'exprime ainsi : « La caution est dé- » chargée lorsque la subrogation aux droits, hypothè- » ques et privilèges du créancier ne peut plus, par le » fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la cau- » tion. »

Avant de chercher à résoudre la difficulté qui se présente, il nous faut déterminer d'une manière précise le sens et la portée de cette disposition.

La subrogation légale peut devenir impossible par suite d'un fait positif du créancier, par exemple, s'il a donné main-levée de l'hypothèque qui garantissait son action; ou bien par l'effet d'une simple négligence, lorsqu'il a perdu son rang hypothécaire faute d'un renouvellement d'inscription en temps utile. L'art. 2037 prévoit-il ces deux cas? assimile-t-il la faute *in committendo* à la faute *in omittendo*? ou bien n'entend-il parler que de la faute de la première espèce?

Pothier distinguait ces deux circonstances (n° 557) et les réglementait diversement. Mais son autorité peut-elle être bien sérieusement invoquée en cette circonstance? Il me suffirait de remarquer qu'il a lui-même, plus tard, désavoué cette doctrine (*Traité de la Vente*, n° 656). D'ailleurs, notre article 2037 parle d'une façon générale du fait, sans distinguer le fait *positif* (mot constamment employé par Pothier) de la simple négligence, et l'entendre dans un sens étroit serait se mettre en contradiction avec l'article 1383 où le législateur ne distingue pas ces deux espèces de fautes.

J'admets également, avec la jurisprudence et la majorité des auteurs (o), que l'article 2037 ne s'applique pas aux sûretés acquises depuis le cautionnement, à moins qu'il ne résulte de l'acte ou des circonstances que le créancier s'est engagé à plus de vigilance ou plus de responsabilité; auquel cas la question de droit se transforme en une question de fait laissée comme toutes les autres de cette espèce à l'appréciation des tribunaux.

(o). Valette. — Bugnet sur Pothier, t. 2, p. 296. — Aubry et Reau, III, § 429, note 5. — Troplong, cautionnement, n° 565 et suiv. — Duvergier, vente II, 276 et suiv. — Duranton, XVIII, n° 382. — Delvincourt, sur 2037, etc.

Ceci posé, je reprends la question : L'article 2037 est-il applicable aux codébiteurs solidaires ?

Pourquoi non ? dit-on dans un premier système (r). C'était l'opinion de Pothier qui nous dit : « Lorsque » plusieurs personnes contractent une obligation solidaire, elles ne s'obligent chacune au total que dans la » confiance qu'elles pourront avoir recours contre les » autres en payant le total. C'est pourquoi, lorsque le » créancier, par son fait, les a privées de ce recours en » se mettant hors d'état de pouvoir céder ses actions » contre l'une d'elles qu'il a déchargée, il ne doit plus » être recevable à agir solidairement contre les autres, » si ce n'est sous la déduction des portions pour lesquelles elles auraient eu recours contre celle qu'il a » déchargée. » (n° 557, *in fine*).

Ces considérations valent aujourd'hui ce qu'elles valaient autrefois et commandent la même solution. Et, d'ailleurs, n'est-ce pas la même idée de justice qui a dicté au législateur l'article 1285 touchant la remise, et l'article 1215 touchant la décharge de la solidarité ? Le créancier ne peut faire retomber sur un débiteur le fardeau de la totalité de la dette, et, en même temps, lui enlever toute possibilité d'un recours efficace. Au surplus, le texte même est assez clair ; dire que la subrogation est la substitution du débiteur dans les droits, actions, privilèges et hypothèques du créancier et accorder cette subrogation au débiteur, n'est-ce pas imposer virtuellement au créancier l'obligation de conserver les sûretés de sa créance pour les conférer au débiteur.

(r) Pothier, n° 275 et 557. — Merlin, V° *solidarité*, § 8. — Delvincourt, t. 2, p. 717. — Toullier, t. 7. — Rodière n° 151. — Murlon, *des subrogations*, p. 514.

Quelque crédit qu'ait pu rencontrer cette opinion, je ne la suivrai pas. Les considérations d'équité dont on cherche à entourer l'opinion de Pothier pour la rendre acceptable ne me paraissent point établies.

La caution garantit une dette qui n'est pas la sienne; quand elle s'engage pour une autre, il est à présumer qu'elle ne le fait qu'en contemplation d'un remboursement à venir, énergiquement assurée par les garanties dont est munie l'action du créancier; c'est là son intention probable et la portée de son engagement. Quant aux débiteurs solidaires, ce sont tous des obligés principaux; si le créancier a pu obtenir de quelques-uns des sûretés spéciales, on ne peut pas véritablement dire que la cause de l'engagement des autres soit l'existence de ces garanties; la cause de l'engagement solidaire, c'est l'intérêt personnel et particulier de chacun des débiteurs. Telle est, à n'en pas douter, la présomption de la loi (art. 1216) et la raison de l'opinion que je défends.

Si j'en crois M. Demolombe (n° 498), il serait également inexact de prétendre que la subrogation légale de l'article 1251 impose virtuellement au créancier l'obligation de conserver les sûretés attachées à sa créance; en effet, dit l'illustre auteur, si ce raisonnement est juste, l'article 2037 lui-même devient tout à fait inutile, car l'article 2029, qui le précède de quelques numéros seulement, déclare que la caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur. Pour quel motif, si la conséquence que les auteurs opposés veulent tirer de l'article 1251 était nécessaire, la loi eût-elle, presque immédiatement après l'article 2029, édicté la règle de l'article 2037, qui ne se-

rait, dès lors, qu'une superfétation ? Mais, telle qu'elle qu'elle est proposée, l'objection de M. Demolombe me paraît sans force. Le législateur lui-même a, en effet, proclamé par la bouche de M. Treillard, orateur du gouvernement, que, dans son esprit, la disposition de faveur de l'article 2037 n'est que la conséquence de l'article 2029 (Fenet, t. 15, p. 45). L'opinion du législateur étant ainsi clairement manifestée, il n'y a pas lieu de rechercher quelle elle aurait pu être, et de bâtir un argument sur une interprétation de sa volonté démentie par l'exposé des motifs.

La vérité est que la règle de l'article 2037 se trouve placée au titre du cautionnement, elle est fort rigoureuse pour le créancier et l'on ne peut l'étendre sans une raison formelle à la théorie des obligations solidaires, alors surtout que le législateur a soigneusement prévu, dans la section consacrée à ces obligations, tous les cas de déchéance applicables au créancier, et qu'il ne fait nulle mention de l'article 2037 (q).

Cette dernière considération m'amène à penser que le bénéfice de l'exception *cedendarum actionum* avec toutes ses conséquences, existe sans aucun doute au profit des cautions solidaires. Quelque rigoureux qu'ait été l'engagement de ces cautions, c'est toujours un engagement accessoire. La caution solidaire est, ainsi que je l'ai déjà montré, dans une situation différente du codébiteur solidaire, l'équité milite en sa faveur aussi bien qu'en faveur des cautions ordinaires ; d'ailleurs l'article 2037 ne distingue pas et j'ai déjà combattu cette fausse doctrine qui, s'appuyant sur l'obscurité du texte final de

(q). V. art. 1210 et suiv.

l'article 2021, prétendrait assimiler complètement les cautions et les débiteurs solidaires.

Telle n'est point cependant l'opinion de M. Troplong et son autorité a trop de poids pour que je passe sous silence les raisons sur lesquelles il appuie son système.

Selon cet éminent jurisconsulte, la caution solidaire et le débiteur solidaire doivent être assimilés, au point de vue de l'article 2037, parce que cette disposition favorable n'est qu'une conséquence du bénéfice de discussion, lequel est également refusé au débiteur et à la caution solidaires, aux termes des articles 1204 et 2021. Telle est en effet, dit-il, la tradition historique. (Cautionnement p. 557 et suiv.). A Rome, le créancier n'était pas obligé de conserver les actions au fidéjusseur, il les cédait telles qu'elles. C'est seulement l'introduction du bénéfice de discussion par la novelle IV de Justinien qui entraîna cette nécessité pour le créancier. Par l'effet de cette novelle, le fidéjusseur obtint le droit d'opposer au créancier la discussion du débiteur principal ; mais ce droit eût été illusoire si le créancier avait pu valablement renoncer aux sûretés de sa créance. Le bénéfice de cession d'actions n'est donc que la sanction du bénéfice de discussion.

Est-il parfaitement démontré que l'exception *cedendarum actionum* ait été uniquement la conséquence du bénéfice de discussion ? Je ne crois pas que ce fût l'opinion de Pothier, qui, parlant de la subrogation, ne mentionne même pas le bénéfice de discussion, et, quand même Pothier aurait eu tort de ne pas défendre le système que devait, plus tard, soutenir M. Troplong, je ne crois pas que ce soit davantage la manière de voir des rédacteurs du Code : « Nous avons vu, dit l'orateur

» du gouvernement, que le paiement fait au créancier
» devait opérer une subrogation de droits au profit de la
» caution ; le créancier n'est donc plus recevable à la
» poursuivre, quand, par son fait, il s'est mis dans l'im-
» possibilité d'opérer cette subrogation. » (Fenet t. 15,
p. 45).

Ainsi, quoiqu'il puisse être du droit romain, je suis fondé à dire, qu'à tort ou à raison, le législateur présente comme fondement de l'article 2037, la faute du créancier qui, averti des droits de la caution (art. 2029), les a négligés ou compromis volontairement ou involontairement, alors qu'il savait parfaitement que la caution allait payer, non sa dette, mais la dette d'autrui ; c'est une véritable déchéance édictée contre le créancier, tout-à-fait indépendante de la question de savoir si la caution a, oui ou non, le droit de discuter. Cette déchéance profite à la caution, même solidaire, parce qu'elle n'est obligée qu'accessoirement, elle ne profite pas au débiteur solidaire parce qu'il est lui-même débiteur principal vis-à-vis du créancier. (art. 1216).

D'ailleurs, le système de M. Troplong conduit à des résultats inadmissibles ; si l'article 2037 n'est qu'une conséquence du droit de discussion, il ne profitera pas à la caution ordinaire, relativement aux biens qu'elle ne peut discuter. Ainsi, l'article 2037 est lettre morte s'il s'agit d'hypothèques assises sur des immeubles aliénés depuis par le débiteur principal, ou bien situés en dehors du ressort de la cour d'appel, etc. Or, de pareilles solutions ne sont admises par personne. (R).

Ainsi, le codébiteur solidaire ne peut se prévaloir de

(R). Valette, — Aubry et Reau, t. 3, § 429, note 2. — Merlin, § 5. Duranton, t. 18, n° 382. — Mourlon, *des subrogations*, p. 514.

l'article 2037 et la caution solidaire le peut. Telle est, à mon avis, la vérité. Mais, toute règle a ses exceptions, et il en est une qui paraît trop équitable pour n'en pas faire bénéficier le débiteur solidaire.

Il peut arriver, en effet, que le créancier ait pris expressément ou tacitement l'engagement de ne pas détruire les sûretés spéciales de la créance sous peine de perdre son recours. Ce sera là une question de fait, d'interprétation de la volonté des parties, laissée à la souveraine décision des tribunaux. Mais, si le fait est établi, nul doute que le créancier ne doive subir la peine de sa négligence, car les conventions sont la loi des parties.

On devrait également refuser toute action au créancier qui dans un but de spéculation déshonnête, aurait, par exemple à prix d'argent, renoncé aux sûretés qui garantissent sa créance ; la loi ne saurait respecter les manœuvres frauduleuses et c'est, sans doute, en faisant allusion à cette idée ; que la Cour de cassation disait dans un arrêt du 13 janvier 1852 (arrêt conforme à la doctrine que j'ai exposée), que la subrogation légale de l'article 1251 ne restreint pas le *libre et loyal* exercice des droits du créancier.

On ne peut qu'applaudir à ce langage, il n'y a pas, en effet, dans toutes nos lois, de disposition plus respectable que celle de l'article 1134 portant que les conventions doivent être exécutées de bonne foi.

CHAPITRE III

De la solidarité légale et des obligations in solidum.

Après avoir étudié en détail les règles qui gouvernent l'obligation solidaire dans notre droit civil, après en avoir indiqué les motifs tirés, soit du droit romain, soit de l'ancienne jurisprudence, après en avoir considéré le texte et interrogé l'esprit à la double lumière de la raison et de l'équité, une dernière difficulté nous reste à résoudre.

Nous savons que la solidarité résulte de la volonté de l'homme ou de la loi.

Si les débiteurs consentent vis-à-vis du créancier à ce que l'obligation soit solidaire, il va sans dire qu'ils acceptent toutes les règles que la loi trace dans les articles 1200 et suivants du Code civil ; ces dispositions sont donc toujours, sauf les réserves permises à la volonté des parties, intégralement applicables à la solidarité conventionnelle.

Doit-on en dire autant de la solidarité légale ?

L'article 55 du Code pénal, par exemple, déclare solidaires les personnes condamnées pour un même crime ou délit. L'article 1734 du Code civil rend solidairement responsables de l'incendie les divers locataires des bâtiments loués, etc.

Il est manifeste qu'il ne saurait exister de société licite entre malfaiteurs ; il est probable que les nombreux locataires d'un immeuble situé dans une grande ville ne se connaissent pas, il n'y a entre eux aucune association ;

on ne peut soutenir davantage qu'ils se soient donné un mandat réciproque à l'effet de commettre une faute, une imprudence, ou une infraction, et d'en réparer les suites. Or, nous avons remarqué que plusieurs dispositions de la loi (art. 1205, 1206, 1207) seraient inexplicables si l'on ne supposait, entre ceux qu'elles atteignent, une relation juridique de mandat ou de société. Irons-nous donc, alors qu'il est évident qu'aucune société, aucun mandat n'existe entre certains codébiteurs, faire supporter à l'un d'eux les conséquences de la faute, de la mise en demeure ou de l'interpellation des autres, qu'il ne connaît pas, qu'il n'a peut-être jamais vus?

Question pratique s'il en fût jamais, et, sans contre-dit, la plus importante de toutes, puisqu'il ne s'agit rien moins que de l'existence et de l'application de notre théorie pour une classe nombreuse de débiteurs que la loi nomme, elle-même, solidaires.

Avant de chercher à résoudre cette grave difficulté, faisons un rapide examen des dispositions éparses dans nos codes, d'après lesquelles il y aurait lieu à la solidarité légale :

1^o Article 395 :

« Si la mère tutrice veut se remarier elle devra avant l'acte de mariage convoquer le conseil de famille qui décidera si la tutelle devra lui être conservée. A défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit, et son nouveau mari sera *solidairement* responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conservée. » (A).

(A). La majorité des auteurs pense que la responsabilité du second mari s'étend à la gestion antérieure au second mariage — Duranton, t. 3, n^o 426. — Grenier, des hypothèques, n^o 280. — Marcadé, notes sur

2° Article 396 :

« Lorsque le conseil de famille, dûment convoqué, conservera la tutelle à la mère, il lui donnera nécessairement pour cotuteur le second mari, qui deviendra *solidairement* responsable avec sa femme de la gestion postérieure au mariage. »

3° Article 1003 :

« S'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires qui aient accepté, un seul pourra agir à défaut des autres et ils seront *solidairement* responsables du compte du mobilier qui leur aura été confié, à moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions et que chacun d'eux ne se soit renfermé dans celle qui lui était attribuée. »

4° Article 1442 :

« Le défaut d'inventaire après la mort naturelle ou civile de l'un des époux ne donne pas lieu à la continuation de la communauté, sauf les poursuites des parties intéressées, relativement à la consistance des biens et effets communs dont la preuve pourra être faite tant par titres que par commune renommée.

« S'il y a des enfants mineurs, le défaut d'inventaire fait perdre en outre à l'époux survivant la jouissance de leurs revenus, et le subrogé-tuteur qui ne l'a point obligé à faire inventaire est *solidairement* tenu avec lui de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs. » (n).

l'article 395. — Duvergier, sur Toullier, t. 1, n° 1038, note a. — Valette, sur Proudhon, t. 2, p. 200. — Aubry et Reau sur Zachariæ, t. 1, p. 366. — Demante, t. 2, n° 144 bis, 1. — M. Valette s'est rallié plus tard à l'opinion contraire (Explic. somm., p. 231) que professe également M. Demolombe, t. 1, n° 127.

(n). Il va sans dire que le subrogé-tuteur n'est responsable que des condamnations qui sont une suite du défaut d'inventaire. Au surplus il

5° Article 1734 :

« S'il y a plusieurs locataires, tous sont *solidairement* responsables de l'incendie ; à moins qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-là seul en est tenu ; ou que quelques uns ne prouvent que l'incendie n'a pas pu commencer chez eux, auquel cas ceux-là n'en sont pas tenus. » (c).

6° Article 1887 :

« Si plusieurs ont conjointement emprunté la même chose, ils en sont *solidairement* responsables envers le prêteur. »

7° Article 2002 :

« Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune chacune d'elles est tenue *solidairement* envers lui de tous les effets du mandat. »

8° Article 22, Code de commerce :

« Les associés en nom collectif indiqués dans l'acte de société sont *solidaires* pour tous les engagements de la société encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale. » (d).

a son recours contre l'époux pour le total des condamnations qui sont prononcées contre lui, parce qu'étant étranger à l'administration de la tutelle, il n'est pas responsable vis-à-vis du tuteur des fautes que ce dernier peut commettre. La solidarité édictée contre lui n'est qu'une garantie assurée aux mineurs, elle ne peut en rien diminuer la responsabilité de l'époux coupable.

(c). Les colocataires peuvent encore échapper à cette responsabilité rigoureuse en faisant la preuve indiquée dans l'article 1733, c'est-à-dire en démontrant que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction, ou que le feu a été communiqué par une maison voisine. Si la preuve de l'un de ces événements est faite, il est clair qu'il n'existe plus ni solidarité ni responsabilité.

(d). Cette disposition a été empruntée à l'ordonn. de 1673, (titre 13, art. 7). L'article 8 de la même ordonnance exceptait de la solidarité les

9° Article 140, Code de commerce :

« Tous ceux qui ont signé ou endossé une lettre de change sont tenus à la garantie *solidaire* envers le porteur.

« Toutes les dispositions relatives aux lettres de change et concernant... la solidarité, sont applicables aux billets à ordre. »

10° Article 55 Code pénal.

« Tous les individus condamnés pour un même crime ou un même délit, seront tenus *solidairement* des amendes, des restitutions, des dommages et intérêts et des frais. »

11° Article 156 du décret du 8 juin 1811 :

« La condamnation aux frais sera prononcée dans toutes les procédures, *solidairement*, contre tous les auteurs ou complices du même fait. »

Telles sont les dispositions expresses par lesquelles la loi déclare que certains débiteurs conjoints seront solidaires même sans convention de leur part.

associés en commandite et restreignait leur responsabilité à la perte de leur apport. L'article 26 du Code de commerce reproduit l'article 8 de l'ordonnance ; mais les articles 27 et 28 édictent à l'égard du commanditaire qui se serait immiscé dans la gestion des affaires sociales, une responsabilité solidaire pour toutes les dettes et engagements de la société. Cette disposition rigoureuse a été bien atténuée par la loi du 6 mai 1863. On distingue depuis cette loi les dettes provenant des actes de gestion des commanditaires des autres engagements de la société. La solidarité est obligatoire pour les premières et facultative pour les autres ; les tribunaux auront égard à la gravité des actes d'immixtion. D'ailleurs, la solidarité n'est édictée que dans l'intérêt des tiers et on permet au commanditaire de recourir contre le gérant pour tout ce qu'il aura payé en excédant de son apport.

S'il s'agit d'une association en participation (art. 47, 48, 50, C. de C.), il faut admettre que les participants sont aussi tenus solidairement envers les tiers des conséquences de leurs agissements communs.

La première observation qui se présente à l'esprit est celle-ci : La solidarité est bien certainement une aggravation de la dette, on doit donc se garder d'étendre au delà des limites fixées par la loi elle-même les conséquences rigoureuses qui découlent de cette modalité de l'obligation.

Vainement on a cru trouver dans la rédaction même de l'article 1202, qui pose la distinction de la solidarité conventionnelle et de la solidarité légale, une espèce d'incertitude sur ce point (Demolombe, n° 251); vainement d'autres auteurs, allant plus loin, ont cru y découvrir cette proposition au moins singulière que la solidarité légale peut résulter de l'interprétation d'un texte de loi qui ne l'imposerait pas expressément (Aubry et Reau, t. 3, p. 17, note 29). La vérité est, qu'en raisonnant ainsi, on se met en contradiction avec ce principe élémentaire que l'aggravation de la dette ne se suppose jamais, et qu'on prête gratuitement un sens mensonger au texte dont on prétend tirer argument.

Que dit, en effet, l'article 1202 ?

« La solidarité ne se présume pas, il faut qu'elle soit »
» expressément stipulée, cette règle ne cesse que dans »
» le cas où elle a lieu de plein droit en vertu d'une dis- »
» position de la loi. »

Quel est donc le sens de ces paroles, sinon celui-ci : Il est inutile de convenir de la solidarité quand la loi dispose qu'elle existera, hormis ce cas il faut une stipulation expresse ? ou bien : la solidarité ne se présume pas, elle n'existe qu'en vertu d'une disposition formelle, soit dans la convention des parties, soit dans la loi ?

Serait-ce par hasard, ainsi que le voudraient les auteurs que nous combattons, que le législateur ait voulu

dire : La convention des parties doit , pour établir la solidarité, être parfaitement claire ; quant à la disposition de la loi, elle peut être obscure, équivoque, ce n'est qu'une affaire d'interprétation ? En vérité, on se demande alors quelle triste idée se serait faite le législateur lui-même de la clarté de ses propres dispositions. Nous verrons plus loin qu'une idée aussi singulière n'a jamais été celle des rédacteurs du Code ; mais, en attendant, le sens évident, le sens obvie de l'article 1202 répond mieux que tous les raisonnements possibles à l'interprétation inacceptable qui nous est opposée.

Il existe cependant une classe de débiteurs conjoints auxquels ne s'applique pas l'article 1202 ; pour eux, la solidarité est la règle, elle est présumée.

Je veux parler de ceux qui réunit un même acte de commerce. En matière commerciale, l'usage constant consacre la solidarité entre négociants qui contractent ensemble. Cet usage, existant de tout temps, fait loi aujourd'hui (ainsi que cela fut formellement établi dans la discussion au Conseil d'État), comme il faisait loi du temps de Pothier ; ce jurisconsulte nous dit, en effet :
« Deux marchands qui achètent ensemble une partie
» de marchandises, quoi qu'ils n'aient, d'ailleurs, au-
» cune société entre eux, sont censés associés pour cet
» achat, et comme tels sont obligés solidairement,
» quoique la solidarité ne soit pas exprimée. Bernier
» sur ledit article rapporte un arrêt du Parlement de
» Toulouse qui l'a ainsi jugé, et cela a passé en maxime.
» Cette décision est de notre droit Français (E) » (Ordonn. du Comm. de 1673, titre 4, art. 7).

(E). M. Rodière (n° 232 et suiv.) fournit à l'appui de cette opinion de nombreux et considérables arguments. Les auteurs anciens, Carondas,

La solidarité entre les commerçants qui achètent ou vendent en commun, qui tirent ou endossent simultanément une lettre de change, entre commissionnaires vendeurs ou acheteurs, etc., réunit tous les caractères de la solidarité, tels qu'ils sont expliqués dans les articles 1200 et suivants ; il n'y a d'exception que dans le cas où la loi en aurait, par une disposition formelle, décidé autrement. Ainsi, elle s'est positivement expliquée à l'égard des signataires, endosseurs, etc., d'une lettre de change ou d'un billet à ordre. Après avoir établi que tous les débiteurs sont tenus de la garantie solidaire envers le porteur (art. 140 et 187 du C. de C.), elle décide dans les articles 167, 168 et suiv., que le recours du porteur payé n'est pas toujours utilement exercé contre un seul des débiteurs pour tous et que quelques-uns de ces derniers peuvent être libérés par le défaut de poursuites sans que tous le soient également (F).

Laissons donc de côté les règles du Code de commerce, puisqu'elles s'appliquent à une situation en de-

Vinnius, Perezius, Ferrière, Jousse, Savary, Lapeyrère, etc., sont unanimes à reconnaître que les commerçants agissant en commun sont solidairement obligés. Les auteurs modernes se sont, en grande majorité, rangés à cette opinion.

(F). Le porteur impayé doit : 1° faire dresser le lendemain de l'échéance un protêt faute de paiement ; 2° dans le délai de 15 jours signifier le protêt à ses garants : tireur, endosseurs, donneurs d'aval, etc. ; 3° dans le même délai assigner ses garants s'ils refusent de payer.

Si ces formalités ne sont pas observées, le porteur est réputé *négligent* et perd son recours : 1° contre le tireur, pourvu qu'avant l'échéance celui-ci ait fait la provision (art. 170) et que le tiré n'ait pas été déclaré en faillite ; 2° contre les endosseurs, à moins qu'il ne soit démontré que la provision a été remise à l'un d'eux. (Dans l'ordonnance de 1673 (l. 5, art. 16), on obligeait l'endosseur à prouver qu'il y avait eu provision avant l'échéance ; cette obligation n'existe plus aujourd'hui) ; 3° contre les donneurs d'aval ou accepteurs par intervention, selon qu'ils ont cautionné le tireur ou les endosseurs et dans les conditions

hors de l'article 1202 et revenons à l'examen des conséquences de la disposition qu'il contient.

Il résulte de ce que nous avons précédemment dit que nous devons appliquer la théorie de la solidarité à l'obligation de débiteurs conjoints dans deux cas :

1° S'il y a eu convention expresse entre les parties.

2° S'il existe une disposition législative également expresse et formelle, et, dans l'une comme dans l'autre hypothèse, il faudra appliquer toute la loi, mais rien que la loi.

Ainsi, je ne considérerai comme solidaires ni ceux dont l'affaire aurait été conjointement gérée par un seul, ni ceux qui auraient déposé en commun la même chose; bien qu'aux termes de l'article 1995 les commandants soient solidairement responsables des suites du mandat donné; parce que autre chose est le mandat, autre chose la gestion d'affaires, autre chose le dépôt. Mais, je regarderai comme devant profiter de la solidarité de l'ar-

où ces derniers peuvent opposer la déchéance. Quant au tiré accepteur, il ne peut jamais se prévaloir de la négligence du porteur. Remarquons encore que si l'effet portait la clause : *retour sans frais*, il n'y aurait pas lieu pour le tireur d'opposer la déchéance pas plus que pour les endosseurs. Cette clause est nulle si elle a trait à un effet non timbré; dans ce cas, le porteur n'a de recours que contre le tireur ou le tiré accepteur. (Loi du 7 juin 1850).

Le tiré non accepteur, ayant payé à découvert, a recours contre le tireur ou le donneur d'ordres. Si le porteur a été payé par l'un des endosseurs, ce dernier a son recours contre ses garants, pourvu, toutefois, qu'il soit lui-même diligent et qu'il n'ait payé que parce qu'il y était contraint, c'est-à-dire parce que le porteur avait conservé tous ses droits. Il bénéficie alors de la subrogation édictée par l'article 1251 du Code civil. Si le paiement est fait par un donneur d'aval ou un payeur par intervention, ceux-ci ont un recours contre celui qu'ils ont garanti et contre ses propres garants. Ils sont subrogés aux droits du porteur (art. 159, C. de C.) et bénéficient en outre de la règle générale de l'article 2033 du Code civil.

ticle 1995, tout mandataire même salarié de plusieurs comandants, tel que notaire, avoué, huissier, arbitre, liquidateur de société, expert nommé par les parties, etc. En effet, « le mandat même rétribué par un honoraire, » conserve un élément de gratuité qui empêche qu'on » ne le confonde avec les contrats intéressés de part et » d'autre (g). » Or, l'article 2002 parle de tout mandataire sans distinction.

De même, je n'appliquerai pas la disposition de l'article 55 du Code pénal aux individus condamnés pour une commune contravention ; la loi en effet distingue elle-même (art. 1, C. p.) les contraventions des crimes et des délits (Rodière n^{os} 316 et suiv.) ; ou à des individus condamnés pour crime ou délit, mais par des jugements différents (Chauveau et Hélie t. 1, 196) ; ou pour crimes et délits différents, quoique compris dans la même poursuite (Chauveau, t. 1, 195) ; ou pour délits civils ou quasi-délits (Carnot, Bourguignon, sur l'art. 55). Décider autrement serait sortir manifestement du texte de l'article 55 qui, d'ailleurs, comme toutes les dispositions pénales, doit être interprété restrictivement.

Mais, j'appliquerai l'article 55, quand bien même la condamnation aux dommages-intérêts résultant d'un crime ou délit aurait été prononcée par le tribunal civil ; le fait punissable conserve en effet son caractère ; et encore, si les crimes et délits étant les mêmes, les peines seules étaient différentes.

En un mot, j'applique les règles de la solidarité quand la loi le dit expressément, mais dans ce cas seulement.

(g). Troplong, du mandat, (art. 2002).

J'adhère donc complètement à la doctrine de M. Demolombe d'après laquelle « la solidarité ne peut » pas être prononcée en matière civile contre les parties » qui succombent dans une instance commune. » (n° 269). En effet, aucun texte de loi ne prononce en matière civile la solidarité des dépens. Nous aurons plus tard à revenir sur ce sujet.

La sphère d'action de la solidarité légale étant ainsi déterminée d'une façon générale, revenons à la question précédemment posée. Dans tous les cas où il existe aux termes de la loi solidarité entre les débiteurs, toutes les règles des articles 1200 et suivants sont-elles applicables? Cette solidarité légale emporte-t-elle toujours les mêmes conséquences? ou bien au contraire, existe-t-il deux solidarités, l'une complète, l'autre incomplète ou, pour me servir des expressions généralement employées, l'une parfaite et l'autre imparfaite?

Il y a cela de remarquable que, dans le système de ceux qui prononcent la solidarité même en dehors des cas expressément et formellement prévus par une disposition législative, on opère une espèce de triage entre les diverses circonstances d'où peut naître une obligation solidaire; dans certains cas, la loi est appliquée dans toute sa rigueur, dans d'autres, on y apporte des tempéraments, complètement en dehors de tout texte, il faut bien le reconnaître, mais que l'on prétend commandés par la raison; de sorte, qu'après avoir décrété la solidarité malgré le silence du législateur, cette opinion nous contraint à ne pas l'appliquer dans toute son étendue, malgré le vœu de la loi.

A mon avis, il n'y a qu'une seule solidarité légale; elle n'existe qu'exceptionnellement, quand une disposi-

tion législative l'établit, mais alors elle produit tous les effets indiqués dans la section que nous venons d'étudier, aussi complètement que si elle eût pris sa source dans la volonté des parties.

Tel est le système que je vais chercher à établir.

Tout d'abord, il paraît singulier que le législateur parlant des obligations *solidaires* établies par la loi immédiatement après celles qui peuvent être créées par la convention des parties, les assimilant pour ainsi dire dès l'origine, plaçant les dispositions qui concernent les premières dans la section où il règle en même temps les effets des secondes, ou, pour mieux dire, de l'*obligation solidaire* en général, ait entendu donner au qualificatif dont il se sert, deux sens différents, alors que pas la moindre indication du texte ne vient nous éclairer sur l'hypothèse d'une semblable distinction.

Serait-ce une inadvertance ? Mais, dans la section vi de ce même chapitre iv (art. 1232), dans le titre du cautionnement, dans cent articles différents (1382, 1383, etc.), quand le législateur a voulu parler d'obligations qui, bien qu'entraînant pour les débiteurs condamnation à la totalité de la dette, ne sont point cependant régies par les dispositions contenues dans la section v du chapitre iv, il se garde de les appeler solidaires. Que dis-je ? dans l'article 2021, il oppose formellement le cas où l'obligation des cautions est simplement pour la totalité, à celui où, par une convention spéciale, elle est devenue solidaire.

D'ailleurs, il y a mieux que ces inductions, puisque nous possédons la propre parole de celui dont nous recherchons la pensée.

Après avoir dit que la solidarité conventionnelle doit

être expressément stipulée, M. Bigot de Préameneu ajoutait : « L'obligation solidaire ne doit pas se présumer. Il en serait autrement s'il s'agissait » d'obligations pour lesquelles *la solidarité* serait prononcée par la loi, c'est ainsi qu'elle a été prononcée par l'ordonnance de 1673 entre associés pour faits de commerce, et par les lois criminelles, contre ceux qui sont condamnés pour le même délit, etc. » (Fenet, t. 13, p. 251).

La solidarité, il n'y en a donc qu'une seule, elle est donc toujours la même, qu'elle prenne naissance dans la volonté de l'homme ou qu'elle soit imposée par la loi à liberté des parties; il n'y a donc entre ces deux hypothèses qu'une seule différence : dans l'une, il faut convention expresse, dans l'autre, toute convention est inutile; cette solidarité unique produit donc toujours les mêmes effets, notamment en matière criminelle (art 55, C. de P., art. 637 et 638, Inst. cr.), c'est le législateur lui-même qui nous le dit; il y a donc lieu d'appliquer dans tous les cas de solidarité légale les règles de la solidarité conventionnelle et notamment les articles 1205, 1206, 1207 touchant la prescription, la faute et les intérêts moratoires.

Mais, dit-on, ces trois dispositions reposent manifestement sur une idée de société, de relations entre les débiteurs, et la solidarité est établie par la loi dans des hypothèses où aucune société n'est probable ou possible.

Je n'aperçois pas la puissance de cet argument, le seul cependant sur lequel repose la théorie de la solidarité imparfaite, le seul qui ait pu détourner un nombre considérable de jurisconsultes de la doctrine si natu-

relle, si simple et si logique à la fois, d'une solidarité double dans sa source et unique dans ses effets.

Je veux bien admettre qu'il n'y ait pas, par exemple, de société évidente *à priori* entre le survivant des deux époux qui aurait négligé de faire l'inventaire des biens de la communauté et le subrogé-tuteur. Mais comment pourrait-on soutenir que le législateur n'a pas pu, dans l'intérêt des enfants, pour garantir plus énergiquement leurs droits compromis, édicter une règle particulièrement sévère à l'égard du subrogé-tuteur dont le devoir, comme chacun sait, est de surveiller les actes du tuteur ? Précisément, en matière de mandat et de société, nous voyons le législateur constamment préoccupé de l'intérêt des tiers ; alors même que le mandat a pris fin, il le déclare existant dans l'intérêt de ceux qui, de bonne foi, ont traité avec un mandataire dont les pouvoirs sont éteints (art. 2005, 2008) ; alors même que le commanditaire a expressément déclaré qu'il n'entendait être responsable que jusqu'à concurrence de son apport, l'article 28 du Code de commerce le déclare *solidairement* responsable de tous les engagements de la société, s'il s'est immiscé quelque peu dans la gestion des affaires sociales. Il est ainsi, malgré ses dénégations formelles, constitué débiteur solidaire de toutes les dettes de la société même antérieures à son immixtion (11). Et l'on se refuserait à admettre que s'il s'agit non plus de tiers, mais de l'intérêt des enfants, s'il s'agit non plus de personnes entre lesquelles le mandat primitivement donné aurait pris fin, ou la société stipulée aurait été spécialement limitée jusqu'à concurrence d'une

(11). J'ai déjà fait observer que cette disposition rigoureuse a été modifiée par la loi du 6 mai 1863.

certaine responsabilité, mais bien d'un tuteur et d'un subrogé-tuteur réunis forcément par le lien nécessaire d'une surveillance obligatoire, le législateur ait eu le pouvoir de les placer de plein droit sous l'empire d'une commune responsabilité, de manière que, pour le plus grand avantage de ceux dont ils ont injustement négligé les intérêts, les conséquences de la faute d'un seul ou des poursuites dirigées contre un seul retombent sur eux deux ? Or, cette commune responsabilité que le législateur pouvait certainement édicter, il la proclame en déclarant le tuteur et le subrogé-tuteur solidaires ; avant de chercher à établir contre toute vérité que ce mot technique a perdu tout-à-coup son sens précis et ordinaire, il faudrait démontrer que l'application des règles de la solidarité devient impossible ou déraisonnable dans l'hypothèse qui nous occupe, mais c'est précisément le contraire qui est établi.

Il faut en dire autant des autres circonstances où la solidarité légale s'impose et sur lesquelles on est loin d'être d'accord dans le système que nous combattons.

La société, disent encore certains partisans de cette opinion, n'est pas probable entre colocataires d'un même immeuble. Soit, mais n'est-il pas évident que le législateur a voulu, précisément à cause de la communauté d'intérêts qu'elles unit, établir de sa propre autorité un lien spécialement énergique ? Les colocataires ont tacitement accepté une sorte de société fondée sur l'article 1734 et il est manifestement dans l'esprit de la loi, qu'après avoir été tous rendus responsables par le fait de l'incendie, ils doivent conserver entre eux des relations, se surveiller et user désormais d'une vigilance

commune, conséquence inévitable de la faute ou de la négligence communes.

Et, si l'on parle maintenant des codélinquants, si l'on vient objecter qu'entre complices il n'y a ni mandat, ni société, que la loi ne saurait accepter leur commune immoralité pour un lien juridique, je réponds qu'il serait encore plus singulier de prétendre que cette immoralité leur devient profitable ; je réponds que, s'il est admis qu'une association licite entre eux permettrait de les regarder comme vraiment solidaires, il est au moins paradoxal de soutenir que les droits du créancier, victime de manœuvres criminelles ou délictueuses, doivent être moins bien sauvegardés, parce que ses débiteurs tombent sous le coup de la juste répression des lois (1).

Ainsi l'article 55 du Code pénal édicte, contre ceux qui ont été condamnés pour un même crime ou délit, une véritable solidarité, avec toutes ses conséquences, quelque rigoureuses qu'elles puissent être.

Mais, admettrons-nous le codélinquant qui aurait fait l'avance de ce qui est dû par tous à répéter les intérêts du jour où il aura déboursé ? Le mandataire jouit de cette faveur (art. 2001) et nous savons que les codébiteurs solidaires en bénéficient d'ordinaire. Il ne me paraît pas qu'il existe ici les mêmes raisons de décider. « Si l'on ne peut pas, dit M. Rodière (n° 312), supposer » entre les codélinquants un mandat réciproque avant » le jugement, on ne peut pas admettre non plus que » le jugement en tienne lieu, puisque les jugements ne

(1) J'ai cité précédemment l'opinion de M. Bigot de Préameneu sur ce point, on peut s'appuyer aussi sur l'autorité de Pothier (n° 201 et 208), de Malleville (sur l'art. 1202) et de nombreux auteurs tant anciens que modernes.

» sont en principe, quo déclaratifs de droits préexis-
» tants, et qu'ils ne peuvent point changer le caractère
» des droits qu'ils constatent. »

Cette proposition est exacte, et puisque l'article 2001 se trouve écrit, non dans la section des obligations solidaires, mais au titre du mandat, rien ne nous contraint à l'appliquer à la catégorie spéciale des débiteurs dont nous parlons. Nous devons donc décider que le codélinquant n'a droit aux intérêts qu'à partir du jour de sa demande en justice (art. 1153), à moins que le créancier qu'il a désintéressé n'ait lui-même ouvert le cours des intérêts (ce qui arrivera presque toujours), auquel cas le débiteur subrogé dans ses droits jouirait du même avantage.

Quant au droit lui-même qu'a le codélinquant, après avoir satisfait le créancier, de recourir contre ses complices, je n'en ai pas parlé spécialement, parce qu'il me paraît une conséquence évidente de ce principe écrit partout dans nos lois : Nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui.

J'ai terminé l'exposé des raisons péremptoires qui me contraignent à envisager le système de la solidarité comme parfaitement un, emportant les mêmes conséquences rigoureuses contre tous ceux qu'atteint cette modalité aggravante de l'obligation. Que vaut, d'ailleurs, en tant que système, la doctrine qu'on oppose ? et à quelles difficultés ne conduit-elle pas ?

Quelques-uns de ses partisans voulant, pour qu'il y ait solidarité complète, parfaite, que les débiteurs aient des rapports fréquents, déclarent que le tuteur et le subrogé-tuteur (art. 1442) ne sont pas tout à fait solidaires ; d'autres au contraire affirment que la solidarité de l'ar-

Article 55 du Code pénal est parfaite ; tandis que ceux-ci admettent qu'entre la mère-tutrice et son nouvel époux l'article 395 édicte une solidarité parfaite, ceux-là ne voient dans la responsabilité des colocataires, établie par l'article 1734, qu'une simple obligation *in solidum*. A proprement parler, la théorie que je combats n'est pas un système, c'est l'abandon de tout système ; qui décidera le nombre et la fréquence des relations nécessaires ? La chose est difficile, « car, dit M. Moulon » (n° 1259), le Code ne nous donne aucune règle sur ce point. » Je le crois bien, le législateur n'a pas prévu que quelques interprètes verraient un jour leur sagacité mise en défaut pour avoir substitué leurs propres opinions au texte, à la raison et à la logique de la loi.

C'est en se plaçant à un tout autre point de vue que nous trouvons une série d'obligations à la totalité de la dette, plus ou moins énergiquement reliées entre elles et ne présentant avec l'obligation solidaire qu'une lointaine analogie. Que l'on dise si l'on veut qu'il y a là solidarité imparfaite, soit, pourvu que l'on donne à ces mots un sens différent de celui dans lequel ils sont communément employés ; du reste, l'expression ne paraît pas bien choisie, parce qu'il n'y a rien de moins précis que l'imperfection ; il serait préférable de dire simplement obligation au total, ou bien, et c'est la manière de parler généralement usitée : obligation *in solidum* ; on ne peut faire à cette expression qu'un reproche, c'est de servir à déterminer une situation justement opposée à celle que nous désignons par le mot *solidarité*, autre expression à laquelle, cependant, il est manifeste que la première a donné naissance. Il est singulier que deux sortes d'obligations, placées la plupart

du temps en antithèse, soient indiquées, l'une par le radical *solidum*, l'autre par son dérivé *solidité* ou *solidarité*; mais, quoiqu'il en soit, l'usage ayant admis cette manière de parler, il me paraît bon de la conserver.

Une obligation est d'une manière générale *in solidum*, dès que le créancier a plusieurs débiteurs auxquels il peut demander le total de la dette, indépendamment de toute conjonction entre leurs obligations. Il suit de là que toute obligation solidaire est *in solidum*, mais la réciproque n'est pas vraie.

Ainsi que je l'ai fait remarquer au début de ce travail, lorsqu'un créancier se trouve avoir plusieurs débiteurs tenus chacun pour la totalité, deux choses sont possibles : ou le paiement effectué par un seul libère les autres, ou bien il ne les libère pas. De la dernière hypothèse, je n'ai absolument rien à dire ; il est évident que le créancier conserve contre chacun des débiteurs les droits que lui donne sa situation. Il me reste à parler de la première, laquelle peut seule présenter avec la solidarité quelque incomplète analogie.

Il y a deux points de ressemblance entre les débiteurs *in solidum* et les débiteurs solidaires ; chacun d'eux doit la même chose en totalité, et le paiement d'un seul est libératoire pour tous ; mais, sous d'autres rapports ils diffèrent totalement.

La modalité désignée par le mot technique de solidarité naît dans certaines conséquences déterminées (art. 1202), elle entraîne certaines circonstances rigoureuses (art. 1205, 1206, 1207, etc.), et repose avant tout sur une obligation conjointe. L'obligation *in solidum*, au contraire, peut prendre naissance dans mille circonstances diverses, indépendamment d'une convention

des parties, indépendamment d'une disposition législative quelconque, par la seule nécessité des faits. Elle puise sa raison d'être en elle-même, et peut exister sans qu'il y ait aucune conjonction. L'obligation est au total parce qu'elle ne peut être ni au quart, ni au tiers, ni d'une manière générale *pro parte*, vis-à-vis du créancier. Et comme il n'y a pour elle ni texte impératif, ni convention valable entre les parties, on ne peut lui appliquer les conséquences que la loi déduit en matière de solidarité de la société tacite des débiteurs.

On ne regardera donc les débiteurs *in solidum* comme se représentant vis-à-vis du créancier, ni au point de vue de la faute, ni au point de vue de l'interruption de la prescription, des intérêts moratoires, du serment déféré, du jugement ou de la remise; les solutions que nous avons données sont ici complètement inapplicables.

Il serait impossible d'énumérer les circonstances dans lesquelles peut naître l'obligation *in solidum*, disons d'une manière générale qu'elle peut venir d'un contrat ou d'un quasi-contrat, d'un délit civil ou d'un quasi-délit.

Ainsi, lorsque plusieurs mandataires ont été constitués pour une même affaire par actes différents, chacun d'eux est tenu d'accomplir pour le tout le mandat donné; en cas d'inexécution, chacun d'eux est tenu pour le tout des dommages-intérêts qui peuvent être dus au mandant.

Nous trouvons un autre exemple d'obligation *in solidum* dans le cas de délégation imparfaite, quand le débiteur donne au créancier un autre débiteur sans être lui-même déchargé (art. 1275).

De même, comme nous l'avons vu précédemment, en examinant si la solidarité peut résulter d'engagements par actes séparés, il n'y a entre les divers débiteurs qu'une simple obligation *in solidum*, si, au moment du contrat, il n'a pas été fait mention de ceux qui, plus tard, viendront s'engager envers le créancier (j).

Nous trouvons également une série d'obligations *in solidum* découlant des articles 1382 et 1383 du Code civil pour les différents auteurs d'un fait dommageable non prévu par le Code pénal, et des articles 1384 Code civil, 73 et 74 Code pénal pour les diverses personnes responsables civilement des suites d'un délit ou d'un quasi-délit.

Sur ce point, cependant, des controverses se sont élevées, et, ici, comme en d'autres circonstances, nous rencontrons les opinions les plus diverses; les uns veulent appliquer aux personnes condamnées pour le même délit civil ou le même quasi-délit la théorie de la solidarité imparfaite; les autres prétendent qu'il y a là une véritable solidarité, comme en matière de crimes et de délits pour lesquels est édictée la règle de l'article 55 du Code pénal; d'autres enfin, et je partage leur opinion, soutiennent qu'il n'existe, en matière de délits civils ou de quasi-délits, ni solidarité parfaite, ni solidarité imparfaite, mais une simple obligation *in solidum* (k).

Un délit civil ou un quasi-délit ayant été commis par

(j) M. Rodière cite encore comme donnant naissance à des obligations *in solidum* : le droit d'exiger des aliments (art. 205, 206, 207 du Code civil); les dispositions des articles 45, 82, 206 du Code Forestier, 74 de la loi du 15 avril 1829 sur la pêche fluviale; des lois spéciales concernant les greffiers, les receveurs généraux ou particuliers, les percepteurs, etc., et la loi du 10 vendémiaire, an IV.

(k) Le délit criminel peut être défini d'une manière générale : une

plusieurs personnes, en commun, chacune d'elles tombe évidemment sous le coup des articles 1382 et 1383 du Code civil, lesquels sont ainsi conçus : « Tout fait quel-
» conque de l'homme qui cause à autrui un dommage
» oblige celui-ci par la faute duquel il est arrivé à les ré-
» parer. » « Chacun est responsable du dommage qu'il a
» causé non-seulement par son fait, mais encore par sa
» négligence ou son imprudence. » Et chacune d'elle doit la réparation du préjudice qu'elle a causé.

Maintenant, deux hypothèses sont possibles :

Ou bien, la part qu'a prise à la perpétration du fait dommageable chacun des auteurs du préjudice est appréciable, facile à constater ; et alors, en vertu même du principe de sa responsabilité, chacun n'est tenu que pour sa faute. Qui déclarerait, en effet, ces divers obligés solidaires ? La loi ? elle n'en parle pas ; la raison ? bien au contraire, elle s'y refuse ; car, s'il est manifeste que chacun répond de sa propre faute et de sa propre négligence, il est non moins évident qu'on ne répond pas de la faute ou de la négligence d'autrui. Aussi est-on à peu près d'accord pour écarter ce point particulier du débat et dire qu'il n'y a, dans ce cas, aucune solidarité.

Ou bien, il est impossible de reconnaître quelle est la part de responsabilité ou pour mieux dire la part d'action de chacun des auteurs du fait dommageable ; dans

infraction à la loi pénale. On distingue le crime, le délit proprement dit et la simple contravention.

Le délit civil résulte d'une faute dommageable mais non prévue par la loi pénale. Si cette faute a été commise sans intention de nuire, il y a simplement quasi-délit. On comprend très-bien qu'un délit criminel puisse ne pas constituer un délit civil et réciproquement en remarquant : d'une part que les fautes dommageables ne sont pas toutes prévues par les lois pénales ; d'autre part qu'un délit prévu par la loi n'est pas nécessairement un acte dommageable.

ce cas, chacun d'eux doit être réputé avoir à lui seul seul commis le préjudice. En effet, du moment que le fait dommageable a été accompli par l'action simultanée de plusieurs, si j'attaque l'un des auteurs en réparation, deux faits étant établis :

- 1° La participation à l'acte ;
- 2° Le préjudice causé ;

C'est au défendeur à établir qu'il n'a pas à lui seul commis tout le préjudice, et s'il n'apporte pas cette preuve, s'il ne démontre pas que sa responsabilité n'est que partielle, il ne peut évidemment pas me contraindre à diminuer mon action sous le prétexte qu'il s'est fait aider par d'autres dans son entreprise déshonnête, alors que le fait de s'être entouré d'auxiliaires, en pareille circonstance, est toujours regardé par la loi comme une aggravation de la faute primitive (art. 381, n° 2, C. P.).

Le défendeur a coopéré à l'acte, cela suffit aux yeux de la justice et de la raison pour que moi, victime de cet acte, je ne considère que sa personne, et tant qu'il n'aura pas prouvé qu'il n'a contribué au dommage que dans une certaine proportion, il est à bon droit réputé l'avoir commis à lui seul. Donc, dans l'hypothèse que nous examinons, il y a pour chacun des auteurs du fait dommageable obligation au total, *in solidum* ; telle était la doctrine romaine, telle est aussi l'opinion générale des auteurs et de la jurisprudence.

Mais, qu'est-elle, au fond, cette obligation à la totalité de la réparation ? Est-elle solidaire ? et, si l'on admet qu'elle soit véritablement, dira-t-on qu'il y a là une solidarité parfaite produisant tous les effets de la solidarité conventionnelle ? Ou bien, au contraire, ne devons-nous y voir qu'une solidarité imparfaite ?

C'est entre ces deux opinions que flotte indécise la majorité des auteurs et des arrêts. Il serait hors des proportions de ce travail d'examiner, avec tous les développements que pourrait comporter une semblable discussion, les divers arguments qu'ont imaginés, en faveur de l'un ou de l'autre des systèmes, les jurisconsultes dont j'ai par avance combattu la théorie; il me suffira de rappeler en peu de mots les motifs d'une décision qui, seule, m'a paru juridique et par conséquent acceptable.

Je crois avoir démontré qu'il n'y a qu'une seule solidarité, la vraie, celle des articles 1200 et suivants du Code civil; d'autre part, cette solidarité venant ou de la loi ou de la volonté des parties, il me paraît manifeste que si les parties n'ont pu faire de convention valable, et si la loi est muette, il est impossible de prétendre qu'elle existe, puisque la solidarité est une aggravation tout à fait exceptionnelle de l'obligation et qu'en conséquence elle ne se présume pas. La vérité, c'est que le créancier se trouve en face de plusieurs débiteurs, à l'un quelconque desquels il a le droit, par la nécessité des faits, de réclamer la totalité de l'indemnité du préjudice qu'il a subi. Il s'adressera donc à qui il voudra; le paiement de l'indemnité totale effectué par l'un des débiteurs libérera les autres; hormis ces deux caractères, il n'y a rien d'analogue à la solidarité dans la situation de ces débiteurs *in solidum*, ni convention valable, ni société, ni mandat, ni conjonction véritable et nécessaire (1).

Ces réflexions m'amènent à critiquer la doctrine de la Cour de cassation, d'après laquelle les parties qui suc-

(1) Arrêt de la Cour d'Aix du 14 mai 1825. — Sirey, 1827, 1, 236. — Arrêt de rejet Cassat. 11 juillet 1826.

combent dans une instance commune doivent être condamnées solidairement, si les dépens sont adjugés à titre de dommages et intérêts pour la réparation d'une faute commune (M). J'ai déjà fait remarquer qu'un tribunal civil ne peut condamner les parties solidairement aux dépens, j'ajoute maintenant, même à titre de dommages-intérêts. Le tribunal peut seulement, dans ce cas, faire deux choses : ou, distinguant la part de responsabilité de chacun des défendeurs, condamner chacun d'eux isolément et personnellement à la réparation du préjudice que son action propre a causé ; ou, se trouvant dans l'impossibilité de faire une pareille analyse, condamner en bloc tous les défendeurs au paiement de l'indemnité *in solidum*, ainsi que je viens de l'expliquer.

De cette proposition démontrée : qu'il existe autant de dettes du total qu'il y a d'acteurs dans la perpétration du fait dommageable, quand la part de responsabilité de chacun ne peut être nettement déterminée, découle cette conséquence, que l'un des codélinquants poursuivi en réparation n'a point le droit, que plusieurs auteurs lui voudraient accorder à tort, d'opposer au créancier une sorte de bénéfice de division (N). Mais, on peut se demander s'il jouit ainsi qu'un débiteur solidaire de la faveur de l'article 175 du Code de procédure, aux termes duquel, celui qui prétend avoir le droit d'appeler quelqu'un à sa garantie obtient un délai pour mettre en cause son garant.

(M) Arrêt du 28 février 1818. « Attendu, dit la Cour..., que l'arrêt attaqué en prononçant la condamnation solidaire des demandeurs aux dépens, sans énoncer que cette condamnation avait lieu à titre de dommages-intérêts a expressément violé la loi précitée (l'art. 1202 du Code civil, casse, etc... »

(N). Marcadé sur l'article 1202, n° 604.

A mon avis la question dépend de cette autre : le débiteur *in solidum* responsable des suites d'un délit civil ou d'un quasi-délit, a-t-il droit à un recours s'il paie seul la totalité de l'indemnité ? En effet, je ne vois pas pourquoi on serait injuste à son égard. Qu'il soit puni, rien n'est plus raisonnable ; mais au moins, qu'il bénéficie du droit commun ; il est incontestable que lui dénier la faculté de mettre en cause ses garants, c'est l'exposer à perdre le recours lui-même.

Or, ce recours lui appartient incontestablement. Il n'y a, à la vérité, entre les divers auteurs d'un fait dommageable, ni mandat, ni société ; mais, n'est-il pas clair qu'il serait souverainement injuste que tous les autres fussent, sans bourse délier, complètement déchargés de toute obligation parce qu'un seul a payé le total et pussent ainsi s'enrichir à ses dépens ; le raisonnement par lequel Pothier arrivait à faire accorder le recours même à celui qui se serait rendu coupable d'un délit criminel, raisonnement que j'ai cité au début de la section consacrée à l'action récursoire, ne s'applique-t-il pas d'ailleurs avec autant de force quand il s'agit d'un simple délit civil (Pothier, n° 282).

Le débiteur a donc le droit de se retourner vers ceux qui l'ont entouré dans l'acte dommageable et de leur demander une juste contribution, soit que tous les auteurs aient été condamnés en même temps, ou séparément, pour le même fait, soit que seul il ait été poursuivi, auquel cas il faut, pour être logique, lui permettre de poursuivre à son tour ses coauteurs au lieu et place du créancier. Ce dernier, en effet, a pu ignorer qu'il y eût plusieurs débiteurs responsables, ou bien, le sachant, il ne s'en est pas inquiété, étant assuré suffisam-

ment du paiement par un seul ; dans l'une comme dans l'autre hypothèse il ne serait pas juste que le défendeur fût puni, et payât pour tous les coupables.

Mais, c'est ici que se présente la difficulté la plus sérieuse. Dans quelles limites peut être exercé le recours ?

Quand il s'agit d'un délit puni par les lois pénales, nous savons qu'il y a lieu à l'application pure et simple de tous les principes de la solidarité. Donc, l'obligation se divise de plein droit (art. 1213), à moins que le jugement ou l'arrêt n'ait réparti autrement, selon les divers degrés de culpabilité, la contribution aux amendes, restitutions, dommages-intérêts et frais. Dans ce cas, en effet, la division prononcée par la justice devrait être respectée comme le serait une division inégale de la dette convenue entre les débiteurs, connue de chacun d'eux. En l'absence d'une répartition expressément ordonnée, l'obligation des codélinquants se divise en parts viriles. Conclusion rigoureuse, il est vrai, et cependant moins rigoureuse que la disposition elle-même de l'article 55 du Code pénal, puisque la division égale ne s'opérera certainement pas pour les amendes qui doivent être individuelles, et pour lesquelles toutefois, aussi bien que pour les dommages-intérêts, restitutions ou frais, la solidarité est proclamée (o).

S'il s'agit d'une simple obligation *in solidum* appliquerons-nous encore le principe de la division par têtes ? Nous raisonnons toujours dans l'hypothèse où la part de responsabilité de chacun des auteurs du délit ou des personnes qui doivent supporter les suites d'un quasi-

(o). Cette solidarité des amendes prononcée par l'art. 55 du Code pénal est difficile à justifier ; l'amende est une peine, or, il est de principe en droit criminel que les peines doivent être personnelles.

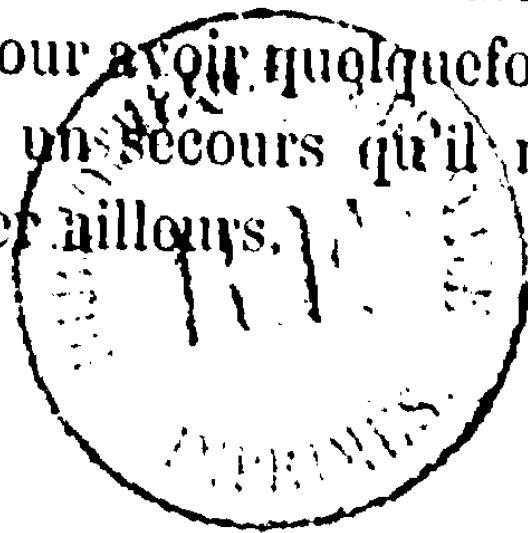
délit est impossible à déterminer. Dès lors, il me paraît que la vérité se dégage avec la plus grande netteté des principes élémentaires du droit.

Les coauteurs d'un fait dommageable, ayant tous concouru à l'acte, ont pris une part égale ou une part inégale à son exécution. S'ils l'ont prise égale, quoi de plus juste qu'ils en subissent également les conséquences? S'ils l'ont prise inégale, eh bien, alors, qu'ils le démontrent. Sans cela, de quel droit faire retomber sur l'un plutôt que sur l'autre le fardeau plus lourd de la responsabilité? de quel droit décharger celui-ci en chargeant celui-là? Les codélinquants ont pris une situation commune, commune a été leur participation à l'acte, commune doit être leur punition; chacun d'eux est responsable de sa propre faute ou de sa propre négligence, mais il serait injuste qu'un seul payât pour la faute ou la négligence des autres.

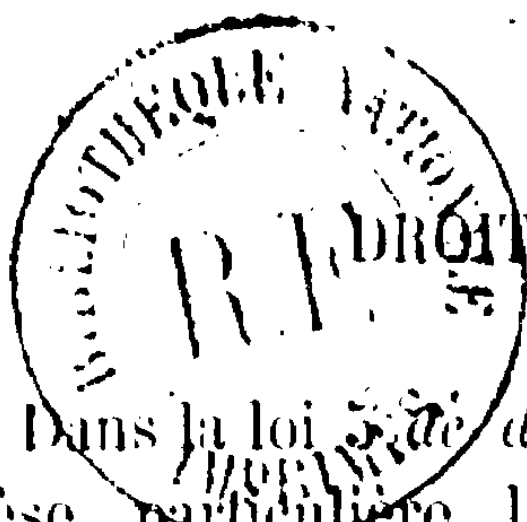
J'ai terminé ce rapide examen d'une classe nombreuse d'obligations dont la nature et les caractères particuliers ne me paraissent pas avoir été, dans la plupart des ouvrages que j'ai pu consulter, éclairés d'un jour suffisant; et, en même temps, je suis arrivé au terme de ce modeste travail.

Parmi les nombreuses et intéressantes questions qui pouvaient, dans une étude complète de la solidarité en droit romain et dans notre droit civil, se présenter à l'esprit, il en est certainement que je n'ai ni prévues ni discutées, il en est aussi qui méritaient sans doute un examen plus approfondi ou dont la solution n'est pas à l'abri de toute critique; cependant, malgré ces lacunes et peut-être ces erreurs, je ne croirai pas avoir accom-

pli une tâche inutile, si, après avoir soulevé et cherché à résoudre les principales difficultés que présente l'explication d'une matière si vaste, puisqu'elle touche à toutes les parties du droit, si difficile, puisqu'on y rencontre à chaque pas les plus graves controverses, même entre les jurisconsultes dont l'autorité est incontestable, je ne suis pas jugé trop téméraire pour avoir quelquefois cherché dans mes propres forces un secours qu'il ne m'avait pas été donné de rencontrer ailleurs.



POSITIONS



I. — Dans la loi *3^{de} de duobus reis*, Julien fait à une hypothèse particulière l'application de cette règle : qu'au point de vue objectif l'étendue de l'obligation doit être égale pour tous les *correi*.

II. — On ne peut établir une obligation corréale par stipulation, qu'en suivant la marche indiquée par Justinien (Instit. III, 16, *pr.*).

III. — Dans le droit des juriconsultes un pacte *in continenti* ajouté au contrat de *mutuum* peut donner naissance à la corréalité.

IV. — Un des créanciers peut éteindre l'obligation corréale par la novation. Il n'y a pas antinomie entre la loi 31, § 1, *de novat.* (16, 2) et la loi 27, *pr.*, *de pactis* (2, 14).

V. — Il faut distinguer entre les débiteurs *correi* et les débiteurs *simpliciter in solidum*. Il y a corréalité quand les débiteurs sont tenus d'une *condictio*, simple solidarité s'il n'existe contre eux qu'une action de bonne foi ou *in factum*.

VI. — Si le corps certain, objet de l'obligation, périt par le fait de l'un des *correi promittendi*, les autres restent tenus ; ils sont au contraire libérés si l'objet périt par cas fortuit après la mise en demeure de l'un d'eux.

VII. — Le bénéfice de division n'a jamais été accordé aux *correi promittendi*; pas même dans le droit Justinien.

VIII. — La théorie du recours par la cession des actions du créancier accordé au *correus promittendi* s'est développée dès l'époque des jurisconsultes. Quant à une action utile basée sur une cession feinte, elle n'a été admise que plus tard.

DROIT CIVIL.

I. — Le débiteur de plusieurs créanciers solidaires poursuivi par l'un d'eux ne peut se refuser au paiement intégral, sous le prétexte qu'il y a présomption de société entre les créanciers et que le poursuivant ne prouve pas qu'il ait seul droit au bénéfice intégral de l'obligation.

II. — La suspension de la prescription en faveur de l'un des créanciers solidaires profite à tous les autres.

La suspension de la prescription en faveur du créancier commun contre l'un des codébiteurs solidaires nuit à tous les autres.

III. — Les créanciers solidaires peuvent invoquer la novation faite par l'un d'eux avec le débiteur commun, mais cet acte ne leur est pas opposable.

IV. — Le débiteur de plusieurs créanciers solidaires peut opposer à l'un d'eux la compensation de ce que lui doit un autre des créanciers.

V. — Un débiteur solidaire ne peut opposer au créancier commun la compensation, même partielle, de ce que celui-ci doit à un autre des codébiteurs.

VI. — Si l'existence de l'obligation solidaire entre créanciers ou débiteurs est contestée, le jugement intervenu entre l'un des débiteurs et le créancier commun ou entre l'un des créanciers et le débiteur commun, n'a pas force de chose jugée vis-à-vis de ceux qui n'ont pas été mis en cause.

Il en est différemment, si, l'existence de l'obligation étant incontestée, le procès est engagé sur l'extinction de la créance ou de la dette.

VII. — Le débiteur solidaire ne peut se prévaloir de la déchéance édictée contre le créancier par l'art. 2037.

VIII. — La caution solidaire le peut.

IX. — Il n'y a pas lieu de distinguer entre la solidarité parfaite et la solidarité imparfaite. Il existe une seule solidarité, double dans sa source et unique dans ses effets.

X. — Le second mari de la mère tutrice qui n'a pas convoqué le conseil de famille est responsable de la gestion antérieure au mariage.

DROIT PÉNAL.

I. — L'article 55 du Code pénal édicte à l'égard des condamnés pour un même crime ou un même délit une solidarité produisant tous les effets de la solidarité conventionnelle, sauf une exception : le condamné qui a payé plus que sa part n'a pas droit au bénéfice de l'article 2001 du Code civil.

II. — L'article 55 du Code pénal n'est pas applicable en matière de contravention.

III. — Les membres d'une congrégation religieuse non autorisée ont qualité pour intenter une action en diffamation à raison des imputations dirigées contre leur société, sans qu'on puisse leur opposer l'illégalité de l'existence de la congrégation à laquelle ils appartiennent.

PROCÉDURE.

I. — Un tribunal civil ne peut pas condamner solidairement les défendeurs aux dépens, même en adjugeant ces dépens à titre de dommages-intérêts, en réparation d'une faute commune.

II. — Lorsque le jugement obtenu par le créancier est opposable à tous les codébiteurs solidaires (soit parce qu'ils se représentent réciproquement, soit parce qu'ils ont tous été mis en cause) et qu'aucun d'eux n'a comparu, l'exécution du jugement contre l'un d'eux dans les six mois, empêche la péremption vis-à-vis de tous.

III. — Les actes d'exécution qui, aux termes de l'article 156 du Code de procédure, empêchent la péremption ne doivent pas nécessairement être de ceux qui, aux termes de l'art. 159, rendraient l'opposition non recevable.

DROIT COMMERCIAL.

I. — L'article 542 du Code de commerce consacre une juste application des principes de la solidarité combinés avec les règles des faillites.

II. — Les dispositions de cet article sont inapplicables en matière civile dans l'hypothèse de la déconfiture de plusieurs débiteurs solidaires.

III. — L'associé auquel a été confiée la liquidation d'une société est tenu pendant trente ans pour les obligations contractées comme liquidateur et pendant cinq ans seulement pour les obligations contractées comme associé.

DROIT ADMINISTRATIF.

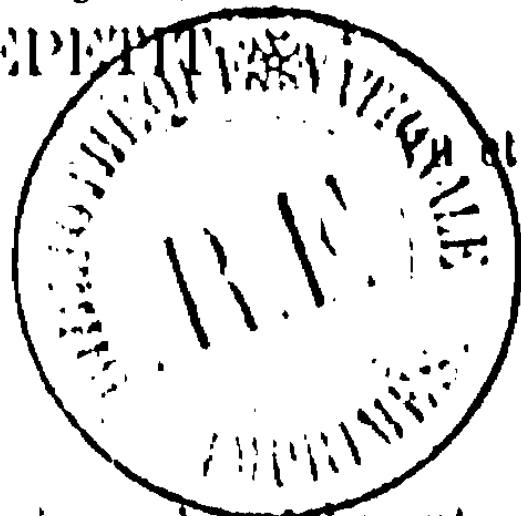
I. — En principe, et sauf les dispositions particulières de certains textes spéciaux, les édifices publics sont aliénables et prescriptibles.

II. — Les églises doivent être classées dans le domaine public, national ou communal.

Vu par le Président de l'Acte, doyen honoraire,
BOURBEAU (C. ✽).

Vu par le doyen,

A. LEPETIT



et permis d'imprimer :

Le Recteur,
CHÉRUEL (O. ✽).

« Les visa exigés par les règlements sont une garantie des principes » et des opinions relatives à la religion, à l'ordre public et aux bonnes » mœurs (Statut du 9 avr. 1825, art. 41), mais non des opinions pure- » ment juridiques; dont la responsabilité est laissée aux candidats. »

« Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront » faites sur les autres matières de l'enseignement. »

