

de rendre conditionnelle la décharge accordée au déléguant : le créancier a voulu que cette décharge fût considérée comme non avenue, si le nouveau débiteur devient insolvable. Une semblable restriction ne rend pas la décharge illusoire ; en effet le créancier ne peut poursuivre l'ancien débiteur que sous la condition de démontrer l'insolvabilité du nouveau, tandis que, s'il n'avait pas accordé de décharge, il pourrait poursuivre à son choix l'ancien débiteur ou le nouveau.

La deuxième exception a lieu, d'après la partie finale de notre article, lorsque le débiteur délégué était déjà *en faillite ouverte* ou *tombé en déconfiture au moment de la délégation*. La loi suppose sans le dire que le créancier, qui a accordé la décharge à son ancien débiteur, au déléguant, ignorait l'état de faillite ou de déconfiture du nouveau débiteur, du délégué ; car, s'il le connaissait, il n'y aurait pas de motif pour lui permettre de revenir sur ce qu'il a fait. Quant au déléguant, qui a proposé le nouveau débiteur, de deux choses l'une : ou il connaissait la situation de celui-ci, et alors il a commis un dol dont la loi ne devait pas lui permettre de profiter ; ou il ne la connaissait pas, et alors on peut facilement admettre qu'il a été tacitement entendu entre les parties que la décharge accordée à l'ancien débiteur supposait la solvabilité du nouveau : le déléguant a présenté un débiteur qu'il croyait solvable, et le délégataire l'a accepté comme tel ; il est donc sous-entendu que la décharge accordée à l'ancien débiteur est subordonnée à la solvabilité du nouveau. De sorte que finalement les deux exceptions formulées par l'art. 1276 ont leur fondement dans la volonté des parties, volonté exprimée dans le premier cas au moyen d'une réserve formelle, sous-entendue dans le second sur le fondement d'une réserve tacite.

1049. Il reste à savoir sur quoi porte la réserve expresse ou tacite du créancier. Le mot *réserve* contient en lui-même la réponse : on ne réserve que ce qu'on a ; la réserve n'est pas autre chose qu'une modalité de l'abandon d'un droit ; elle permet de reprendre dans une hypothèse déterminée le droit dont on se dépouille ; dans le cas dont il s'agit, le créancier qui accepte la délégation renonce à son droit contre le déléguant, mais en se réservant expressément ou tacitement le droit de le reprendre si le délégué devient insolvable. Ce que le créancier reprendra le cas échéant, c'est donc l'action qu'il avait contre le déléguant, et par conséquent il exercera cette action avec les privilèges et hypothèques qui y sont attachés. On objecte que la loi parle d'un *recours* contre le déléguant au cas d'insolvabilité du délégué ; ce mot indique, dit-on, que le délégataire agit contre le déléguant par une action en garantie, donc par une action purement personnelle. Nous répondons que le sens du mot *recours* est équivoque ; mais celui du mot *réserve*, que la loi emploie aussi dans le même article, ne l'est pas. Aussi ne conteste-t-on guère que le créancier puisse exercer son ancienne action, quand il y a de sa part une réserve expresse ; mais alors pourquoi ne pourrait-il pas aussi exercer cette même action dans le deuxième cas prévu par l'art. 1276, qui en définitive constitue, comme nous l'avons vu, une réserve tacite.

SECTION III

DE LA REMISE DE LA DETTE

I. Généralités.

1050. Le législateur ne s'occupe pas ici de la remise qui peut être accordée à un failli sous forme de concordat ; elle a ceci de particulier qu'elle peut être imposée par la majorité des créanciers à la minorité, de sorte que la remise est forcée pour les créanciers qui font partie de la minorité. Le Code civil ne s'occupe que de la remise *volontaire*.

La remise de la dette est la renonciation gratuite, faite par un créancier en faveur de son débiteur, au droit d'exiger en tout ou en partie le paiement de sa créance.

Nous disons la renonciation *gratuite* : si, en renonçant à son droit, le créancier en reçoit l'équivalent sous une autre forme, alors il n'y a pas à proprement parler remise de la dette. Ainsi le créancier d'une somme de 2,000 fr. donne quittance à son débiteur moyennant le paiement que lui fait celui-ci de 100 hectolitres de froment ; il y a dation en paiement, et non remise de la dette. Ou bien le créancier d'une somme d'argent consent à libérer son débiteur moyennant l'engagement que prend une autre personne de payer à sa place ; c'est le cas de la novation par changement de débiteur, et non celui de la remise de la dette. Toutefois, si ce que le créancier reçoit ou stipule n'est pas la contre-valeur exacte de ce qui lui est dû, il peut y avoir remise partielle de la dette. Ainsi le créancier d'une somme de 500 fr., qui, pour gratifier son débiteur, consent à lui donner quittance intégrale moyennant le paiement d'une barrique de vin valant 300 fr., lui fait évidemment remise de sa dette jusqu'à concurrence de 200 fr.

La remise de la dette n'est pas une abdication pure et simple, que le créancier fait de son droit parce qu'il n'en veut plus ; c'est une faveur qu'il entend accorder à son débiteur, une libéralité qu'il veut lui faire, une donation, disons le mot ; car le créancier s'appauvrit d'une valeur égale au montant de la créance dont il fait l'abandon, et le débiteur s'enrichit d'autant.

1051. Du principe que la remise de la dette est une donation, il résulte qu'elle est soumise à toutes les règles de fond qui régissent les donations. C'est ainsi notamment que l'avantage résultant d'une remise de dette serait soumis, le cas échéant, au rapport ou à la réduction, et révocable pour les diverses causes qui entraînent la révocation des donations. Il y aurait lieu d'appliquer également à la remise de la dette les règles générales sur la capacité de disposer et de recevoir. Ainsi un créancier mineur de seize ans ne peut pas valablement faire une remise de dette (arg., art. 903) ; de même, un père adultérin ou incestueux ne peut pas valablement faire une remise de dette au profit de son enfant, si l'avantage résultant de cette remise dépasse les limites d'une disposition alimentaire (arg., art. 762 et 908).

Il semblerait devoir résulter aussi de notre principe que la remise de la dette est soumise aux conditions de *forme* des donations, qu'elle ne peut être valable qu'à la condition d'être faite dans les formes solennelles prescrites pour les dispositions à titre gratuit. Mais notre législateur n'a pas admis cette deuxième conséquence, ou du moins il ne l'a admise qu'en partie. A cet égard il y a lieu de distinguer. — La remise

de la dette est-elle faite *mortis causa*, constitue-t-elle une donation testamentaire ? Elle ne sera valable qu'à la condition d'être contenue dans un testament fait selon les formes prescrites par la loi ; le droit commun s'applique ici par cela seul que le législateur n'y a pas dérogé. — Il en est autrement, si la remise de la dette est faite *inter vivos*, si elle constitue une donation entre-vifs ; alors, par une exception remarquable aux règles du droit commun, elle n'est pas soumise aux règles de forme qui régissent les donations ordinaires (art. 931 et s.). On en trouve la preuve irrécusable dans les art. 1282 et 1283, d'après lesquels la remise de la dette peut être tacite, c'est-à-dire résulter de certains faits accomplis par le créancier et prouvant son intention de renoncer à son droit. Donner effet à une volonté manifestée tacitement, c'est dire implicitement que l'expression de cette volonté n'est soumise à aucune condition particulière de forme ; car la manifestation tacite implique l'absence de toute forme. La remise de la dette entre-vifs pourra donc être valablement faite par acte sous seing privé et même par simple déclaration verbale, sauf les difficultés de la preuve. Et si le donateur (le créancier) est ici dispensé de la nécessité de manifester solennellement sa volonté suivant les formes ordinaires, à plus forte raison le donataire (le débiteur) est-il dispensé de la solennité de l'acceptation. Nous disons *de la solennité* de l'acceptation, mais non de l'acceptation elle-même ; car la remise de la dette effectuée entre-vifs est un abandon conventionnel fait par le créancier de son droit de créance ; or toute convention implique le consentement des deux parties. Tant que le débiteur n'a pas accepté la remise proposée par le créancier, il n'y a de la part de celui-ci qu'une simple pollicitation qu'il peut retirer. Sur le point de savoir à dater de quel moment l'acceptation faite par le débiteur lie le créancier, voyez *supra* n° 764.

1052. Ainsi, en résumé, la remise de la dette est une disposition à titre gratuit, et à ce titre elle demeure soumise à toutes les règles de fond qui régissent les donations. Mais, par une exception remarquable aux principes du droit commun, fondée sans doute sur le désir de favoriser la libération des débiteurs, le législateur dispense la remise de la dette, lorsqu'elle constitue une disposition entre-vifs, des formes solennelles prescrites pour la validité des donations ordinaires. Le droit commun reprend son empire, si la remise de la dette constitue une disposition testamentaire, en ce sens qu'elle n'est valable qu'à la condition d'être faite par un testament régulier dans la forme.

II. Présomptions légales de libération.

1053. On lit dans l'art. 1282 : « La remise volontaire du titre original » sous signature privée, par le créancier au débiteur, fait preuve de la » libération » ; et l'art. 1283 ajoute : « La remise volontaire de la grosse du

» titre fait présumer la remise de la dette ou le paiement, sans préjudice » de la preuve contraire ».

Ces textes prévoient deux cas bien distincts :

a. — L'art. 1282 suppose qu'une dette est constatée par un acte sous signature privée : il s'agit par exemple d'une dette née d'un prêt, pour laquelle le prêteur s'est contenté d'une simple reconnaissance écrite et signée de la main de l'emprunteur. Le créancier remet volontairement son titre au débiteur, il s'en dessaisit spontanément au profit de celui-ci. La loi en induit que le débiteur est libéré ; elle établit à son profit une présomption légale de libération. Présomption très rationnelle ! Le créancier n'avait pas entre les mains d'autre moyen de prouver sa créance que l'acte sous seing privé dont il vient de se dessaisir. S'il l'abandonne, c'est sans doute qu'il n'en a plus besoin, et, s'il n'en a plus besoin, ce ne peut être que parce qu'il a été payé ou parce qu'il renonce au droit de l'être. L'abandon volontaire que le créancier fait de son titre implique donc nécessairement un paiement ou une remise de la dette ; or l'un comme l'autre entraîne la libération du débiteur, et la présomption établie par l'art. 1282 se trouve ainsi pleinement justifiée.

b. — L'art. 1283 prévoit une hypothèse un peu différente. Il s'agit d'une dette constatée par un acte authentique ; le créancier remet volontairement au débiteur la grosse du titre ; nous savons qu'on désigne sous ce nom une expédition revêtue du mandement d'exécution ; en principe il ne doit en être délivré qu'une seule au créancier. De ce fait que le créancier s'est volontairement dessaisi de la grosse de son titre, la loi induit encore par voie de présomption que le débiteur est libéré.

Il est manifeste toutefois que l'induction à tirer de la remise volontaire de la grosse du titre, qui constate la créance, est moins puissante que celle fournie par la remise volontaire du titre original sous signature privée. En effet le créancier, qui se dessaisit de la grosse de son titre, ne se met pas pour cela dans l'impossibilité de prouver sa créance. L'original du titre est entre les mains d'un dépositaire public (greffier ou notaire), et le créancier peut s'en procurer autant d'expéditions qu'il juge à propos ; il peut même dans certains cas s'en faire délivrer une nouvelle grosse. Au contraire le créancier, qui s'est dessaisi de l'acte original sous signature privée constatant son droit, s'est complètement désarmé ; l'abandon qu'il fait est donc beaucoup plus significatif. La loi ne pouvait pas négliger de tenir compte de cette nuance, et elle l'a parfaitement soulignée dans les articles 1282 et 1283. Dans l'un comme dans l'autre cas, elle présume la libération du débiteur, c'est-à-dire, ainsi que l'explique l'art. 1283, la remise de la dette ou le paiement. Mais dans le premier, celui de la remise du titre original sous signature privée, sa présomption est irréfutable, non susceptible d'être combattue par la

preuve contraire : ce que la loi exprime par ces mots *fait preuve de la libération* (art. 1282) ; tandis que dans le second elle réserve formellement la preuve contraire (art. 1283). Le créancier serait donc admis dans cette dernière hypothèse à prouver que la présomption de la loi est en défaut, à établir que le débiteur n'est pas libéré, qu'il n'y a eu ni remise de la dette ni paiement.

1054. En résumé, la remise volontaire, faite par le créancier au débiteur, soit du titre original sous signature privée qui constate sa créance, hypothèse prévue par l'art. 1282, soit de la grosse du titre (art. 1283), fait naître au profit du débiteur une présomption légale de *libération* : la loi présume qu'il y a eu paiement ou remise de la dette. Mais la première présomption, celle résultant de la remise du titre original sous signature privée, est du nombre de celles que les commentateurs appellent *juris et de jure*, c'est-à-dire qu'elle n'est pas susceptible d'être renversée par la preuve contraire ; tandis que la seconde, celle qui résulte de la remise volontaire de la grosse du titre, n'est qu'une présomption *juris tantum* : ce qui signifie qu'elle peut être combattue et détruite par la preuve contraire.

1055. Il y a des actes notariés qui sont rédigés en brevet. Le notaire, en pareil cas, ne garde pas par devers lui l'original de l'acte, il le remet aux parties. En supposant qu'une créance soit constatée par un titre de cette nature, la remise volontaire, qui en serait faite par le créancier au débiteur, donnerait-elle naissance au profit de celui-ci à la présomption de l'art. 1282 ou à celle de l'art. 1283 ? Nous croyons qu'il y aurait lieu d'appliquer l'art. 1282, c'est-à-dire que la remise du titre ferait naître au profit du débiteur une présomption *juris et de jure* de libération. C'était la solution admise par Pothier, et c'est celle aussi que dicte la raison ; car le créancier se désarme complètement, toutes les fois qu'il abandonne l'original de l'acte. Qu'importe qu'il soit authentique ou sous seing privé ?

1056. Pour que la remise du titre original sous signature privée ou de la grosse du titre puisse faire naître la présomption de l'art. 1282 ou celle de l'art. 1283, il faut : 1° qu'elle ait été faite au débiteur ; 2° qu'elle ait été faite par le créancier ou par quelqu'un ayant reçu de lui mandat à cet effet (Orléans, 20 mai 1876, Sir., 76. 2. 202) ; 3° qu'elle soit volontaire (arg., art. 1282). Cette dernière condition doit nous arrêter un instant.

Par *remise VOLONTAIRE*, la loi entend celle que le créancier fait avec la volonté de libérer le débiteur, ou mieux à la suite de sa libération et pour la constater. Il n'y aurait donc pas remise volontaire *hoc sensu*, et par suite les présomptions de nos articles ne prendraient pas naissance, si le créancier avait remis l'original ou la grosse de son titre au débiteur à titre de dépôt, de prêt, de mandat, ou par erreur avec d'autres titres, ni à plus forte raison si le titre était parvenu entre les mains du débiteur par suite d'un vol ou d'un abus de confiance qu'il aurait

commis, ou si, le titre ayant été perdu par le créancier, le débiteur l'avait trouvé.

1057. On voit qu'il est fort important de savoir à quel titre le débiteur détient l'original ou la grosse du titre qui constate sa dette ; car, si ce n'est pas en vertu d'une remise volontaire, il n'y a pas en sa faveur de présomption de libération. Supposons qu'il y ait contestation sur ce point entre le débiteur et le créancier : le débiteur prétend que le titre qu'il détient lui a été remis volontairement par le créancier, et que par suite il doit bénéficier de la présomption de libération écrite en l'art. 1282 ou en l'art. 1283 ; le créancier au contraire conteste le fait de la remise volontaire, il prétend qu'il a été dépouillé de son titre malgré lui. Qui croira-t-on ? En autres termes, à qui de prouver son affirmation ? On admet généralement que la charge de la preuve incombe au créancier. La prétention du débiteur, dit-on, est plus vraisemblable ; car normalement, lorsque le débiteur est en possession du titre, il l'a reçu des mains du créancier ; la perte, le vol, l'abus de confiance... sont des faits exceptionnels, et c'est au créancier qui les invoque de les prouver ; dans le doute on ne peut pas les présumer. Voyez cependant Cass., 11 février 1873, Sir., 73. 4. 460. Cet arrêt reconnaît aux juges un pouvoir souverain pour résoudre la question d'après les circonstances de la cause.

1058. Lorsque les conditions requises par l'art. 1282 ou par l'art. 1283 se trouvent réunies, le débiteur n'a pas besoin de prouver sa libération ; elle est présumée par la loi, ou, si l'on veut, il la prouve en invoquant la présomption de la loi (art. 1352) ; il lui suffit d'opposer cette présomption au créancier pour le faire déclarer non recevable dans sa demande en paiement, sauf la preuve contraire réservée par l'art. 1283.

Mais à quel titre le débiteur, qui invoque l'une ou l'autre de nos présomptions légales, sera-t-il présumé libéré ? A titre de paiement ou à titre de remise ? La question peut présenter dans plusieurs cas un intérêt capital : le principal résulte de ce que le paiement est un acte à titre onéreux, tandis que la remise de la dette est un acte à titre gratuit, une donation, de sorte que le débiteur libéré en vertu d'une remise pourra se trouver soumis, le cas échéant, au rapport, à la réduction, à la révocation pour cause d'ingratitude ou pour cause de survenance d'enfant..., tandis que ces éventualités ne sont pas à redouter pour le débiteur qui peut se dire libéré par un paiement. Eh bien ! supposons qu'un débiteur établisse sa libération en invoquant l'une des présomptions légales écrites dans les art. 1282 et 1283 ; il y a intérêt, on le suppose, à savoir s'il est libéré par un paiement ou par une remise, et le débiteur soutient par exemple qu'il est libéré à titre de paiement, alors que ses adversaires prétendent qu'il est libéré par une remise ? Ici encore qui croira-t-on ? A qui incombera la charge de la preuve ? La question présente une importance capitale ; car, en supposant qu'aucun des adversaires ne soit en mesure de prouver son affirmation, celui-là bien évidemment obtiendra gain de cause qui sera dispensé de faire la preuve. La doctrine en général résout la question en faveur du débiteur : on le présume libéré à titre de paiement, sauf à ses adversaires à prouver qu'il est libéré à titre de remise. Le paiement, dit-on en ce sens, est le mode régulier et normal de libération des débiteurs ; par conséquent on doit le présumer dans le doute. D'ailleurs cette solution est favorable au débiteur, et dans le doute c'est en sa faveur qu'il faut se décider (arg., art. 1247 al. 2).

1059. Telles sont les présomptions légales de libération. La liste en est courte, mais il n'y a lieu d'y ajouter aucun terme ; car les présomp-

tions légales, ainsi que nous l'avons déjà dit, sont de stricte interprétation. L'art. 1286 formule une proposition presque inutile, tant elle est évidente, lorsqu'il dit : « *La remise de la chose donnée en nantissement* » [gage ou antichrèse, art. 2072] *ne suffit point pour faire présumer la remise de la dette* ». De ce que le créancier renonce à la garantie attachée à sa créance, il n'en résulte pas qu'il renonce à sa créance elle-même; on peut renoncer à l'accessoire sans renoncer au principal. Ce que la loi dit de la renonciation au droit de gage, il faudrait le dire aussi de la renonciation aux autres garanties attachées à la créance, privilèges, hypothèques, cautionnement.

III. Effets de la remise de la dette.

1060. La remise de la dette est une cause d'extinction des obligations; elle anéantit donc la dette et avec elle tous ses accessoires.

Il peut y avoir plusieurs obligés, par exemple plusieurs codébiteurs solidaires, ou un débiteur principal et une ou plusieurs cautions. La remise faite à l'un d'entre eux éteindra-t-elle la dette d'une manière absolue, *in rem, generaliter*, auquel cas tous les obligés pourront l'invoquer; ou bien opérera-t-elle seulement d'une manière relative, *in personam*, de telle sorte que le bénéfice en sera exclusivement réservé à l'obligé qui l'a obtenue? Pour employer les expressions de Pothier, la remise faite à un seul des obligés est-elle *réelle* ou seulement *personnelle*?

Cette question ne comporte pas une réponse absolue. Il y a certaines distinctions à établir qui résultent des art. 1284, 1285 et 1287.

Il faut tout d'abord distinguer si la remise est tacite ou expresse. Nous opposons à la remise *tacite* la remise *expresse*, et non la remise *conventionnelle*, comme le font à tort les art. 1285 et 1287; la remise conventionnelle n'est qu'un cas particulier de la remise expresse, qui peut aussi se faire par testament.

Remise tacite.

1061. Nous entendons ici par remise tacite celle résultant de ce que le créancier s'est volontairement dessaisi de son titre (art. 1282 et 1283). On comprend qu'une semblable remise doive nécessairement être *réelle*; car elle résulte de l'impossibilité où le créancier s'est mis volontairement de prouver son droit, et il est clair que cette impossibilité existe *erga omnes*. L'art. 1284 ne fait que déduire une conséquence de ce principe, lorsqu'il dit : « *La remise du titre original sous signature privée, ou de la grosse du titre, à l'un des débiteurs solidaires, a le même effet au profit de ses codébiteurs* ».

Remise expresse.

1062. La remise expresse, dont la remise conventionnelle n'est qu'un cas particulier, ne produit pas toujours un effet aussi radical. La loi

fait à cet égard plusieurs distinctions; nous parlerons successivement avec elle du cas où la remise est faite à l'un des codébiteurs solidaires, de celui où elle est faite au débiteur principal et enfin de celui où elle est intervenue au profit de la caution.

1063. a. — *Remise faite à l'un des codébiteurs solidaires.* Aux termes de l'art. 1285 al. 1 : « *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* ». Cette décision, qui paraît être un souvenir des règles du Droit romain sur l'*acceptilatio*, est très critiquée; elle est contraire en effet au principe que les renonciations doivent s'interpréter restrictivement. Il y a doute sur le point de savoir si le créancier, qui a fait remise expresse de la dette à l'un des codébiteurs solidaires, a entendu que cette remise profitât aux autres; ce doute aurait dû être tranché en faveur du créancier. La loi fait le contraire : le créancier ne conservera ses droits contre les autres codébiteurs solidaires qu'autant qu'il les aura réservés expressément.

En supposant que cette réserve ait été faite, quel sera son effet? L'art. 1285 al. 2 répond : « *Dans ce dernier cas, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise* ». Ainsi *Primus*, *Secundus* et *Tertius* me doivent solidairement 3,000 fr.; je déclare faire remise de la dette à *Primus*, mais en me réservant mes droits contre *Secundus* et *Tertius*; je ne pourrai plus demander que 2,000 fr. soit à *Secundus* soit à *Tertius*, déduisant du montant de ma demande la part de *Primus* auquel j'ai fait la remise, part que nous supposons égale à celle des autres codébiteurs. En effet, si je pouvais demander 3,000 fr. à l'un des codébiteurs non déchargés, il ne manquerait pas, après m'avoir payé, d'exercer une action récursoire contre *Primus* pour sa part (art. 1214), et celui-ci perdrait ainsi le bénéfice de la remise que je lui ai faite.

Ajoutons que, si l'un des codébiteurs non déchargés devient insolvable, la part qui aurait dû être supportée dans son insolvabilité par le codébitéur déchargé demeurera au compte du créancier, qui doit naturellement subir toutes les conséquences de la remise qu'il a faite. Ainsi, dans notre espèce, si *Secundus* devient insolvable, le créancier ne pourra demander à *Tertius* que 4,500 fr.

1064. b. — *Remise faite au débiteur principal.* L'art. 1287 al. 1 dispose : « *La remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions* ». Il ne peut pas y avoir de caution sans débiteur principal, puisque l'engagement de la caution est accessoire par rapport à celui du débiteur principal. La libération du débiteur principal entraîne donc nécessairement celle des cautions.

1065. c. — *Remise faite à la caution.* Elle est sans effet par rapport au débiteur principal : « *Celle accordée à la caution ne libère pas le*

» *débiteur principal* », dit l'art. 1287 al. 2. Le créancier a pu vouloir renoncer au cautionnement, qui est un accessoire de sa créance, sans entendre renoncer pour cela à sa créance elle-même; il conserve donc ses droits contre le débiteur; ainsi l'exige le principe, que les renonciations doivent être interprétées restrictivement.

L'art. 1287 al. 3 ajoute : « *Celle [la remise expresse] accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres* », de sorte que la remise expresse faite au profit de la caution est toujours personnelle.

La loi dit que la remise accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres, mais elle ne dit pas que cette remise ne leur profite pas. Effectivement le créancier, qui a déchargé l'une des cautions, ne peut plus poursuivre les autres que sous la déduction de la part de la caution déchargée. Il est impossible d'en douter. De deux choses l'une en effet : — ou les cautions sont solidaires (ce qui arrive si elles ont renoncé au bénéfice de division), et alors celles qui n'ont pas été déchargées invoqueront par analogie l'art. 1285 al. 2 — ou elles ne sont pas solidaires, et alors, en invoquant le bénéfice de division, les cautions non déchargées pourront se soustraire à l'obligation de payer la part de la caution déchargée. *Adde arg.*, art. 2033 et 2037.

1066. Notre section se termine par un article, dont la disposition, contraire à l'opinion de Pothier, est universellement critiquée : « *Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement, doit être imputé sur la dette, et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions* » (art. 1288).

Supposons une dette de 40,000 fr. payable dans un an et garantie par une caution; l'état des affaires du débiteur donne lieu de craindre qu'il ne devienne promptement insolvable, *vergit ad inopiam*. Dans ces conditions, la caution fait au créancier la proposition suivante : « Je vous offre une somme de 2,000 fr., si vous voulez me décharger du cautionnement ». Le créancier accepte. Que s'est-il passé? Le créancier et la caution avaient des doutes sur la solvabilité du débiteur; en offrant 2,000 fr. la caution a entendu se décharger du risque de cette insolvabilité, et en les acceptant le créancier a entendu prendre ce risque à son compte. C'est donc un contrat aléatoire qui est intervenu entre le créancier et la caution : les 2,000 fr. que reçoit le créancier sont le prix du risque de l'insolvabilité du débiteur, qu'il prend désormais à sa charge; il les reçoit à titre onéreux. Alors comment se fait-il que la loi les déclare imputables sur le montant de la créance, et ne permette au créancier d'exiger que le surplus, soit 8,000 fr., du débiteur et des autres obligés s'il y en a? C'est détruire tout le profit de la convention pour le créancier, lui laisser la mauvaise chance en lui enlevant la bonne. Dans ces conditions, aucun créancier ne consentira à accorder la décharge du cautionnement, puisque la chance de perte que lui fait courir cette décharge n'est pas compensée par une chance de gain.

Au surplus, en pratique, il y a un moyen bien simple d'é luder cette disposition, et on ne peut guère blâmer ceux qui l'emploient ou ceux qui la suggèrent aux parties, puisqu'il s'agit d'une loi contraire au Droit. Que le créancier, après avoir reçu comptant la somme que lui offre la caution, donne à celle-ci une décharge *pure et simple*, c'est-à-dire une décharge dans laquelle il ne fera pas mention de la somme que la caution a payée pour l'obtenir. La remise du cautionnement apparaîtra ainsi sous la couleur d'un acte à titre gratuit, et le créancier conservera le droit d'agir pour le tout contre les autres obligés. Et cependant ce moyen ne procure pas au créancier une sécurité absolue; car il se pourrait bien qu'on prouvât plus tard contre

lui que la décharge accordée à la caution n'était pas gratuite, ne fût-ce qu'en lui déférant le serment, et alors il subirait l'application de l'art. 1288 : ce qui prouve, soit dit en passant, qu'il est toujours dangereux de chercher à éluder la loi.

SECTION IV

DE LA COMPENSATION

1067. Définition. — La loi l, D., *de compensationibus*, (XVI, 2), donne de la compensation la définition suivante empruntée à Modestin : *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*. On peut, en paraphrasant cette définition, dire que la compensation est la *balance établie entre deux dettes qui se soldent mutuellement jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives*. Je vous dois 10,000 fr., et vous me devez pareille somme. Si on met nos deux dettes dans les deux plateaux d'une même balance, il y aura équilibre parfait; alors il est tout simple que les deux dettes s'annulent réciproquement; l'une paiera l'autre, il y aura *compensation* (de *pensare cum*). Supposons que je vous doive 10,000 fr. et que vous m'en deviez 15,000; si nous mettons les deux dettes dans la balance, elles ne se feront équilibre que jusqu'à concurrence de 10,000 fr. Eh bien! il y aura compensation dans cette mesure; j'aurai donc seulement le droit de vous demander l'excédent de ma créance sur ma dette, soit 5,000 fr.

C'est principalement un motif d'équité qui a fait admettre la compensation. Est-il juste que je puisse être forcé de payer, lorsque je suis en droit d'exiger immédiatement de celui qui me réclame le paiement une prestation absolument semblable à celle dont je suis tenu vis-à-vis de lui, de sorte qu'après avoir payé je serais fondé à reprendre immédiatement ce que je viens de donner, s'il était permis de se faire justice à soi-même? Notre législateur ne l'a pas pensé. Entre deux personnes dont la situation est parfaitement égale, en ce sens qu'elles sont réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre pour dettes de même nature également exigibles, il n'y a pas de motif pour que l'une puisse être contrainte à payer tandis que l'autre ne paie pas : ce qui aurait pour résultat de laisser la première exposée pour sa propre créance au risque de l'insolvabilité de la seconde. A ce point de vue surtout, il est vrai de dire avec la loi 3, D., *de comp.* (XVI, 2) : *Interest nostra non solvere potius quam solutum repetere*, idée qu'exprime aussi le dicton populaire : *Mieux vaut tenir que courir*. La compensation offre encore un autre intérêt, auquel Pomponius songeait peut-être aussi en écrivant le passage que nous venons de citer : elle simplifie la situation des parties, en leur épargnant les embarras et les frais d'un double paiement, qui, une fois fait de part et d'autre, les laisserait absolument dans la même situation que si elles n'avaient payé ni l'une ni l'autre. C'est plus qu'il n'en faut pour justi-