

son vice intrinsèque et foncier l'accompagne partout (1). Quand la législation romaine permettait au fidéjusseur d'une femme d'exciper du sénatus-consulte Velleïen (2), elle supposait sans aucun doute que ce fidéjusseur n'avait pas ignoré la loi d'ordre public qui défendait aux femmes de s'obliger pour autrui. Et cependant elle n'hésitait pas à déclarer le cautionnement sans effet!! Elle le déclarait tel alors même que le fidéjusseur n'aurait fait qu'obéir à un mandat de la femme, et qu'il y avait par conséquent accord entre elle et lui (3).

95. J'avoue cependant que ce tiers officieux, qui a pris la voie inutile du cautionnement, aurait pu arriver à un résultat plus sûr pour le créancier en se portant fort pour le débiteur et en promettant de rapporter la ratification de ce dernier; mais, nous l'avons expliqué ailleurs (4), l'obligation de celui qui se porte fort a des caractères autres que le cautionnement. Elle a ses règles propres, ses conditions particulières. Il ne faut pas troubler l'harmonie des contrats en important dans l'un des règles et des conditions qui appartiennent à un autre.

(1) *Suprà*, n° 30.

(2) *Suprà*, n° 46.

(3) Diocl. et Maxim., l. 15, C., *Ad. senat. Velleian.*

(4) *Suprà*, n° 29, 30.

ARTICLE 2013.

Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses.

Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses.

Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul; il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale.

SOMMAIRE.

96. L'obligation du fidéjusseur est la même que celle du débiteur principal.
97. Les Romains avaient exagéré cette idée. Équité du droit français. Quand l'obligation du fidéjusseur est plus dure, il la réduit.
98. A quelles circonstances faut-il avoir égard pour apprécier l'excès de l'obligation du fidéjusseur?
99. De l'excès dans la *quantité*.
100. Suite.
101. Suite.
102. De l'excès dans le *temps*, et, par exemple, du cas où le fidéjusseur s'est obligé à payer dans un temps plus court que le débiteur principal.
103. Suite.
104. De l'excès par rapport au *lieu*.
105. Suite.
106. De l'excès dans les *conditions et modalités*.
107. Nullité du pacte de ne pas faire valoir les exceptions attachées à l'obligation principale.

108. Cependant le lien de la caution peut être plus étroit, et plus efficace dans les moyens d'exécution.
109. Suite.
110. Suite.
111. Conséquences inadmissibles du système contraire.
112. Suite.
113. Suite.
114. Le fidéjusseur peut-il se soumettre à la contrainte par corps, lorsque le débiteur principal n'y est pas soumis ?
115. Suite.
116. Le fidéjusseur n'est pas censé obligé *in duriorem causam* parce qu'il ne peut opposer des exceptions personnelles qui compètent au débiteur principal.
117. Le fidéjusseur peut s'obliger à de moins dures conditions que le débiteur principal : *in mitiorem causam*.
118. Suite.
119. Dans le doute, on règle le cautionnement sur l'obligation principale.
120. Le fidéjusseur ne peut s'obliger à autre chose que le débiteur principal.
121. Exemple.
122. Suite.
123. Autre exemple.
124. Suite.
125. Autre exemple.
126. Suite.
127. Dans le doute, on adopte une interprétation favorable à la conformité des deux obligations du débiteur principal et du fidéjusseur.

Espèce donnée par Casaregis.

COMMENTAIRE.

96. L'obligation du fidéjusseur, ainsi que nous l'avons souvent énoncé, n'est que l'obligation même du débiteur principal étendue jusqu'à lui

par un effet de sa volonté (1). La limite naturelle de l'obligation du fidéjusseur est donc dans l'obligation principale. Et partant, elle ne saurait être plus étendue que celle-ci, sans quoi ce serait une autre obligation ; ce ne serait pas la *susceptio in se alienæ obligationis*, vrai caractère de la fidéjussion (2).

97. Les Romains avaient tiré de cette vérité des conséquences inflexibles. Ulpien nous apprend, en effet, que si l'obligation du fidéjusseur était plus dure que l'obligation principale, elle était nulle pour le tout : « *Illud commune est in omnibus qui pro aliis obligantur, quod si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omninò non obligari* (3). »

Je dis pour le tout, quoique Dumoulin ait essayé de prouver le contraire. Mais, dans cette tentative, Dumoulin s'éloignait autant de la lettre que de l'esprit de la jurisprudence romaine. De la lettre, car elle est positive, et la nullité totale est plusieurs fois prononcée par Ulpien.

De l'esprit, car combien de fois cet esprit formaliste n'a-t-il pas sacrifié l'équité à la logique ?

Pothier, qui appliqua les lois romaines avec un sage éclectisme, maintint, en homme sincère, le

(1) Emerigon, *Assurances*, t. 2, p. 531.

Pothier, *Oblig.*, n° 404.

Casaregis, *disc.* 63.

(2) *Suprà*, n° 46.

(3) L. 8, § 6, D., *De fidejuss.* V. Fachin, 8, *controv.* 51, et Hering., c. 24, n°s 53, 54.

sens littéral des textes, et montra en même temps que les tendances équitables de notre droit ne lui permettaient pas de l'importer chez nous (1). Il ne faut pas, en effet, conduire jusqu'à l'exagération les conséquences d'un principe. Que l'obligation du fidéjusseur ne puisse pas être plus dure que celle du débiteur principal, c'est là une vérité que nul ne saurait vouloir affaiblir ni éluder. Mais c'est assez faire pour elle que de réduire l'obligation excessive du fidéjusseur à la mesure de l'obligation principale. Tel est le parti que les Romains eux-mêmes avaient sagement pris dans le cas de pacte *constitutæ pecuniæ*. Ce pacte, qui avait avec la caution quelques rapports remarquables (2), ne pouvait obliger le débiteur à payer plus que ce qui était dû. Si cependant le débiteur s'était obligé à une plus forte somme, on réduisait l'obligation à la somme réellement due (3).

Eh bien ! l'équité ne permet pas de prendre un autre parti en matière de cautionnement. Détruire l'obligation excessive au lieu de la réduire, ce serait dépasser le but.

98. L'excès dans l'obligation du fidéjusseur s'apprécie eu égard à la quantité, au temps, au lieu, à la condition, au mode (4).

(1) *Junge Hering.*, c. 24, n° 65.

(2) *Suprà*, n° 34.

(3) *Ulp.*, l. 11, § 11, D., *De pecuniâ constit.*

(4) *Ulp.*, l. 8, § 7, D., *De fidejuss.*

Pothier, n° 371.

Cujas, 10, *observat.* 24.

Hering., ch. 24, n° 43.

99. En ce qui concerne la quantité, il est clair que si le débiteur principal s'est obligé à 1,000 seulement, le fidéjusseur qui se sera obligé à 2,000 ne sera tenu que pour 1,000.

100. Quelquefois la dette n'est pas liquide et le fidéjusseur s'oblige, lui, à payer une somme liquide, par exemple, 2,000. Si, par l'effet de la liquidation, il est reconnu que le débiteur ne doit que 1,500 le fidéjusseur ne devra que 1,500. On suppose que le *maximum* de 2,000 n'a été fixé que dans l'intérêt de la caution, afin qu'elle ne fût pas redevable de plus forte somme dans le cas où la liquidation en aurait mis une plus élevée à la charge du débiteur (1). Cette interprétation, quoique favorable, n'a rien de forcé. D'ailleurs, dans le doute, on présume toujours que la fidéjussion n'a pas voulu s'écarter de sa nature d'accessoire en établissant une différence entre elle et l'obligation principale. *In dubio semper interpretari debet tanquàm conformis principali obligationi*. Telle est la règle donnée par Casaregis, d'après plusieurs autres docteurs (2).

101. Pierre doit 1,000 qui viennent demain à échéance; il ne peut les payer: je le cautionne, et, pour obtenir de son créancier un délai d'un an, je promets que je paierai 1,050. Ce pacte est valable, et voici pourquoi: la somme de 1,050, à laquelle je me suis engagé, se compose de deux éléments: 1° la somme de 1,000 qui

(1) Pothier, n° 371.

(2) *Disc.* 63, n° 5, 6. *Infrà*, n° 127, 286.

est celle que Pierre doit et que j'ai promis de payer pour lui le cas échéant; 2° la somme de 50 que j'ai promis de payer au créancier. Quoique Pierre ne la doive pas, je ne serai pas moins obligé de la payer, non pas, à la vérité, à titre de cautionnement, mais comme porte-fort. En ce point particulier, je n'ai pas cautionné Pierre; j'ai contracté une obligation principale de porte-fort. J'ai promis que s'il n'acceptait pas l'obligation de payer 50 d'intérêt pour prix du délai accordé, ce serait moi qui les paierais au créancier (1). C'est en ce sens, mais en ce sens seulement, qu'on peut accepter l'opinion de Marsili qui enseigne que le fidéjusseur peut être obligé à payer des intérêts lorsque le débiteur principal n'y est pas astreint : « *Secus autem quoad accessoria, ut usuras. Nam potest fidejussor ad hoc obligari ultra quam sit obligatus principalis* (2). »

102. En ce qui concerne le temps, c'était une question, parmi les interprètes du droit romain et parmi nos anciens auteurs, que de savoir si la caution pouvait s'obliger à payer dans un terme plus court. Accurse soutenait qu'elle ne le pouvait. Cujas, au contraire, voulait qu'on ne fit aucune différence à cet égard entre la caution et le tiers débiteur par

(1) M. Ponsot, n° 95.

(2) N° 291. Il cite une foule d'auteurs, la glose, Angelus, Imola, Balde (sur la loi *Si pro eâ*, C., *Mandati*, q. 5); Jason (sur la loi 2, § *fin.*, D., *Qui satisfacere cog.*); Bartole sur la loi *Centum Capuæ*, D. (*De eo quod certo loco*); Paul de Castro sur la l. 2, § *fin.*, D., *Qui satisfacere cog.*

le pacte *constitutæ pecuniæ* (1). Et il tirait parti de ce que nul texte prohibitif ne se trouve, sur ce point, dans les livres du droit romain.

Pothier se range au sentiment d'Accurse. Il suffit que les lois disent, en général, que le fidéjusseur ne peut pas s'obliger *in duriores causam*, pour qu'on en doive conclure qu'il ne peut s'obliger à payer dans un temps plus court (2). D'ailleurs, la loi 16, § 5, D., *De fidejuss.*, pourrait bien répondre péremptoirement au défi de Cujas.

Quoi qu'il en soit, en présence de l'art. 2013, nul doute ne saurait plus exister. La caution qui s'obligerait à payer dans huit jours, lorsque le débiteur principal a deux ans pour s'acquitter, cette caution, disons-nous, s'obligerait plus durement, elle s'obligerait sous des conditions plus onéreuses. Il faudrait ramener l'obligation du fidéjusseur à la mesure de l'obligation principale.

103. Mais le pacte ne pourrait-il pas valoir comme pacte *constitutæ pecuniæ*? Cela dépendrait des circonstances. On ne peut arbitrairement convertir un contrat en un autre contrat; si les parties ont voulu faire un cautionnement, leur volonté ne doit pas être torturée. Il faudrait laisser à l'acte le nom de cautionnement et lui en faire subir la loi.

Mais si l'on s'apercevait que les parties ont

(1) Sur la loi 4, D., *De constit. pecun.* (lib. 29, *Pauli ad edict.*).

(2) Dissert. sur le pacte *constit. pecun.*, n° 19;

Et *Oblig.*, n° 373.

entendu faire une modification ou un changement à la première obligation, on pourra prêter force à la convention comme pacte *constitutæ pecuniæ* (1). En soi, il n'est pas défendu à un tiers d'intervenir en connaissance de cause, et de déclarer qu'il veut payer dans huit jours ce que Titius doit dans un an.

104. Le lieu du paiement est aussi à considérer. Si la caution s'oblige à payer dans un lieu plus éloigné que le lieu porté dans l'obligation principale, elle peut profiter de la condition moins onéreuse de payer au même lieu que le principal débiteur (2).

105. Dans le pacte *constitutæ pecuniæ*, il en est autrement (3). Un tiers peut intervenir et promettre au créancier de payer la somme due en un autre lieu plus commode pour lui, créancier, moins commode pour lui, tiers. Et si ce pacte est consenti avec réflexion et connaissance de cause, il doit être respecté. Mais on n'en transportera pas les effets dans le contrat qui ne sera qu'un vrai cautionnement; on n'en fera pas supporter la dureté à celui qui n'a entendu être qu'un simple fidéjusseur.

106. L'excès dans l'obligation du fidéjusseur n'est pas plus permise quand il provient de con-

(1) M. Ponsot, n° 102.

(2) Pothier, n° 374.

L. 16, § 1 et 2, D., *De fidej.* (Julianus).

(3) *Suprà*, n° 34.

ditions et modalités qui la rendent plus dure (1).

Ainsi, supposez que le débiteur s'oblige à payer tant si tel vaisseau arrive dans huit jours : le fidéjusseur aura excédé les justes bornes s'il a promis de payer si tel vaisseau arrive dans un an.

107. Ainsi, encore, nous avons dit ci-dessus que le fidéjusseur ne peut s'obliger à la condition de ne pas faire valoir les exceptions péremptoires et réelles qui sont attachées à l'obligation principale (2).

Ainsi, encore, lorsque l'obligation principale porte que la somme due à François sera payée à Jacques, en son domicile, le fidéjusseur ne s'oblige pas d'une manière valable à la payer à Jacques, à François et à Simon, qui ont trois domiciles différents et éloignés dans Paris.

108. Mais quand nous disons que le fidéjusseur ne peut s'obliger sous des conditions plus onéreuses que le débiteur principal, ceci ne doit-il pas s'entendre de ce qui est l'objet même de l'obligation (3), ou, comme dit Marsili, du fait principal : *Hanc tamen regulam limita et intellige eam esse veram quoad factum principale* (4)? N'en est-il pas autrement des accessoires de l'obligation : *secus*, dit le même auteur, *quoad accessoria*? Le lien de la caution, pourvu

(1) Paul, l. 34, D., *De fidejuss.*

Ulp., l. 8, §§ 7 et 8, D., *De fidej.*

(2) *Suprà*, n° 93.

Infrà, n° 484.

(3) Pothier, n° 377.

(4) N° 291.

qu'il soit le même que celui de l'obligé principal, peut-il être plus étroit, plus efficace dans les moyens d'exécution ?

Les anciens auteurs ont universellement pensé l'affirmative (1).

Ainsi, suivant eux, la caution peut donner une hypothèque pour sûreté de son obligation, quoique le débiteur principal n'en doive pas (2); car rien ne défend qu'elle s'oblige *efficaciùs* (3).

Elle peut être obligée sous une peine plus grave (4). Une caution judiciaire est contraignable par corps, quoique le débiteur principal n'y soit pas sujet, par exemple, si c'est un mineur, une femme, etc. (5). Être obligé sous une peine plus sévère ce n'est pas être obligé par un lien différent, c'est être obligé par un lien plus efficace, et rien n'empêche la caution d'être tenue *efficaciùs*.

109. Ce système a-t-il été adopté ou proscrit par notre article ?

Le doute vient de ce qu'il s'oppose formelle-

(1) V. ci-dessus, n° 101 (à la note), et Hering., c. 24, n° 111.

(2) Marsili, n° 293.

Bartole, sur la loi *Hi qui*, D., *De fidej.*

Alexandre sur cette loi.

M. Zacchariæ, t. 3, p. 150 (note 3).

(3) Marsili, n° 294.

Balde sur la loi *Si ultrà*, C., *De fidej.*

(4) *Sub majori pænâ* (Marsili, n° 291 et 292).

Balde sur la loi *Qui ut crimen*, C., *De his qui accus.*

non possunt, q. 9.

(5) Pothier, n° 377, art. 2060, *infra*.

ment à ce que le cautionnement soit contracté sous des conditions plus onéreuses que l'obligation principale. L'art. 2011, peut-on dire, a commencé par faire de l'identité d'obligation un principe fondamental en matière de cautionnement. Puis ce principe a été expliqué par l'art. 2013. Pour le maintenir dans toute son étendue, l'art. 2013 déclare : 1° que le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur principal; 2° qu'il ne peut être contracté sous des conditions plus onéreuses. Il y a dans cette disposition deux parties distinctes qu'on doit se garder de confondre. Essayons de les décomposer. Le premier membre de la prohibition embrasse tous les cas d'excès; il n'a pas seulement en vue la quantité. La dette s'estime *quantitate, tempore, loco, conditione et modo* (1). Toutes les fois qu'il y a excès, même en ce qui concerne le lieu, le temps, la condition, le mode, le cautionnement *excède ce qui est dû*, il doit être réduit. Ce premier membre comprend donc tous les cas que nous avons énumérés aux n°s 98 à 108 inclusivement; il comprend par conséquent les conditions plus onéreuses qui aggravent l'obligation même et ajoutent à la dureté du fait principal.

Maintenant, dans le second membre de la prohibition nous voyons reparaître la mention des conditions plus onéreuses. Est-ce un pléonasme? Non! Les conditions plus onéreuses dont il est ici question ne sont pas celles qui aggravent l'obligation même et font que la caution doit quel-

(1) *Suprà*, n° 98.

que chose de plus que le débiteur principal. Ce sont celles qui portent sur l'exécution, et soumettent le fidéjusseur à des moyens de contrainte plus sévères, plus onéreux.

La preuve en est que lorsqu'il s'est agi au conseil d'État de savoir si le fidéjusseur peut se soumettre à la contrainte par corps quand le débiteur en est exempt, la négative a été unanimement décidée. Et M. Treilhard, dans son exposé des motifs, a dit : « Comment la caution serait-elle contraignable par corps quand le débiteur principal lui-même ne serait pas soumis à cette *exécution rigoureuse* (1) ? » C'est cette pensée que le conseil d'État a voulu exprimer par cette phrase : « Ni être contracté sous des conditions plus onéreuses. » Ces conditions rigoureuses sont donc celles qui touchent à l'exécution, et non plus celles qui touchent au fait même, à l'obligation principale. Et puisque l'exécution ne doit pas être plus rigoureuse contre la caution que contre le débiteur principal, il s'ensuit qu'il faut rejeter sous le C. c. le système qui veut que le fidéjusseur puisse s'obliger *efficacius*, se soumettre à des peines plus graves, à la contrainte par corps, quand le débiteur principal n'y est pas soumis, à l'hypothèque quand le débiteur principal n'en a pas promis, etc.

110. Ce raisonnement, quoique spécieux, n'est pas solide ; il tient trop de compte des mots, et prête à l'art. 2013 un calcul qu'il n'a pas eu.

(1) Fenet, t. 15, p. 38.

L'ancienne jurisprudence avait des raisons si graves pour distinguer l'obligation même de l'exécution de cette obligation, qu'il ne faut pas facilement supposer que le C. c. a voulu s'en écarter. Le point capital en cette matière, c'est que le fidéjusseur ne doit pas promettre plus que n'a promis le débiteur principal ; c'est que le créancier ne doit pas recevoir du fidéjusseur plus que ce que le débiteur principal lui a promis. Mais, toutes les fois que l'on rencontre l'*idem fide meâ esse jubeo*, l'essence du cautionnement est respectée, et il importe peu que cet *idem* soit poursuivi par des moyens plus rigoureux contre la caution que contre le débiteur principal, et que la caution ait donné des sûretés accessoires que n'a pas données l'obligé principal (1).

111. S'il en était autrement, il faudrait donc admettre que le fidéjusseur ne peut pas donner hypothèque dans le cas où la dette principale a été contractée par acte sous seing privé !! Et qui oserait soutenir une telle opinion ? L'hypothèque n'augmente en rien l'étendue de l'obligation ; elle ne fait pas que le créancier de 1,000, par exemple, puisse recevoir de la caution 1,050. Elle n'est qu'une sûreté accessoire, et non une aggravation de ce qui est dû. Est-ce que le fidéjusseur, s'il ne paie pas, ne sera pas condamné à payer par jugement ? Et, s'il subit cette condamnation, est-ce que l'hypo-

(1) M. Duranton, t. 48, n° 311, d'après M. Delvincourt. M. Zachariæ, t. 3, p. 150, note (3).