

SECTION II.

De l'effet du cautionnement entre le débiteur et la caution.

ARTICLE 2028.

La caution qui a payé a son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur.

Ce recours a lieu tant pour le principal que pour les intérêts et les frais ; néanmoins la caution n'a de recours que pour les frais par elle faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle.

Elle a aussi recours pour les dommages et intérêts, s'il y a lieu.

SOMMAIRE.

325. Des rapports et des actions du fidéjusseur à l'égard du débiteur principal. Le fidéjusseur doit être indemnisé de ce qu'il a payé.
326. Ancien droit romain. De l'action *depensi*.
327. Suite. De l'action *mandati*. De l'action *negotiorum gestorum*.
328. L'art. 2028 accorde aussi au fidéjusseur, et cela suivant les cas, les actions *mandati* et *negotiorum gestorum*.
329. Le fidéjusseur qui a cautionné le débiteur contre la volonté de ce dernier a-t-il une action contre lui ?
Renvoi au commentaire du *Mandat*, n° 76.
330. Suite. Peut-on dire qu'il y a donation de la part du fidéjusseur qui a cautionné malgré le débiteur ?

331. En principe, le recours du fidéjusseur contre le débiteur est favorable.
332. Ce recours est subordonné cependant à quelques conditions.
333. Il faut qu'il y ait eu un paiement. Sens du mot *paiement*.
334. Ya-t-il paiement si le créancier, par égard pour le fidéjusseur, lui fait remise de ce qu'il doit ?
Distinctions dont cette question est susceptible.
335. Suite.
336. Suite.
337. Le paiement doit être prouvé au débiteur.
338. Il faut que le paiement ait été bien fait.
Exemples.
339. Le fidéjusseur n'est pas maître de renoncer à l'exception de prescription acquise au débiteur.
340. Mais le fidéjusseur peut renoncer aux exceptions qui lui sont personnelles et qui blessent sa conscience.
La raison en est qu'en payant, malgré cette exception purement personnelle, il rend service au débiteur ; ce dernier doit donc l'indemniser.
Exemples.
341. Du cas où le fidéjusseur paie ce qui avait été déjà payé.
Art. 2031. Renvoi au commentaire de ce texte.
342. Du montant des réclamations du fidéjusseur.
Le fidéjusseur ne doit ni rien perdre ni rien gagner.
343. Il sera remboursé du principal qu'il a déboursé.
Quid s'il a payé le total du principal, malgré un concordat qui avait fait remise partielle au failli ?
344. Des intérêts payés pour le débiteur.
345. Les déboursés du fidéjusseur produisent intérêt de plein droit.
346. Suite.
347. Des frais supportés par le fidéjusseur.
Distinctions entre les frais faits légitimement et ceux faits par la faute du fidéjusseur. Dans quel cas il y a faute du fidéjusseur.

348. Suite.
 349. Des frais dus par le débiteur et payés par le fidéjusseur.
 350. Rectification proposée par M. Delvincourt au texte de l'art. 2028.
 351. Le fidéjusseur peut avoir droit à des dommages et intérêts.
 352. Du recours de la caution dans le cas où il y a plusieurs débiteurs solidaires.
 Renvoi.
 353. L'action du fidéjusseur dure trente ans.
 354. Explication et confirmation de ceci.

COMMENTAIRE.

325. Cette section a pour objet de régler les rapports de la caution et du débiteur dont elle a payé la dette (1). Après avoir libéré le débiteur de ses obligations, le fidéjusseur qui a voulu lui rendre un service, mais non pas lui faire une donation, a une action contre lui pour se faire pleinement indemniser. Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui; nul ne doit être victime du service qu'il a rendu (2). Ce principe d'équité serait blessé si le fidéjusseur restait à découvert.

326. Le droit romain n'avait pas pourvu avec moins de vigilance que le droit français, au légitime dédommagement du fidéjusseur. La loi *Pubilia* donnait aux *sponsores* une action appelée *depensi* par laquelle ils pouvaient réclamer contre l'obligé principal la restitution de tout ce qu'ils avaient payé pour lui; cette action avait même ceci de remarquable que si le débiteur principal contestait

(1) Voy. là-dessus Hering., c. 25, n° 1 et suiv.

(2) L. 1, § 2, D., *Ad senatusc. Trebell.*

sans raison une dette si sacrée, il était condamné au double (1).

327. L'action *depensi* avec sa sanction pénale n'était propre qu'au cas de *sponsio*. Lorsque la dette avait été cautionnée par la *fidepromissio* et la *fidejussio*, la caution avait une autre action contre le débiteur principal: c'était l'action *mandati* (2). « *Æquissimum est*, disait Ulpien, *mandati judicio eum, quod solvit, recuperare* (3). »

Si le cautionnement avait été donné à l'insu du débiteur, c'était alors l'action *negotiorum gestorum*. Paul s'exprime ainsi: « *Fidejussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fidejusserit. Nam mandati actio non potest competere cum non antecesserit mandatum* (4). »

328. Ce sont aussi les actions *mandati et negotiorum gestorum* que l'art. 2028 accorde, sans les nommer, au fidéjusseur qui a payé pour le débiteur principal. Quand le cautionnement a eu lieu d'accord entre le débiteur et le fidéjusseur, c'est par

(1) Caius, III, *Com.* 127.
 IV, *Com.* 9 et 22.

Paul, *Sent.*, I, 19, 1.

(2) Caius, III, *Com.* 127.

Justin., *Instit.* (*De fidej.*, § 6).

Julianus, I, 15, D., *De fidej.*

Ulp., I, 29, § 6, D., *Mandat.*

Afric., I, 37, D., *Mand.*

(3) L. 29, § 6, D., *Mandati.*

Hering., *loc. cit.*, n° 6.

(4) L. 20, § 1, D., *Mandati.*

l'effet d'un mandat, sinon exprès, du moins tacite, que ce dernier a payé; et dès lors l'action *mandati contraria* découle de son agissement (1). Quand le cautionnement a été prêté dans l'absence et à l'insu du fidéjusseur, ce n'est plus qu'une gestion d'affaires, qu'un quasi-contrat, et l'action *negotiorum gestorum* s'ouvre pour le fidéjusseur.

Ainsi, que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur, le fidéjusseur qui a répondu pour lui, qui l'a libéré, a droit à être indemnisé. Tel est le premier vœu de l'art. 2028.

329. Mais que dirons-nous du fidéjusseur qui a cautionné contre la volonté du débiteur principal? Il y a sur cette question une célèbre décision de Paul: *Si pro te presente et vetante fidejusserim, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est; sed quidam utilem putant dari oportere. Quibus non consentio, secundum quod, et Pomponio videtur* (2).

Ainsi, ce point de droit avait partagé les jurisconsultes romains. Quelques-uns avaient voulu accorder au moins l'action utile *negotiorum gestorum*. Parmi eux, l'on nomme Caius et le grand Papinien (3). Paul est (on vient de le voir) d'avis contraire; Pomponius et Julien sont dans les mêmes rangs que lui, et c'est de leur côté que Justinien a fait pencher la balance de la loi.

Une controverse qui avait tenu en suspens les

(1) Pothier, n° 430.

Hering., *loc. cit.*, n° 10.

(2) L. 30, D., *Mandati*.

(3) Voy. mon com. du *Mandat*, n° 76.

esprits les plus éminents de l'antiquité pouvait-elle ne pas se ranimer au sein des études modernes? Des intelligences indépendantes ont donc repris le sentiment de Caius et de Papinien; ils l'ont défendu au nom de l'équité. On a discuté dans la jurisprudence antérieure au Code civil; on a discuté depuis: la question est *sub judice*.

Pour moi, je la résous ici comme je l'ai résolue dans mon commentaire du *Mandat*. Je la résous comme Cujas, Pothier, Casaregis. Quoi qu'en dise Hering avec Suarez (1), je ne fais aucun doute que le fidéjusseur qui a payé ce qui était réellement dû par le débiteur, qui l'en a réellement et effectivement déchargé, qui lui a rendu un service incontestable et a utilement géré son affaire, a contre lui l'action utile *negotiorum gestorum*. Il en serait autrement sans doute s'il avait voulu faire une donation, car il est de principe que la donation exclut radicalement le recours du fidéjusseur (2). Mais la donation ne se suppose pas; et si aucun fait grave et décisif de la cause ne met sur la voie d'une pleine libéralité, il ne faudra pas s'attacher à la seule circonstance que le cautionnement a été prêté contre le gré du débiteur pour en conclure qu'il y a eu donation de la part du fidéjusseur.

330. Au surplus, afin d'exclure toute pensée de donation, le fidéjusseur fera bien, en payant, de requérir du créancier une subrogation dans tous ses droits. Cette clause sera une réponse pérem-

(1) Cap. 25, n° 71, et c. 5, n° 146 et suiv.

(2) Hering., c. 25, n° 69.

toire à ceux qui voudraient faire dégénérer en donation le cautionnement dont il est ici question.

331. Le recours de la caution contre le débiteur est extrêmement favorable. L'action par laquelle le fidéjusseur l'exerce, étant fondée sur l'équité, est recevable chez tous les peuples, et la qualité d'étranger n'y met aucun obstacle.

Voici un exemple de cette faveur :

Un édit du duc de Savoie avait confisqué les biens et surtout les créances des Genevois. Un créancier genevois, à qui un Savoyard avait antérieurement donné un fidéjusseur genevois, se fit payer à Genève par ce dernier. Puis la caution, dont les biens avaient été saisis et vendus, actionna le Savoyard devant les tribunaux de son pays pour se faire indemniser. Le Savoyard eut la cruauté de se prévaloir de l'édit de confiscation du duc de Savoie, prétendant s'enrichir ainsi aux dépens de celui qui avait payé sa dette. Mais le sénat de Chambéry ne crut pas devoir admettre ce système inique. Il considéra que le recours du Genevois n'était pas fondé sur une de ces créances que l'édit de confiscation avait en vue; qu'il s'agissait d'une simple indemnité due par le droit naturel. On ne peut qu'applaudir à la loyauté et à l'équité de cette décision (1).

332. Le recours dont il s'agit dans cette section est subordonné à la condition d'avoir payé. Il faut donc

1° Qu'il y ait un paiement,

(1) Favre, *Code*, 8, 28, 43.

2° Que ce paiement soit prouvé,

3° Qu'il ait été bien fait.

333. Il faut qu'il y ait un paiement; je veux dire un paiement sincère, incontestable, exempt de dissimulation. « *Eamque solutionem*, dit Hering (1), *non simulatè vel fictè, sed actualiter et verè factam esse.* »

Ici, le mot paiement se prend dans un sens large; il s'applique à tout ce dont le fidéjusseur s'est dépouillé pour éteindre la dette.

Ainsi il y a paiement si, au lieu de payer en denrées, comme l'exigeait le titre, le fidéjusseur a payé en argent du consentement du débiteur.

Il y a paiement si le fidéjusseur, étant créancier du créancier, a compensé ce qui lui était dû avec ce qu'il devait comme fidéjusseur.

334. Mais y a-t-il paiement si le créancier, par considération pour le fidéjusseur, lui a fait remise de son obligation?

Il faut distinguer.

Si le créancier se borne à faire remise au fidéjusseur de son action contre lui, se réservant de l'exercer contre le débiteur, il est clair que le fidéjusseur n'a rien à réclamer contre le débiteur (2). Le débiteur n'est pas libéré, il reste sous le coup de la poursuite. Le fidéjusseur n'a pas fait son affaire, et d'ailleurs, *nihil ei abesse videtur*.

335. Toutefois, dans le cas où cette remise serait la récompense de services appréciables que le fidéjusseur aurait rendus au créancier, et que ce

(1) C. 25, n° 11.

(2) Ulp., l. 12, D., *Mandati*.

dernier voulait rémunérer, Ulpien décide que le fidéjusseur aura l'action *mandati* pour se faire indemniser de ce qu'il lui en a coûté par suite de son cautionnement, en ne recevant pas le prix de ses services(1).

336. Mais (et ceci est la deuxième branche de notre distinction) s'il arrive que le créancier, sans avoir rien reçu de la caution, mais voulant la gratifier, lui donne une quittance, alors elle aura action contre le débiteur (2). Ce dernier se prévaudrait en vain du mot *payé*, écrit dans notre article, pour soutenir que le fidéjusseur, qui n'a rien déboursé, n'a rien à réclamer. D'abord, il est clair que la libéralité du créancier ne doit pas rejaillir sur lui; ce n'est pas en sa faveur qu'elle a été faite. Le fidéjusseur, qui seul a été gratifié, doit seul recueillir le fruit de la donation.

Mais il faut aller plus loin et faire tomber l'argument de texte par lequel on obscurcit une vérité si équitable. L'agissement dont il est ici question contient une de ces abréviations d'actions qui, comme il arrive souvent(3), cachent quelque chose pour arriver plus vite à ce qui doit être mis en lumière. C'est en effet comme si Pierre, fidéjusseur, avait remis à François, créancier, les 1,000 qui

(1) L. 10, § 13, D., *Mandati*.

L. 12, *id.*

Pothier, n° 431.

Argum. de l'art. 1288.

(2) Paul, l. 26, § 2, D., *Mandati vel contra*.

(3) L. 15, D., *De reb. credit.*

L. 3, § 12, D., Ulp.

étaient dus, et qu'ensuite François les eût donnés à Pierre; ou bien encore comme si François les avait donnés à Pierre, puis que Pierre les eût payés à François(1). N'est-il pas évident qu'il y a alors paiement effectif, que Pierre est à découvert, et que le débiteur s'enrichirait à ses dépens s'il ne lui remboursait pas les 1,000 qui lui manquent? Il faut donc dire avec Paul: « *Continuò agat* » *fidejussor mandati; quatenùs nihil intersit, utrùm num-* » *mos solverit creditor, an eum liberaverit* (2). »

337. Le paiement étant fait doit être prouvé au débiteur; il est le fondement de l'action *mandati* qui s'exerce contre lui (3). Cette preuve s'établit par les moyens ordinaires, aveu du débiteur (4), quittance, possession du titre (5), etc., etc.

338. Puis, il faut que le paiement ait été bien fait: *A fidejussore exigimus*, dit Favre, *ne solvat temerè* (6). Car si la caution avait mal payé, tout recours lui échapperait.

Si, par exemple, elle a payé étourdiment, sans opposer des exceptions péremptoires qu'elle con-

(1) Favre, *Ration.* sur cette loi.

(2) *Loc. cit.* *Infrà*, n°s 374 et 447.

Marsili, n° 312, énonce une autre opinion et cite beaucoup de docteurs à l'appui. Je ne retranche rien de la mienne.

(3) Favre, *Code*, 8, 28, 21.

Suprà, n° 333.

(4) Marsili, n° 265.

(5) Favre, *Code*, 8, 28, 21.

(6) *Code*, 8, 28, 10.

naissait, elle est en faute, et cette faute retombe sur elle seule (1).

Il en est de même si elle s'est laissé condamner sans opposer des moyens de défense triomphants; si elle n'a pas éclairé le juge sur des preuves qui devaient faire tomber la demande du créancier; si elle a négligé d'appeler, sachant qu'il y avait un moyen de faire réformer la sentence (2).

339. Quoique la prescription soit une exception que plusieurs se font scrupule d'opposer, néanmoins la caution qui sait que le débiteur l'a acquise n'est pas maîtresse d'y renoncer. Si elle le faisait, elle s'exposerait à manquer de recours, et le débiteur objecterait avec raison que la renonciation à la prescription, bien que partant d'un motif honorable, est cependant une imprudence quand elle cause un préjudice au droit des tiers (3). Vous voulez être délicat; rien de mieux! mais du moins ne le soyez pas à mes dépens, et renoncez dès lors à votre recours.

Que doit donc faire en pareil cas le fidéjusseur qui éprouve des scrupules de conscience? Il doit suivre un conseil que donne Celsus dans une situation analogue (4): mettre en cause le débiteur

(1) *Quod intellige quandò fidejussor fuit diligens et fecit quod potuit et opposuit debitas exceptiones.*
Marsili, n° 493.

(2) Ulp., l. 8, § 6, D., *Mandati*. *Infrà*, n° 457.

(3) Mon com. de la *Prescription*, t. 1, n° 100.
Contrà, Favre, *Cod.*, 8, 28, 40.

(4) L. 48, D., *De mandat.*

principal, afin qu'il oppose, s'il le croit convenable, le moyen qui fait naître cette hésitation (1).

340. Mais si l'exception que le fidéjusseur n'a pas voulu opposer, parce que sa conscience y répugnait, lui était propre et personnelle, sans avoir rien de commun avec le débiteur principal, sa renonciation ne lui fermerait pas la voie du recours contre ce dernier. C'est ce que décide expressément Ulpien dans la loi 27, § 6, D., *Mandati* (2). Le fidéjusseur a obéi à un sentiment de bonne foi. En payant, il a satisfait sa conscience et n'en a pas moins fait l'affaire du débiteur (3).

Ainsi, un fidéjusseur est libéré par le bénéfice du temps, *putà*, parce qu'il n'avait promis son intercession que pour un temps limité, qui est écoulé. Il paie néanmoins. Il est évident que le débiteur, qu'il a sauvé des poursuites du créancier, doit l'indemniser (4).

De même, un fidéjusseur mineur qui pouvait se prévaloir du bénéfice d'âge, et qui aime mieux

(1) Favre, *Code*, VIII, 28, 40.

Pothier, n° 435.

(2) La loi 10, § 12, D., *Mand.*, du même est moins précise; Favre prétend qu'elle est mutilée.

(3) Ulp., l. 28, § 6, D., *Mandati*.

Favre, *Rationalia*, sur la loi 10, § 12, D., *Mandati*.

Infrà, n° 473.

(4) Ulp., l. 29, § 6, D., *Mandati*. Le bénéfice du temps ne s'entend pas de la prescription, ainsi que le remarquent Accurse et Favre. On verra *infrà*, n° 463, que la prescription ne saurait libérer le fidéjusseur seul, et qu'il reste obligé tant que l'obligation principale est entretenue.

payer que d'avoir recours à ce moyen qu'il croit contraire à la bonne foi (1), a son recours contre le débiteur principal.

Dans toutes ces hypothèses, le fidéjusseur, au lieu de faire tort au débiteur principal (comme dans l'espèce posée au n° 338), lui rend service. De quoi donc pourrait-il se plaindre ?

341. Il peut arriver que le fidéjusseur paie par erreur ce que le débiteur avait déjà payé. A-t-il un recours en ce cas ? L'art. 2031 prévoit cette hypothèse. Nous y renvoyons (2).

342. Le montant des réclamations du fidéjusseur est détaillé avec soin par notre article.

Une règle d'équité préside à ses dispositions. S'il ne doit rien perdre, il ne doit rien gagner. *Sciendum est non in plus fidejussorem consequi debere, mandati judicio, quàm quod solverit* (3). Le cautionnement est un contrat de bienfaisance. Il n'a pas été prêté pour faire un gain, mais pour rendre service.

343. Le fidéjusseur sera donc remboursé du principal, tel qu'il l'a payé : « *Nihil PRINCIPALITER venire posse, nisi quod mandatarius impendit et solvit* (4). » A moins toutefois qu'il n'ait payé le total de la créance à la place du débiteur failli à qui une remise aurait été faite par un concordat ; car, dans ce cas, il devrait subir la loi commune et faire la même remise que les autres (5).

(1) Paul, l. pénult., D., *Ad senatusc. Vell.*

(2) *Infrà*, n° 380.

(3) Paul, l. 26, § 4, D., *Mandati.*

(4) Favre sur la loi 26, § 4, D., *Mandati.*

(5) *Infrà*, n° 503.

344. Il sera également remboursé des intérêts. Si la créance qu'il a éteinte produisait des intérêts et qu'il les ait payés, le débiteur doit lui en faire compte (1).

345. Mais tous les déboursés du fidéjusseur produiront-ils intérêt de plein droit en sa faveur à compter du jour où il s'est mis à découvert ? L'affirmative est certaine. Qu'est-ce que l'action qu'exerce le fidéjusseur ? c'est l'action *mandati contraria*. Or, l'art. 2001 dit que le mandataire a droit aux intérêts *ipso jure* de ses avances, à compter du jour où elles sont constatées (2).

Et ceci n'est pas en contradiction avec le principe que nous empruntons tout à l'heure aux lois romaines : « *Sciendum est non in plus fidejussorem consequi debere mandati judicio quàm quod solverit.* » Les intérêts ne sont pas alloués ici à titre de gain. On les alloue de plein droit au fidéjusseur comme à tout mandataire, pour qu'il ne soit pas en perte (3).

Pothier, cependant, enseigne, par forme d'énonciation, que les intérêts des déboursés et avances ne sont dus à la caution que du jour de sa demande (4). Mais il a perdu de vue un arrêt du 22 juillet 1682 qui décide que les intérêts sont dus *ipso jure* (5). C'est aussi l'opinion formelle de

(1) Voy. mon com. du *Mandat*, n° 674, 675, 676.

(2) Mon com. du *Mandat*, n° 676.

(3) D'Olive, liv. 4, c. 21.

(4) N° 441.

(5) Rousseaude Lacombe, v° *Caution*, sect. 6, n° 9, suivi par M. Duranton, t. 18, n° 352. V. aussi M. Ponsot, n° 240.

Domat qui ne saurait cependant passer pour favorable aux profits de l'argent (1).

Sous le C. c., ce dernier sentiment a été professé par M. Delvincourt (2). Un arrêt de la Cour royale de Caen, du 7 août 1840, l'a consacré (3).

346. Il en serait de même dans le cas où le cautionnement aurait été prêté à l'insu du débiteur; on pourra s'aider ici des observations que nous avons présentées dans notre commentaire du *Mandat* sur le droit du *negotiorum gestor* à obtenir ses intérêts de plein droit (4).

347. Le fidéjusseur a son recours pour les frais qu'il a été obligé de supporter sans sa faute et pour la cause du débiteur (5).

Il est en faute, suivant notre article (6), s'il ne dénonce pas au débiteur les poursuites dirigées contre lui. Le débiteur aurait pu prévenir la continuation des procédures en payant lui-même, ou en prenant des arrangements. Le fidéjusseur ne doit pas s'aventurer seul dans des contestations dont tout l'intérêt se reporte en définitive sur le débiteur principal. Il ne doit pas plaider, faire des frais, sans avertir celui que le débat regarde en premier ordre.

(1) Liv. 4, t. 4, sect. 3, n° 2.

(2) T. 3, p. 145, et les notes.

(3) Palais, 41, p. 122.

(4) N° 680. *Junge* MM. Delvincourt, Duranton et Ponsot.

(5) Marsili, n° 193.

(6) *Junge* art. 2032. *Infrà*, n° 378.

Mais, une fois cette dénonciation faite, il doit rester indemne de tous les frais (1).

348. Il est bien entendu, du reste, que les frais de la dénonciation au débiteur, ainsi que les frais des premiers actes de poursuite, se reverseront sur le débiteur. La caution doit être pleinement indemnisée (2). Le dernier § de notre article se joint à celui qui concerne les frais pour consacrer ce résultat.

349. Enfin, la caution doit être indemnisée des frais qu'elle a payés au créancier, conformément à l'art. 2016, parce qu'ils étaient dus par le débiteur (3). C'est là un accessoire du principal. La caution a payé et dû payer. Il faut qu'elle ne reste pas à découvert.

350. Ici, je ferai une remarque sur le texte de notre article. M. Delvincourt, et autres qui l'ont suivi, proposent, non sans motifs, de le rectifier par un léger amendement (4). D'après eux, une inexactitude s'est glissée dans la rédaction. Ils veulent qu'au lieu de lire : « *La caution n'a de recours que pour les frais faits par elle depuis,* » on restitue :

(1) Bartole sur la loi 67, D., *De fidej.*
Marsili, n° 193.

(2) Argum. de l'art. 1630, § 3, C. c.

(3) *Suprà*, n° 163.

(4) T. 3, notes de la p. 145, note (3).

MM. Duranton, t. 18, n° 350.

Zacchariæ, t. 3, p. 162, note (2).

Ponsot, n° 256.

La caution n'a de recours pour les frais faits par elle que pour ceux faits depuis. Leur raison est celle-ci : si la caution n'a de recours que pour les frais faits par elle, elle devra donc rester à découvert des frais qui n'ont pas été faits par elle et que cependant elle a dû payer conformément à l'art. 2016. Or, il n'est pas possible que le législateur ait conçu une pareille idée. Une transposition est donc nécessaire dans le texte pour le mettre d'accord avec l'équité et les principes.

Quoique l'art. 2628 se comprenne suffisamment tel qu'il est rédigé, néanmoins la rédaction en serait plus parfaite si elle était amendée comme le propose M. Delvincourt. On peut donc se prêter sans inconvénient à cette inoffensive rectification.

351. Enfin le fidéjusseur a droit à obtenir, s'il y a lieu, des dommages et intérêts. Quelle iniquité n'y aurait-il pas à ce que le fidéjusseur éprouvât une perte pour avoir rendu service à autrui (1)? N'est-ce pas un principe fondamental et perpétuel que nul ne peut être victime de son office et de sa bonne foi (2)? Le dernier § de l'art. 2028 qui consacre notre proposition n'est, du reste, que le corollaire du principe posé par l'article 2000 au

(1) Hering., c. 25, n° 1.

Marsili, n° 194, d'après Balde, Arétin, Abbas, etc., etc. :
 « *Principalis debitor tenetur ad damna et interesse...
 etiam ad damna quæ passus est fidejussor casu fortuito.* »

(2) L. 1, § 2, D., *Ad senatusc. Treb.*;
 L. 61, § *Quòd verò*, D., *De furtis*.

titre du *Mandat*. Il faudra recourir, en conséquence, au commentaire que nous en avons donné (1).

352. L'art. 2030 traite du recours de la caution dans le cas où il y a plusieurs débiteurs principaux solidaires. Nous y renvoyons.

353. L'action du fidéjusseur n'est soumise à aucune prescription particulière. C'est l'action *mandati contraria* qui dure trente ans.

354. Lors même que la caution n'aurait fait que payer au créancier des prestations annuelles susceptibles de la prescription de cinq ans, elle n'en aurait pas moins contre le débiteur une action *mandati*, qui ne serait soumise qu'à la prescription de trente ans. Ce qu'elle a payé forme un capital dont elle réclame le remboursement au nom du droit commun (2).

ARTICLE 2029.

La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur.

SOMMAIRE.

355. De la subrogation du fidéjusseur dans les droits du créancier, et de l'exception célèbre *cedendarum actionum*.

356. La subrogation n'avait pas lieu de plein droit dans la jurisprudence romaine. Comment on la conciliait avec les idées attachées au paiement.

(1) N° 653 et suiv.

(2) Mon com. de la *Prescription*, t. 2, n° 1034. Aux arrêts que j'indique il faut joindre : Caen, 7 août 1840 (Palais 1841, p. 122). V. aussi M. Ponsot, n° 245.