

trémité, il devait se concerter avec le débiteur, et ne pas prendre imprudemment la charge d'un débat dont les moyens de défense lui étaient inconnus. Mais il en est autrement quand le fidéjusseur paie de bonne foi et avec une juste ignorance des faits du débiteur. Il a mandat pour payer, et c'est au débiteur, qui a des motifs suffisants pour que ce paiement ne se fasse pas, à révoquer ce mandat et à faire connaître au fidéjusseur le véritable état des choses.

L'art. 1640 est ici entièrement inapplicable. L'art. 1640 a craint avec raison la collusion de l'acheteur qui a quelquefois intérêt à être évincé(1). La collusion est beaucoup moins à craindre de la part du fidéjusseur qui a plutôt intérêt à ne pas payer.

L'art. 1640 s'occupe d'un acquéreur, c'est-à-dire d'une personne munie d'un titre qui lui donne le droit de garder la chose, et qui lui impose le devoir de la défendre par tous les moyens légitimes.

L'art. 2031 s'occupe d'un fidéjusseur, c'est-à-dire de celui dont le titre l'oblige à payer quand il en est requis, et qui, en payant, obéit à la bonne foi, remplit sa promesse, est fidèle à ses engagements (2). Dans le premier cas, le vendeur a dû compter sur la résistance de l'acquéreur. Dans le second, le débiteur principal a dû s'attendre à

(1) Mon com. de la *Vente*, t. 1, n° 540.

Mon com. des *Hypothèques*, t. 3, n° 822.

(2) *Solvendo fidem implet fidejussor* (Favre, *Code*, 8, 28, 1).

l'obéissance du fidéjusseur. Le vendeur, se confiant à l'énergie du sentiment de la propriété, était bien sûr que l'acheteur épuiserait tous les moyens de défense; que, par conséquent, lui, vendeur, serait mis en cause, et qu'alors il serait temps de produire ses exceptions contre la demande originaire. Le débiteur principal, au contraire, devait prévoir que le paiement était la conséquence nécessaire de l'obligation du fidéjusseur; et, puisque la bonne foi s'opposait à ce que le paiement fût retardé, il était de son devoir de venir au devant du fidéjusseur, et de lui fournir, ne fût-ce que par humanité, les exceptions de nature à faire cesser ses embarras.

Enfin, dans le cas de l'art. 2031, l'action du fidéjusseur est une action de mandat, et l'on sait que la bonne foi y doit être exubérante, afin que le mandataire ne soit pas victime de son office (1). Le mandataire, surtout quand il a rendu un service aussi important que l'est un cautionnement, ne doit pas être traité avec amertume. Tant de subtilité de la part du débiteur dégènerait en ingratitude et en mauvaise foi.

ARTICLE 2032.

La caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur pour être par lui indemnisée,

(1) L. 61, § *Quod verum*, D., *De furtis*.

1° Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement ;

2° Lorsque le débiteur a fait faillite , ou est en déconfiture ;

3° Lorsque le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps ;

4° Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée ;

5° Au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance, à moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé.

SOMMAIRE.

387. Des cas où le fidéjusseur peut agir contre le débiteur avant d'avoir payé.
388. En principe, le débiteur ne peut forcer le fidéjusseur à payer. C'est au contraire le fidéjusseur qui a action contre le débiteur pour se faire indemniser de ce qu'il a payé.
389. Et comme il est sage de prévenir le dommage plutôt que d'attendre qu'il soit arrivé pour le réparer, le fidéjusseur peut, dans certains cas, forcer le débiteur à faire cesser ses justes inquiétudes.
390. Suite. D'ailleurs, le fidéjusseur est presque toujours un mandataire, et, à ce titre, il a droit d'exiger, par l'action *mandati contraria*, que le mandant lui donne les moyens de remplir la fin du mandat.
391. Cette action du fidéjusseur, pour être couvert, même

avant d'avoir payé, n'a-t-elle pas reçu de notre article un nom impropre quand il l'appelle *action en indemnité* ?

392. Du reste, cette action, quelque nom qui lui appartienne, ne va pas jusqu'à pouvoir saisir *de plano* les biens meubles ou immeubles du débiteur.
393. 1^{er} cas, où le fidéjusseur peut agir contre le débiteur avant d'avoir payé ; il se vérifie quand le fidéjusseur est poursuivi.
394. Fins de l'action du fidéjusseur.
395. 2^e cas. Il se vérifie, quand le débiteur a fait faillite, ou *vergit ad inopiam*.
396. Fins de l'action du fidéjusseur.
397. 3^e cas. Il a lieu quand le débiteur s'est obligé à rapporter décharge dans un certain temps, et laisse écouler le temps déterminé.
398. 4^e cas, qui se vérifie quand le terme d'échéance est arrivé, bien que le créancier ne demande encore rien.
399. 5^e cas. Il a lieu quand l'obligation du fidéjusseur a duré dix ans.

Mais le fidéjusseur n'est pas pour cela déchargé à l'égard du créancier.

400. Le droit romain ne fixait pas de délai.
401. Notre article fait cesser les variations de la jurisprudence.
402. Ce 5^e cas n'a pas lieu alors que la dette est de nature à durer plus de dix ans.
403. Ainsi le fidéjusseur d'un tuteur ne peut demander à être déchargé avant la fin de la tutelle.
- Autre exemple.
404. *Quid juris* de celui qui a cautionné un receveur des finances, un caissier ? Il ne peut demander à être déchargé au bout de dix ans.
405. Mais le fidéjusseur d'une rente constituée peut, au bout de ce temps, demander sa décharge. La raison en est que le débiteur est maître de rembourser.
406. Si le fidéjusseur prend lui-même le parti de rembourser,

devra-t-il se contenter de la cession d'actions que lui fait le créancier, ou bien aura-t-il aussi l'action *mandati* ?

Controverse à cet égard entre les anciens auteurs.

407. Suite.

408. *Quid* si le fidéjusseur avait remboursé avant les dix ans et sans y être obligé ?

409. Suite.

410. Les cinq cas prévus par l'art. 2032 sont-ils limitatifs ?

411. A quels fidéjusseurs cet article est-il applicable ?

Du fidéjusseur qui a cautionné le débiteur malgré lui.

412. Du fidéjusseur qui a cautionné le débiteur à son insu.

413. Du fidéjusseur qui s'est obligé solidairement.

414. Suite.

415. Suite.

416. Celui qui a hypothéqué son fonds pour la dette d'autrui peut-il se prévaloir de l'art. 2032 ?

COMMENTAIRE.

387. Nous avons vu dans les art. 2028 et suivants ce qui concerne le recours de la caution qui a payé, et les fins et conclusions de son action *mandati contraria*.

L'art. 2032 va traiter du recours du fidéjusseur qui, sans avoir encore payé, est cependant admis à agir contre le débiteur principal. Cet article résume cinq cas remarquables que les lois romaines et l'ancienne jurisprudence avaient mis en lumière, et où le fidéjusseur est investi de ce droit (1). Nous les examinerons successivement. Mais quelques réflexions doivent précéder cette étude.

(1) Hering, c. 25, n° 12, cite les nombreux docteurs qui ont traité ce point, et il se borne à résumer leurs solutions.

388. Le fidéjusseur, en cautionnant l'obligation principale, a accepté et étendu jusqu'à lui le devoir de payer le créancier (1). Mais ce n'est pas au débiteur principal qu'il appartient de l'y contraindre. Ce droit est exclusivement réservé au créancier. Le débiteur principal ne saurait se prévaloir de l'engagement du fidéjusseur pour exiger que ce dernier le remplisse à son lieu et place ; il reste toujours obligé principal (2). Et, bien que le créancier puisse à son choix poursuivre *rectâ viâ*, soit le fidéjusseur, soit le débiteur principal (3), il n'en est pas moins vrai qu'entre le débiteur et le fidéjusseur il y a inégalité de position, que le premier doit garantir et indemniser le second et faire retomber en définitive sur lui-même tout le fardeau de l'obligation. C'est pourquoi nous avons vu, dans les articles précédents, l'action *mandati contraria* venir au secours du fidéjusseur pour le rendre indemne de tout ce dont il a pu être mis à découvert par suite du cautionnement.

389. Mais cette protection ne saurait être la seule que le fidéjusseur puisse réclamer. Il ne suffit pas de réparer le dommage éprouvé ; il est sage aussi de le prévenir. Car, comme le dit très bien Justinien, « *Meliùs est intacta jura servari, quàm post causam vulneratam, remedium quærere* (4). » Quand le fidéjusseur éprouve la juste crainte d'être inquiété,

(1) *Suprà*, n° 23.

(2) Art. 2011.

(3) *Suprà*, n° 23.

(4) L. 5, C., *In quib. causis in integr. restit.*

pourquoi ne pourrait-il pas contraindre le débiteur à faire cesser le péril? Faut-il nécessairement attendre l'événement? N'est-il pas possible que les circonstances deviennent telles que le débiteur ne pourra plus indemniser le fidéjusseur? Ne peut-il pas devenir insolvable? et dès lors serait-il équitable de forcer le fidéjusseur à temporiser?

390. D'un autre côté, le fidéjusseur, menacé de poursuites, peut être froissé dans ses intérêts les plus chers s'il est contraint de payer. Faudra-t-il qu'il laisse vendre ses biens pour payer la dette d'autrui, ou même qu'il se laisse incarcérer? Non! les principes du droit s'opposent à ce que les choses arrivent à ces extrémités. Qu'est-ce que le fidéjusseur? C'est ordinairement un mandataire du débiteur principal, lequel l'a chargé de payer. Or, il est de règle, en matière de mandat, que le mandataire n'est pas forcé à se dépouiller pour l'exécution du mandat (1)!! Il est de règle qu'il peut agir contre le mandant pour que ce dernier lui facilite cette exécution en lui fournissant les fonds nécessaires (2). C'est là une des branches de l'action *mandati contraria* (3). Le fidéjusseur ne sera donc pas condamné à souffrir des exécutions rigoureuses avant d'avoir le droit d'agir contre le débiteur principal. Aussitôt qu'il y aura pour lui danger d'être troublé, il aura action contre le débiteur,

(1) Paul, l. 45, D., *Mandati*.

(2) *Id.*

Et Ulp., l. 12, § 12, D., *Mandati*.

(3) V. la loi 45 avec ses §, D., *Mandati*.

Et mon com. du *Mandat*, n° 379 et 653.

soit pour être déchargé et acquitté, soit pour que des moyens lui soient fournis de satisfaire à l'obligation sans toucher à son patrimoine.

Telle est la décision du jurisconsulte Marcellus (1) et des empereurs Dioclétien et Maximien (2). Notre ancienne jurisprudence en avait sagement profité (3). Le Code civil l'a formulée en loi.

391. Mais pourquoi l'art. 2032 qualifie-t-il ce recours préventif du fidéjusseur d'action en *indemnité*? Cette dénomination est-elle juste? Il est permis d'en douter; et quoique Pothier s'en soit servi (4) (c'est à cette source respectable que les rédacteurs du Code l'ont puisée), je crois qu'on aurait pu en employer une plus exacte. Le mot *indemnité* suppose un dommage éprouvé et une réparation. Ici, il n'y a pas encore de dommage; il n'y a qu'une crainte de dommage, et on veut prévenir l'événement qui donne lieu à l'indemnité. C'est pourquoi les lois romaines avaient dépeint avec d'autres couleurs les fins de l'action du fidéjusseur. Marcellus avait dit que le fidéjusseur avait le droit d'agir *ut liberetur* (5), et Dioclétien et Maximien, *ad solutionem urgeri*. Ce langage est plus vrai. Aussi le président Favre, cherchant à

(1) L. 38, D., *Mandati*.

(2) L. 10, D., *Mandati*.

(3) Pothier, n° 442.

Domat, III, IV, 3, n° 3.

Marsili, n° 216.

Hering., c. 25, n° 12.

(4) N° 442.

(5) L. 38, D., *Mandati*.

caractériser les conclusions de cette action *mandati*, remarque-t-il qu'elle ne tend pas *ad indemnitate*m, mais seulement *ad hoc tantum ut liberetur fidejussor* (1).

Au surplus, cette inexactitude n'empêche pas de bien saisir la véritable pensée de la loi, et l'on comprend à merveille ce que signifie l'art. 2032. Ce qu'il veut, c'est que, par un moyen ou par un autre, le débiteur paie, de ses deniers, ce que le fidéjusseur est menacé de payer avec les siens propres.

392. Remarquons toutefois que le droit accordé au fidéjusseur ne va pas jusqu'à saisir *de plano* les biens meubles ou immeubles du débiteur. En effet, pour exécuter un débiteur il faut avoir un titre exécutoire (2), et le fidéjusseur n'en a pas encore. Il faut donc qu'il procède par voie de simple action pour obtenir du juge une condamnation. C'est ce qu'a jugé la Cour royale de Bordeaux par arrêt du 22 février 1832 (3). Il peut aussi se faire autoriser par le juge à faire arrêt sur les biens meubles du débiteur (4).

393. Passons maintenant en revue les cinq cas dont l'article 2032 donne l'énumération.

Le premier est celui où le fidéjusseur est poursuivi en justice pour le paiement.

D'après le droit romain, les simples poursuites

(1) *Ration.*, sur la loi 38, D., *Mandati*.

(2) Art. 551 C. p. c.

(3) Dalloz, 32, 2, 96.

(4) Art. 558 C. p. c.

semblent n'avoir pas été suffisantes pour autoriser le fidéjusseur à exercer un recours anticipé; il fallait une condamnation (1).

Mais la pratique a jugé équitable de ne pas attendre une condamnation (2). Les poursuites dirigées contre le fidéjusseur sont une cause évidente d'inquiétude et de péril. Le fidéjusseur peut donc assigner le débiteur principal pour qu'il soit tenu de le garantir et de l'acquitter. Il doit même le faire, d'après l'article 2028 ci-dessus (3), s'il ne veut pas voir laisser à sa charge les frais de l'instance. Le débiteur principal a droit de se plaindre des procédures faites à son insu et dont le résultat est d'ajouter des frais au poids de la dette.

394. Le fidéjusseur poursuivi sera donc en droit de forcer le débiteur à désintéresser le créancier (4). Il pourra exiger qu'il le paie sans délai, ou bien qu'il lui envoie les fonds nécessaires pour payer (5). Toutefois, cette dernière prétention ne sera susceptible d'être écoutée qu'autant qu'il n'y aura pas de risque que le fidéjusseur détourne ces fonds et laisse le débiteur exposé à payer une seconde fois.

Enfin, le fidéjusseur qui a obtenu condamnation pourra saisir les biens du débiteur pour payer, avec

(1) L. 40, C., *Mandati*.

Junge Scævola, l. 45, D., *De fidejuss.*

(2) Pothier, n° 442; Hering., c. 25, n° 18.

Favre, *Cod.*, iv, 26, *def.* 24.

(3) *Suprà*, n° 347.

(4) Argument de l'art. 2039.

(5) *Suprà*, n° 390.

le produit, le créancier. Favre nous apprend que telle était la jurisprudence du sénat de Chambéry (1). Mais il est rare que les exigences du créancier laissent au fidéjusseur le temps de se jeter dans d'aussi longues procédures. Toutefois, on conçoit que le créancier puisse quelquefois vouloir user de ménagement envers un fidéjusseur dont la position n'est pas heureuse, et préférer, au parti de le pousser à outrance, celui de le laisser faire auprès du débiteur les diligences de nature à assurer son paiement.

395. Le second cas dont s'occupe notre article est celui où le débiteur a fait faillite ou est en déconfiture : « *Cum certè, disait Marcellus, bona sua dissipavit* (2). »

Toutefois, les empereurs Dioclétien et Maximien n'exigeaient pas une déconfiture entière. Ils ouvraient à la caution un recours anticipé dans le cas où le débiteur principal commençait à dissiper ses biens; et ce parti était sage. Pourquoi, en effet, forcer le fidéjusseur à attendre que la ruine du fidéjusseur rende inutile l'action *mandati contraria*?

Je pense que cette décision des empereurs Dioclétien et Maximien rentre dans l'esprit de l'article 2032. La dissipation du débiteur est une diminution des sûretés de la caution, et toutes les fois que le débiteur diminue les sûretés originaires,

(1) *Code*, 10, 26, *def.* 24.

Junge Rationalia, sur la loi 38, D., *Mandati*.

(2) L. 38, D., *Mandati*.

le créancier a droit à pourvoir à ses intérêts et à agir comme si la dette était exigible (1). La simple dissipation (2), bien qu'elle ne soit pas encore arrivée jusqu'à la déconfiture totale, est donc, pourvu qu'elle soit sérieuse et inquiétante, une cause d'action pareille à celle que prévoit notre article dans le n° 4, relatif au cas où la dette est devenue exigible par l'échéance du terme.

396. L'action du fidéjusseur tendra à obtenir un titre pour faire arrêt sur les biens restants du débiteur, afin qu'ils répondent du montant du cautionnement (3) : « *Ut ex ipsius debitoris, dit Favre* (4), *bonis solvatur, et satisfaciat creditori* (5). »

Et s'il y a faillite, cette action tendra à se faire admettre au passif de la faillite dans le cas où le créancier ne s'y présenterait pas (6), et à condition que les fonds seront employés à désintéresser ce dernier.

397. Le troisième cas envisagé par l'art. 2032 est celui où le débiteur s'est obligé à rapporter au

(1) Art. 1188.

(2) « *Cum tibi facultatibus cœperit*, » dit Hering., c. 25, n° 16.

(3) Pothier, n° 442.

(4) *Code*, 10, 26, *def.* 26.

Junge def. 24.

(5) Cassat., 25 mars 1834.

(6) M. Pardessus, n° 1216.

M. Duranton, t. 18, n° 360.

M. Ponsot, n° 266.

fidéjusseur sa décharge dans un temps déterminé (1).

Rien de plus évident que le droit du fidéjusseur dans cette hypothèse. Cependant on y faisait quelques difficultés dans l'ancienne jurisprudence lorsque la dette était une rente constituée, et que le fidéjusseur qui l'avait cautionnée avait stipulé du débiteur qu'il lui rapporterait sa décharge dans un certain temps.

On disait : Il est de l'essence de la rente constituée que le débiteur ne puisse être contraint à la racheter. Or, autoriser la convention dont il s'agit, qu'est-ce autre chose que ménager au créancier le pouvoir d'arriver par un moyen indirect au remboursement qu'il ne pourrait exiger directement?

Mais Dumoulin (2) et Pothier (3) répondaient : Sans doute, le créancier ne peut pas forcer le débiteur de la rente à la racheter. Ce principe est essentiel. Mais ce n'est pas à dire que le débiteur ne puisse y être contraint par un tiers. *Hoc est verum, dit Dumoulin (4), respectu creditoris, vel habentium causam ab eo, et tunc nec directo nec per indirectum potest adstringi debitor. Secus respectu fidejussoris.*

Quant à la crainte de la fraude, est-ce une raison pour empêcher une convention permise par sa

(1) L. 10, C., *Mandati*.

Marsili, n° 216.

Hering., c. 25, n° 22.

Pothier, n°s 442 et 444.

(2) *De usuris*, q. 30.

(3) N° 444.

(4) *Loc. cit.*, n° 250.

nature? Qu'on annule les conventions de ce genre qui seront entachées de collusion et d'usure palliée; mais qu'on respecte celles qui sont faites de bonne foi.

Il est inutile de dire que ces controverses ne peuvent renaître sous le C. c. La légitimité du prêt à intérêt achève d'enlever à l'opinion combattue par Dumoulin et Pothier toute couleur de vraisemblance.

398. Le quatrième cas que prévoit l'art. 2032 est celui où l'obligation principale a un terme fixe d'échéance qui est arrivé. Le fidéjusseur peut craindre alors d'être molesté; et, bien que le créancier n'ait encore rien demandé, il est cependant tellement probable qu'il agira, que le fidéjusseur est fondé à exiger que le débiteur principal remplisse ses engagements et lui apporte l'acquit du cautionnement (1). De ce que le créancier sommeille un instant, il ne s'ensuit pas que le fidéjusseur ne doive pas veiller (2).

399. Le cinquième cas de l'art. 2032 est celui où l'obligation principale, quoique n'ayant pas de terme fixe d'échéance, a cependant duré dix ans. Le fidéjusseur a rendu un service; il n'est pas juste que le débiteur qu'il a voulu obliger le retienne indéfiniment dans les liens d'un cautionnement dont il peut le délivrer en payant.

(1) Domat., III, IV, 3, n° 3.

Bourjon, ch. 5, sect. 3, § 15.

(2) Treilhard, *Exposé des motifs*.

(Fenet, t. 15.)