

C'est par cette considération que la jurisprudence romaine s'était déterminée à autoriser le fidéjusseur à requérir sa décharge *si reus*, disait Marcellus, *diu in solutione cessavit* (1).

Inutile de dire que ce n'est pas contre le créancier que le fidéjusseur peut user de ce droit. Ce n'est que contre le débiteur. Il est vrai que, dans l'ancien droit romain, la *sponsio* et la *fidepromissio* ne pouvaient durer que deux ans (2), même à l'égard du créancier; mais c'était une entrave au crédit, et le contrat de fidéjussion en avait été affranchi. La fidéjussion durait à l'égard du créancier tant que ce dernier n'était pas payé. Seulement, au bout d'un long temps, le fidéjusseur pouvait forcer le débiteur à le délivrer de son obligation.

400. On voit du reste, par le texte de Marcellus, que les lois romaines ne réglaient pas l'espace de temps au bout duquel le fidéjusseur pouvait exiger d'être rendu quitte du cautionnement. Elles s'en rapportaient à la prudence du juge (3). Toutefois, les interprètes avaient cherché une base de nature à faire cesser l'arbitraire. Suivant les uns, un laps de deux ans suffisait pour qu'on fût dans le cas du long temps, du *diu*, de la loi 38. Ils argumentaient des lois 54, § 1, et 56, D., *Loc. cond.* C'était l'opinion de Bartole. D'autres voulaient que le *diu* n'eût lieu qu'autant que le débiteur était

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

(2) Caius, III, *com.* 121, loi *Furia*.

(3) Favre, *Ration.*, sur cette loi, d'après Accurse.—Pothier, n° 442. Henrys, *Des cautions*.

resté dix ans sans payer, et cela d'après la loi 16, § 3, D., *Qui et à quib manum. lib. non fiunt*. Cette opinion était dominante dans la pratique (1).

401. Le Code, écartant l'arbitraire du juge, a donné raison aux interprètes qui avaient pensé qu'une règle était nécessaire. Il s'est rangé à l'opinion de ceux qui voulaient que ce ne fût qu'au bout de dix ans que le fidéjusseur réclamât sa décharge.

402. Toutefois, ce secours accordé au fidéjusseur par une pure considération d'équité ne doit pas aller jusqu'à renverser des situations prévues et acceptées. S'il est humain de donner au fidéjusseur le droit de requérir sa décharge, alors que le débiteur omet, par un retard prolongé, de s'acquitter d'une dette sur la prompte extinction de laquelle le fidéjusseur a pu compter, il serait contraire à la justice d'étendre cette faveur au cas bien différent où l'obligation principale n'était pas de nature à être éteinte avant un temps déterminé. D'une part, en effet, la caution a su à quoi elle s'engageait; elle a dû connaître qu'elle demeurerait obligée tant que cette époque ne serait pas arrivée (2). *Hoc erat*, comme dit Dumoulin, *de natura hujus obligationis* (3). Et le fidéjusseur ne

(1) Pothier l'avoue, n° 443.

(2) Pothier, n° 443, d'où le § de notre article a été tiré. — M. Duranton a fait à ce § un reproche d'inexactitude grammaticale qui me paraît peu fondé (n° 364). C'est aussi l'avis de M. Fonsot, n° 271.

(3) *Infrà*, n° 405; *De usuris*, q. 30, n° 249.

peut se plaindre de la durée de son engagement.

De l'autre (et c'est ici la raison dominante du législateur), le fidéjusseur, en demandant au débiteur principal sa décharge, exigerait l'impossible. De quoi s'agit-il, en effet? d'une dette que sa nature ne permet pas au débiteur d'éteindre encore. Or, comment pourrait-il rapporter au fidéjusseur sa libération, puisque lui-même ne peut se libérer!! Faudra-t-il faire violence au créancier et pervertir, pour le bon plaisir du fidéjusseur, la nature des choses?

403. Il suit de là que le fidéjusseur d'un tuteur ne peut demander à être déchargé avant la fin de la tutelle, lors même que cette tutelle durerait depuis plus de dix ans. Ce fidéjusseur a connu la nature de l'obligation à laquelle il accédait, il a su qu'elle ne pouvait être éteinte par le débiteur avant la fin de la tutelle.

Il en est de même de celui qui s'est rendu caution d'un mari pour la restitution de la dot de sa femme. Tant que dure le mariage, la restitution de la dot est impossible, et le fidéjusseur exigerait du débiteur une chose au-dessus de son pouvoir en voulant qu'il lui procure sa décharge (1).

De même, encore, le fidéjusseur d'une rente viagère ne peut obtenir sa décharge avant le décès du crédi-rentier, bien que la rente dure depuis plus de dix ans.

C'est aussi ce qui arrive dans le cas où le fidé-

(1) Pothier, *loc. cit.*

jusseur a cautionné un usufruitier ou un preneur par bail à longues années (1).

404. *Quid juris* du fidéjusseur qui a cautionné un receveur des finances, un caissier, etc., etc.?

Je ne crois pas qu'il soit fondé à se prévaloir du bénéfice de notre article. Comment ces employés pourraient-ils faire cesser l'obligation du fidéjusseur et obtenir que le créancier lui donnât décharge? Serait-ce en offrant une autre caution? Non! Le créancier aura le droit de la refuser et de conserver ses droits sur le fidéjusseur primitif. Ce ne serait donc qu'en donnant leur démission et en liquidant avec le créancier qu'ils pourraient satisfaire au désir du fidéjusseur!! Or, le fidéjusseur ne serait-il pas déraisonnable d'exiger un pareil sacrifice? Quoi! il a cautionné les personnes en question pour leur rendre service, et ce serait lui qui voudrait les contraindre à se démettre, à perdre une situation avantageuse!! Sans doute, l'obligation n'a pas de terme fixe d'échéance; mais ce n'est pas une raison pour appliquer notre § 5. Car cette obligation n'est pas de celles dont l'extinction est toujours possible par sa nature. Il a, au contraire, été entendu qu'elle durerait aussi longtemps que faire se pourrait pour l'avantage des débiteurs cautionnés. Le fidéjusseur a dû croire, il a même espéré que ces fonctions seraient viagères; et il manquerait à la loi du cautionnement, qui est un contrat de bienfaisance, s'il le faisait tourner

(1) Pothier, n° 444.

au préjudice des débiteurs. Comme le dit Raviot à propos d'une autre question : « La fidéjussion ne doit pas être l'occasion de la ruine de celui qu'elle a voulu sauver ou soutenir (1). »

405. Mais il n'en est pas de même alors que l'obligation principale, quoique illimitée, est de nature à pouvoir être éteinte.

Par exemple, le fidéjusseur d'une rente constituée peut exiger, au bout de dix ans, que le débiteur principal le décharge en remboursant la rente dans un certain temps qui sera fixé par le juge. La raison en est que si une rente est de nature à durer toujours jusqu'à ce qu'elle soit remboursée, elle est aussi de nature à pouvoir toujours être remboursée (2). Ne la comparez pas à l'obligation du tuteur, du mari, de l'usufruitier, etc., etc. Le tuteur et le mari ne peuvent pas faire finir leur obligation quand ils veulent. L'usufruitier ne pourrait cesser d'être obligé qu'en renonçant à son usufruit, ce qu'il serait absurde d'exiger. Au contraire, le débiteur de la rente est toujours maître de la rembourser, et le fidéjusseur a pu et dû compter que le débiteur rembourserait.

Ne nous étonnons pas, cependant, que Dumoulin ait enseigné le contraire, alors qu'aucune convention n'est intervenue entre le débiteur et le fidé-

(1) Sur Perrier, q. 403, n° 20.

(2) Pothier, n° 444.

Basnage, p. 2, ch. 5.

jusseur pour obliger le premier au rachat (1) :

« *Hoc est de naturâ hujus obligationis successivæ, et sic prævisum fuit, et tamen fidejussit et perpetuò se obligavit.* » Ne nous étonnons pas non plus que cette opinion ait été consacrée par la jurisprudence du parlement de Toulouse (2) et du parlement de Grenoble (3).

Dumoulin écrivait sous l'influence de deux idées puissantes, mais qui ne doivent plus nous préoccuper aujourd'hui : d'abord la crainte de l'usure (4); ensuite le respect du texte de la loi romaine, texte qui, pris à la lettre, ne donnait action au fidéjusseur que lorsque le débiteur était négligent à payer : « *si diù cessavit;* » et cette circonstance ne se vérifiait pas à l'égard du débiteur de la rente. Ce n'était donc qu'en ajoutant à la lettre de la loi romaine que Pothier et les arrêts dont il se prévaut arrivaient à accorder au fidéjusseur une action.

Avec notre article le doute n'est plus permis ; son texte et son esprit repoussent l'opinion de Dumoulin (5).

406. Quand le fidéjusseur a, à l'expiration des dix ans, remboursé le capital de la rente afin de

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

(2) Catellan, t. 2, liv. 5, ch. 21.

(3) Henrys, *Des cautions*, n° 33.

Brillon, v° *Caution*, n° 66.

(4) *Loc. cit.*, n° 248 et 249.

(5) Merlin, Q. de droit, v° *Caution*.

Bruxelles, 2 avril 1819 ;

1^{er} février 1827.

mettre un terme à son obligation, c'est une question de savoir s'il peut répéter contre le débiteur principal la somme qu'il a déboursée pour ce rachat.

Raviot soutient la négative (1). Le fidéjusseur qui, de son plein gré et sans nulle contrainte, rembourse le créancier principal, doit se contenter des droits et actions de ce créancier; car il a pris librement la cession de ces droits et actions, et par là il est censé avoir voulu suivre la foi du débiteur. Il est censé n'avoir pas plus de droits que le créancier lui-même qui ne pouvait exiger le capital. En un mot, l'action *mandati contraria* lui fait défaut. Autrement, qu'arriverait-il? Le débiteur, obligé de rembourser un capital qu'il n'a pas, pourrait se trouver ruiné, et le témoignage d'amitié, dont le cautionnement est la marque, deviendrait pour lui une cause de désastre. Sa condition deviendrait plus dure qu'elle ne l'aurait été si aucune caution n'était intervenue.

Pothier, au contraire (2), enseigne qu'à côté de la subrogation, existe l'action *mandati contraria*, que le fidéjusseur peut préférer à la cession d'action. Le fidéjusseur ne doit pas être victime de son office. Privé du capital qu'il a déboursé, il ne doit pas rester à découvert. Il faut qu'il lui soit restitué. Sans cela, le cautionnement serait pour le fidéjusseur une occasion de perte; ce serait une

(1) *Loc. cit.*

(2) N° 445.

entrave de plus à ce contrat, si utile cependant et si humain.

Seulement, comme la répétition du capital de la rente peut être onéreuse pour le débiteur, elle ne doit pas s'exercer à la rigueur, et le juge sera facile pour accorder terme au débiteur afin qu'il puisse trouver de l'argent: « *dummodo competens aliquod intervallum detur debitori ad redimendum* (1). »

C'est cette opinion qui est la vraie. Raviot s'est laissé éblouir par une couleur d'équité qui a fait disparaître à ses yeux les principes de la matière.

Quand dix années se sont écoulées, n'est-il pas vrai que le fidéjusseur peut obliger le débiteur à le faire tenir quitte par le remboursement? Or, si le fidéjusseur, au lieu d'agir contre le débiteur, préfère, pour plus de promptitude, rembourser lui-même la rente, quelle bonne raison le débiteur a-t-il de désapprouver cette dépense, puisqu'il aurait été obligé à la faire lui-même si le fidéjusseur l'avait exigé (2)?

407. Toutefois, si le débiteur démontre que le fidéjusseur s'est trop hâté de prendre le parti extrême du remboursement; s'il prouve que lui, débiteur, avait un autre moyen de décharger le fidéjusseur: par exemple, qu'il avait à sa disposition une autre caution que le créancier consentait à accepter; alors le fidéjusseur manquera de l'action

(1) Dumoulin, *De usuris*, q. 30, n° 259.

(2) *Junge* M. Merlin, Q. de droit, v° *Caution*, § 4; Et M. Ponsot, n° 272.

mandati contraria; loin d'avoir fait l'affaire du débiteur, il aura agi contre ses intérêts; il ne jouira que du bénéfice de la subrogation et de la continuation de la rente.

408. Il reste à observer à cet égard que si le fidéjusseur opérait le remboursement avant les dix ans, c'est-à-dire avant d'avoir le droit de demander au débiteur d'être déchargé, il ne serait pas fondé à agir contre ce dernier en répétition. La caution qui, spontanément et sans y être contrainte par le créancier, rembourse ce dernier, agit dans son propre intérêt; elle doit donc se contenter de la subrogation aux droits du créancier. Quant à l'action *mandati* pour se faire rembourser par le débiteur, elle ne saurait la réclamer. Le débiteur n'est censé lui avoir donné mandat de rembourser qu'autant qu'il y a nécessité, et nullement à son caprice et en temps inopportun (1).

409. Pothier voulait cependant que le fidéjusseur qui a fait le remboursement avant les dix ans pût en avoir la répétition après les dix ans. Je ne comprends pas cette opinion. Le remboursement effectué avant les dix ans par le fidéjusseur a désintéressé le créancier et mis à sa place le même fidéjusseur; il a donc nécessairement éteint le cautionnement, nul ne pouvant être à lui-même sa propre caution. Comment, dès lors, et à quel titre le ci-devant fidéjusseur, devenu créancier, pourrait-il (hors le cas de commise) contraindre le dé-

(1) Pothier (*loc. cit.*).
Merlin (*loc. cit.*).

biteur à rembourser (1)? Ajoutons qu'en se faisant servir la rente pendant un temps plus ou moins long, il est censé avoir renoncé à faire revivre plus tard son prétendu droit de répétition.

410. Tels sont les cinq cas prévus par l'art. 2032. Sont-ils limitatifs?

Beaucoup d'auteurs graves pensaient, dans l'ancienne jurisprudence, qu'il y avait bien d'autres hypothèses où le fidéjusseur pouvait, avant d'avoir payé, agir contre le débiteur principal. Marsili les énumère (2); Hering en compte dix-sept (3); il cite, par exemple, le cas d'inimitié capitale survenue entre le fidéjusseur et le débiteur (4), et c'était l'opinion d'Henrys (5), Ranchin (6), Charondas, etc.

J'estime au contraire que l'art. 2032 est limitatif (7). Dans les cinq cas qu'il énumère, il y a deux ordres d'idées distincts : 1^o action fondée sur le droit; 2^o action fondée sur la faveur : action fondée sur le droit, toutes les fois qu'il y a pour le fidéjusseur crainte ou danger d'être molesté; action

(1) Raviot (*loc. cit.*).

Merlin (*loc. cit.*).

(2) N^o 216.

(3) C. 25, n^{os} 15 et suiv.

(4) Marsili, n^o 216.

Hering., n^o 30.

(5) *Des cautions*, n^o 39.

(6) Sur la quest. 117 de Guy-Pape.

(7) Junge M. Ponsot, n^o 274.

fondée sur la faveur, dans le § 5 de l'art. 2032, lequel a voulu abréger la durée d'une obligation contractée par esprit de bienveillance.

Or, à quel titre le fidéjusseur réclamerait-il une extension de l'art. 2032? Serait-ce à titre de faveur? Mais le juge n'est pas maître de dispenser des grâces à sa volonté. Le législateur seul a ce droit en connaissance de cause. Ici le législateur a parlé, et il faudrait lui faire dire plus qu'il n'a dit.

Serait-ce à titre de droit que le fidéjusseur demanderait sa décharge? Mais alors il faut qu'il prouve qu'il est exposé à être molesté par le créancier. C'est là la base des quatre premiers paragraphes de l'art. 2032.

A la vérité, nous avons vu, au titre du mandat, que l'inimitié capitale survenue entre le mandant et le mandataire est une juste cause qui autorise le mandataire à s'abstenir dorénavant de l'exécution du mandat (1); et l'on sait que, bien souvent, le mandat et le cautionnement marchent d'un pas égal. Néanmoins, il ne faut pas toujours juger de l'un par les principes de l'autre. Le cautionnement n'est pas un mandat pur et simple; il a des règles qui lui sont propres. L'une de ces règles est que le fidéjusseur n'a pas d'action avant d'avoir payé (art. 2028). Si cette règle fléchit, c'est seulement dans les cas exprimés par l'art. 2032. Il n'est pas permis de la limiter par d'autres exceptions.

Enfin, si l'on coordonne l'art. 2032 avec l'ar-

(1) N° 803.

2033 qui se réfère à lui, on verra plus clairement encore que le caractère restrictif du second ne peut être conservé qu'en renfermant le premier dans ses limites expresses.

411. Examinons maintenant à quels fidéjusseurs l'art. 2032 est applicable.

D'abord, il est évident qu'il ne saurait profiter au fidéjusseur qui a cautionné le débiteur malgré lui.

412. Mais peut-il être invoqué par le fidéjusseur qui a cautionné le débiteur à son insu, et a utilement géré son affaire? Je le pense. L'action *negotiorum gestorum* suffit pour motiver le recours du fidéjusseur (1).

413. Ce recours appartient également au fidéjusseur qui s'est obligé solidairement avec le débiteur principal (2). Plus il est exposé, plus l'art. 2032 entend le protéger.

414. Ce que nous disons d'un fidéjusseur solidaire doit-il être étendu au cas où il s'agit de plusieurs débiteurs solidaires d'une dette qui ne concerne que l'un des obligés? L'art. 1216, qui assimile à des cautions les autres co-obligés, conduit nécessairement à appliquer l'art. 2032.

415. Nous en disons autant de la femme qui s'est engagée conjointement avec son mari et qui, d'après l'art. 1431, n'est réputée à son égard qu'une caution. « Considérant, dit un arrêt de la

(1) M. Ponsot, n° 276.

(2) *Id.*

» Cour de cassation du 2 janvier 1838 (1), qu'aux
 » termes de l'art. 1431, combiné avec l'art. 2032
 » du même Code, la femme obligée solidairement
 » avec son mari et considérée comme sa caution
 » peut, même avant d'avoir payé, agir contre le dé-
 » biteur pour être par lui indemnisée, lorsque le
 » débiteur a fait faillite ou est en déconfiture. »

Et c'est ce qu'avait expressément jugé un arrêt
 antérieur de la même Cour du 25 mars 1834 (2).

Néanmoins, des tiraillements existent encore
 dans la jurisprudence, et les arrêts ne sont pas
 tous d'accord (3). Mais je suis porté à croire que
 les circonstances du fait, plutôt que les incertitudes
 du droit, ont déterminé les décisions qui paraissent
 s'éloigner des règles adoptées par la Cour de cas-
 sation dans les deux arrêts précités.

416. *Quid juris* de celui qui a hypothéqué son
 fonds pour la dette d'autrui ?

La Cour de Bruxelles, par arrêt du 2 avril 1819,
 a décidé que le bénéfice de l'art. 2032 pouvait lui
 profiter. Cet arrêt équitable est désapprouvé par
 M. Dalloz (4) et défendu par M. Ponsot (5). La

(1) Devill., 38, 1, 560 ;

Dal., 38, 1, 108.

M. Ponsot, n° 276.

(2) Dev. 34, 1, 272 ; Dal., 34, 1, 137.

(3) Orléans, 1^{er} déc. 1836 (Dev., 37, 2, 89).

Cass., 16 juillet 1832 (Dev., 32, 1, 833 ; Dal., 32, 1,
 322).

(4) *Cautionnement*, p. 371, 372.

(5) N° 22.

question est tranchée dans le sens de l'arrêt de
 Bruxelles par la loi 38, D., *Mandati*, qui a échap-
 pé aux recherches de ces deux auteurs. Cette loi
 est tirée des écrits de Marcellus. Mævius et Titius
 avaient une maison en commun, et Mævius l'hy-
 pothéqua tout entière à une dette à lui person-
 nelle, mais toutefois avec la permission de Titius
 consentant et acceptant. Plus tard, quoique la
 dette ne fût pas encore payée, Titius actionna Mæv-
 vius pour obtenir du juge que sa part de maison
 fût libérée et purgée. Là-dessus, que décide Marcel-
 lus ? C'est d'abord au contrat de mandat que le ju-
 risconsulte rattache la difficulté. Le consentement
 donné par Titius à l'engagement de sa chose pour
 la dette d'autrui lui paraît rentrer dans le domaine
 de ce contrat et autoriser l'action *mandati* au pro-
 fit de Titius. Ceci posé, il assimile l'hypothèque
 donnée pour la dette d'autrui au cautionnement, et
 il décide que ces deux agissements marchent d'un
 pas égal et obéissent ici à une règle semblable.
 NON ABSIMILIS illa, quæ frequentissimè agitari solet,
fidejussor, an et prius quàm solvat, agere possit ut libere-
tur. Les raisons de décider sont en effet les mêmes ;
 l'équité parle le même langage dans un cas et dans
 l'autre, et le juge doit venir au secours de celui
 qui, de quelque manière que ce soit, s'est obligé
 pour autrui et est exposé à être victime de sa
 générosité.