

» tant qu'une même obligation, en accédant à l'obligation de celui pour qui il s'est rendu caution, il a accédé à celle de tous (1). »

Eh bien ! si chaque caution est nécessairement caution de chacun et de tous les débiteurs, tous les fidéjusseurs sont censés avoir cautionné les mêmes débiteurs pour la même dette ; et par-là on rentre forcément sous l'empire de l'art. 2033 (2).

442. Maintenant, qu'arrivera-t-il si le créancier, en laissant perdre ses droits par sa faute, se trouve dans l'impuissance de céder au fidéjusseur actionné ses actions contre les autres cofidéjusseurs ou contre l'un d'eux ? Ce point se rattache au commentaire de l'art. 2037. Nous le traiterons au n° 553, en exposant et les principes généraux et les phases particulières de cette question spéciale.

(1) N° 413.

(2) M. Duranton donne d'autres raisons, n° 369.

CHAPITRE III.

DE L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT.

ARTICLE 2034.

L'obligation qui résulte du cautionnement s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations.

SOMMAIRE.

443. Division des causes d'extinction du cautionnement. Causes propres à ce contrat ; causes découlant de l'extinction de l'obligation principale.
444. Les premières s'appellent *personnelles* ; les secondes sont *réelles*.
445. L'usage de cette distinction n'est pas exempt de difficultés.
Règle qui sert à le diriger.
446. *Du serment*. Le serment prêté par le fidéjusseur profite au débiteur principal.
447. En quel sens faut-il entendre cette règle prise de l'art. 1365 et empruntée au droit romain ?
448. Le refus fait par le fidéjusseur de prêter serment ne peut être opposé au débiteur. Raison de ce point de droit.
449. *De la chose jugée* en faveur de la caution sur le fond du droit.
Le jugement qui décharge la caution, en déclarant qu'il n'est rien dû par le débiteur principal, profite à ce dernier.

450. Opinion contraire de Bartole, du présid. Favre et de M. Merlin.
451. Réponse à leurs objections et particulièrement à la loi 29, D., *De recept.*
452. Suite.
453. Suite.
454. De la chose jugée contre la caution. Elle ne peut être opposée au débiteur principal.
455. Suite.
456. Suite.
457. Suite.
458. Suite. Il ne faut pas conclure de ce qui est dit au n° 454 contre ce qui est dit au n° 449.
459. De l'effet de la condamnation prononcée contre le fidéjusseur quand il y a solidarité.
460. De la *transaction* faite par le fidéjusseur. Profite-t-elle au débiteur principal quand elle porte sur la chose même?
461. De la *remise* faite au fidéjusseur par le créancier.
462. Si le créancier se fait payer quelque chose pour cette remise, ce qu'il a reçu s'impute sur ce que doit le débiteur.
463. De la *prescription*.
Les actes conservatoires faits à l'égard du débiteur principal empêchent la prescription à l'égard de la caution.
464. Les interruptions adressées au fidéjusseur conservent l'obligation à l'égard du débiteur principal.
465. La reconnaissance du fidéjusseur est interruptive à l'égard du débiteur principal.
466. Décision célèbre du jurisconsulte Scævola qui touche à ce point.
467. Objection résolue.
468. Autre objection et réponse.
469. De la *confusion*.
De la *novation*.
Renvoi.
470. De la *compensation*.

471. De la consommation de l'affaire.
Distinction à suivre dans cette matière.
472. Quelquefois, c'est le cautionnement qui finit sans que pour cela l'affaire principale soit terminée.
473. Le fidéjusseur est maître de renoncer aux moyens de libération qui lui sont personnels.
474. Mais non pas aux moyens de libération qui sont communs.
475. De l'extinction du cautionnement par la *faute du créancier*.

COMMENTAIRE.

443. Nous allons traiter de l'extinction du cautionnement.

Le cautionnement peut s'éteindre par des causes qui lui sont propres et qui laissent subsister l'obligation principale.

Il peut s'éteindre aussi par les causes d'extinction qui font cesser l'obligation principale. A ce dernier point se rattache surtout l'article 2036.

Ainsi, par exemple, la remise que le créancier consent à faire au fidéjusseur de son cautionnement est une faveur personnelle, dont le résultat fait disparaître le lien accessoire, mais laisse au créancier la plénitude de son droit pour agir contre le débiteur principal toujours obligé.

Que si le fidéjusseur paie effectivement le créancier, ce paiement n'éteint pas seulement l'obligation accessoire; il éteint encore l'obligation principale, et le débiteur est affranchi désormais à l'égard du créancier. Il n'a plus qu'à subir l'action *mandati contraria* de la part du fidéjusseur, ou l'action née de la subrogation.

444. Cette distinction entre les causes *personnelles* et les causes *réelles* de l'extinction du cautionnement est importante. Nous l'empruntons à Ulpien (1). Elle conduit à des conséquences fort diverses en ce qui concerne le débiteur principal. Être libéré vis-à-vis du créancier ou ne l'être pas, telle est la grave alternative qui en découle.

445. Du reste, cette distinction paraît fort simple au premier coup ; et elle l'est en effet quand on prend pour exemple les deux hypothèses du n° 443. Tel est l'avantage des exemples choisis à propos, qu'ils font tout de suite ressortir la règle à laquelle ils se rattachent.

Ainsi, on aperçoit sans peine que, dans le premier cas, le fidéjusseur n'a stipulé que pour lui-même, et que par conséquent son agissement ne va pas au delà de sa personne.

Au contraire, dans le second cas, il a été le mandataire du débiteur principal, si bien qu'il a contre ce dernier l'action *mandati contraria* !! Le débiteur principal peut donc se prévaloir d'un fait qui est censé être la suite et l'exécution de son ordre.

Mais si l'on passe à d'autres cas, l'esprit peut éprouver quelques difficultés; il a besoin de se recueillir.

Et, par exemple, si le fidéjusseur prête serment qu'il n'y a pas eu d'obligation principale, le débiteur pourra-t-il se prévaloir de ce serment contre

(1) L. 28, § 1, D., *De jurejurando*.

Infrà, n° 467.

Hering., c. 27, part. 4, n° 1 et suiv.

le créancier et lui opposer l'exception *jurisjurandi* ?

Par exemple encore, si le fidéjusseur a fait juger contre le créancier que l'obligation principale est nulle ou qu'elle n'a jamais existé, le débiteur, inquieté ensuite par le créancier, aura-t-il contre celui-ci l'exception *rei judicatae*? ou bien le créancier ne pourra-t-il pas lui répondre : « Sans doute il a été jugé que le fidéjusseur était libéré ; mais cela n'a été jugé que par rapport à lui, et l'on sait que la libération du fidéjusseur peut avoir lieu sans pour cela que celle du débiteur s'ensuive nécessairement. Il n'y a plus de fidéjusseur, je l'avoue ; mais pourquoi n'y aurait-il pas une obligation principale ? Si l'accessoire tombe avec le principal, n'est-il pas vrai que le principal ne tombe pas parce que l'accessoire s'est évanoui ? »

Ces questions, on le voit, ne sont pas sans difficulté pour celui qui veut les résoudre rationnellement avant de savoir si et comment elles ont été résolues législativement.

Un principe peut cependant donner la clé de leur solution. Le voici : de même que le fidéjusseur est censé mandataire du débiteur principal pour libérer ce dernier par un paiement effectif, de même il est censé le représenter dans tous les agissements qui équivalent à un paiement et ont pour résultat d'éteindre l'obligation principale (1). Le créancier qui actionne quelqu'un comme fidéjus-

(1) Arg. de la loi 28, § 1, D., *De jurejur.* (Ulpien).

seur suppose nécessairement qu'il y a, à côté ou derrière ce fidéjusseur, un débiteur principal qui lui a donné mandat de payer. Donc, toutes les fois que le fidéjusseur, dans ses luttes avec le créancier, se défend et triomphe par un moyen qui fait tomber la dette principale, le créancier ne saurait dire que ce fidéjusseur agit dans son intérêt exclusif. Ce créancier sait, ou doit savoir, que le fidéjusseur tient du débiteur principal le mandat de payer. Il sait, ou doit savoir, que le débiteur principal, en lui donnant mandat de payer pour lui, lui a donné virtuellement le mandat d'éteindre l'obligation principale par tous les moyens légaux équivalents à paiement.

Maintenant, appliquons ces idées au cas de serment et de chose jugée.

446. Le serment par lequel le fidéjusseur a juré qu'il ne doit rien est comparé par Ulpien à un paiement : *in locum solutionis succedit* (1), et ce jurisconsulte, d'accord, du reste, en cela avec Caius (2), lui en attribue les effets. Ainsi, le serment par lequel le fidéjusseur nie l'existence de l'obligation principale (*de ipso contractu et de re, non de personâ jurantis*) profite au débiteur principal ; ce dernier est fondé à l'opposer au créancier qui viendrait ensuite le rechercher. Il peut le lui op-

(1) L. 28, § 1, D., *De jurejur.* ; il faut voir Bartole sur cette loi, ainsi que le commentaire de Doneau (t. 10, p. 671, n° 6), sur le titre du Dig., *De jurejurando*.

(2) L. 27, D., *De jurejur.*

poser avec autant de force qu'il lui opposerait un paiement effectif, fait par le fidéjusseur. Ulpien s'appuie sur la doctrine de Cassius et Julianus. C'est aussi celle de Pomponius (1).

447. Il en serait sans doute autrement si le fidéjusseur avait seulement juré qu'il n'a pas cautionné. Ce serment prêté sur un fait personnel au fidéjusseur, ce serment tout spécial au lien accessoire du cautionnement, n'aurait rien dont le débiteur principal pourrait exciper (2). Mais, toutes les fois que le fidéjusseur prête serment sur l'existence du contrat principal et qu'il en dénie l'existence, le débiteur principal est fondé à arguer de ce serment. Le serment profite au débiteur principal tout autant que le paiement lui aurait profité.

Cette décision est passée dans le Code civil. L'article 1365 la consacre formellement ; il veut que le serment prêté par la caution profite au débiteur principal.

Et remarquez ce mot *profite!!* il est important ; il confirme pleinement la doctrine que nous énoncions au numéro 445 sur le mandat du fidéjusseur, qui est un mandat tendant à libérer le débiteur, à faire sa condition meilleure, à faire cesser, par tous les moyens équivalents à paiement, son obligation.

(1) L. 42, § 1, D., *De jurejur.*

(2) Ulp. et Pomp. (*loc. cit.*).

Bartole, *loc. cit.*, n° 4.



448. J'ajoute que l'art. 1365 ne reconnaît pas cette réaction du fait du fidéjusseur sur le débiteur, dans le cas où le fidéjusseur a refusé de prêter le serment déféré. Et la raison en est simple. C'est que, dans ce dernier cas, il faudrait aggraver la position du débiteur, par suite du fait du fidéjusseur. Or, le droit et la justice ne le permettent pas. Le fidéjusseur a mandat pour libérer le débiteur et éteindre la dette, mais non pas pour la rendre plus étroite, plus manifeste et plus pressante (1).

449. Voyons pour la chose jugée entre le créancier et le fidéjusseur ! Par exemple : Pierre, créancier de 10,000, actionne Secundus, comme fidéjusseur de Primus. Et Secundus fait juger qu'il n'est rien dû, soit parce que l'obligation principale a été solue et acquittée, soit parce qu'elle est entachée de dol et de fraude. Le créancier aura-t-il néanmoins son action contre Primus qui n'a pas été appelé au procès ? L'extinction de l'obligation du fidéjusseur laissera-t-elle subsister l'obligation principale ?

Nullement (2). Le fidéjusseur a représenté le débiteur principal lorsqu'il a fait juger que l'obligation principale n'existait pas ; il était son mandataire pour le libérer par le paiement et par tous les moyens équivalents à paiement. Si le serment prêté par la caution profite au débiteur principal, comme

(1) V. *Infrà*, n° 454.

M. Ponsot, n° 512.

(2) *Junge* M. Ponsot, n° 508.

nous venons de le voir aux numéros précédents, n'est-il pas manifeste que le jugement rendu *de ipso contractu et de re* avec la caution profite à ce même débiteur ? J'en ai pour garant le texte de Pomponius qui me semble décisif : « *Quia et res judicata secundum alterutrum eorum, utrique proficerat* (1). »

450. Toutefois, je dois l'avouer, cette opinion n'est pas celle de beaucoup de jurisconsultes d'un grand poids. Le président Favre ne l'adopte pas. Voici comment il s'exprime :

« *Nec in omnibus bona est comparatio rei judicatae et jurisjurandi. Nam si sententia absolutoria lata sit pro fidejussore solo, praesumendum erit ita latam eam fuisse, non tam quasi contractum non sit, quam quia non fuerit probatum fidejussorem intercessisse, ut tractat Bartolus. — Plus dicit Bartolus, nec malè, meo judicio, etiamsi sententia absolutoria pro fidejussore lata sit, super re ipsa, quasi non fuerit contractum, non tamen prodesse reo eam debere (l. 29, D., *De recept.*). — Non enim habet vim solutionis, sicut jusjurandum ; quamvis aliquo casu contingat, ut sententia absolutoria inter alios lata, alii prosit, per consequentiam, cui tamen condemnatoria non noceret. Major ergo etiam hoc casu potestas est jurisjurandi, quam rei judicatae. »*

Ainsi donc le président Favre enseigne deux choses : la première, que, dans le doute, la chose jugée est censée fondée sur les moyens personnels au fidéjusseur ; la seconde, que, lors même qu'elle

(1) L. 42, § 3, D., *De jurejur.*

décide qu'il n'y a pas d'obligation principale, le débiteur principal ne peut s'en prévaloir.

Et, en effet, Bartole, auquel il emprunte cette opinion, la professe expressément dans son commentaire sur la loi 28, § *Item à fidejussor.*, D., *De jurej.*

Ces autorités ont entraîné M. Merlin. Il soutient avec beaucoup de force et d'érudition, à sa manière (1), que la chose jugée avec le fidéjusseur ne profite pas au débiteur principal. Il cite surtout la loi 29, D., *De receptis*. Il rappelle la note de Godefroy sur ce texte : « *Sententiam pro fidejussore latam ad principalem non porrigi.* »

Et cependant, comment ne pas concevoir des doutes sérieux sur cette opinion en présence de l'art. 1365 du C. c., qui décide que le serment déféré à la caution profite au débiteur principal ? Pourquoi y aurait-il une différence entre le serment et la chose jugée ? Si le serment de la caution *super re ipsa* est de nature à libérer le débiteur principal, par quelle raison la chose jugée avec la caution sur la non-existence de la dette serait-elle pour le débiteur principal *res inter alios acta* ? Pomponius, dans la loi 42, § 3, D., *De jurejur.*, que je citais tout à l'heure, n'assimile-t-il pas la chose jugée au serment ? La chose jugée peut-elle être considérée d'un autre point de vue que le serment dont elle est la conséquence ?

M. Merlin répond que l'art. 1365 n'est que la

(1) *Quest. de droit*, v° *Chose jugée*, § 18, n° 5.

reproduction de la loi 28, § 1, D., *De jurejurando*, dont nous avons vu tout à l'heure la disposition.

Et cependant, dit-il, la loi 29, D., *De receptis*, décidait *implicitement* (notez ce mot) que le débiteur principal n'était pas libéré par le jugement rendu *de ipso contractu et de re*, qui renvoyait la caution.

451. Examinons donc cette loi : c'est Ulpien qui parle. Il s'occupe de l'effet d'une sentence arbitrale par suite d'un compromis. Pour en bien entendre le sens, il faut se rappeler que la sentence d'un arbitre était loin de produire l'exception *rei judicatae* ; elle ne faisait que donner au gagnant le droit de réclamer contre le perdant les dommages stipulés, à titre de peine, par le compromis (1).

« Si quelqu'un s'avisait de réclamer une chose à celui que l'arbitre a déclaré ne pas la devoir, ce serait aller contre sa sentence. Or donc, le créancier pourrait-il agir contre le fidéjusseur de cette personne ? Nullement ; et la peine du compromis serait encourue. Car, virtuellement et par la force des choses, ce serait intenter une demande contre le principal obligé lui-même, tenu de rembourser au fidéjusseur tout ce que ce dernier a payé pour raison du cautionnement. »

Voilà pour le compromis fait par le créancier avec le débiteur et suivi d'une sentence arbitrale qui libère ce dernier.

Puis, Ulpien examine le cas d'un compromis passé par le créancier et le fidéjusseur :

(1) Ulp., l. 2, D., *De recept.*

Favre, *Rationalia*, sur cette loi.

Voet (*ad Pandect.*) sur ce titre.

« Que si j'ai fait un compromis avec le fidéjusseur, et qu'ensuite je vienne à actionner l'obligé principal, je n'encourrai pas la peine du compromis, à moins que cette action ne puisse réfléchir contre le fidéjusseur. »

Et dans quel cas cette action réfléchira-t-elle contre le fidéjusseur avec qui le compromis a été passé? Paul l'explique dans la loi 34, D., *De receptis* (1). C'est le cas assez rare où le fidéjusseur serait en quelque sorte associé avec le débiteur (2), et aurait cautionné dans son propre intérêt.

452. Cette décision d'Ulprien me paraît excellente. Mais quelle influence peut-elle avoir sur notre question? M. Merlin avoue qu'on ne peut s'en prévaloir qu'implicitement! et moi je soutiens qu'on ne saurait s'en prévaloir en aucune façon.

En effet, il a plu au fidéjusseur de faire, de son autorité, une convention particulière avec le créancier, sans que le débiteur principal y ait été partie; il a stipulé que le créancier lui paierait 10,000 à titre de dommages et intérêts si un tel, choisi pour arbitre et venant à déclarer qu'il n'est rien dû, ce créancier réclamait quelque chose de lui. L'arbitre prononce en sa faveur, et il est bien clair que si le créancier l'inquiète, il aura droit au paiement des 10,000. Mais si le créancier recherche le débiteur principal, celui-ci pourra-t-il se prévaloir de ce compromis pour soutenir qu'il lui

(1) V. Cujas dans son com. sur le livre 13, *Pauli ad Edictum*, où se trouve cette loi.

(2) *Si socii sunt*, dit Cujas, *loc. cit.*

est dû 10,000 à titre de peine, à titre de violation du compromis? Comment le pourrait-il? Le compromis est une convention particulière faite entre le créancier et le fidéjusseur; le débiteur principal n'a pas à intervenir dans de tels arrangements; le créancier a pu consentir à les faire avec le fidéjusseur et non avec lui. Ce n'est donc pas en sa faveur que la peine des dommages et intérêts a été stipulée. C'est en faveur du fidéjusseur seul, qui a voulu se faire une position à part (1). Du reste, la sentence arbitrale n'a opéré aucune novation; elle n'engendre aucune exception qui empêche la convention originaire de subsister. Toutes choses restent entières à l'égard de cette convention.

453. Maintenant la logique permet-elle d'étendre cette décision au cas de chose jugée? M. Merlin croit l'affirmative avec plusieurs autres jurisconsultes. Mais il me paraît que c'est abuser du droit de raisonner par analogie. Analogie pour analogie, je préfère la décision ponctuelle de l'art. 1365 du C. c. sur le serment. Bien que l'esprit d'analyse aperçoive quelque différence entre la chose jugée et le serment (puisque, par exemple, on peut appeler de la chose jugée et non pas du serment), il n'en est pas moins vrai qu'ici ces différences sont insignifiantes, et que c'est le cas de dire avec Do-

(1) « *Si socii non sunt*, dit Cujas (*loc. cit.*), *pœna non committitur* (notez bien qu'il s'agit de peine). *Altero petente qui velitus non est, pœna non committitur adversus qui commisit et velitus est petere.* »

neau : « *Instar judicii obtinet. Jusjurandum totius judicii vim habet* (1). » Je persiste donc à croire, avec Pomponius, que le serment et la chose jugée marchent d'un pas égal. D'ailleurs, le texte formel de Pomponius n'a-t-il pas une force bien supérieure à l'induction éloignée que M. Merlin tire de la loi 29, D., *De receptis*? Que veut-on de plus topique que ces paroles : « *Res judicata secundum alterutrum eorum, utriusque proficeret?* »

454. Mais, dira-t-on, si la chose jugée en faveur de la caution profite au débiteur principal, la chose jugée contre la caution devra profiter, par la raison des contraires, au créancier à l'égard du débiteur principal; et cependant il est reconnu que la chose jugée contre la caution ne donne aucun droit au créancier contre le débiteur principal.

455. J'accorde sans difficulté que la chose jugée contre le fidéjusseur peut être remise en question par le débiteur. Mais par quelle raison? Ce n'est pas seulement parce que, comme le dit Proudhon (2), il n'est pas dans l'ordre naturel que le sort du débiteur principal dépende du sort de l'accessoire; c'est encore, et surtout, parce que si le fidéjusseur a mandat pour libérer le débiteur, il n'est pas son représentant pour aggraver sa position (3). Le fidéjusseur qui plaide doit appeler en

(1) Sur le titre *De jurej.*, t. 10, p. 726, n° 9.

(2) *Usufruit*, n° 1325.

(3) V. Code autrichien, art. 894 : Un débiteur ne peut nuire à ses co-intéressés. »

Code prussien, art. 435, 438. Ce qui a été fait par un des co-obligés profite à tous. Mais ses actes ne pourront leur nuire

cause le débiteur principal son garant (1). Plaider, c'est tout au moins avoir des doutes sur l'existence de la dette, et le fidéjusseur ne doit pas faire résoudre ces doutes sans appeler le débiteur principal (2), qui est le sujet de l'obligation, qui est le premier intéressé au débat, et sur qui en définitive retombe la perte du procès. Le fidéjusseur transgresse donc son mandat s'il plaide à l'insu du débiteur; et, dès lors, il soutient la lutte à ses risques et périls, pouvant être désavoué s'il succombe, ne devant espérer d'approbation qu'en cas de succès. Il n'a mandat que pour réussir, car la réussite vaut une quittance, et le fidéjusseur n'est personne capable que pour éteindre la dette. Mais il n'est pas représentant idoine du débiteur quand il succombe. Il est sans pouvoirs pour empirer la situation du débiteur.

456. Sans doute le créancier a eu le droit de poursuivre le fidéjusseur. Qui pense à le lui contester? Mais, en le faisant condamner, il n'a pas fait condamner nécessairement le débiteur principal absent du procès et non représenté à la condamnation. *Res judicata tertio non nocet*. On sait (et c'est une vérité que le président Favre rappelle dans un passage que je citais tout à l'heure) que bien souvent celui qui profite par voie de conséquence de la chose jugée peut en repousser les effets lorsqu'elle lui porte préjudice. « *Quamvis ali-*

(1) *Suprà*, n° 376.

Favre, *Code*, 8, 28, 10.

(2) Art. 2028, *suprà*.