

quo casu contingat ut sententia absolutoria inter alios lata, alii prosit per consequentiam, cui tamen condemnatoria non nocet (1).»

457. J'ajoute que le créancier ne sera pas de meilleure condition contre le débiteur principal en exerçant, à l'encontre de ce dernier, les actions du fidéjusseur condamné. En effet, supposons qu'en se mettant au lieu et place du fidéjusseur, il s'arme de l'art. 2032 créé en faveur de ce dernier, et qu'il demande au débiteur principal d'être payé en exécution de la sentence qui a frappé le fidéjusseur. Le débiteur principal lui répondra : « Je ne suis tenu d'indemniser mon fidéjusseur qu'autant que la condamnation prononcée contre lui n'a pas été la suite de sa mauvaise défense. Car s'il s'est laissé condamner par sa faute, je ne lui dois rien (2). Examinons donc, et voyons si ce qui a été jugé a été bien jugé, si quelque exception n'a pas été omise, si quelque moyen n'a pas été oublié (3).»

Donc, de toute manière, le débiteur peut faire rejurer avec le créancier le procès que celui-ci a gagné avec le débiteur (4).

458. Mais il ne suit pas de là que le créancier puisse remettre en question avec le débiteur ce qui a été jugé en faveur de la caution sur l'obligation principale. Car le fidéjusseur avait mandat pour libérer lui et le débiteur principal, et le jugé-

(1) *Suprà*, n° 450.

(2) Marsili, n° 486 ; *suprà*, n° 338.

(3) Ulp., l. 8, § 6, D., *Mandati*.

(4) *Junge* M. Ponsot, n° 512.

ment tient lieu de paiement. Il n'avait pas de mandat pour empirer la situation du débiteur et pour le faire condamner (1).

459. Si le fidéjusseur avait cautionné solidairement le débiteur, faudrait-il décider que ce qui a été jugé contre le fidéjusseur est censé jugé contre le débiteur ? M. Proudhon décide l'affirmative (2), et, quoique M. Ponsot ne soit pas de son opinion (3), nous pensons qu'il est difficile d'échapper à cette conséquence de la solidarité.

460. On a coutume de comparer la transaction à la chose jugée. Or donc, ce que nous venons de dire d'un jugement, l'étendrons-nous à une transaction dans laquelle le créancier aurait reconnu avec le fidéjusseur que la dette principale a moins d'étendue ? Le débiteur principal ne pourra-t-il pas se prévaloir de cette transaction pour se prétendre libéré de tout ce que cette transaction aurait retranché de la dette principale ? Pourquoi pas ? Ne faut-il pas toujours en revenir à ceci : « *In locum solutionis succedit* (4) ? » Serment, chose jugée, transaction, tout cela se tient et nous ramène aux mêmes idées.

On peut opposer cependant ici la doctrine de plusieurs interprètes de poids, qui prétendent que le pacte fait entre le créancier et le fidéjusseur ne

(1) V. *Suprà*, n° 448, ce que nous avons dit du serment.

(2) M. Proudhon, *Usuf.*, t. 3, n° 1325.

(3) N° 512.

(4) *Suprà*, n° 446.

doit pas entraîner les mêmes conséquences que le serment, et que si le serment prêté par le fidéjusseur profite au débiteur principal, il n'en doit pas être de même du contrat fait entre le créancier et le fidéjusseur (1). Mais remarquons que cette opinion tient en grande partie à la subtilité du droit romain et à la règle qu'on ne pouvait pactiser pour autrui. En droit naturel (c'est Cujas qui en fait la remarque avec les théologiens), Dieu ne fait pas de différence entre un serment et une convention non jurée (2). Le serment est comparé à une transaction (3). Pourquoi la transaction n'aurait-elle pas les effets du serment ?

461. Maintenant parlons de la remise faite au fidéjusseur par le créancier. On se rappelle ce que nous en avons dit *suprà* (4). Je me borne à répéter ici que la remise a, en ce qui concerne le débiteur principal, des effets divers suivant l'intention du créancier. Il ne faut pas oublier cette règle : *Pactum personale ad alium non extenditur quàm ad personam cui factum est.*

462. On se souviendra aussi, au sujet de la remise du cautionnement, qu'elle doit être gratuite ; tellement que si le créancier se fait payer quelque chose pour l'accorder, tout ce qu'il reçoit s'impute

(1) Doneau, sur le t. *De jurej.*, t. 10, p. 675, n° 6.

(2) 22, *Observat.* 7.

(3) Doneau, t. 10, p. 725, n° 9 : *Transactionis species habet jusjurandum.*

(4) N° 336.

sur la dette et tourne au profit du débiteur (1). Autrefois on n'était pas d'accord sur ce point. Le Code a fait cesser la controverse en se prononçant pour l'opinion la plus favorable au débiteur et à l'extinction des obligations.

463. La prescription ne doit pas être oubliée. On la compare ordinairement à une renonciation, à une remise faite par le créancier ; et cette comparaison est souvent exacte. Néanmoins, il y a cette différence entre la remise et la prescription, que la remise peut être faite par le créancier avec pacte qu'elle ne profitera qu'au fidéjusseur et que le débiteur principal continuera à être obligé ; tandis que la présomption de renonciation renfermée dans la prescription ne peut pas faire au fidéjusseur un sort meilleur que le sort du débiteur principal et éteindre l'obligation du fidéjusseur en laissant subsister celle du débiteur principal. Ceci découle du principe de l'art. 2250 du C. c., qui veut que tous les actes d'interruption qui empêchent la prescription de l'obligation principale conservent l'obligation accessoire du fidéjusseur. De telle sorte qu'un créancier qui entretient sa créance à l'égard du débiteur principal maintient (2) implicitement et nécessairement son droit contre le fidéjusseur (3). Comment pourrait-on, en effet, tourner contre le créancier vigilant à l'égard du débiteur principal son inaction à l'égard de la

(1) Art. 1288.

(2) *Suprà*, n° 340, note (4).

(3) Mon com. de la *Prescription*, t. 2, n° 633.

caution? En donnant à son droit la vie et l'action nécessaires pour maintenir le débiteur principal dans les liens de l'obligation, n'a-t-il pas suffisamment annoncé par-là qu'il entendait conserver ce droit avec toutes les garanties accessoires qui en sont une dépendance? Ne sait-on pas d'ailleurs que l'obligation du fidéjusseur n'est autre chose que l'obligation même du débiteur principal étendue jusqu'au fidéjusseur (1), et que la règle juridique est en cette matière : *Sunt duo*, UNA OBLIGATIONE CONSTRUCTA (2)? Si donc l'obligation du débiteur principal est sauvegardée, celle du fidéjusseur l'est nécessairement. Que le créancier se soit fait payer exactement par le débiteur les intérêts qui lui sont dus, ou ses autres annuités, est-ce que le fidéjusseur pourrait argumenter de ce qu'il n'a pas été inquiété personnellement pendant trente ans et se faire déclarer, par cela seul, libéré? N'est-il pas vrai qu'il n'a pas été inquiété précisément parce que le créancier était annuellement satisfait? Aussi Hering enseigne-t-il avec nous : « *Anniversaria usurarum solutio præscriptionem impedit, et creditoris jus suum conservat* (3). » Pour un seul contrat, pour une seule affaire, il suffit d'une seule interruption : « *Una*, dit encore à merveille le même jurisconsulte, en employant les paroles et l'idée de la loi 5 au C., *De duobus reis : una in uno eodemque contractu interruptio, vel agnitio sufficit* (4). »

(1) *Suprà*, n° 7, 27, 45, 96, 110.

(2) Mon com. de la *Prescription*, t. 2, n° 628.

(3) C., 20, § 18, n° 14.

(4) N° 16.

464. Par réciprocité, les interruptions adressées au fidéjusseur conservent l'obligation à l'égard du débiteur principal et réfléchissent contre lui (1). L'identité d'obligation conduit à ce résultat.

M. Duranton croit cependant qu'il *va sans dire* que les actes faits contre la caution pour interrompre la prescription, n'interrompent pas la prescription à l'égard du débiteur (2). Mais c'est le contraire qui va sans dire, et, depuis Accurse jusqu'à M. Merlin, la science a cent fois proclamé que la prescription interrompue contre le fidéjusseur est censée interrompue contre le débiteur principal (3). Quoi ! un créancier aura reçu pendant trente ans du fidéjusseur les intérêts de la somme qu'il a prêtée au débiteur principal, et ce dernier viendra soutenir, au bout de ce temps, que parce que le créancier ne s'est pas adressé à lui, il a acquis la prescription ! Mais est-ce que le fidéjusseur n'est pas le mandataire du débiteur pour payer ?

Mandataire pour payer, enchaîné par une obligation qui est l'obligation même du débiteur principal, il est par conséquent personne capable pour recevoir, tant en son nom qu'au nom du dé-

(1) Mon com. de la *Prescription*, t. 2, n° 635.

Junge Catellan, l. 7, ch. 18.

Répert., v° *Interrupt.*, p. 494.

(2) T. 21, n° 283.

(3) « *Rationem adfert Accursius, quæ vera est, quòd præscriptio contra fidejussorem interrupta, etiam contra debitorem interrupta videri debet.* » (Favre, *Ration.*, sur la loi 29, § 6, D., *Mandati.*)

biteur, les demandes nécessaires pour payer. *Reus* (dit Favre) *per mediam personam fidejussoris convenitur* (1). Ces demandes réfléchissent si bien sur le débiteur principal que ce dernier est obligé d'en acquitter le fidéjusseur par l'action *mandati contraria* (2). L'art. 2028 veut même que le débiteur paie les frais des poursuites!! Et l'on voudrait que ce fût pour lui *res inter alios acta*?

Ne craignons pas dès lors qu'on nous objecte que le débiteur ignorera ces interpellations (3). D'une part, les principes du mandat imposent au fidéjusseur l'obligation de donner avis au débiteur (4). De l'autre, le fidéjusseur a intérêt à donner cet avis pour que le débiteur le sauvegarde.

Qu'arriverait-il si le sentiment que je combats était suivi? C'est que la caution qui pendant trente ans aurait payé les intérêts de la somme prêtée, à la place du débiteur auquel rien n'aurait été demandé, pourrait aussi se prétendre libérée par la prescription; car elle est autorisée à se prévaloir de toutes les exceptions acquises à son débiteur; et comme le débiteur serait libéré par la prescription, on verrait un créancier qui se serait fait exactement payer, atteint par la peine de ceux qui n'agissent pas! Et cependant Justinien a dit: « *Contra desides homines, et sui juris contemptores, odiosæ exceptiones oppositæ sunt* (5). »

(1) Sur la loi 11, § 12, D., *De act. empt.*

(2) Pothier, n° 381 (*Oblig.*).

(3) Object. de M. Ponsot, n° 526.

(4) Voy. mon commentaire du *Mandat*, n° 396.

(5) Just., l. 2, C., *De annali except.*

465. La reconnaissance du fidéjusseur (quoi qu'en dise M. Ponsot, qui suit M. Duranton) (1) n'est pas moins interruptive que le paiement effectué par lui et les poursuites dirigées contre lui : je parle d'une reconnaissance faite avant l'obtention de la prescription, et non pas après (2). En effet, la reconnaissance est une promesse implicite de paiement, et le fidéjusseur qui peut et doit payer quand il est interpellé, et qui en payant fait un acte qui réfléchit contre le débiteur, peut à plus forte raison reconnaître ce qu'il doit et s'obliger à payer plus tard. Par-là il agit avec bonne foi : *fidem implet fidejussor* (3). Loin de s'écarter des fins du cautionnement, il y reste fidèle, et rend service au débiteur principal, dont peut-être il arrête par-là l'expropriation, l'incarcération et la ruine; loin que le débiteur puisse lui reprocher d'avoir agi imprudemment, il faut au contraire qu'il rende hommage à sa loyauté; loin qu'il puisse lui reprocher d'avoir compromis par-là ses intérêts, il doit au contraire avouer qu'il les a servis. A Rome, le débiteur qui niait la fidéjussion perdait le bénéfice de division (4)!

Après tout, de quoi s'agit-il? d'une dette commune, d'une obligation provenant de la même source, et pesant pour le tout sur l'un et l'autre

(1) N° 526.

(2) Mon com. de la *Prescription*, t. 2, n° 636.

(3) Arg. de la loi 29, § 6, D., *Mandati* (Ulp.).

Papin., l. 8, D., *De alim. legat.*

(4) L. 10, § 1, D., *De fidej.*

débiteur. Or, Justinien n'a-t-il pas décidé (1) que lorsqu'un créancier a plusieurs débiteurs, la reconnaissance de l'un interrompt à l'égard de l'autre?

A la vérité, cette confession et cette promesse sont subordonnées à la condition que le débiteur principal n'est pas encore libéré par un paiement ou une prescription. Mais s'il est constant qu'au moment où la confession a été faite, le débiteur ne s'était pas encore acquitté, et que la prescription n'était pas encore acquise, la confession est bonne; elle trouve son approbation dans les textes qui louent le fidéjusseur *qui ipse pepercit pudori suo* (2); elle est interruptive (3). Et si, ensuite de cette reconnaissance, le fidéjusseur paie ce qu'il a promis de payer, il a l'action *mandati* contre le débiteur pour se faire indemniser. Que pourra lui objecter le débiteur frappé de ce recours? qu'il ne devait pas reconnaître la dette? qu'il ne devait pas payer? qu'il devait être de mauvaise foi?

466. Ceci me rappelle une célèbre décision de Q. M. Scævola. Une personne avait cautionné un prêt à intérêt. Poursuivie par le créancier, elle reçut du débiteur l'injonction de ne pas payer d'intérêts, et de soutenir que le prêt avait été gratuit. Mais elle, sachant que c'était là un mauvais détour, et voulant se conduire avec loyauté, paya le créancier. Puis, elle intenta contre le débiteur l'action

(1) L. 5, C., *De duob. reis.*

(2) L. 48, D., *Mandati.*

(3) Mon com. de la *Prescript.*, t. 2, n° 617.

mandati. La légitimité de ce recours, contestée par le débiteur, fut soumise au jugement de Scævola. Ce jurisconsulte répondit : Si c'eût été le débiteur qui eût été poursuivi, et que le fidéjusseur, intervenant spontanément et sans y être obligé, eût payé et enlevé à ce même débiteur un moyen de défense, l'action *mandati* pourrait être refusée. Mais il n'en est pas ainsi. Le fidéjusseur était en présence du créancier; il était sommé de tenir ses obligations. Il s'est conduit en homme qui respecte sa parole en payant une dette qu'il avait prise pour sienne. Il aura son recours (1).

On voit que Scævola ne tient aucun compte des défenses faites au fidéjusseur par le débiteur. Combien à plus forte raison faut-il mépriser les reproches que le débiteur ferait au fidéjusseur d'avoir reconnu l'obligation commune! *Nemo prohibetur bonam fidem agnoscere* (2).

Or, si le fidéjusseur n'a pas transgressé par-là les fins de son mandat, le débiteur est donc tenu de son fait; il ne saurait le répudier en disant qu'il lui est étranger.

467. On objecte que nous faisons produire à la reconnaissance du fidéjusseur des effets exagérés; car cette reconnaissance ne saurait prouver qu'une chose, c'est que la caution n'a pas payé; mais elle ne prouve pas que le débiteur n'a pas payé. Est-ce que le débiteur, ajoute-t-on, ne peut pas payer

(1) L. 48, D., *Mandati* (Celsus).

(2) L. 9, § *Sicut*, D., *De administ. tutor.*

sans que la caution en soit nécessairement avertie (1) ?

En bonne règle, non ! Entre le fidéjusseur, mandataire du débiteur, et le débiteur son mandant, il ne doit y avoir rien de caché sur ce qui concerne leur intérêt commun. Si le débiteur paie, la prudence veut qu'il en informe le fidéjusseur (2) ; de même que si le fidéjusseur acquitte le créancier qui le poursuit, ou s'il se dispose spontanément à le désintéresser, les principes du mandat lui font un devoir de donner avis au débiteur (3).

Eh bien ! c'est sur ces principes qu'a été réglé le droit du créancier. Ce n'est pas sa faute si ces principes ne sont pas observés par ceux dont l'intérêt est de s'y conformer.

468. Tout ceci n'est pas en contradiction avec ce que nous avons enseigné ci-dessus (4), savoir, que la chose jugée contre le fidéjusseur n'est pas nécessairement opposable au débiteur principal. De ce que le fidéjusseur est reconnu capable pour payer et recevoir des interpellations à fin de payer ce qui est payable, il ne s'ensuit pas que lorsque ces demandes et interpellations sont susceptibles de controverse, le fidéjusseur doive prendre sur lui la responsabilité de la décision à intervenir.

469. La confusion et la novation, autres moyens d'éteindre le cautionnement, sont la matière des

(1) M. Ponsot, n° 526.

(2) *Suprà*, nos 372, 373.

(3) *Suprà*, nos 371, 374.

(4) N° 455.

articles 2035, 2038 et 2039. Nous y renvoyons.

470. La compensation (1) a été touchée par le législateur dans l'art. 1294, d'après lequel la caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal, sans que le débiteur principal puisse opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution.

Ces règles sont claires.

D'une part, celui qui compense paie, sinon naturellement, du moins civilement. Si donc le débiteur d'une somme de 1000, cautionnée par Titius, est lui-même créancier de 1000 que lui doit son créancier, le fidéjusseur sera libéré ; il opposera la compensation avec succès quand même le débiteur garderait le silence (2). Mais, d'autre part, il n'est pas moins évident que si c'est le fidéjusseur qui est en même temps créancier du créancier, la compensation qui s'opère à son profit ne peut porter aucun secours au débiteur principal ; car cette compensation s'opère dans l'intérêt unique du fidéjusseur ; elle est une affaire à lui personnelle ; elle ne saurait réfléchir sur le débiteur principal, qui n'en reste pas moins tenu des causes entières de son obligation propre. Le fidéjusseur peut être valablement libéré, sans que pour cela le débiteur soit délivré de ce qu'il doit (3).

471. Le fidéjusseur est libéré par la consommation de l'affaire pour laquelle il avait prêté son

(1) V. là-dessus Hering., c. 20, § 6, n° 1 et suiv.

(2) Hering. (*loc. cit.*).

(3) *Infrà*, nos 472 et 477.

cautionnement (1). Si c'est l'affaire principale qui est consommée, le débiteur et le fidéjusseur sortent en même temps de l'obligation.

472. Si, au contraire, c'est le seul cautionnement qui prend fin, la libération du fidéjusseur ne délivre pas le débiteur principal. Il y a beaucoup d'exemples de cautionnements qui ont une fin à eux propre, sans que l'obligation principale en soit atteinte.

Ainsi celui qui a cautionné un individu en première instance, n'étant pas censé l'avoir cautionné en cause d'appel, est libéré par la sentence du premier juge qui l'a fait triompher (2).

Celui qui a cautionné un locataire pour un bail de six ans, n'étant pas censé cautionner le bail qui suit immédiatement, est libéré à l'expiration du premier bail (3).

Un fidéjusseur cautionne le débiteur pour dix ans. Au bout de ces dix ans il est libéré. C'est ce qu'Ulpien appelle *fidejussor, solus, tempore liberatus* (4), car le débiteur continue après ces dix ans à être obligé.

473. Du reste, le fidéjusseur est maître de renoncer aux moyens de libération qui lui sont personnels; et si, par un sacrifice officieux, il consent à payer ce que le débiteur doit encore, il n'en a pas moins contre le débiteur l'action *mandati con-*

(1) Marsili, n° 97, 99, 108, 109.

(2) *Id.*, n° 108.

(3) *Id.*, n° 97.

(4) L. 29, § 6, D., *Mandati*.

traria pour obtenir son indemnité (1). Il lui a été permis de ne pas se prévaloir d'une exception introduite en sa faveur. Loin de nuire au débiteur, il vient à son secours; « *et fidem implet*, » comme dit à merveille le jurisconsulte Ulpien.

474. Ce n'est que lorsque l'exception est commune au débiteur et à lui qu'il ne lui est pas permis d'y renoncer au préjudice de ce dernier (2).

475. Enfin, pour terminer, nous rappellerons que, dans le nombre des modes d'extinction du cautionnement, il en est un dernier qui est propre au fidéjusseur et qui provient de la faute du créancier. Ce point est très remarquable et très important. Nous nous en occuperons dans le commentaire de l'art. 2037.

ARTICLE 2035.

La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal et de sa caution, lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de l'autre, n'éteint point l'action du créancier contre celui qui s'est rendu caution de la caution (3).

SOMMAIRE.

476. De l'extinction du cautionnement par confusion.

477. De la confusion qui ne fait qu'éteindre le cautionnement et de celle qui éteint à la fois le cautionnement et l'obligation principale.

(1) Ulp., l. précitée.

(2) *Suprà*, n° 339.

(3) Hering., c. 20, § 16.