

séquent dans le cas auquel *certat de lucro captando*. Enfin Dumoulin se fonde sur le texte de ladite loi *un. Cod. de sent. pro eo quod interest, etc.* qui dans la généralité de ses termes, paroît comprendre *interesse conventionale*, aussi-bien que toute autre espèce de dommages et intérêts.

Azon a été d'une opinion contraire à celle de Dumoulin, et il décide qu'une peine conventionnelle stipulée par forme de dommages et intérêts, n'est sujette à aucune modération. On peut dire, pour son sentiment, qu'il y a une différence entre l'intérêt conventionnel, et les dommages et intérêts qui ne sont pas réglés par le contrat. A l'égard de ceux-ci, il est bien vrai que le débiteur, en contractant l'obligation primitive, est censé avoir contracté l'obligation secondaire des dommages et intérêts qui résulteroient de l'inexécution de l'obligation primitive; mais il y a lieu de présumer qu'il n'a pas entendu s'obliger *in immensum* aux dommages et intérêts, mais seulement *intra justum modum*, et jusqu'à concurrence de la somme à laquelle il étoit vraisemblable qu'ils pussent monter: mais on ne peut pas dire la même chose de l'intérêt conventionnel; car *ubi est evidens voluntas, non relinquitur præsumptioni locus*. Quelque excessive que soit la somme stipulée par forme de peine, en cas d'inexécution de la convention, le débiteur ne peut disconvenir qu'il a entendu s'y obliger, lorsque la clause du contrat est expresse. Nonobstant ces raisons, la décision de Dumoulin paroît plus équitable. Lorsqu'un débiteur se soumet à une peine excessive, en cas d'inexécution de l'obligation primitive qu'il contracte, il

y a lieu de présumer que c'est la fausse confiance qu'il a qu'il ne manquera pas à cette obligation primitive, qui le porte à se soumettre à une peine aussi excessive; qu'il croit ne s'engager à rien en s'y soumettant; et qu'il est dans la disposition de ne s'y pas soumettre, s'il croyoit que le cas de cette peine pût arriver; qu'ainsi le consentement qu'il donne à l'obligation d'une peine aussi excessive, étant un consentement fondé sur une erreur et sur une illusion qu'il se fait, n'est pas un consentement valable: c'est pourquoi ces peines excessives doivent être réduites à la valeur vraisemblable à laquelle peuvent monter au plus haut les dommages et intérêts du créancier résultants de l'inexécution de l'obligation primitive. Cette décision doit avoir lieu dans les contrats commutatifs, parceque l'équité qui doit régner dans ces contrats, ne permettant pas que l'une des parties profite et s'enrichisse aux dépens de l'autre, il seroit contraire à cette équité que le créancier s'enrichît aux dépens du débiteur, en exigeant de lui une peine trop excessive, et trop manifestement au-dessus de ce qu'il a souffert de l'inexécution de l'obligation primitive. La décision doit pareillement avoir lieu dans les donations, *cum nemini sua liberalitas debeat esse captiosa*.

Le texte des Institutes, au titre de *inut. stip.* §. 20, non plus que la loi 38, §. 17, ff. de *verb. oblig.* ne décident rien contre la décision de Dumoulin; car de ce qu'il y est dit, *Pœnam cum quis stipulatur, non inspicitur quod intersit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis*, il s'ensuit seulement que la peine peut être due, quoique celui qui l'a stipulée ne

souffre rien de l'inexécution de l'obligation primitive, ou souffre moins : mais il ne s'ensuit nullement que cette peine puisse être immense, et n'avoir aucune proportion avec ce qui fait l'objet de l'obligation primitive.

A l'égard de la loi 56, *de evict.* qui suppose qu'on peut stipuler dans un contrat de vente la restitution du triple, ou même du quadruple du prix en cas d'éviction, on y répond différemment. Noodt prétend que les mots *triplum aut quadruplum* sont un mauvais glossème qui n'est pas du texte, et qui en doit être retranché. Dumoulin, *ibid n. 167 et seq.* répond mieux, en disant qu'il n'est pas question, dans cette loi, de ce qu'on peut valablement stipuler en cas d'éviction, et qu'ainsi l'on ne doit pas en conclure qu'on puisse toujours et indistinctement dans tous les contrats de vente stipuler valablement la restitution du triple ou du quadruple du prix en cas d'éviction; qu'on en doit seulement conclure que cette stipulation peut avoir lieu quelquefois dans les contrats de vente : et ces cas sont ceux dans lesquels une chose a été vendue non purement et simplement, mais dans les circonstances d'un risque de souffrir par l'acheteur une grosse perte dans ses autres biens, en cas d'éviction de la chose vendue, lequel risque a été prévu et connu par les parties contractantes, comme dans cette espèce : Je vends à un marchand, un peu avant le temps de la foire, une loge, avec déclaration par le contrat, que c'est pour y mettre ses marchandises. Le risque que court l'acheteur, en cas d'éviction dans le temps de la foire, de ne plus trouver de loge dans la foire à acheter ni à louer, et par consé-

quent de ne pouvoir débiter ses marchandises, est le risque d'un dommage prévu au temps du contrat par les contractants, qui peut surpasser de beaucoup le prix de la loge, et auquel le vendeur se soumet : c'est pourquoi dans ce cas, les dommages et intérêts qui ne seroient pas fixés par le contrat, pourroient être estimés au-delà du double, du triple et du quadruple du prix de la chose vendue. Pareillement on peut, dans le même cas, stipuler une peine au-delà du double du prix de cette chose ; et la peine n'est pas en ce cas jugée excessive, pour n'avoir pas de proportion avec le prix de la chose vendue, pourvu qu'elle en ait avec le dommage que l'acheteur a souffert de n'avoir pu débiter ses marchandises, puisque c'est pour tenir lieu de ce dommage qu'elle a été stipulée.

346. Il reste à observer que si la peine qui tient lieu de dommages et intérêts ordinaires, est réductible lorsqu'elle est excessive, à plus forte raison les peines stipulées en cas de défaut de paiement d'une somme d'argent ou autre chose qui se consomme par l'usage, doivent-elles être réduites au taux légitime des intérêts dont elles tiennent lieu, ou même entièrement rejetées, dans les cas auxquels il n'est pas permis d'en stipuler.

#### ARTICLE II.

*Quand y a-t-il lieu à l'ouverture de l'obligation pénale.*

§. I. Du cas auquel la clause pénale a été ajoutée à l'obligation de ne pas faire quelque chose.

347. Il est évident en ce cas qu'il y a ouverture à

quent de ne pouvoir débiter ses marchandises, est le risque d'un dommage prévu au temps du contrat par les contractants, qui peut surpasser de beaucoup le prix de la loge, et auquel le vendeur se soumet : c'est pourquoi dans ce cas, les dommages et intérêts qui ne seroient pas fixés par le contrat, pourroient être estimés au-delà du double, du triple et du quadruple du prix de la chose vendue. Pareillement on peut, dans le même cas, stipuler une peine au-delà du double du prix de cette chose ; et la peine n'est pas en ce cas jugée excessive, pour n'avoir pas de proportion avec le prix de la chose vendue, pourvu qu'elle en ait avec le dommage que l'acheteur a souffert de n'avoir pu débiter ses marchandises, puisque c'est pour tenir lieu de ce dommage qu'elle a été stipulée.

346. Il reste à observer que si la peine qui tient lieu de dommages et intérêts ordinaires, est réductible lorsqu'elle est excessive, à plus forte raison les peines stipulées en cas de défaut de paiement d'une somme d'argent ou autre chose qui se consomme par l'usage, doivent-elles être réduites au taux légitime des intérêts dont elles tiennent lieu, ou même entièrement rejetées, dans les cas auxquels il n'est pas permis d'en stipuler.

#### ARTICLE II.

*Quand y a-t-il lieu à l'ouverture de l'obligation pénale.*

§. I. Du cas auquel la clause pénale a été ajoutée à l'obligation de ne pas faire quelque chose.

347. Il est évident en ce cas qu'il y a ouverture à

l'obligation pénale, et que la peine est due aussitôt que celui qui s'étoit obligé sous cette peine à ne pas faire quelque chose, a fait ce qu'il s'étoit obligé de ne pas faire.

348. Est-il nécessaire que le fait qui donne ouverture à l'obligation pénale ait eu effet? Cela dépend de l'intention qu'ont eue les parties.

Supposons qu'en fin d'un acte de partage ou de transaction que nous avons fait, nous nous sommes promis réciproquement de ne pas revenir contre, sous peine par le contrevenant de payer une certaine somme à l'autre : depuis vous avez donné demande contre moi pour faire déclarer l'acte nul. Cette demande, quoiqu'elle n'ait pas eu d'effet, et que le congé en ait été prononcé, donne ouverture à la peine contre vous ; *arg. l. 122, §. 6, ff. de verb. oblig.* La raison est qu'en stipulant de vous, sous une certaine peine, que vous ne reviendriez pas contre l'acte, ce que j'ai entendu n'étoit pas précisément que vous ne porteriez aucune atteinte à cet acte, lequel étant valable par lui-même, n'en étoit pas susceptible, quand même je ne l'aurois pas stipulé : ce que j'ai entendu stipuler de vous, étoit plutôt que vous ne me feriez pas de procès. Il suffit donc que vous m'ayez fait un procès, quoique vous y ayez succombé, pour qu'il y ait ouverture à la peine. On ne peut pas dire en ce cas que, dans cette espèce, je me fais payer tout à-la-fois de l'obligation principale et de la peine, ce qui est contraire au quatrième principe que nous avons établi en l'article précédent : car l'obligation principale que vous avez contractée envers moi de ne pas revenir contre l'acte, et à laquelle l'obli-

gation pénale étoit attachée, avoit pour objet que vous ne me feriez pas de procès. Je n'ai pas été satisfait, puisque vous m'en avez fait essayer un; je puis donc exiger la peine.

Au contraire, si j'ai stipulé de vous, sous une certaine peine, que vous ne loueriez votre maison voisine de celle que j'occupe à aucun ouvrier se servant de marteau, le bail que vous en auriez fait à un serrurier, s'il n'a pas été exécuté, ne donnera pas ouverture à la peine : car ce que je me suis proposé en stipulant cela de vous, étoit que vous ne me causeriez pas l'incommodité du bruit que font ces ouvriers. Le bail n'ayant pas été exécuté, ne m'a causé aucune incommodité; il ne doit donc pas donner lieu à la peine.

Par la même raison, Papinien décide en la loi 6, ff. *de serv. export.*, que lorsqu'un esclave a été vendu à condition que l'acheteur ne l'affranchiroit point, et sous une certaine peine s'il le faisoit; l'acte nul d'affranchissement ne donne pas ouverture à la peine.

§. II. Du cas auquel la clause pénale a été ajoutée à l'obligation de donner ou de faire quelque chose.

349. En ce cas, il y a ouverture à la peine lorsque le débiteur a été mis en demeure de donner ou de faire ce qu'il a promis. Les lois romaines font une distinction, si la convention contient un terme préfix dans lequel le débiteur doit donner ou faire ce qui a été convenu, ou si elle n'en contient point. Au premier cas, elles décident que la peine est due de plein droit aussitôt que le terme est expiré, sans qu'il soit besoin

qu'il ait été fait aucune interpellation au débiteur; et qu'il ne pourroit pas en être déchargé en offrant, après l'expiration du terme, de satisfaire à l'obligation principale; *l. 23, ff. de obl. et act.*

L'expiration du terme paroissoit aux jurisconsultes romains tellement suffisante pour donner ouverture à la peine, sans qu'il fût besoin de constituer autrement en demeure le débiteur, qu'elle y donnoit ouverture, même dans le cas auquel le débiteur seroit mort auparavant sans laisser aucun héritier, et par conséquent quoiqu'il ne se trouvât personne qui pût être constitué en demeure : c'est la décision de la loi 77, *ff. de verb. oblig.*

Il y a plus; la loi 113, *ff. de verb. oblig.*, décide que lorsque l'obligation à laquelle la clause pénale a été ajoutée, consiste à faire dans un certain terme quelque ouvrage dont la construction exige un certain temps, la peine est due, même avant l'expiration du terme, aussitôt qu'il devient certain que l'ouvrage ne peut être fait dans le terme préfix; de manière que la prorogation du terme qui seroit depuis accordée au débiteur, ne le déchargeroit pas de la peine encourue avant cette prorogation.

Au second cas, lorsque l'obligation de donner ou faire quelque chose ne contient aucune préfixation de terme, en ce cas la loi 122, §. 2, décide qu'il n'y a ouverture à la peine que par la litiscontestation sur la demande du créancier.

Selon nos usages, soit que l'obligation primitive contienne un terme dans lequel elle doit être accom-

plie, soit qu'elle n'en contienne aucun, il faut ordinairement (1) une interpellation judiciaire pour mettre le débiteur en demeure, et pour donner en conséquence ouverture à la peine.

Il nous reste à observer qu'il ne peut y avoir lieu à la peine, lorsque c'est par le fait du créancier que le débiteur a été empêché de s'acquitter de son obligation ; *l. 122, §. 3, ff. de verb. oblig.*

#### ARTICLE III.

Si le débiteur peut, en s'acquittant par parties de son obligation, éviter la peine pour partie.

350. Un débiteur ne peut payer à son créancier, malgré lui, partie de ce qu'il lui doit, tant que son obligation, quoique divisible, est encore indivisée, suivant que nous le verrons *infra*, *p. 3, ch. 1, art. 3, §. 2*. C'est pourquoi les offres qu'il feroit à son créancier de lui payer partie de ce qu'il lui doit, ne peuvent lui éviter aucune partie de la peine stipulée en cas d'inexécution, si le créancier refuse ce paiement partiel.

Mais si le créancier a volontairement reçu partie de sa dette, y aura-t-il lieu à la peine pour le total, en cas de défaut de paiement de la partie qui reste à payer ? Ulpien, en la loi 9, §. 1, *ff. si quis caution. in jud.*, décide qu'encore bien que, selon la subtilité du droit, il pût paroître que la peine doit en ce cas être

---

(1) J'ai dit *ordinairement*; car il y a des cas auxquels la peine aussi bien que les dommages et intérêts peuvent être encourus sans interpellation; *suprà*, n. 147.

plie, soit qu'elle n'en contienne aucun, il faut ordinairement (1) une interpellation judiciaire pour mettre le débiteur en demeure, et pour donner en conséquence ouverture à la peine.

Il nous reste à observer qu'il ne peut y avoir lieu à la peine, lorsque c'est par le fait du créancier que le débiteur a été empêché de s'acquitter de son obligation ; *l. 122, §. 3, ff. de verb. oblig.*

#### ARTICLE III.

Si le débiteur peut, en s'acquittant par parties de son obligation, éviter la peine pour partie.

350. Un débiteur ne peut payer à son créancier, malgré lui, partie de ce qu'il lui doit, tant que son obligation, quoique divisible, est encore indivisée, suivant que nous le verrons *infra, p. 3, ch. 1, art. 3, §. 2*. C'est pourquoi les offres qu'il feroit à son créancier de lui payer partie de ce qu'il lui doit, ne peuvent lui éviter aucune partie de la peine stipulée en cas d'inexécution, si le créancier refuse ce paiement partiel.

Mais si le créancier a volontairement reçu partie de sa dette, y aura-t-il lieu à la peine pour le total, en cas de défaut de paiement de la partie qui reste à payer ? Ulpien, en la loi 9, §. 1, *ff. si quis caution. in jud.*, décide qu'encore bien que, selon la subtilité du droit, il pût paroître que la peine doit en ce cas être

---

(1) J'ai dit *ordinairement*; car il y a des cas auxquels la peine aussi bien que les dommages et intérêts peuvent être encourus sans interpellation; *suprà, n. 147*.

encourue pour le total, néanmoins il est équitable qu'elle ne le soit que pour la même part qui reste à acquitter de l'obligation principale. La vraie raison de cette décision est celle que donne Dumoulin, et que nous avons ci-dessus rapportée ; savoir, que la peine étant censée promise pour le dédommagement de l'inexécution de l'obligation principale, le créancier ne peut pas recevoir l'un et l'autre. Lors donc que le créancier a été payé pour une partie de l'obligation principale, il ne peut plus recevoir la peine pour cette partie ; autrement il recevrait l'un et l'autre, ce qui ne se doit pas. C'est la dixième clef de Dumoulin, dans son traité *de divid. et indiv.*, p. 3, n. 112. *In omnibus sive individuis, sive dividuis, pœna non committitur, nisi pro parte contraventionis efficacis, nec potest exigi cum principali ; sed creditor non tenetur partem principalis et partem pœnæ accipere.*

Ceci s'éclaircira par un exemple. En me vendant une métairie dénuée de bestiaux nécessaires pour la faire valoir, vous vous êtes obligé de me fournir deux paires de bœufs, à peine de 500 liv. de dommages et intérêts, au cas que vous manquassiez de me les fournir. Vous ne pourrez pas, dans cette espèce, m'obliger à recevoir une paire de bœufs, n'étant pas obligé de recevoir pour partie ce qui m'est dû ; et conséquemment les offres que vous me feriez d'une paire de bœufs, si je ne veux pas la recevoir, n'empêcheront pas que vous ne soyez tenu envers moi de la peine entière de 500 liv. Mais si j'ai volontairement reçu une des paires de bœufs que vous me deviez, faute par vous de me fournir l'autre paire, je ne pourrai vous demander que la moitié de

la peine ; car ayant reçu une partie de ce qui faisoit l'objet de l'obligation principale, je ne puis avoir la peine entière, ne pouvant pas avoir l'un et l'autre.

351. Notre principe, que la peine n'est due qu'à proportion et quant à la part pour laquelle l'obligation principale n'est pas exécutée, a également lieu, soit que vous vous soyez engagé à une telle peine, au cas que vous fissiez telle chose ; soit que vous me l'ayez promise, au cas qu'un tiers fit une telle chose. Par exemple, si vous vous êtes fait fort, sous peine de me payer cent écus, que Pierre ne revendiquera pas sur moi un certain héritage, la peine sera due seulement pour la moitié, si Pierre ne le revendique que pour moitié ; à moins qu'il n'apparût d'une intention contraire des parties ; *Molin., ibid., p. 3, n. 531.*

352. Ces décisions ont sur-tout lieu à l'égard des obligations de choses divisibles. Il sembleroit qu'elles ne pourroient recevoir d'application aux obligations de choses indivisibles ; néanmoins elles s'y appliquent quelquefois.

1° Quoique l'exercice d'une servitude prédiiale soit quelque chose d'indivisible, et qu'en conséquence l'obligation que contracte le possesseur de l'héritage servant de souffrir l'exercice de la servitude, soit une obligation indivisible ; néanmoins, lorsque cette servitude est limitée à une certaine fin pour laquelle elle a été constituée, laquelle fin se termine à quelque chose de divisible, la peine se divisera, si cette fin a été remplie pour partie ; et elle n'aura lieu que pour la partie quant à laquelle elle n'aura pas été remplie : ceci va s'éclaircir par un exemple.

J'ai un héritage qui a un droit de servitude sur le vôtre, lequel droit consiste en ce que les possesseurs de l'héritage servant sont obligés, au temps des vendanges, de souffrir que mes gens transportent ma vendange par cet héritage, à peine de cent écus en cas de trouble fait à mon droit de servitude. Dans cette espèce, si, après avoir laissé passer la moitié de ma vendange, vous avez empêché le transport du surplus par votre héritage, vous n'avez encouru la peine de cent écus que pour moitié; car quoique la servitude de passage soit indivisible, et que l'obligation de souffrir l'exercice de cette servitude soit l'obligation de quelque chose d'indivisible, néanmoins, comme cette servitude est limitée à une fin, qui est le transport de ma vendange, et que ma vendange est quelque chose de divisible, on ne peut disconvenir que j'ai joui en partie de la fin pour laquelle la servitude a été imposée, et que vous m'en avez souffert jouir, en me laissant transporter par votre héritage la moitié de ma vendange. Je ne pourrai donc demander que la moitié de la peine; car je ne puis pas percevoir la peine pour le total, et jouir en partie de l'utilité de mon droit de servitude; je ne puis pas avoir tout à-la-fois l'un et l'autre. C'est ce qu'enseigne Dumoulin dans l'espèce que nous venons de rapporter; *Quia, dit-il, hæc servitus de se individua, dividuatur ex accidenti, et ex fine dividuo..... et debet judicari secundum regulam dividuorum; p. 3, n. 363.*

353. 2<sup>o</sup> Nos principes reçoivent encore quelque application, même à l'égard des obligations indivisibles, dans l'espèce suivante et autres semblables. Vous vous êtes engagé par un traité, sous une certaine peine, à

me faire constituer un droit de servitude de passage sur un héritage dont vous avez l'usufruit, et qui est voisin du mien, en vous faisant fort des propriétaires. Trois des propriétaires ratifient, un seul refuse d'imposer la servitude. La peine, à la vérité, m'est due en entier ; car le refus d'un seul propriétaire d'imposer la servitude, empêche qu'elle ne soit aucunement imposée, nonobstant la ratification des trois autres, un droit de servitude ne pouvant être imposé pour partie, et ne pouvant par conséquent être imposé que par tous les propriétaires : mais comme cette ratification, quoiqu'elle soit entièrement inutile pour imposer un droit réel de servitude sur l'héritage, a néanmoins un effet qui consiste à obliger personnellement ceux qui ont ratifié à me laisser passer, je ne puis exiger toute la peine qu'en me désistant de mon droit qui résulte de cette obligation, autrement je ne pourrai exiger qu'une partie de la peine, ne pouvant pas percevoir toute la peine, et en même temps percevoir quelque chose de l'obligation principale ; *Molin.*, p. 3, n. 472 et 473.

354. Notre principe, que la peine n'est due qu'à proportion de la part pour laquelle l'obligation principale n'a pas été exécutée, a lieu, quand même la peine consisteroit dans quelque chose d'indivisible. *Finge.* Je vous ai vendu un héritage, dont vous m'avez payé le prix comptant, sauf cinquante pistoles que vous vous êtes obligé de me payer dans un an ; et il a été convenu entre nous qu'à défaut de paiement de cette somme, vous m'accorderiez, à la place de cette somme, un droit de vue sur une maison à vous appartenante, voisine de la mienne. J'ai reçu de vous vingt-cinq pistoles

faute du paiement du surplus, je ne puis exiger la peine pour le total, mais seulement pour la moitié quant à laquelle l'obligation principale n'a pas été exécutée : et comme la peine consiste dans un droit de servitude qui est quelque chose d'indivisible et non susceptible de parties, il faudra qu'en vous demandant que vous m'accordiez ce droit de servitude, je vous offre de vous payer la moitié de la valeur, la peine ne m'étant due que pour moitié; *Molin.*, p. 3, n. 523 et suiv. Voyez *suprà*.

## ARTICLE IV.

Si la peine est encourue pour le total et par tous les héritiers du débiteur, par la contravention de l'un d'eux.

Il faut à cet égard distinguer entre les obligations indivisibles et les obligations divisibles.

§. I. Décision de la question à l'égard des obligations indivisibles.

355. Lorsque l'obligation primitive qui a été contractée sous une clause pénale est l'obligation d'une chose indivisible, la contravention faite à cette obligation par un seul des héritiers du débiteur, donne ouverture à toute la peine, non seulement contre celui qui a donné ouverture à la peine par sa contravention, mais même contre tous ses cohéritiers, qui sont tous tenus de cette peine pour la part dont ils sont héritiers, sauf leur recours contre celui qui, par sa contravention, a donné ouverture à la peine, pour en être par lui acquittés.

faute du paiement du surplus, je ne puis exiger la peine pour le total, mais seulement pour la moitié quant à laquelle l'obligation principale n'a pas été exécutée : et comme la peine consiste dans un droit de servitude qui est quelque chose d'indivisible et non susceptible de parties, il faudra qu'en vous demandant que vous m'accordiez ce droit de servitude, je vous offre de vous payer la moitié de la valeur, la peine ne m'étant due que pour moitié; *Molin.*, p. 3, n. 523 et suiv. Voyez *suprà*.

## ARTICLE IV.

Si la peine est encourue pour le total et par tous les héritiers du débiteur, par la contravention de l'un d'eux.

Il faut à cet égard distinguer entre les obligations indivisibles et les obligations divisibles.

§. I. Décision de la question à l'égard des obligations indivisibles.

355. Lorsque l'obligation primitive qui a été contractée sous une clause pénale est l'obligation d'une chose indivisible, la contravention faite à cette obligation par un seul des héritiers du débiteur, donne ouverture à toute la peine, non seulement contre celui qui a donné ouverture à la peine par sa contravention, mais même contre tous ses cohéritiers, qui sont tous tenus de cette peine pour la part dont ils sont héritiers, sauf leur recours contre celui qui, par sa contravention, a donné ouverture à la peine, pour en être par lui acquittés.

Par exemple, quelqu'un s'est obligé envers moi de me laisser passer sur son héritage, contigu à la maison que j'occupe, tant que j'occuperois cette maison, à peine de dix livres de dommages et intérêts en cas d'empêchement. Si l'un des héritiers de mon débiteur me bouche le passage, quoique sans la participation et contre le gré de ses cohéritiers, la peine entière des dix livres sera encourue; et elle le sera contre chacun des héritiers de mon débiteur, qui en seront tenus chacun pour leur part héréditaire: car ce qui fait l'objet de l'obligation primitive étant indivisible, n'étant pas susceptible de parties, la contravention qui est faite par l'un des héritiers du débiteur à cette obligation, est une contravention à toute l'obligation: elle doit par conséquent faire encourir toute la peine par tous ceux qui en sont tenus comme héritiers du débiteur, qui s'est obligé à cette peine en cas de contravention.

C'est la décision de Caton, en la loi 4, §. 1, ff. *de verb. oblig. Cato scribit: Pœnâ certæ pecuniæ promissâ, si quid aliter sit factum, mortuo promissore, si ex pluribus heredibus unus contra quam cautum sit, fecerit, aut ab omnibus heredibus pœnam committi pro portione hereditariâ, aut ab uno pro portione suâ. Ab omnibus, si id factum de quo cautum est individuum sit, veluti iter fieri; quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodam modo factum videtur. Et plus bas: Omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari poterit, illam stipulationem per te non fieri quominus mihi ire agere liceat.*

Le jurisconsulte Paul décide la même chose en la loi 85, §. 3, ff. *d. tit. Quoniam licet ab uno prohibeor,*

*non tamen in partem prohibeor; et il ajoute: sed cæteri familiæ eriscundæ iudicio sarcient dananum.*

Les héritiers n'étant tenus de la peine chacun que pour la part dont il est héritier, sont en cela différents des débiteurs solidaires, qui sont débiteurs de la peine pour le total, lorsqu'elle est encourue par l'un d'eux, comme ils le sont du principal.

356. Le créancier peut-il demander la peine entière à celui des héritiers qui a fait la contravention? La raison de douter est que la loi ne le dit pas, et qu'elle dit, au contraire, que la peine est due par tous les héritiers, pour leur portion héréditaire seulement. On ajoute, que la contravention de l'héritier ne donne ouverture à la dette de la peine qu'en tant que cette contravention est comme la condition sous laquelle l'obligation de la peine a été contractée par le défunt : cette dette de la peine qui a été contractée par le défunt, étant une dette du défunt, et une dette divisible, l'héritier n'en peut être tenu que quant à la portion pour laquelle il est héritier, et pour laquelle il succède en cette qualité aux dettes du défunt.

Il faut décider néanmoins que l'héritier qui contrevient à l'obligation indivisible contractée par le défunt, devient débiteur de la peine pour le total. On ne peut douter qu'il n'en soit tenu au moins obliquement et indirectement; car étant tenu d'acquitter ses cohéritiers des parts dont ils en sont tenus, le créancier doit être admis, pour éviter le circuit d'actions, à lui demander la peine, non seulement pour sa part, mais pour celle de ses cohéritiers, dont il est tenu de les acquitter, et par conséquent pour le total.

Dumoulin, p. 3, n. 173 et 174, et *passim alibi*, va plus loin, et soutient que cet héritier doit la peine pour le total, non seulement obliquement, mais même directement : car l'obligation primitive étant supposée indivisible, il en est débiteur pour le total, et débiteur sous la peine convenue. Or, sa contravention à une obligation dont il est tenu pour le total, doit lui faire encourir toute la peine. Cela se prouve par un argument tiré de la loi 9, ff. *depos.*, que nous avons ci-dessus rapportée. Il est décidé que l'héritier en partie du dépositaire, qui, par son fait, a causé la perte de la chose donnée en dépôt au défunt, est tenu pour le total des dommages et intérêts envers celui qui l'a donnée en dépôt. En effet, quoique l'obligation principale de restituer la chose déposée, soit une obligation divisible, l'obligation accessoire de la prestation de la bonne foi pour la conservation de la chose déposée, est une obligation indivisible, dont chacun des héritiers du dépositaire est tenu pour le total, et qui le rend débiteur pour le total des dommages et intérêts du créancier, lorsqu'il y contrevient. Si un héritier pour partie, qui contrevient par son fait à une obligation indivisible du défunt, est débiteur pour le total des dommages et intérêts, il doit l'être aussi pour le total de la peine, puisque la peine tient lieu des dommages et intérêts, et n'en est que la liquidation convenue par les parties elles-mêmes. Tel est le raisonnement de Dumoulin.

A l'égard de la première objection, tirée du paragraphe *Cato*, en voici la réponse. Lorsque Caton décide que dans les obligations indivisibles, la contravention faite par l'un des héritiers fait encourir la peine

contre chacun d'eux pour leurs portions héréditaires, il n'entend parler que des héritiers qui n'ont point participé à la contravention. A l'égard de la deuxième objection, qui consiste à dire que l'obligation de la peine étant une obligation divisible contractée par le défunt, chaque héritier ne peut être tenu que pour la part dont il est héritier. La réponse de Dumoulin est que cela est vrai, lorsque l'héritier n'en est tenu que comme héritier, *tanquam heres* : mais lorsqu'il en est tenu *ut ipse et ex proprio facto*, il en est tenu pour le total; et c'est une de ses clefs pour décider les questions sur cette matière : *Aliud est teneri heredem ut heredem, aliud teneri ut ipsum. Tr. de div. et indiv., p, 3, n. 5 et 112.*

357. Lorsque la contravention à une obligation indivisible est faite par un des héritiers du débiteur, l'héritier qui a fait la contravention étant tenu de la peine pour le total, il faut, par la même raison, décider que si la contravention a été faite par plusieurs héritiers, chacun d'eux est solidairement tenu de la peine : car les contraventions de ses cohéritiers ne diminuent pas la sienne : *Nec qui peccavit, ex eo relevari debet, quòd peccati consortem habuit; multitudo peccantium non exonerat, sed potius aggravat; Molin., ibid., part. 3, n. 148.*

358. Tout ce que nous avons dit dans ce paragraphe à l'égard des héritiers du débiteur d'une dette invisible, reçoit application à l'égard de plusieurs débiteurs principaux qui ont contracté ensemble sans solidité, et sous une peine, une obligation indivisible : la contravention faite par l'un d'eux oblige les autres

à la prestation de la peine, chacun pour sa part virile, sauf leur recours; et elle oblige pour le total celui qui l'a faite. Lorsque la contravention a été faite par plusieurs, elle y oblige solidairement.

§. II. Décision de la question à l'égard des obligations divisibles.

359. Lorsque l'obligation primitive qui a été contractée sous une clause pénale, est l'obligation d'un fait divisible, Caton, au paragraphe ci-dessus cité, paroît décider que celui des héritiers du débiteur qui contrevient à cette obligation, encourt seul la peine pour la part dont il est héritier: *Si de eo cautum sit quod divisionem recipiat, veluti amplius non agi, eum heredem qui adversus ea facit, pro portione suâ solum pœnam committere.*

On peut faire de cette manière l'espèce de la loi : Une personne s'est engagée envers moi, sous peine de 300 livres, à acquiescer à la sentence d'un arbitre qui avoit donné congé d'une demande par laquelle elle se croyoit être ma créancière de dix muids de blé. Un de ses héritiers, qui l'est pour une cinquième portion, a, contre la foi de cette convention, renouvelé la contestation, et m'a demandé sa cinquième portion de dix muids de blé, que l'arbitre avoit jugé que je ne devois pas : il encourt seul la peine convenue, et il ne l'encourt que pour la cinquième portion dont il est héritier. La raison est que l'obligation est divisible; et cet héritier n'y ayant pu contrevenir que pour la part pour laquelle il en est tenu, il ne peut être tenu de la peine que pour cette part : ses cohéri-

tiers, qui, loin de contrevenir à cette obligation, y ont satisfait pour leur part, en acquiesçant pour leur part à la sentence de l'arbitre, ne peuvent être tenus de cette peine: le créancier qui est satisfait pour leur part de l'obligation principale, ne peut exiger la peine pour leur part, ne pouvant être à-la-fois payé de l'obligation principale et de la peine, comme on l'a vu ci-dessus. n. 342, et suiv.

Le paragraphe 4, *Si sortem*, de la loi 5, *d. tit.*, paroît contraire à cette décision de Caton. Il y est décidé que lorsque l'un des héritiers du débiteur a satisfait à l'obligation pour la part dont il étoit tenu, il ne laisse pas d'encourir la peine, si son cohéritier n'y satisfait pas pareillement; sauf à lui son recours contre ce cohéritier qui a fait encourir la peine, en ne satisfaisant pas de sa part à l'obligation: *Si sortem promiseris, et si ea soluta non esset, pœnam; etiamsi unus ex heredibus tuis portionem suam ex sorte solverit, nihilominus pœnam committet, donec portio coheredis solvatur. . . . Sed à coherede ei satisfieri debet; nec enim aliud in his stipulationibus sine injuriâ stipulatoris constitui potest.*

Les interprètes, tant anciens que modernes, se sont efforcés de concilier ces deux textes. Dumoulin rapporte différentes conciliations des anciens interprètes, qu'il réfute toutes.

Il faut s'en tenir à celles de Cujas et de Dumoulin, *tr. de div. et ind.*, p. 1, n. 62 et seq., qu'on doit réunir en une, et dire: Lorsque l'obligation est indivisible, *tam solutione quàm obligatione*, lorsque l'intention des parties, en ajoutant la clause pénale, a été simplement d'assurer l'exécution de l'obligation, et non d'em-

pêcher que le paiement ne pût s'en faire par parties par les différents héritiers du débiteur, sur-tout lorsque le fait qui fait l'objet de l'obligation primitive, est tel que les différents héritiers du débiteur ne peuvent l'accomplir autrement que chacun pour la part dont il est héritier; en ce cas la décision de Caton doit avoir lieu; celui des héritiers du débiteur qui contrevient à l'obligation doit seul encourir la peine, et pour la part seulement dont il est héritier. Le fait rapporté dans l'espèce du paragraphe *Cato, amplius non agi*, est de ces faits divisibles *tam solutione quàm obligatione*, et qui, par la nature des choses, ne peuvent s'accomplir par les différents héritiers de celui qui a contracté l'engagement, que pour la part dont chacun est héritier; car aucun de ces héritiers ne succédant que pour sa part au droit et à la prétention que le défunt s'est engagé de ne pas exercer, chacun des héritiers ne peut que pour sa part contrevenir à cet engagement ou l'exécuter, en renouvelant ou ne renouvelant pas cette prétention pour la part qu'il y a.

Au contraire, lorsque l'obligation est divisible, à la vérité, *quoad obligationem*, mais indivisible *quoad solutionem*, et que l'intention des parties a été en ajoutant la clause pénale, que le paiement ne pût se faire que pour le total, et non par parties; en ce cas chacun des héritiers, en satisfaisant pour sa part à l'obligation primitive, n'évitera pas d'encourir la peine; et c'est à ce cas qu'on doit restreindre le paragraphe *Si sortem*, lequel se concilie avec le paragraphe *Cato*.

Dumoulin, *part. 1, n. 72*, donne pour exemple de la décision du paragraphe *Si sortem*, l'espèce d'un né-

gociant qui a stipulé de son débiteur une certaine somme par forme de peine, au cas que la somme principale à lui due ne lui fût pas remise dans un certain lieu, au temps d'une certaine foire. Les offres que l'un des héritiers feroit de lui remettre sa part de ladite somme, ne doivent pas empêcher que la peine ne soit due pour le total, faute d'offrir le total; parceque ce négociant ne pouvant faire les affaires qu'il a à la foire, qu'avec le total de la somme qui lui est due, l'intention des parties a été, en stipulant la peine, qu'elle fût encourue pour le total, faute du paiement du total de la somme due, et nonobstant le paiement partiel qui en seroit fait: car ce paiement partiel ne peut réparer, même pour partie, le tort que le créancier souffre du retard du paiement du surplus; et c'est pour la réparation de ce tort que la peine a été stipulée. Observez aussi que dans l'espèce du paragraphe *Si sortem* la peine est stipulée pour le retard de l'exécution, et non pour l'inexécution; c'est pourquoi le créancier doit recevoir le principal et la peine.

La loi 85, §. 6, *d. tit.* est aussi dans l'espèce d'une obligation divisible, à la vérité, *quoad obligationem*, mais indivisible *quoad solutionem*: il est dit dans l'espèce de cette stipulation: *Si fundus Titianus datus non erit, centum dari; nisi totus detur, poena committitur centum; nec prodest partes fundi dare cessante uno, quemadmodum nec prodest ad liberandum pignus, partes creditori solvere.* Quoique l'obligation de donner *fundum Titianum* soit une obligation divisible *quoad obligationem*, néanmoins cette obligation, soit qu'elle naisse d'un contrat de vente, ou d'un contrat d'échange,

ou de transaction, ou de quelque autre cause, est indivisible *quoad solutionem*, le créancier ayant intérêt de n'avoir pas le fonds Titien pour partie, et n'ayant entendu l'acquérir que pour le total: c'est pourquoi, si l'un des héritiers du débiteur est en demeure de donner sa part de cet héritage, les offres des autres héritiers de donner les leurs, la cession même qu'ils en auroient faite au créancier, qui ne l'auroit acceptée qu'en attendant, et comptant sur la cession du surplus, n'empêcheroient pas le créancier de pouvoir demander la peine pour le total, en offrant néanmoins de se désister des portions de l'héritage qu'il auroit reçues; car il ne peut avoir l'un et l'autre.

360. Dans le cas du paragraphe *Si sortem*, lorsque l'un des héritiers pour partie du débiteur, en ne satisfaisant pas à l'obligation primitive pour la part dont il étoit tenu, a fait encourir la peine contre les autres qui étoient prêts à y satisfaire pour leurs parts, encourt-il lui-même cette peine pour le total? Il ne l'encourt directement que pour la part dont il est héritier; car n'étant tenu de l'obligation primitive que pour cette part, il ne peut y avoir contrevenu lui-même que pour cette part; il ne peut donc encourir que pour cette part la peine, qui doit être proportionnée à la contravention. En cela les obligations divisibles diffèrent des indivisibles. Mais quoiqu'il ne soit tenu directement de la peine que pour sa part, il en est tenu indirectement pour le total: car ses cohéritiers, qui étoient prêts à accomplir l'obligation pour leur part, ayant encouru pour leur part la peine, par la demeure en laquelle cet héritier a été d'y satisfaire pour la sienne, cet héritier

est tenu envers eux, *judicio familiæ erciscundæ*, de les en acquitter; *d. §. si sortem*; et pour éviter un circuit d'actions inutiles, le créancier peut être reçu à exiger de cet héritier la peine, non seulement pour la part dont il est tenu directement, mais aussi pour celles de ses cohéritiers, dont il est tenu de les acquitter, et par conséquent pour le total.

361. Nous avons parlé jusqu'à présent du cas auquel l'héritier pour partie a manqué de satisfaire à une obligation divisible du défunt, pour la part dont il en étoit tenu; l'espèce du paragraphe *Cato* et celle du paragraphe *si sortem*, quoique différentes entre elles, comme nous l'avons observé, sont l'une et l'autre dans ce cas. On peut supposer un autre cas, sur lequel nous n'avons aucun texte de droit; c'est celui auquel l'héritier pour partie de celui qui auroit contracté sous une clause pénale une obligation divisible, contreviendrait pour le total, et non pas seulement pour la part dont il est héritier, à cette obligation du défunt.

Par exemple, une personne a affermé son héritage à quelqu'un, et laisse quatre héritiers, dont l'un a expulsé le fermier pour le total. On fait sur cette espèce deux questions; la première, de savoir si en ce cas la peine est encourue pour le total par cet héritier; la seconde, si elle est encourue, non seulement contre lui, mais contre ses cohéritiers pour leur part héréditaire? La raison de douter sur ces deux questions, est que cet héritier n'étant tenu comme héritier que pour la part dont il est héritier, de l'entretien du bail, il doit être regardé comme étranger pour les autres parts: le trouble qu'il fait au fermier, il ne le fait comme héri-

tier que pour sa part ; il le fait comme étranger pour les autres parts : d'où l'on conclut que de même que le trouble qu'un étranger sans droit auroit apporté à la jouissance du fermier, n'auroit pas donné ouverture à la peine, ni contre cet étranger, qui auroit seulement été tenu des dommages et intérêts, ni contre les héritiers du bailleur, qui auroient seulement été tenus de faire remise au fermier de la ferme, à proportion du défaut de jouissance, en cas d'insolvabilité de celui qui a fait le trouble ; de même, dans cette espèce, la peine ne doit pas être encourue contre cet héritier en partie, si ce n'est pour la part dont il est héritier : il doit seulement être tenu des dommages et intérêts pour le surplus, et la peine ne doit pas non plus être encourue contre ses cohéritiers. Néanmoins Dumoulin, qui agite ces questions, *p. 3, n. 412 et seq.*, décide que dans cette espèce la peine est encourue pour le total contre cet héritier en partie, et même qu'elle est encourue contre ses cohéritiers, pour la part dont chacun est héritier. Pour établir sa décision, et pour réfuter en même temps le raisonnement que nous venons de rapporter, il distingue dans cette obligation d'entretenir le bail, et dans toutes les autres obligations divisibles, deux espèces d'obligations ; la principale, telle qu'est, dans cette espèce, celle d'entretenir le bail, laquelle est divisible ; et l'obligation accessoire, qui est l'obligation de la prestation de la bonne foi, laquelle est indivisible, et dont en conséquence chaque héritier est tenu pour le total. L'héritier en partie du bailleur, qui expulse le fermier, n'étoit, à la vérité, tenu de l'obligation principale que pour sa part ; mais il étoit

tenu pour le total et indivisiblement de la prestation de la bonne foi. Cette bonne foi l'obligeoit à n'apporter aucun trouble à la jouissance du fermier, non seulement pour sa part, mais même pour les autres parts. En expulsant le fermier du total de la jouissance, il ne doit donc pas être considéré comme ayant simplement péché en qualité d'étranger, par rapport aux autres parts, mais comme ayant contrevenu à l'obligation de la prestation de la bonne foi, dont il étoit tenu comme héritier, même par rapport aux autres parts. Cette contravention étant donc une contravention, même par rapport aux autres parts, et par conséquent pour le total, à une obligation héréditaire, contractée par le défunt sous la peine contenue en la convention, elle doit donner ouverture pour le total à la peine contre l'héritier qui y a contrevenu : telle est la décision de Dumoulin sur la première question. Dumoulin confirme cette décision par ce raisonnement : S'il étoit vrai, dit-il, que cet héritier, en expulsant totalement le fermier, ne dût être censé avoir contrevenu que pour sa part, et dût être considéré comme n'ayant péché que comme étranger pour les autres parts, il s'ensuivroit que le fermier n'auroit point, pour raison de cette contravention pour lesdites parts, l'hypothèque résultante de son bail sur les biens du défunt. Il s'ensuivroit que quoique le bail eût été passé sous un sceau attributif de juridiction, tel qu'est celui du Châtelet d'Orléans, le fermier ne pourroit traduire cet héritier qui l'auroit expulsé, devant le bailli d'Orléans, si ce n'est pour la part dont il est héritier. Or c'est ce que personne ne s'avisera de dire. Donc cet héritier en partie, en expulsant le fer-

mier, doit être réputé avoir contrevenu, non seulement pour sa part, mais pour les autres parts, et pour le total, à une obligation héréditaire; et par conséquent il doit encourir pour le total la peine convenue en cas de contravention.

A l'égard de la seconde question, Dumoulin, par la même raison, décide que la peine est encourue non seulement contre cet héritier, mais contre chacun de ses cohéritiers, pour la part dont ils sont héritiers : car par la clause pénale le défunt s'est obligé, lui et tous ses héritiers, au paiement de la peine, en cas de contravention à l'obligation primitive. Il suffit donc qu'il y ait eu une contravention pour que l'on puisse dire que la condition sous laquelle a été contractée cette obligation de la peine, a existé, et par conséquent pour que tous les héritiers du défunt en soient tenus.

Si le défunt avoit donné des cautions *in omnem causam*, dont le cautionnement s'étendît tant à l'obligation primitive qu'à l'obligation pénale, le fait de cet héritier qui a expulsé le fermier, auroit obligé les cautions à la prestation de la peine : à plus forte raison doit-il obliger ses cohéritiers qui succèdent à cette obligation, comme débiteurs principaux.

362. Cette décision sur la seconde question a lieu, quand même celui des héritiers qui a expulsé le fermier, seroit seul tenu de l'obligation primitive de l'entretien du bail, comme dans cette espèce : J'ai fait bail d'un propre paternel à un fermier, sous la peine de 200 livres, au cas que je manquasse à le faire jouir. Je laisse un héritier de ce propre paternel, et plusieurs

héritiers d'une autre ligne à mes autres biens. Cet héritier paternel empêche, par son fait, le fermier de jouir; *putà*, en vendant l'héritage sans charger l'acquéreur de l'entretien du bail. Quoique cet héritier fût seul tenu de l'obligation primitive de l'entretien du bail, suivant les principes exposés ci-dessus, *n.* 301, cette obligation étant l'obligation d'un corps certain auquel il a seul succédé; néanmoins sa contravention à cette obligation fera encourir la peine à tous les héritiers, pour la part dont chacun est héritier : car la dette de la peine est la dette d'une somme d'argent, contractée par le défunt, sous la condition de cette contravention, à laquelle dette par conséquent tous les héritiers du défunt succèdent. Au reste, ils ont recours contre celui qui a fait la contravention; *Molin., part.* 3, *n.* 430.

363. Voici une autre espèce. Un usufruitier a fait un bail à ferme de l'héritage dont il avoit l'usufruit, en taisant sa qualité d'usufruitier, et se portant pour propriétaire. Il y a une peine de 200 livres, stipulée au profit du fermier, au cas qu'il manque de le faire jouir. Il laisse quatre héritiers, l'un desquels est propriétaire de l'héritage, qui, en sa qualité de propriétaire, expulse le fermier. Il y a lieu à la peine contre les quatre héritiers; mais celui qui l'a expulsé n'en est tenu que pour sa part et n'est pas obligé, comme dans l'espèce précédente, à indemniser les autres : car ayant, en sa qualité de propriétaire, le droit de jouir de son héritage, il n'a pas péché contre la bonne foi; *Dolo non facit qui jure suo utitur*; il n'est tenu de l'inexécution

du bail et de la peine qu'en sa qualité d'héritier, et par conséquent seulement pour sa part héréditaire; *Molin.*, *ibid.*, n. 432.

ARTICLE V.

Si la peine est encourue pour le total, et envers tous les héritiers du créancier, par la contravention faite envers l'un d'eux.

364. Paul, en la loi 2, §. *fin. de verb. oblig.*, décide cette question dans l'espèce d'une stipulation pénale apposée à une obligation primitive indivisible. *Finge.* Vous vous êtes, par une transaction, obligé envers moi de me laisser passer, moi et mes héritiers, par votre parc, tant à pied qu'à cheval, et avec des bêtes de charge, à peine de 12 livres, en cas de contravention à votre obligation. J'ai laissé quatre héritiers. Vous avez empêché l'entrée du parc à l'un des quatre héritiers, et l'avez permise aux trois autres. Paul décide qu'en ce cas la contravention étant faite à une obligation indivisible et non susceptible de parties, ne peut être une contravention partielle; qu'ainsi la peine à laquelle elle donne lieu, paroîtroit, selon la subtilité du droit, devoir être encourue pour le total au profit de tous les héritiers; néanmoins que, selon l'équité, qui doit en ce cas prévaloir à la subtilité, la peine ne doit être encourue qu'envers celui des héritiers à qui on refuse l'entrée, et qu'elle ne doit l'être que pour sa part héréditaire seulement. *Si stipulator decesserit, qui stipulatus erit sibi hereditique suo agere licere, et unus ex heredibus ejus prohibeatur; si poena sit adjuncta, in solidum committetur; sed qui non sunt prohibiti, doli*

du bail et de la peine qu'en sa qualité d'héritier, et par conséquent seulement pour sa part héréditaire; *Molin.*, *ibid.*, n. 432.

ARTICLE V.

Si la peine est encourue pour le total, et envers tous les héritiers du créancier, par la contravention faite envers l'un d'eux.

364. Paul, en la loi 2, §. *fin. de verb. oblig.*, décide cette question dans l'espèce d'une stipulation pénale apposée à une obligation primitive indivisible. *Finge.* Vous vous êtes, par une transaction, obligé envers moi de me laisser passer, moi et mes héritiers, par votre parc, tant à pied qu'à cheval, et avec des bêtes de charge, à peine de 12 livres, en cas de contravention à votre obligation. J'ai laissé quatre héritiers. Vous avez empêché l'entrée du parc à l'un des quatre héritiers, et l'avez permise aux trois autres. Paul décide qu'en ce cas la contravention étant faite à une obligation indivisible et non susceptible de parties, ne peut être une contravention partielle; qu'ainsi la peine à laquelle elle donne lieu, paroîtroit, selon la subtilité du droit, devoir être encourue pour le total au profit de tous les héritiers; néanmoins que, selon l'équité, qui doit en ce cas prévaloir à la subtilité, la peine ne doit être encourue qu'envers celui des héritiers à qui on refuse l'entrée, et qu'elle ne doit l'être que pour sa part héréditaire seulement. *Si stipulator decesserit, qui stipulatus erit sibi hereditique suo agere licere, et unus ex heredibus ejus prohibeatur; si poena sit adjuncta, in solidum committetur; sed qui non sunt prohibiti, doli*

*exceptione summovebuntur; d. §.* La raison est que l'équité ne permet pas que les trois héritiers à qui le débiteur a accordé l'entrée de son parc puissent en même temps percevoir tout le fruit de l'exécution de l'obligation, et percevoir la peine stipulée pour l'inexécution de cette obligation, ni qu'ils puissent se plaindre de la contravention que le débiteur a faite à son obligation envers leur cohéritier, à laquelle contravention ils n'ont aucun intérêt. *Non debet aliquis habere simul implementum obligationis, et pœnam contraventionis; et pœna quæ subrogatur loco ejus quod interest, non debet committi his qui non sunt prohibiti, et quorum nullâ interest coheredem ipsorum esse prohibitum; Molin., p. 1, n. 32 et 35.* La loi 3, §. 1, *d. tit.*, paroît contraire. La réponse est qu'Ulprien ne parle que selon la subtilité du droit.

La contravention faite à l'obligation par le débiteur envers l'un des héritiers, ne donnant lieu à la peine qu'envers cet héritier et pour sa part héréditaire seulement, quoique l'obligation primitive fût indivisible; à plus forte raison doit-on décider la même chose, lorsque l'obligation primitive est une obligation divisible.

---

## CHAPITRE VI.

Des obligations accessoires des fidéjusseurs et autres, qui accèdent à celle d'un principal débiteur.

Ce chapitre est divisé en huit sections, dont les sept.

*exceptione summovebuntur; d. §.* La raison est que l'équité ne permet pas que les trois héritiers à qui le débiteur a accordé l'entrée de son parc puissent en même temps percevoir tout le fruit de l'exécution de l'obligation, et percevoir la peine stipulée pour l'inexécution de cette obligation, ni qu'ils puissent se plaindre de la contravention que le débiteur a faite à son obligation envers leur cohéritier, à laquelle contravention ils n'ont aucun intérêt. *Non debet aliquis habere simul implementum obligationis, et pœnam contraventionis; et pœna quæ subrogatur loco ejus quod interest, non debet committi his qui non sunt prohibiti, et quorum nullâ interest coheredem ipsorum esse prohibitum;* Molin., p. 1, n. 32 et 35. La loi 3, §. 1, *d. tit.*, paroît contraire. La réponse est qu'Ulpien ne parle que selon la subtilité du droit.

La contravention faite à l'obligation par le débiteur envers l'un des héritiers, ne donnant lieu à la peine qu'envers cet héritier et pour sa part héréditaire seulement, quoique l'obligation primitive fût indivisible; à plus forte raison doit-on décider la même chose, lorsque l'obligation primitive est une obligation divisible.

## CHAPITRE VI.

Des obligations accessoires des fidéjusseurs et autres, qui accèdent à celle d'un principal débiteur.

Ce chapitre est divisé en huit sections, dont les sept.

premières concernent les cautionnements. Nous traiterons dans la première de la nature du cautionnement. Nous verrons dans la deuxième quelles sont les différentes espèces de cautions. Dans la troisième, nous traiterons des qualités que doivent avoir les cautions. Nous verrons dans la quatrième, pour qui, envers qui, pour quelle espèce d'obligation, et comment se contractent les cautionnements. Dans la cinquième, à quoi ils s'étendent. Dans la sixième, nous traiterons des manières dont s'éteignent les cautionnements, et des différentes exceptions que la loi accorde aux cautions. Dans la septième, des actions qu'à de son chef la caution contre le débiteur principal et contre ses fidéjusseurs. La huitième et dernière section traite des autres espèces d'obligations accessoires.

### SECTION PREMIÈRE.

De la nature du cautionnement. — Définition des cautions ou fidéjusseurs, et les corollaires qui en découlent.

365. Le cautionnement est un contrat par lequel quelqu'un s'oblige pour un débiteur envers le créancier à lui payer en tout ou en partie ce que ce débiteur lui doit, en accédant à son obligation.

On appelle *caution* ou *fidéjuteur*, celui qui contracte une telle obligation.

Le cautionnement, outre le contrat qui intervient entre la caution et le créancier envers qui la caution s'oblige, renferme aussi assez souvent un autre contrat, qui est censé intervenir, au moins tacitement, entre la caution et le débiteur pour qui la caution s'oblige ; et

premières concernent les cautionnements. Nous traiterons dans la première de la nature du cautionnement. Nous verrons dans la deuxième quelles sont les différentes espèces de cautions. Dans la troisième, nous traiterons des qualités que doivent avoir les cautions. Nous verrons dans la quatrième, pour qui, envers qui, pour quelle espèce d'obligation, et comment se contractent les cautionnements. Dans la cinquième, à quoi ils s'étendent. Dans la sixième, nous traiterons des manières dont s'éteignent les cautionnements, et des différentes exceptions que la loi accorde aux cautions. Dans la septième, des actions qu'à de son chef la caution contre le débiteur principal et contre ses fidéjuseurs. La huitième et dernière section traite des autres espèces d'obligations accessoires.

### SECTION PREMIÈRE.

De la nature du cautionnement. — Définition des cautions ou fidéjuseurs, et les corollaires qui en découlent.

365. Le cautionnement est un contrat par lequel quelqu'un s'oblige pour un débiteur envers le créancier à lui payer en tout ou en partie ce que ce débiteur lui doit, en accédant à son obligation.

On appelle *caution* ou *fidéjuseur*, celui qui contracte une telle obligation.

Le cautionnement, outre le contrat qui intervient entre la caution et le créancier envers qui la caution s'oblige, renferme aussi assez souvent un autre contrat, qui est censé intervenir, au moins tacitement, entre la caution et le débiteur pour qui la caution s'oblige ; et

ce contrat est le contrat de mandat, qui est toujours censé intervenir lorsque c'est au su et au gré du débiteur principal que la caution s'oblige pour lui, suivant cette règle de droit : *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur*; l. 60, ff. de R. J. Lorsque le cautionnement a été fait à l'insu du débiteur qu'on a cautionné, il ne peut être censé renfermer aucun contrat entre la caution et ce débiteur; mais il est censé intervenir en ce cas entre eux l'espèce de quasi-contrat, qu'on appelle *negotiorum gestorum*. Nous traiterons des obligations qui naissent de ce contrat de mandat, ou du quasi-contrat *negotiorum gestorum*, en la septième section de ce chapitre.

Le contrat qui intervient entre la caution et le créancier envers qui elle s'oblige, n'est pas de la classe des contrats bienfaisants; car le créancier ne reçoit par ce contrat rien au-delà de ce qui lui est dû : il ne se procure qu'une sûreté pour ce qui lui est dû, sans laquelle il n'auroit pas contracté avec le débiteur principal, ou ne lui auroit pas accordé le terme qu'il lui accorde; mais le cautionnement renferme un bienfait à l'égard du débiteur pour qui la caution s'oblige.

De la définition que nous venons de donner du cautionnement et des cautions, dérivent plusieurs corollaires.

#### COROLLAIRE PREMIER.

366. L'obligation des fidéjusseurs étant, suivant notre définition, une obligation accessoire à celle du débiteur principal, il en résulte qu'il est de l'essence de l'obligation des fidéjusseurs qu'il y ait une obliga-

tion d'un principal débiteur qui soit valable : conséquemment si celui pour qui le fidejusseur s'est obligé envers vous, n'étoit pas votre débiteur, le fidejusseur ne seroit pas obligé, l'obligation accessoire ne pouvant pas subsister sans une obligation principale, suivant cette règle de droit : *Cum causa principalis non consistit, ne ea quidem quæ sequuntur locum habent*; l. 178, ff. de R. J.

## COROLLAIRE II.

367. Une seconde conséquence de notre définition, est que le fidejusseur, en s'obligeant pour quelqu'un, ne le décharge point de son obligation, mais en contracte une qui accède à la sienne : en quoi le fidejusseur est différent de celui qu'on appelle en droit *expromissor*, qui s'oblige envers le créancier; de manière que le créancier l'accepte pour débiteur, à la place de l'autre qu'il décharge.

## COROLLAIRE III.

368. Il résulte de notre définition, que le fidejusseur ne peut valablement s'obliger qu'à la prestation de la chose même à laquelle le débiteur principal est obligé, ou à la prestation d'une partie de cette même chose : c'est pourquoi si quelqu'un se rendoit caution envers moi pour cent muids de blé, en faveur d'une personne qui me doit 2,000 livres, ce cautionnement seroit nul; l. 42, ff. de fidejuss. *Quia in aliam rem quàm quæ credita est fidejussor obligari non potest; quia, non ut estimatio rerum quæ mercis numerò habentur in pecuniâ numeratâ fieri potest, ita pecunia quoque merce æstimanda est.*

*Contra vice versâ*, on peut valablement se rendre caution envers moi pour une somme de 2,000 livres en faveur de celui qui me doit cent muids de blé; car l'argent étant l'estimation commune de toutes les choses, celui qui me doit une quantité de cent muids de blé, de valeur de 2,000 livres, me doit effectivement et véritablement 2,000 liv.; et par conséquent celui qui s'oblige pour lui envers moi à me payer 2,000 liv., ne s'oblige pas à quelque chose de différent de ce qui m'est dû par mon principal débiteur.

369. Si quelqu'un s'étoit obligé envers moi à me donner un certain héritage, et qu'un autre le cautionnât pour l'usufruit de cet héritage, le cautionnement seroit-il valable? Oui; car l'usufruit étant un droit dans cet héritage qui m'est dû, fait, en quelque façon, partie de la chose qui m'est due; et par conséquent on ne peut pas dire que la caution se seroit obligée à quelque chose de différent de la chose due par le débiteur principal. C'est ce que décide Caius en la loi 70, §. 2, ff. de fidejuss. *In eo*, dit-il, *videtur dubitatio esse, usufructus pars rei sit an proprium quiddam? Sed cum usufructus, fundi jus est, incivile est fidejussorem ex sua promissione non teneri.*

## COROLLAIRE IV. —

370. Il résulte de cette définition, que la caution ne peut valablement s'obliger à plus qu'à ce à quoi le débiteur principal est obligé; et comme le plus s'estime non seulement *quantitate*, mais aussi *die, loco, conditione, modo*, il en résulte que le fidéjusseur ne peut s'obliger à des conditions plus dures que le principal

obligé : car l'obligation accessoire ne peut surpasser la principale ; mais il peut s'obliger à des conditions moins dures. C'est ce que décide la loi 8, §. 7, ff. *de fidejuss.* *Illud commune est in universis qui pro aliis obligantur, quòd si fuerint in durio rem causam adhibiti, placuit eos omninò non obligari; in levio rem planè causam accipi possunt.*

Il résulte de ce principe, que si quelqu'un s'est rendu caution pour une somme déterminée, *putà*, pour une somme de 300 liv., pour un débiteur dont la dette n'étoit pas encore liquidée, la fixation du cautionnement à la somme de 300 liv. doit être censée n'avoir été faite qu'en faveur de la caution, et à l'effet seulement que si, par la liquidation qui se feroit, la dette montoit à une plus grande somme, la caution n'en seroit tenue que pour 300 liv. Mais si par la liquidation la dette étoit liquidée à une somme moindre, *putà*, à 250 liv., la caution, qui ne peut devoir plus que le principal débiteur, ne sera débitrice que de la somme de 250 liv.; et si elle avoit payé celle de 300 liv., portée par son cautionnement, elle auroit la répétition de l'excédant.

Le créancier peut-il en ce cas, avant la liquidation de la dette, contraindre la caution au paiement de la somme de 300 liv. par provision, nonobstant qu'elle demande qu'il soit procédé à la liquidation de la dette, qu'elle soutient ne devoir pas monter à une si grande somme? La coutume de Bretagne, *art.* 189, décide pour l'affirmative : mais cette décision ne doit pas être suivie hors de son territoire : car, suivant le principe que nous venons d'exposer, la caution ne pouvant pas

être tenue à plus que le débiteur principal, elle ne doit pas être contraignable au paiement de la dette plutôt que le débiteur principal; celui-ci n'y étant contraignable qu'après la liquidation de la dette, *Ord. de 1661, tit 33, art. 2*, la caution ne doit pas être contrainte au paiement plus tôt. D'Argentré, en sa note sur l'article de la coutume ci-dessus cité, convient que sa disposition est contraire au droit, *contra jus romanum*; et dans son commentaire sur l'art. 206 de l'ancienne coutume, dont celui-ci est tiré, il dit : *Hic se autores consuetudinis produunt non jurisconsultos*.

371. Suivant ce principe, lorsque le débiteur principal s'est obligé purement et simplement, la caution s'oblige valablement à payer dans un certain terme ou sous une certaine condition : mais au contraire si le débiteur principal ne s'est obligé que sous une certaine condition qui soit encore pendante, ou dans un certain terme qui ne soit pas encore expiré, le fidejusseur ne peut pas s'obliger à payer pour lui présentement et à la première réquisition du créancier; *dict. l. 8, §. 7*.

Observez que si le cautionnement n'exprime rien, on y doit sous-entendre le terme ou la condition exprimée dans l'obligation principale; de même qu'il est décidé en la loi 61, ff. *d. tit.* que le lieu du paiement exprimé dans l'obligation principale, est sous-entendu dans le cautionnement.

372. Si le principal débiteur est obligé de payer dans un terme, la caution peut s'obliger à payer dans le même terme ou dans un terme plus long; mais elle ne peut s'obliger à payer dans un terme plus court.

De là il suit que lorsque le débiteur principal est

obligé de payer dans un certain terme, et que la caution s'oblige sous une certaine condition à payer aussitôt que la condition sera accomplie, ce cautionnement ne sera pas valable si la condition vient à s'accomplir avant que le terme de paiement dans lequel le principal débiteur doit payer soit expiré; *l. 16, §. 5, d. tit.*: car si le cautionnement étoit valable, la caution seroit obligée de payer avant que la dette pût être exigée du débiteur principal, et par conséquent *in duriores causam*, ce qui ne se peut.

Lorsque le débiteur principal est obligé sous une condition, la caution peut bien s'obliger sous la même condition, et sous une autre conjointement: car en ce cas la condition de la caution est meilleure que celle du débiteur, puisqu'elle ne peut être obligée que les deux conditions ne soient accomplies. Si la caution s'oblige sous l'alternative de la condition sous laquelle le débiteur principal s'est obligé, et d'une autre condition, ou simplement sous une condition différente, le cautionnement sera valable, si la condition sous laquelle le débiteur principal s'est obligé arrive la première: mais si c'est l'autre qui arrive la première, le cautionnement ne sera pas valable, la caution ne pouvant pas être obligée avant que le débiteur principal le soit; *l. 77, pp<sup>o</sup> et §. 1, ff. de fidejuss.*

373. Le lieu du paiement peut aussi rendre plus dure l'obligation: c'est pourquoi si la caution permettoit de payer dans un lieu plus éloigné que celui dans lequel le débiteur principal doit payer, le cautionnement ne seroit pas valable, comme fait à une condi-

tion plus dure que l'obligation principale, *dict. l.* 16, §. 1 et 2.

374. Si quelqu'un dans nos Colonies s'étoit obligé envers un autre de lui donner l'un ou l'autre de deux certains nègres, *putà*, Jacques ou Jean, lesquels fussent à peu près de même prix, le cautionnement par lequel la caution s'obligerait pour le débiteur à donner Jean déterminément, seroit-il valable? La loi 54, ff. *de fidejuss.* décide qu'il est valable; et que la condition de la caution est, dans cette espèce, meilleure que celle du débiteur principal, puisque la caution peut être libérée par la mort du seul Jean, au lieu que le débiteur principal ne peut l'être que par la mort de l'un et de l'autre.

*Contra*, si le débiteur principal s'étoit obligé à donner Jean déterminément, le cautionnement par lequel la caution s'obligerait de donner Jean ou Jacques ne seroit pas valable, non seulement par la raison que nous avons dite, que cette obligation alternative est plus dure que l'obligation déterminée de Jean; mais encore par une autre raison, qui est que si la caution choisiroit de donner Jacques, il se trouveroit devoir autre chose que ce que devoit donner le débiteur principal, qui n'est débiteur que de Jean; ce qui ne se peut; *suprà*, n. 368. C'est la décision de la loi 8, §. 8, ff. *d. tit.*

Cela n'est pas à craindre dans l'espèce précédente, dans laquelle le débiteur principal a promis Jean ou Jacques, et la caution Jean déterminément: car dans cette espèce, si le débiteur principal offre Jacques au créancier, et le constitue en demeure de le recevoir,

en déterminant par ce choix son obligation à l'obligation de donner Jacques, il se libère de l'obligation de donner Jean, et il en libère par conséquent son fidéjusseur; *nam reo liberato, liberantur fidejussores*. Le fidéjusseur, qui n'avoit accédé qu'à l'obligation de donner Jean, ne doit plus rien. Si au contraire ce débiteur principal avoit offert Jean, il devroit la même chose que son fidéjusseur : il ne peut donc point arriver dans cette espèce que le débiteur principal et la caution doivent différentes choses.

Si le débiteur principal s'étoit obligé à donner les nègres Jean ou Jacques, au choix du créancier, la caution s'obligera valablement à donner l'un des deux qu'elle voudra; *d. l. 8, §. 10* : car le créancier conservant toujours son choix contre le débiteur principal jusqu'au paiement, le débiteur sera toujours débiteur de l'une des deux choses, et par conséquent de celle que la caution voudra.

375. C'est une question, si le cautionnement est entièrement nul, lorsque la caution s'est obligée à plus que le débiteur principal, ou s'il est nul seulement en ce qu'il excède l'obligation principale. Il paroît que les jurisconsultes romains ont pensé qu'il étoit entièrement nul, quoique Dumoulin, *ad l. 51, si stipulanti, §. sed si mihi, n. 30 et seq.*, ait voulu leur faire dire le contraire : cela résulte évidemment de ces termes de la loi 8, §. 7, ci-dessus citée, *placuit eos omnino non obligari*. Il est vrai qu'*Haloander*, dans son édition, lit *non omnino*; mais c'est de son autorité privée qu'il a changé la leçon, contre la foi des exemplaires, et contre l'autorité des interprètes grecs, qui ont traduit

ces termes, *omnino non*, par οὐδὲν ὧλος, *id est, nullo modo*. C'est ce qui résulte pareillement des autres textes ci-dessus cités. La raison que rapporte Connanus, *Comment. Jur. n. 68*, de ce sentiment des jurisconsultes romains, est qu'un cautionnement étant essentiellement une obligation accessoire de l'obligation principale, et étant de l'essence d'une obligation accessoire de ne rien contenir de plus que la principale; un cautionnement par lequel la caution s'oblige à quelque chose de plus, pèche dans sa forme essentielle de cautionnement, et doit par conséquent être absolument nul. Ce raisonnement, sur lequel il y a lieu de penser que les jurisconsultes romains se sont fondés, est plus subtil que solide. De ce qu'un cautionnement est un accessoire de l'obligation principale, il s'ensuit seulement que, lorsque la caution s'est obligée à plus, elle n'est pas valablement obligée à ce plus; mais rien ne doit empêcher qu'elle le soit jusqu'à concurrence de ce à quoi le débiteur principal s'est obligé : car en voulant s'obliger à une somme plus grande, elle a voulu s'obliger à la somme à laquelle le débiteur principal s'est obligé. C'est pourquoi les lois romaines n'étant suivies dans nos provinces qu'autant qu'on les trouve conformes à l'équité naturelle, je pense qu'on doit en ce point s'en écarter, et décider qu'une caution qui s'est obligée à une plus grande somme que celle portée par l'obligation principale, ou qui s'est obligée de payer présentement ce que le débiteur principal ne devoit qu'au bout d'un certain terme ou sous une certaine condition, est valablement obligée à payer la somme portée en l'obligation principale, aux termes et sous

les conditions y portées. La coutume de Bretagne, *art. 118*, a suivi ce sentiment; et Wissembach, *ad tr. de fid. n. 10*, convient que, quoique contraire aux textes de droit, il est suivi dans la pratique.

376. Le principe que nous avons établi, que le fidéjusseur ne peut s'obliger à des conditions plus dures que ne l'est le débiteur principal, *in durio rem causam*, doit s'entendre par rapport à ce qui est dû et à ce qui fait l'objet de l'obligation. Le fidéjusseur ne peut pas, à la vérité, devoir plus que le débiteur ne doit, *quantitate, die, loco, conditione, modo*; mais, quant à la qualité du lien, il peut être plus étroitement et plus durement obligé.

Par exemple, 1<sup>o</sup> suivant les principes du droit romain, le fidéjusseur qui accède à une obligation purement naturelle, est plus étroitement obligé que le débiteur principal, puisqu'il peut être contraint à payer, et que le débiteur principal ne le peut être, le créancier n'ayant point d'action contre lui.

Suivant les principes du même droit romain, lorsque quelqu'un a cautionné un débiteur qui a ce qu'on appelle *exceptionem competentia*; comme si quelqu'un a cautionné le père envers le fils, créancier de son père; le fidéjusseur est plus étroitement obligé que ne l'est le débiteur principal, puisque le fidéjusseur peut être contraint dans toute la rigueur au paiement de toute la dette, au lieu que le débiteur principal ne le peut être que jusqu'à la concurrence de ce qui lui restera, en lui laissant ce qui lui est nécessaire pour sa subsistance; *l. 173, ff. de reg. jur.*

3<sup>o</sup> Le fidéjusseur d'un mineur est souvent plus étroit-

tement obligé que le débiteur principal, qui peut, s'il a été lésé, être restitué contre son obligation, au lieu que le fidéjusseur est obligé sans espérance de restitution; *l. 13, de min.*; *l. 1, Cod. de fidejuss. minor.*

4° Suivant nos usages, une caution judiciaire est contraignable par corps, quoique le débiteur principal n'y soit pas sujet; *putà*, si c'est un prêtre, un mineur, une femme, un septuagénaire, il est par conséquent plus étroitement, et, quant à la qualité du lien, plus durement obligé.

## COROLLAIRE V.

377. Il résulte de notre définition, que le cautionnement étant une obligation accessoire à celle du principal débiteur, l'extinction de l'obligation principale entraîne aussi l'extinction du cautionnement, puisqu'il est de la nature des choses accessoires de ne pouvoir subsister sans la chose principale. Toutes les fois donc que le débiteur principal est libéré, de quelque manière que ce soit, non seulement par le paiement réel qu'il auroit fait de la dette ou par la compensation de la dette, mais aussi par la remise qui lui en auroit été faite, le fidéjusseur est pareillement libéré : car l'essence du cautionnement étant que le fidéjusseur soit obligé pour un principal débiteur, il ne peut plus être obligé lorsqu'il n'y a plus de principal débiteur pour qui il soit obligé.

378. Pareillement la caution est libérée par la novation qui est faite de la dette : car la caution ne peut plus être tenue de la première dette pour laquelle elle a été caution du débiteur, puisqu'elle ne subsiste plus.

ayant été éteinte par la novation. Elle ne peut non plus être tenue de la nouvelle dette en laquelle a été convertie la première, puisque cette nouvelle dette n'est pas celle à laquelle elle a accédé : *Novatione legitime perfectâ debiti in aliam speciem translati, prioris contractûs fidejussores, vel mandatores liberatos esse non ambigitur, si modò in sequenti se non obligaverint*; l. 4, *Cod. de fidejuss.*

379. Pareillement lorsque le débiteur principal devient seul héritier pur et simple du créancier; *aut vice versâ*, lorsque le créancier devient seul héritier pur et simple du débiteur principal; ou lorsqu'une même personne devient successivement héritière de l'une ou de l'autre, les fidejusseurs sont libérés, parcequ'il ne reste plus de débiteur principal, par la confusion qui se fait des qualités de créancier et de débiteur, lesquelles se trouvant réunies en une même personne, se détruisent l'une l'autre, personne ne pouvant être créancier de soi-même, ni débiteur de soi-même.

Il en seroit autrement si le débiteur n'étoit devenu héritier du créancier que sous bénéfice d'inventaire, *aut vice versâ*; car un des effets du bénéfice d'inventaire étant d'empêcher la confusion des qualités, et de distinguer la personne de l'héritier de la succession bénéficiaire, le débiteur héritier bénéficiaire du créancier demeurant toujours débiteur envers la succession bénéficiaire, ses cautions ne sont point libérées; car il y a un débiteur principal.

Lorsque le créancier succède à son débiteur, non à titre d'héritier, mais à titre de donataire universel, ou de légataire universel, ou de déshérence, ou de

confiscation ; comme dans tous ces cas il n'est pas tenu des dettes indéfiniment, mais seulement jusqu'à la concurrence de la valeur des biens auxquels il succède, la confusion ne se fait que jusqu'à cette concurrence : d'où il suit que les cautions ne sont déchargées que jusqu'à cette concurrence ; et que s'il n'y a pas dans les biens qu'a laissés le débiteur de quoi acquitter toute la dette, les cautions sont obligées de payer le surplus ; mais le créancier ne peut les poursuivre qu'il ne leur ait compté des biens du débiteur auquel il a succédé.

Lorsque le débiteur devient héritier pur et simple, à la vérité, du créancier, mais pour partie seulement, *aut vice versâ*, la confusion ne se faisant que quant à la portion pour laquelle il est héritier, ses cautions ne sont libérées que pour cette portion.

380. Lorsque le débiteur principal n'est pas libéré de plein droit, mais par quelque exception ou fin de non-recevoir qu'il peut opposer contre la demande du créancier, les fidéjusseurs peuvent-ils opposer les mêmes fins de non-recevoir que peut opposer le débiteur principal ? Il faut à cet égard distinguer entre les exceptions ou fins de non-recevoir qu'on appelle *exceptiones in personam*, et celles qu'on appelle *exceptiones in rem*. Les exceptions *in personam* sont celles qui sont fondées sur quelque raison qui est personnelle au débiteur principal ; les exceptions *in rem* sont celles qui sont ainsi appelées, parcequ'elles ne sont pas fondées sur quelque raison qui soit personnelle au débiteur principal, mais sur la chose même, c'est-à-dire, sur la dette elle-même.

Ces exceptions *in rem* peuvent être opposées par les cautions aussi bien que par le débiteur principal : *Rei coherentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt*, l. 7, §. 1, ff. de except: et c'est de ces exceptions qu'il faut entendre ce qui est dit en la loi 19, ff. d. tit. *Omnes exceptiones quæ reo competunt, fidejussori quoque, etiam invito reo, competunt.*

Telle est l'exception de dol ou de violence ; telle est aussi l'exception de la chose jugée ou du serment décisoire, d. l. §. 1 : car ces exceptions étant fondées sur ce qui a été décidé par la sentence ou par le serment décisoire que la chose n'étoit pas due, sont des exceptions qui tombent sur la chose, et qui ne sont pas fondées sur quelque raison qui soit personnelle au principal débiteur ; et par conséquent ce sont des exceptions, non *in personam*, mais *in rem* ; et ces dernières exceptions peuvent être opposées par les cautions, aussi bien que par le débiteur principal avec qui la chose a été jugée, ou à qui l'on a déféré le serment. *Nec obstat regula juris*, que la chose jugée, non plus que le serment décisoire, ne peuvent acquérir de droit à des tiers qui n'ont pas été parties ; l. 2, *Cod. Quib. res jud. non noc.* ; l. 3, §. 3, ff. de jurejur.: car cette règle ne doit pas s'entendre de ceux dont le droit est essentiellement lié avec celui de la personne qui a été partie ; tels que sont les cautions à l'égard du principal débiteur.

Lorsqu'un débiteur principal, par une transaction avec le créancier sur la légitimité de la dette, est convenu de la payer, mais à la charge qu'il auroit terme de trois ans ; l'exception que cette convention donne

contre le créancier, s'il faisoit des poursuites avant le terme, est aussi une exception *in rem*; car elle est fondée sur la chose même : elle est fondée sur le doute qu'il y avoit de la légitimité de la dette; doute sur lequel on a transigé. Cette exception peut par conséquent être opposée par les fidéjusseurs aussi bien que par le débiteur principal, quoiqu'ils n'aient pas été parties en la transaction. De là naît une question : on demande si le débiteur, par une nouvelle convention avec le créancier, peut, au préjudice des fidéjusseurs, permettre au créancier d'exiger sa créance avant le terme porté par la première convention; Paul, en la loi 27, §. ff. *de pact.*, décide formellement qu'il le peut (quoique quelques interprètes, pour concilier ce texte avec la loi *fin. ff. d. tit.* qui décide le contraire, aient donné la torture au texte pour lui faire dire autre chose). La raison de la décision de Paul, est que le droit qui résulte de la première convention, ayant été formé par le concours des seules volontés du créancier et du débiteur sans que les fidéjusseurs y soient intervenus, il peut se détruire par un consentement contraire; *cum quæque eodem modo dissolvantur quo colligata sunt*. Au contraire, Furius-Anthianus décide que la nouvelle convention ne peut priver les fidéjusseurs de l'exception qui leur a été acquise par la première; *l. fin. ff. de pact.*; et je pense qu'il faut s'en tenir à cette décision : la raison alléguée pour celle de Paul ne peut avoir lieu que lorsqu'il n'y a pas un droit acquis à un tiers. Quelques interprètes dont j'ai suivi autrefois l'opinion, pour concilier Furius-Anthianus avec Paul, disent que la décision de Furius n'a lieu que dans le cas auquel les fidéjusseurs ont ra-

tifié et accepté la première convention : mais cette conciliation est divinatoire. Il n'est pas dit dans cette loi que les fidéjusseurs avoient accepté la première convention ; on ne peut pas même le supposer, car en le supposant, Furius auroit mis en question ce qui n'auroit pas pu faire de question.

Passons maintenant aux exceptions *in personam*.

Ces exceptions, qui sont fondées sur l'insolvabilité ou le peu de solvabilité du débiteur principal, et sur le privilège personnel qu'il a de ne pouvoir être contraint sur son nécessaire, ne peuvent être opposées par les cautions. C'est ce que nous apprenons de la loi 7, ff. de except., qui enseigne que l'exception accordée à un débiteur, qui seroit ou le père, ou la mère, ou le mari, ou le patron, ou l'associé du créancier, pour ne pouvoir être contraint au paiement sur son nécessaire, ne peut être opposée par les cautions. La raison est évidente. L'état de pauvreté de ce débiteur principal ne le libère pas de son obligation ; et s'il venoit par la suite à avoir la commodité de payer, il pourroit y être contraint. En attendant, son obligation ne laisse pas de subsister dans tout son entier, et elle sert d'un fondement suffisant à celle de ses cautions. Son état de pauvreté ne la détruit pas ; elle en arrête seulement l'exécution, par l'exception qu'il a de ne pouvoir être contraint au paiement sur son nécessaire : mais cette exception étant fondée sur sa qualité de père ou de mari, etc., qui lui est personnelle, ne peut être opposée par ses cautions.

Il en est de même de l'exception qui résulte de la cession des biens : lorsque le débiteur principal a fait

une cession de ses biens, et qu'ils n'ont pas suffi à payer ce qu'il devoit, il n'est pas libéré du surplus; *l. 1, Cod. qui bon. ced.* et son obligation, qui subsiste pour le surplus, est un fondement suffisant à l'obligation de ses cautions pour ce surplus. Néanmoins, tant qu'il n'a pas acquis de nouveaux biens au-delà de ce qui lui est nécessaire pour sa subsistance, il peut opposer contre les poursuites que feroit contre lui un créancier, une fin de non-recevoir résultante de la cession qu'il a faite de ses biens; *l. 3, Cod. de bon. author. jud. possid.*; *l. 4, ff. de cess. bonor.* Il est évident que cette fin de non-recevoir est fondée sur une raison de faveur qui est personnelle au débiteur; c'est *exceptio in personam*, que ses cautions ne peuvent opposer.

Je pense qu'il en est de même de l'exception qui naît d'un contrat d'atermoiement auquel un créancier auroit été obligé d'accéder, par lequel on accorde au débiteur remise d'une partie de la dette, et certains termes pour le paiement du surplus. Je crois que l'exception que donne ce contrat au débiteur principal, contre la demande qui seroit donnée contre lui avant les termes accordés par ledit contrat, ou contre la demande de ce qui lui a été remis par ledit contrat, ne doit pas passer aux fidejusseurs, et qu'ils peuvent être poursuivis incontinent pour le paiement du total de la créance: car il est évident que cette exception est une exception *in personam*, qui n'est accordée au débiteur qu'en considération de son état de pauvreté qui lui est personnel. Les remises accordées par le contrat d'atermoiement n'ayant pas été accordées *animo donandi*, mais par nécessité, l'exception qui résulte de ce con-

trat, ainsi que la précédente, ne donne atteinte qu'à l'obligation civile : l'obligation naturelle, pour ce qui reste à payer, subsiste dans toute son intégrité, et sert d'un fondement suffisant à l'obligation des fidéjusseurs. Cette raison sert de réponse à celle qu'on allègue en premier lieu pour l'opinion contraire, qui consiste à dire qu'il est de l'essence du cautionnement que le fidéjusseur ne puisse être tenu à plus que n'est tenu le débiteur principal. Quant au second moyen qu'on allègue pour l'opinion contraire, qui consiste à dire que si le fidéjusseur ne profitoit pas du contrat d'atermoiement, et pouvoit être obligé de payer le total de la dette, il arriveroit indirectement que le débiteur principal n'en profiteroit pas lui-même, à cause du recours que le fidéjusseur qui auroit payé le total, auroit contre lui. La réponse est que cela n'arrivera pas, parceque le fidéjusseur qui a payé le total, est, en sa qualité de créancier de cette somme pour son indemnité, obligé, aussi bien que les autres créanciers, d'accéder au contrat d'atermoiement, et de faire sur cette indemnité au débiteur principal les remises qui sont portées audit contrat. Il faut néanmoins convenir que l'opinion contraire est autorisée par deux anciens arrêts cités par Basnage, dont l'un est du parlement de Paris, et l'autre du parlement de Normandie. Ce dernier est le 114<sup>e</sup> de ceux rapportés par Montholon : mais je ne pense pas que la décision de ces arrêts doive être suivie, pour les raisons ci-dessus rapportées. Cette décision paroît même opposée à la nature du cautionnement, qui est un acte auquel un créancier a recours pour sa sûreté, contre le risque de l'insolvabilité du débiteur

principal. Or que deviendrait cette sûreté, si le créancier n'avoit pas le droit d'exiger de la caution ce que l'insolvabilité du débiteur principal l'obligeroit de remettre au débiteur principal? Notre sentiment est conforme à l'article XIII des arrêts de M. de Lamoignon sur ce titre.

Lorsqu'il y avoit eu une convention entre un créancier et le débiteur principal, par lequel le créancier, pour gratifier le débiteur principal, étoit convenu avec lui de ne lui pas demander le paiement de la dette; si le créancier, par la suite, en demandoit le paiement aux cautions, les cautions pouvoient à la vérité lui opposer l'exception qui résulte de la convention qu'il avoit eue avec le débiteur principal. Mais suivant l'ancien droit romain, les cautions n'avoient ce droit que parce que la demande donnée contre les cautions réfléchissoit contre le débiteur principal, qui étoit obligé de les en acquitter, *actione contrariâ mandati, aut negotiorum gestorum*: c'est pourquoi, dans le cas auquel la demande donnée contre les cautions n'eût pas dû réfléchir contre le débiteur principal, *putâ*, parce que ces cautions l'avoient cautionné *donandi animo*, avec protestation de ne rien répéter contre le débiteur principal de ce qu'ils seroient obligés de payer pour lui, les cautions ne pouvoient en ce cas, suivant les principes de l'ancien droit, opposer l'exception qui naît de la convention intervenue entre le créancier et le débiteur principal; parce que cette convention et l'exception qui en résulte étant fondées sur la considération personnelle que le créancier a eue pour le débiteur principal qu'il a voulu gratifier, c'est une exception *in personam*,

qui n'appartient point aux cautions. C'est ce que nous apprenons de la loi 32, ff. *de pact.* où il est dit : *Quod dictum est, si cum reo pactum sit ut non petatur, fidejussori quoque competere exceptionem, propter rei personam placuit, ne mandati judicio conveniatur: igitur si mandati actio nulla sit, fortè si donandi animo fidejusserit, dicendum est non prodesse exceptionem fidejussori.*

Quand même la caution seroit une caution ordinaire, qui a recours contre le débiteur principal pour ce qu'elle est obligée de payer pour lui, elle ne pourroit, selon les principes du droit romain, opposer l'exception qui naît de la convention intervenue entre le créancier et le débiteur principal, si par cette convention le créancier, en promettant de ne pas demander le paiement de la dette au débiteur principal, s'étoit expressément réservé de pouvoir le demander à la caution : *debitoris conventio fidejussoribus proficiet, nisi hoc actum est, ut duntaxat à reo non petatur, à fidejussore petatur: tunc enim fidejussor exceptione non utetur; l. 21, §. 5, in fin. 22, ff. d. tit.*

Cujas, dans son commentaire sur ledit paragraphe 5, observe fort bien qu'en cela les fidéjusseurs différoient de ceux qu'on appelle en droit *mandatores pecuniæ credendæ*; car si, à votre réquisition, j'avois prêté à quelqu'un une somme d'argent, je ne pourrois pas par la suite, en convenant avec le débiteur que je ne lui demanderois pas le paiement de la dette, me réserver valablement le pouvoir de vous le demander. Il nous en donne cette raison de différence : Lorsqu'à votre réquisition j'ai prêté une somme d'argent à quel-

qu'un, je suis, par la nature du contrat de mandat qui est intervenu entre nous, obligé de vous céder l'action qui naît du prêt que j'ai fait en exécution de votre mandat; tout mandataire étant obligé, *actione mandati directâ*, à tenir compte au mandant de tout ce qu'il a acquis en exécutant le mandat : donc lorsque par mon fait je me suis mis hors d'état de pouvoir remplir mon obligation envers vous, et de pouvoir vous céder l'action qui naît du prêt que j'ai fait au débiteur, soit en convenant avec le débiteur de ne lui rien demander, soit en laissant, par ma faute, donner congé de ma demande contre ce débiteur, soit de quelque autre manière que ce soit, je ne dois plus être recevable à répéter de vous, *actione mandati contrariâ*, la somme que j'ai prêtée par votre ordre à ce débiteur; l. 95, §. pen. ff. de solut. : car c'est un principe commun à tous les contrats synallagmatiques, que la partie qui manque à son obligation n'est pas recevable à demander à l'autre partie l'accomplissement de la sienne.

Il n'en est pas de même des fidéjusseurs. Un créancier, suivant les principes de l'ancien droit romain, comme l'observe Cujas, *ad d. §. ne contracte* aucune obligation envers les fidéjusseurs de leur conserver ses actions contre le débiteur principal, contre lequel ils en ont une de leur chef. C'est par une pure raison d'équité qu'il n'en peut refuser la cession à la caution, lors du paiement qu'elle fait; mais il n'est tenu de les céder que telles qu'il les a, et autant qu'il les a : c'est pourquoi la convention qu'il a eue avec le débiteur, par laquelle il a rendu inefficaces ses actions contre

lui, ne l'exclut pas de pouvoir demander au fidéjusseur le paiement de la dette.

Tel étoit l'ancien droit, qui, comme l'observe Cujas, *ad d. §. 5*, ne peut guère avoir lieu depuis la nouvelle de Justinien : *Jure novo*, dit Cujas, *haud facile procedere potest* : car Justinien ayant, par sa nouvelle accordé aux fidéjusseurs l'exception de discussion, *beneficium ordinis*, qui consiste dans le droit qu'il leur donne, lorsqu'ils sont poursuivis par le créancier, de le renvoyer à se pourvoir auparavant contre le débiteur principal, et à discuter pour cet effet ses biens, il est évident que le créancier ne peut plus aujourd'hui, en convenant avec le débiteur de ne lui pas demander le paiement de la dette, se réserver le pouvoir de le demander aux fidéjusseurs ; car il ne peut, par son fait, les priver du droit et de l'exception que la loi leur donne.

Selon les principes du droit françois, outre cette raison tirée de la nouvelle, pour qu'un créancier ne puisse, en convenant avec le débiteur de ne pas lui demander le paiement de la dette, se réserver le pouvoir de le demander aux cautions, il y en a une autre qui n'est pas moins décisive : elle se tire de la différence des principes du droit romain, et des nôtres sur les simples pactes.

Selon les principes du droit romain, il n'y avoit que les obligations qui avoient été formées par le seul consentement des parties, qui pouvoient se détruire par un consentement contraire. A l'égard de toutes les autres, lorsque le créancier vouloit en faire remise au débiteur, il ne pouvoit le faire que par la formule de

l'acceptilation ou simple, ou Aquilienne. Sans cela la convention qu'il avoit eue avec le débiteur de ne point exiger de lui la dette, n'étoit qu'un simple pacte, qui ne pouvoit détruire l'obligation du débiteur : car de même qu'un simple pacte ne peut pas produire une obligation civile, il ne peut pas non plus la détruire. Il est vrai que cette convention donnoit au débiteur une exception pour exclure le créancier de la demande qu'il auroit donnée contre lui, et contre la foi de la convention ; mais le débiteur ne tenoit cette exception que de l'équité prétorienne, contre la rigueur du droit : l'obligation qu'il avoit contractée ne laissoit pas de subsister *ipso jure* en sa personne, et étoit un suffisant fondement pour conserver celle des fidéjusseurs qui y avoient accédé.

Il en étoit de même lorsque le créancier étoit convenu, par libéralité, d'accorder un certain terme à son débiteur, qui avoit d'abord contracté une obligation pure et simple, et sans aucun terme. Cette convention n'étoit qu'un simple pacte, qui ne donnoit au débiteur qu'une exception contre la demande que le créancier, contre la foi de la convention, auroit donnée contre lui avant le terme : mais si, par la convention, le créancier avoit déclaré qu'il n'entendoit accorder le terme qu'au débiteur, et non aux cautions, cette convention, suivant les principes de l'ancien droit, ne l'empêchoit pas d'agir contre les cautions avant le terme ; et celles-ci ne pouvoient pas lui opposer le principe de droit, qu'il est de la nature et de l'essence du cautionnement que la caution ne soit pas obligée à plus que le débiteur principal, et qu'elle ait les mêmes termes

de paiement; car la convention par laquelle le terme a été accordé au débiteur, n'étant qu'un simple pacte, n'a pu donner atteinte à son obligation, ni la diminuer: elle subsiste *ipso jure*, telle qu'elle a été contractée, comme obligation pure et simple, et sans terme, et elle laisse subsister de même celle des cautions. Si le débiteur peut jouir du terme qui lui a été accordé par la convention, ce n'est que par une exception qu'il ne tient que de l'équité prétorienne, contre la rigueur du droit, et qui n'étant fondée que sur une considération personnelle pour le débiteur, ne passe pas à ses cautions.

Ces principes du droit romain sur l'effet des simples pactes, ne sont point puisés dans le droit naturel, et ne sont fondés que sur des subtilités très opposées à l'esprit et à la simplicité de notre droit françois. Nous ne connoissons point la sollemnité de l'acceptilation: toutes les conventions peuvent produire des obligations civiles, les éteindre et les modifier. Lorsqu'un créancier a convention avec le débiteur de ne point exiger de lui la dette, cette convention, selon la simplicité de notre droit françois, libère de plein droit le débiteur; c'est pourquoi le créancier ne peut pas valablement se réserver d'en pouvoir demander le paiement aux cautions; la libération du débiteur entraîne nécessairement celle des cautions.

Pareillement dans notre droit, lorsque depuis le contrat un créancier accorde par libéralité un certain terme de paiement à son débiteur, il ne peut pas valablement exclure de ces termes les cautions: car la convention ayant l'effet de modifier de plein droit l'o-

bligation du débiteur, et d'une obligation pure et simple d'en faire une obligation avec un terme de paiement, l'obligation des cautions reçoit nécessairement la même modification, et a le même terme de paiement qu'à l'obligation du débiteur principal; parcequ'il est de l'essence du cautionnement, que la caution ne soit pas obligée à plus que le débiteur principal.

Si, dans le cas d'un contrat d'atermoiement fait entre les créanciers et le débiteur, les cautions ne jouissent pas des remises et des termes accordés au débiteur par le contrat, comme nous l'avons décidé ci-dessus, c'est que les remises et les termes qui sont accordés au débiteur par ce contrat, ne tombent que sur l'obligation civile; l'obligation naturelle demeure dans son entier, en conséquence de laquelle le débiteur lui-même, si la commodité de payer lui survenoit, ne pourroit, dans le for de la conscience, jouir des remises ni des termes qui lui ont été accordés. Cette obligation naturelle suffit, comme nous l'avons dit, pour servir de fondement à celle des cautions; mais lorsqu'un créancier, de son bon gré et par libéralité, a déchargé son débiteur, ou lui a accordé terme, le débiteur n'étant plus obligé ni naturellement ni civilement de payer la somme qui lui a été remise; n'étant plus obligé ni naturellement ni civilement de payer avant le terme, c'est une conséquence que les cautions ne le soient pas non plus.

381. Lorsque le débiteur principal se fait restituer, contre son obligation, par des lettres de rescision, la rescision de son obligation entraîne-t-elle la rescision de celle des cautions? Il faut faire la même distinction que nous avons faite à l'égard des exceptions. Si la

restitution est fondée sur quelque vice réel de l'obligation, comme sur le dol, la violence, l'erreur, la lésion énorme, la rescision de l'obligation principale entraîne celle des fidéjusseurs. Si, au contraire, la restitution est fondée sur des raisons qui soient personnelles au débiteur principal, comme, par exemple, sur sa minorité, en ce cas la rescision qu'il obtient de son obligation n'entraîne point celle des fidéjusseurs : ce débiteur principal n'acquiert, par la restitution, qu'une défense qui lui est personnelle contre son débiteur, laquelle, nonobstant la rescision, subsiste en quelque façon *naturaliter*, et est un sujet suffisant auquel l'obligation des fidéjusseurs peut accéder; c'est ce qui est décidé par la loi 13, ff. *de minorib.*; et bien nettement par la loi 1, *Cod. de fidejuss. min.*

Il y a néanmoins un cas auquel la rescision de l'obligation principale, quoique pour seule cause de minorité, entraîne celle des fidéjusseurs; c'est lorsque le débiteur principal s'est obligé en une qualité que la rescision a détruite, comme s'il s'étoit obligé en qualité d'héritier, et qu'il se fit restituer contre son acceptation de succession : car le débiteur principal n'étant pas obligé de son chef, mais en une qualité d'héritier qu'il n'a plus, et qu'il a perdue par la rescision de son acceptation de succession, il n'est plus débiteur en tout, même *naturaliter*; son obligation, attachée à cette qualité qui est détruite, ne subsiste plus; c'est ce qui est décidé en la loi 89, ff. *de acquir. hered.*

382. La règle que nous avons établie, que l'extinction de l'obligation principale entraînoit celle du fidéjusseur, souffre une espèce d'exception dans le cas au-

quel la chose due seroit périée par le fait ou la faute du fidéjusseur, ou depuis qu'il a été constitué en demeure : en ce cas, quoique l'obligation du débiteur principal, qui n'a pas été constitué en demeure, soit éteinte par l'extinction de la chose qui en faisoit l'objet, le fidéjusseur demeure obligé. C'est ce que décide la loi 32, §. 5, de *usur*. *Si fidejussor solus moram fecerit, reus non tenetur, sicuti si Stichum promissum occiderit; sed UTILIS ACTIO in hunc (fidejussorem) dabitur.*

Ce qui a été établi contre le principe de droit, qui ne permet pas que l'obligation du fidéjusseur puisse subsister après l'extinction de l'obligation principale : c'est ce que nous marque le jurisconsulte, en nous disant qu'en ce cas l'action qui a lieu contre le fidéjusseur est une action utile (*actio utilis*); c'est-à-dire, qui est donnée *contra tenorem juris, ita suadente utilitate et æquitate*, par forme de dommages et intérêts, et en punition de la faute ou demeure du fidéjusseur.

## COROLLAIRE VI.

383. De ce que le fidéjusseur, suivant notre définition, est celui qui s'oblige pour un autre, qui accède à l'obligation d'un autre, les jurisconsultes romains avoient tiré cette conséquence, que toutes les fois que les deux qualités de débiteur principal et de fidéjusseur de ce débiteur se trouvoient concourir dans une même personne, ce qui arrive lorsque le fidéjusseur devient héritier du débiteur principal; *aut vice versá*, lorsque le débiteur principal devient héritier du fidéjusseur, ou lorsqu'un tiers devient héritier de l'un ou de l'autre, en tous ces cas la qualité de débiteur principal

détruisoit celle de fidéjusseur; un fidéjusseur étant essentiellement celui qui est obligé pour un autre, et ne pouvant être le fidéjusseur de soi-même : d'où ils concluoient que dans tous ces cas, l'obligation du cautionnement étoit éteinte, et qu'il ne restoit plus que l'obligation principale; *l. 93, §. 2 et fin. ff. de solut.; l. 5, ff. de fid.; l. 24, Cod. de fidej.*

De là ils concluoient que si le fidéjusseur avoit lui-même donné un fidéjusseur qui accédât à son obligation, en tous ces cas l'obligation de ce fidéjusseur du fidéjusseur étoit éteinte par l'extinction de celle du fidéjusseur, qui étoit comme une obligation principale vis-à-vis de celle de ce fidéjusseur du fidéjusseur; *l. 38, §. fin. ff. de solut.*

Selon nos usages, on n'a pas égard à cette subtilité; et un certificateur de caution, qui est *fidejussor fidejussoris*, n'est pas déchargé, parceque le fidéjusseur qu'il a certifié, est devenu héritier du principal débiteur, *aut vice versá*. Il y a d'autant plus lieu de le penser que les jurisconsultes romains avoient été partagés d'avis sur cette question; *d. l. 93, §. fin.* Au surplus, quand même on décideroit, suivant le droit romain, qu'il se feroit dans ce cas confusion de l'obligation du fidéjusseur, les hypothèques données par ce fidéjusseur ne laissent pas de subsister; car les hypothèques ne s'éteignent que par le paiement; et cette confusion qui, selon la subtilité, désoblige le fidéjusseur en sa qualité de fidéjusseur, n'équipolle pas à un paiement : c'est ce qui est décidé; *d. l. 38, §. fin.*

Lorsque la caution devient héritière de son cofidéjusseur, il est indubitable qu'il ne se fait en ce cas aucune

confusion, et que les deux obligations subsistent, quoique réunies dans une même personne; *l. 21, §. 1, ff. de fidej.*; de même que les deux obligations subsistent, lorsqu'un débiteur principal succède à son codébiteur principal; *l. 5, ff. d. tit.*

384. De ce qu'il est de l'essence de l'obligation des fidéjusseurs d'accéder à l'obligation d'un débiteur principal, il n'en faut pas conclure qu'elle soit éteinte lorsque le débiteur principal est mort sans avoir laissé d'héritiers. La raison de douter seroit qu'il ne reste aucun débiteur principal à l'obligation duquel le fidéjusseur puisse paroître accéder. La raison de décider, qui peut en même temps servir de réponse à cette objection, est que la succession de ce débiteur principal, quoique vacante, le représente, et tient lieu de sa personne, suivant la règle *Hereditas jacens personæ defuncti vicem sustinet*; et par conséquent il reste, au moins *fictione juris*, un débiteur principal, à l'obligation duquel accède celle des fidéjusseurs.

*Vice versá*, lorsque le créancier envers qui le cautionnement a été subi, meurt, et laisse sa succession vacante, cette succession le représente, et est une personne fictive envers laquelle le cautionnement continue de subsister.

385. Lorsque le cautionnement a été subi envers un créancier dans une certaine qualité qu'avoit le créancier, le cautionnement subsiste envers les personnes à qui cette qualité a passé. Par exemple, si j'ai cautionné le débiteur d'une succession envers l'héritier, en sa qualité d'héritier, cet héritier ayant depuis restitué la succession à un héritier fidéicommissaire en la per-

sonne de qui la qualité d'héritier et tous les droits héréditaires ont passé, le cautionnement subsiste envers l'héritier fidéicommissaire ; *l. 21, ff. de fid.*

## SECTION II.

### Division des fidéjusseurs ou cautions.

386. Nous avons, dans notre droit françois, trois différentes espèces de cautions ou fidéjusseurs ; les cautions purement conventionnelles, les légales et les judiciaires.

Les conventionnelles sont celles qui interviennent par la convention des parties dans les différents contrats, comme dans les contrats de prêt, de vente, de louage, et autres semblables. Par exemple, une personne emprunte de l'argent, et donne une caution qui s'oblige envers le prêteur à la restitution de la chose prêtée ; ou bien elle achète une chose ou la prend à loyer, et donne une caution qui s'oblige avec lui au paiement du prix ou de la ferme : telles cautions sont *cautions conventionnelles* : ce n'est ni la loi ni le juge qui ordonne ces cautions ; c'est la seule convention des parties qui les fait intervenir, parceque l'emprunteur, l'acheteur, le preneur, sont convenus avec le prêteur, le vendeur, le bailleur, de donner caution.

Les cautions légales sont celles que la loi ordonne de donner, telles que celles qu'un donataire mutuel ou autre usufruitier est tenu de donner pour jouir des biens dont on lui a donné ou légué l'usufruit, etc.

Les cautions judiciaires sont celles qui sont ordonnées par le juge ; comme lorsque le juge ordonne qu'une

sonne de qui la qualité d'héritier et tous les droits héréditaires ont passé, le cautionnement subsiste envers l'héritier fidéicommissaire ; *l. 21, ff. de fid.*

## SECTION II.

### Division des fidéjusseurs ou cautions.

386. Nous avons, dans notre droit françois, trois différentes espèces de cautions ou fidéjusseurs ; les cautions purement conventionnelles, les légales et les judiciaires.

Les conventionnelles sont celles qui interviennent par la convention des parties dans les différents contrats, comme dans les contrats de prêt, de vente, de louage, et autres semblables. Par exemple, une personne emprunte de l'argent, et donne une caution qui s'oblige envers le prêteur à la restitution de la chose prêtée ; ou bien elle achète une chose ou la prend à loyer, et donne une caution qui s'oblige avec lui au paiement du prix ou de la ferme : telles cautions sont *cautions conventionnelles* : ce n'est ni la loi ni le juge qui ordonne ces cautions ; c'est la seule convention des parties qui les fait intervenir, parceque l'emprunteur, l'acheteur, le preneur, sont convenus avec le prêteur, le vendeur, le bailleur, de donner caution.

Les cautions légales sont celles que la loi ordonne de donner, telles que celles qu'un donataire mutuel ou autre usufruitier est tenu de donner pour jouir des biens dont on lui a donné ou légué l'usufruit, etc.

Les cautions judiciaires sont celles qui sont ordonnées par le juge ; comme lorsque le juge ordonne qu'une

personne touchera par provision une somme, en donnant caution de la rapporter, s'il est dit que faire se doive.

## SECTION III.

*Des qualités que doivent avoir les cautions*

§. I. Des qualités que doit avoir une personne pour contracter un cautionnement valablement.

387. Il faut, avant toutes choses, que la caution soit capable de contracter, et de s'obliger comme caution.

Tous ceux qui sont incapables de contracter, tels que sont les fous, les interdits, les pupilles, les femmes mariées, lorsqu'elles ne sont pas autorisées, les religieux, ne peuvent être cautions.

388. Par le droit romain, les femmes ne pouvoient s'obliger comme cautions pour les affaires des autres; le sénatus-consulte velléien infirmoit leur obligation.

Justinien, par sa nouvelle 134, *cap.* 8, avoit permis aux femmes, en s'obligeant, de renoncer à l'exception que leur donnoit ce sénatus-consulte.

Ce droit a été autrefois suivi en France : mais comme la clause de renonciation au sénatus-consulte velléien, qui étoit devenue de style dans les actes des notaires, en rendoit l'effet inutile, et qu'il n'en pouvoit résulter que des procès, il a plu au roi Henri IV d'abroger entièrement, par son édit de 1606, le droit du sénatus-consulte velléien; et en conséquence il n'a plus lieu dans tout le ressort du parlement de Paris, où cet édit a été enregistré.

En Normandie, où il ne l'a point été, le droit du velléien y est observé dans toute sa rigueur; et la no-

personne touchera par provision une somme, en donnant caution de la rapporter, s'il est dit que faire se doive.

## SECTION III.

*Des qualités que doivent avoir les cautions*

§. I. Des qualités que doit avoir une personne pour contracter un cautionnement valablement.

387. Il faut, avant toutes choses, que la caution soit capable de contracter, et de s'obliger comme caution.

Tous ceux qui sont incapables de contracter, tels que sont les fous, les interdits, les pupilles, les femmes mariées, lorsqu'elles ne sont pas autorisées, les religieux, ne peuvent être cautions.

388. Par le droit romain, les femmes ne pouvoient s'obliger comme cautions pour les affaires des autres; le sénatus-consulte velléien infirmoit leur obligation.

Justinien, par sa nouvelle 134, *cap.* 8, avoit permis aux femmes, en s'obligeant, de renoncer à l'exception que leur donnoit ce sénatus-consulte.

Ce droit a été autrefois suivi en France : mais comme la clause de renonciation au sénatus-consulte velléien, qui étoit devenue de style dans les actes des notaires, en rendoit l'effet inutile, et qu'il n'en pouvoit résulter que des procès, il a plu au roi Henri IV d'abroger entièrement, par son édit de 1606, le droit du sénatus-consulte velléien; et en conséquence il n'a plus lieu dans tout le ressort du parlement de Paris, où cet édit a été enregistré.

En Normandie, où il ne l'a point été, le droit du velléien y est observé dans toute sa rigueur; et la no-

velle qui permettoit aux femmes d'y renoncer, n'y est pas suivie.

Dans cette diversité de jurisprudence, on doit suivre la loi du lieu du domicile qu'avoit la femme lorsqu'elle a contracté le cautionnement; car les lois qui règlent les obligations des personnes, telle qu'est le velléien, qui ne permet pas aux femmes de s'obliger pour autrui, sont des statuts personnels qui exercent leur empire sur toutes les personnes qui y sont soumises par le domicile qu'elles ont dans leur territoire, en quelque lieu que soient situés les biens de ces personnes, et en quelque lieu qu'elles contractent. C'est pourquoi, si une femme domiciliée en Normandie se rendoit caution pour quelqu'un; quoique l'acte du cautionnement fût passé à Paris, où le velléien est abrogé, le cautionnement seroit nul.

Mais quoiqu'une femme ait été mariée en Normandie, si son mari a transféré son domicile à Paris, cette femme ayant cessé, par cette translation de domicile, d'être soumise aux lois de Normandie, les cautionnements qu'elle contractera depuis cette translation de domicile, seront valables.

L'obligation personnelle qu'une Normande a contractée en se rendant caution, étant nulle, c'est une conséquence que l'hypothèque de ses biens sous laquelle elle s'est obligée, soit pareillement nulle, quoiqu'ils soient situés à Paris; l'hypothèque ne peut subsister sans l'obligation personnelle dont elle est l'accessoire.

*Vice versá*, si une Parisienne s'est rendue caution par un acte devant notaires, ses biens, quoique situés

en Normandie, seront hypothéqués; cette hypothèque étant une suite de l'obligation qu'elle a contractée par un acte authentique.

On fera peut-être cette objection : On convient, dira-t-on, que le velléien est un statut personnel quant à sa première partie, par laquelle il défend aux femmes d'obliger leurs personnes pour autrui; mais il a une seconde partie par laquelle il leur défend aussi d'obliger leurs biens pour la dette d'autrui. Le velléien ayant pour objet de cette seconde partie, des choses, il est, quant à cette seconde partie, un statut réel; et, suivant la nature des statuts réels, il exerce son empire sur toutes les choses situées dans le territoire où il est en vigueur, à quelques personnes que ces choses appartiennent : donc il annule l'obligation qu'une femme, quoique personne non soumise personnellement à son empire, fait de ses biens situés en Normandie, pour la dette d'autrui.

Ma réponse est que cet argument prouve seulement que si une Parisienne, sans se rendre caution et sans s'obliger personnellement, obligeoit ses biens situés en Normandie, pour la dette d'autrui, cette obligation seroit nulle; parceque le velléien, observé en Normandie, qui a empire sur les choses qui y sont situées, en empêche l'obligation pour la dette d'autrui : mais lorsque l'obligation desdits biens n'est qu'une suite de l'obligation personnelle qu'une Parisienne a contractée par un acte devant notaire, la loi de Normandie ne peut l'infirmier; car cette loi n'ayant aucun empire sur l'obligation personnelle d'une Parisienne, n'en peut avoir sur ce qui n'en est que l'accessoire.

Le velléien n'étant statut personnel que quant à la première partie, et étant statut réel quant à la seconde partie, il s'ensuit qu'une femme normande peut, en ne se rendant pas caution, et en ne contractant aucune obligation personnelle, obliger à la dette d'autrui les biens qu'elle a, qui sont situés hors de la Normandie, dans une province où le velléien est abrogé; car les statuts réels n'exercent leur empire que sur les choses situées dans leur territoire.

390. Les mineurs, quoique émancipés, ne s'obligent pas valablement comme cautions pour les affaires des autres; car l'émancipation ne leur donne que le pouvoir d'administrer leurs biens; et il est évident que le cautionnement pour les affaires d'autrui, ne fait pas partie de cette administration.

Cela a lieu, même à l'égard d'un mineur marchand qui cautionneroit un autre marchand pour une affaire de commerce à laquelle il n'auroit aucun intérêt: car sa qualité de marchand ne lui donne le pouvoir de contracter sans espérance de restitution, que pour les affaires de son commerce: or une affaire d'un autre marchand, à laquelle il n'a aucun intérêt n'est pas une affaire de son commerce; *Basnage, traité des Hypot., part. 2, ch. 2; Despeisses, traité des Cautions, s. 1.*

Par la même raison, un mineur qui, par dispense du prince, exerce une charge publique, n'en est pas moins restituable contre un cautionnement qu'il auroit contracté; car la dispense du prince ne le fait réputer majeur que pour ce qui concerne la charge publique qu'il lui permet de posséder: d'où il suit qu'il n'y a que les engagements relatifs à l'administration de cette

charge, qu'il puisse contracter sans espérance de restitution. Ces principes sont certains, malgré un arrêt contraire cité par Despeisses, *ibid.*

Il y a des cas extrêmement favorables, dans lesquels le cautionnement d'un mineur peut être valable. Par exemple, on a jugé un mineur non restituable contre son cautionnement, pour tirer son père de prison.

Le cautionnement d'un mineur fait pour cette cause doit sur-tout être confirmé, lorsque le père n'avoit pas la voie de la cession de biens pour sortir de prison, et lorsque ce cautionnement ne causoit pas un dommage et un dérangement trop notable dans la fortune du fils. Mais si le père avoit la voie de la cession de biens, on doit subvenir au fils mineur qui a eu la facilité de subir, en faveur de son père, un cautionnement considérable qui n'étoit pas nécessaire. On peut aussi entrer en considération de l'âge du mineur: celui qui étoit dans un âge qui approchoit de la majorité, doit être plus difficilement restitué contre son cautionnement fait pour cette cause, que celui qui étoit dans un âge moins avancé. Basnage prétend que pour que le cautionnement d'un mineur fût dans ce cas non sujet à la rescision, il faut que le mineur eût, lorsqu'il l'a subi, au moins l'âge de dix-huit ans, qui est l'âge de la puberté complète, et celui auquel, par la nouvelle 115, *cap.* 3, §. 13, les enfants étoient obligés, sous peine d'exhérédation, de racheter leurs pères captifs: il cite un arrêt qui annule un cautionnement fait pour cette cause, par un mineur de seize ans. Dans tous ces cas, on a beaucoup d'égard aux différentes circonstances;