

et de là naît la variété des arrêts rapportés par Brodeau sur Louet, *l. A. ch. 9.*

§. II. Des qualités requises pour qu'une personne soit reçue à être caution.

391. Lorsqu'un débiteur est obligé, soit par la loi, soit par le juge, soit par la simple convention, de donner à son créancier une caution; pour que la caution qu'il présente soit recevable, il ne suffit pas qu'elle ait cette première qualité qui est requise avant toutes choses, et qui consiste à être capable de s'obliger comme caution: il faut, outre cela, 1<sup>o</sup> que cette caution soit solvable, et ait un bien suffisant pour répondre de l'obligation à laquelle elle accède.

Lorsque le créancier à qui la caution est présentée, conteste sa solvabilité, la caution doit en justifier par le rapport des titres des biens immeubles qu'elle possède; sinon la caution doit être rejetée.

Pour juger de la solvabilité d'une caution, et si les biens sont suffisants pour répondre de la dette, on n'a pas ordinairement égard à ses biens meubles, attendu que ces biens s'aliènent facilement, et qu'ils n'ont pas de suite par hypothèque: néanmoins lorsque la dette est modique, et qu'elle ne doit pas durer long-temps, on admet pour cautions des marchands qui ont un commerce bien établi, quoique leur fortune ne consiste qu'en biens meubles; *Basnage, ibid.*

On n'a pas d'égard non plus aux biens immeubles qui sont litigieux, ni à ceux qui sont situés dans un pays trop éloigné, la discussion en étant trop difficile; *Basnage, ibid.*

2° La caution doit être domiciliée sur le lieu où elle doit être donnée, c'est-à-dire, dans l'étendue du bailliage, afin que la discussion n'en soit pas trop difficile : *Fidejussor locuples videtur non tantum ex facultatibus, sed ex conveniendi facilitate*; l. 2, ff. *Qui satisd.* On est néanmoins, à cet égard, plus indulgent envers ceux qui sont obligés par la loi ou par le juge à donner caution, qu'envers ceux qui s'y sont soumis volontairement : ceux-ci ne doivent pas être reçus à alléguer qu'ils n'en peuvent trouver sur le lieu, s'étant soumis volontairement à en donner; *sibi imputare debent* : on doit facilement admettre les autres à donner pour cautions des personnes de leur pays, lorsqu'ils n'en peuvent donner dans le lieu où la caution doit être donnée; *Basnage, Despeisses.*

3° Par la même raison, si l'on présentoit pour caution une personne puissante, le créancier pourroit la rejeter. On pourroit aussi rejeter une personne qui, par son droit de *committimus*, pourroit traduire le créancier dans une autre juridiction, ou un militaire qui seroit dans le cas d'obtenir des lettres d'état. *Voyez Basnage, tr. des hyp. p. 2, ch. 2.*

C'est encore une qualité requise dans les personnes qu'on présente pour cautions judiciaires, qu'elles soient sujettes à la contrainte par corps. C'est pourquoi on peut rejeter pour cautions judiciaires les femmes, les ecclésiastiques qui sont dans les ordres sacrés, et les septuagénaires, parceque ces personnes ne sont pas sujettes à cette contrainte.

Sur la forme de la réception des cautions, *voyez l'ordonnance de 1667, t. 28.*

§. III. Des cas auxquels un débiteur est tenu de donner une nouvelle caution à la place de celle qui a été reçue.

392. Si la caution avoit les qualités lorsqu'elle a été reçue, mais qu'elle ait cessé depuis de les avoir ; *putà*, si de solvable qu'elle étoit elle est devenue insolvable, le débiteur sera-t-il obligé d'en donner une autre ? Il faut distinguer : il y sera obligé, si c'est une caution légale ou judiciaire : *Si calamitas insignis fidejussoribus, vel magna inopia accidit, ex integro satisfandum erit; l. 10, §. 1, qui satis. cog.; l. 4, ff. de stipul. præ.*

Si c'est une caution conventionnelle, il faut sous-distinguer. Si je me suis obligé à donner une caution indéterminément, et qu'en exécution de cette obligation j'en aie donné une qui depuis est devenue insolvable, il faudra que j'en donne une autre ; mais si j'ai contracté d'abord, sous la caution d'un tel, ou que je me sois obligé à donner un tel pour caution, et qu'il devienne ensuite insolvable, je ne puis être obligé à en donner une autre, parceque je n'ai promis de donner pour caution que celui que j'ai donné.

393. Il nous reste la question de savoir si celui qui est tenu de donner une caution, peut être admis à donner à la place des gages suffisants pour répondre de la dette ? Pour la négative, on allègue cette maxime de droit, *Aliud pro alio invito creditori solvi non potest* ; maxime qui a lieu, quand même la chose qu'on offriroit seroit meilleure : d'où il paroît suivre que le créancier à qui l'on doit une caution, n'est pas obligé de recevoir des gages à la place. Nonobstant ces raisons, on doit être facile à permettre à celui qui doit

une caution, de donner des gages à la place, lorsqu'il ne peut donner de caution; parceque celui à qui la caution est due, n'ayant d'autre intérêt que de se procurer une sûreté, et en trouvant dans des gages autant et même plus, *cùm plus cautionis sit in re quàm in personâ, et tutius sit pignori incumbere, quàm in personam agere*, ce seroit de sa part une pure mauvaise humeur de refuser les gages à la place de la caution, si ce qu'on lui offre pour gages peut se garder sans aucun embarras, sans aucun péril; *Basnage, ibid.*

## SECTION IV.

*Pour qui, envers qui, pour quelle obligation, et comment le cautionnement peut-il être fait.*

## §. I. Pour qui et envers qui.

394. On peut se rendre caution pour quelque débiteur que ce soit, même pour une succession vacante, *cùm personæ vicem sustineat; l. 22, ff. de fidej.*; et pareillement envers quelque créancier que ce soit de celui pour qui on s'oblige. On peut se rendre pareillement caution, même pour les impubères, les fous; les interdits, pour les causes pour lesquelles ces personnes peuvent être, sans aucun fait de leur part, véritablement obligées. Par exemple, si j'ai utilement géré les affaires d'un impubère ou d'un interdit, cet impubère ou cet interdit étant en ce cas obligé envers moi, *ex quasi contractu*, à me rendre les sommes que j'ai déhousées pour ses affaires, et qui ont tourné à son profit, on peut, quant auxdites sommes, se rendre

une caution, de donner des gages à la place, lorsqu'il ne peut donner de caution; parceque celui à qui la caution est due, n'ayant d'autre intérêt que de se procurer une sûreté, et en trouvant dans des gages autant et même plus, *cùm plus cautionis sit in re quàm in personâ, et tutius sit pignori incumbere, quàm in personam agere*, ce seroit de sa part une pure mauvaise humeur de refuser les gages à la place de la caution, si ce qu'on lui offre pour gages peut se garder sans aucun embarras, sans aucun péril; *Basnage, ibid.*

## SECTION IV.

*Pour qui, envers qui, pour quelle obligation, et comment le cautionnement peut-il être fait.*

## §. I. Pour qui et envers qui.

394. On peut se rendre caution pour quelque débiteur que ce soit, même pour une succession vacante, *cùm personæ vicem sustineat; l. 22, ff. de fidej.*; et pareillement envers quelque créancier que ce soit de celui pour qui on s'oblige. On peut se rendre pareillement caution, même pour les impubères, les fous; les interdits, pour les causes pour lesquelles ces personnes peuvent être, sans aucun fait de leur part, véritablement obligées. Par exemple, si j'ai utilement géré les affaires d'un impubère ou d'un interdit, cet impubère ou cet interdit étant en ce cas obligé envers moi, *ex quasi contractu*, à me rendre les sommes que j'ai déhousées pour ses affaires, et qui ont tourné à son profit, on peut, quant auxdites sommes, se rendre

caution envers moi pour lui. C'est en ce sens que Cujas enseigne qu'on doit entendre la loi 25, ff. de *fidejussor.* qui dit : *Si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigove, vel furioso fidejusserit, magis esse ut ei non subveniatur.* Cette explication fait disparaître la contrariété que Basnage trouve entre cette loi et la loi 6, ff. de *verb. oblig.*, qui dit : *Is cui bonis interdictum est... non potest promittendo obligari, et ideò nec fidejussor pro eo intervenire potest* : car au lieu que dans l'espèce précédente l'interdit doit être supposé valablement obligé ; au contraire, dans celle-ci, l'interdit n'est pas obligé, étant incapable de contracter : d'où il suit que sa caution ne l'est pas, ne pouvant pas y avoir de cautionnement sans une obligation principale ; *suprà*, n. 366. Gaius établit clairement notre distinction en la loi 70, §. 4, ff. de *fidejuss.* *Si à furioso*, dit-il, *stipulatus fueris, non posse te fidejussorem accipere certum est... Quòd si pro furioso jure obligato fidejussorem acceperis, tenetur fidejussor.*

Il est évident qu'on ne peut se rendre caution pour soi-même ; l. 21, §. 2, ff. *d. tit.*, ni envers soi-même.

395. On ne peut se rendre caution qu'envers le créancier de celui qu'on cautionne : le cautionnement qu'on contracteroit envers celui qui n'est pas son créancier, mais qui a seulement pouvoir de recevoir la dette, ne seroit pas valable ; l. 23, ff. *d. tit.*

#### §. II. Pour quelle obligation.

396. On peut se rendre caution pour quelque obligation que ce soit : *Fidejussor accipi potest, quoties est*

*antiqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur;*  
*l. 16, §. 3, ff. d. tit.*

Observez que les obligations naturelles pour lesquelles il est dit dans ce texte que des cautions peuvent intervenir, sont celles pour lesquelles la loi civile n'accordoit pas d'action; telles que celles qui étoient formées par un simple pacte, qui étoient contractées par des esclaves, et qui n'étoient pas d'ailleurs réprochées par les lois: mais une caution ne peut pas utilement intervenir pour des obligations réprochées par les lois, quoiqu'elles obligent dans le for de la conscience, et qu'elles puissent en ce sens être appelées obligations naturelles.

C'est sur ce principe que les lois décident qu'une caution ne peut valablement accéder à l'obligation d'une femme qui s'est obligée contre la défense du sénatusconsulte velléien; *l. 16, §. 1, ff. ad. sen. vell.;* *l. 14, cod. d. t.* Car quoique dans le for de la conscience cette femme soit tenue de s'acquitter de son obligation, néanmoins cette obligation ayant été contractée contre la défense de la loi, elle est dans le for extérieur regardée comme nulle, et ne peut par conséquent servir de fondement à l'obligation d'une caution. La loi, en annulant l'obligation de la femme, annule tout ce qui en dépend, et par conséquent les cautionnements qui en sont des accessoires: C'est le sens de ces termes de la loi 16, §. 1, *quia totam obligationem senatus improbat.*

Il me paroît qu'on doit décider la même chose à l'égard d'une cautionnement que quelqu'un auroit subi pour une femme sous puissance de mari, qui a con-

tracté quelque obligation sans être autorisée. On doit même le décider à *fortiori*; car la loi n'annuloit que *per exceptionem* l'obligation de la femme qui s'étoit obligée contre le velléien : mais on peut dire que, selon notre droit coutumier, celle de la femme qui a contracté sans être autorisée, quoiqu'elle puisse être valable dans le for de la conscience, est nulle, même *ipso jure*, dans le for extérieur, puisque nos coutumes la déclarent absolument inhabile à contracter et incapable de s'obliger. *Femme mariée NE SE PEUT obliger, etc.* Paris, art. 234; *NE PEUT aucunement contracter*; Orléans, art. 194. Domat, *tit. des cautions*, sect. 1, n. 4, est d'un avis contraire au nôtre; et Basnage cite un arrêt du parlement de Bourgogne, rapporté par Bouvot, qui a jugé valable un cautionnement pour une femme qui avoit contracté sans être autorisée : mais je ne crois pas que la décision de cet arrêt doive être suivie. La distinction sur laquelle Basnage veut fonder cette décision, si l'obligation principale est nulle *ratione rei in obligationem deductæ*, ou si elle l'est *ratione personæ*, ne me paroît pas solide : une obligation, de quelque côté qu'elle soit nulle, soit *ratione rei*, soit *ratione personæ*, n'est pas une vraie obligation; et il est de la nature des cautionnements qu'ils ne puissent subsister s'il n'y a une vraie obligation principale; *suprà*, n. 366. On ne doit pas comparer la femme sous puissance de mari au mineur. L'obligation d'un mineur n'est pas nulle; la voie de la restitution que les lois lui accordent contre son obligation suppose une obligation : il y en a donc une

à laquelle des cautions peuvent accéder. Mais l'obligation d'une femme sous puissance de mari, qui contracte sans être autorisée, est absolument nulle; il n'y a aucune obligation à laquelle la caution ait pu accéder.

Mais si quelqu'un s'étoit obligé conjointement avec une femme non autorisée, non comme caution de cette femme, mais comme débiteur principal, la nullité de l'obligation de la femme n'entraîneroit pas la nullité de la sienne. Par exemple, si une femme, sans être autorisée, et moi, nous avons emprunté de vous une certaine somme d'argent qui a été touchée par cette femme, et que nous nous sommes obligés solidairement de vous rendre; la femme ne sera pas obligée envers vous si elle a dissipé cette somme: mais je n'en suis pas moins obligé à vous la rendre, en étant moi-même débiteur principal, et vous l'ayant empruntée: car pour que j'en sois l'emprunteur, il n'est pas nécessaire que je l'aie reçue moi-même; il suffit que vous l'ayez réellement comptée à cette femme de mon consentement.

Les obligations qui sont contraires aux bonnes mœurs, étant nulles, on ne peut les cautionner. Par exemple, si quelqu'un, en me chargeant de commettre un crime, s'étoit obligé envers moi de m'indemniser de toutes les suites que ce crime pourroit avoir, et de me donner une certaine récompense, on ne pourroit valablement cautionner une pareille obligation, qui, étant contraire aux bonnes mœurs, est nulle, et ne peut être par conséquent le sujet d'un cautionnement. C'est en ce sens qu'on dit *maleficiorum fidejus-*

*sorem accipi non posse*: mais on peut valablement cautionner celui qui a commis le délit, pour la réparation du tort qu'il a fait; *l. 70, §. fin. ff. de fidejussor.*

397. On peut se rendre caution même de l'obligation d'un fait personnel dont la prestation ne peut se faire que par le débiteur principal; *l. 8, §. 1, ff. d. op. lib.*: car cette obligation se convertit, par son inexécution, en une obligation de dommages et intérêts que la caution peut payer; ce qui suffit pour que le cautionnement soit utilement contracté.

398. Le droit romain ne permettoit pas qu'une femme reçût une caution de son mari pour la restitution de sa dot: cette défiance à l'égard de celui à qui elle confioit et soumettoit sa personne, avoit paru aux empereurs blesser la bienséance; *l. 1, et 2, Cod. de fid. vel mand. dot.* Ces lois ne sont pas observées parmi nous.

399. On peut se rendre caution, non seulement d'une obligation principale, mais même d'un cautionnement: *Pro fidejussor fidejussorem accipi posse nequaquam dubium est; l. 8, §. 12.*

Nos certificateurs de cautions sont des espèces de cautions de cautions.

400. Enfin on peut se rendre caution, non seulement d'une obligation déjà contractée, mais d'une obligation qui doit se contracter, quoiqu'elle ne le soit pas encore: *Adhiberi fidejussor tam futuræ quàm præsentis obligationi potest; l. 6, §. fin. d. ttt.*; de manière néanmoins que l'obligation résultante de ce cautionnement ne commencera à naître que du jour que se contractera l'obligation principale; car il est de son es-

sence qu'elle ne puisse subsister sans une obligation principale. Suivant ces principes, je veux bien dès aujourd'hui me rendre caution envers vous pour une somme de mille écus que vous vous proposez de prêter à Pierre; mais l'obligation résultante de ce cautionnement ne commencera à avoir d'effet que du jour que vous aurez effectivement fait ce prêt à Pierre : tant que vous ne l'aurez pas encore fait, et que la chose sera entière, je pourrai changer de volonté, en vous dénonçant que vous ne fassiez pas le prêt à Pierre, et que je n'entends plus être caution pour lui; *Basnage, tr. des hyp. p. 2, chap. 2.*

### §. III. Comment se contractent les cautionnements.

401. Par le droit romain, le cautionnement ne se contractoit que par la stipulation. La stipulation n'est point en usage parmi nous. Le cautionnement peut se faire par une convention simple, soit par acte devant notaires, soit sous signature privée, soit même verbalement; sauf que si l'objet est de plus de cent livres, la preuve par témoins de la convention verbale n'est pas admise.

402. Quoique le cautionnement se puisse faire par une lettre missive ou même verbalement, il faut néanmoins avoir grande attention de ne pas prendre pour cautionnement ce que dit ou écrit une personne, à moins qu'il n'y ait une intention bien marquée de cautionner. C'est pourquoi, si je vous ai dit ou écrit par une lettre qu'un homme qui vous demandoit de l'argent à emprunter étoit solvable, on ne peut pas prendre

cela pour un cautionnement; car j'ai pu en cela n'avoir d'autre intention que de vous certifier ce que je croyois, et non pas de m'obliger. Suivant ces principes, il a été jugé par un arrêt rapporté par Papon, X, 4, 12, que ces termes d'une lettre écrite à un maître de pension, *Un tel doit mettre son fils en pension chez vous; c'est un homme de probité qui vous paiera bien*, ne renfermaient aucune obligation. Suivant le même principe, si j'accompagne une personne chez un marchand pour acheter des étoffes, le marchand n'en doit pas conclure que j'ai cautionné cette personne.

Quoiqu'une personne soit entrée en paiement pour une autre, même pour son fils, en payant pour lui une partie de sa dette, on n'en peut pas conclure qu'elle a voulu le cautionner pour le surplus de la dette; *l. 4, Cod. ne uxor, pro marito, etc.*

S'il étoit porté par une obligation qu'elle a été passée en ma présence, et que je l'eusse souscrite, on ne pourroit pas en conclure que je me suis rendu caution; je dois être censé en ce cas n'avoir signé que comme témoin; *l. 6, Cod. de fidej.*

403. Lorsque le débiteur est obligé de donner caution, soit par la convention, soit par la loi, le créancier peut exiger que la caution s'oblige par acte devant notaire.

Les cautions judiciaires s'obligent au greffe de la justice, par un acte que reçoit le greffier.

404. Il n'importe que le cautionnement se contracte en même temps que l'obligation principale, ou en différens temps, avant ou depuis.

Il n'est pas nécessaire que celui que l'on cautionne y consente; *l. 30, ff. d. tit.*

## SECTION V.

## De l'étendue des cautionnements.

405. Pour juger de l'étendue de l'obligation de la caution, il faut bien faire attention aux termes du cautionnement.

Lorsque la caution a exprimé pour quelle somme, pour quelle cause elle se rendoit caution, son obligation ne s'étend qu'à la somme ou à la cause qu'elle a exprimée. Par exemple, si quelqu'un s'est rendu caution envers moi de mon fermier pour le paiement de ses fermes, il ne sera pas tenu des autres obligations du bail, telles que celles qui résultent des dégradations qu'auroit faites le fermier, du remboursement des avances qui lui auroient été faites, etc.

Si quelqu'un s'est rendu caution pour la somme principale que devoit le principal obligé, il ne sera pas tenu des intérêts que cette somme produit; *l. 68; §. 1, ff. d. tit.*

Au contraire, lorsque les termes du cautionnement sont généraux et indéfinis, le fidéjusseur est censé s'être obligé à toutes les obligations du principal débiteur, résultantes du contrat auquel il a accédé : il est censé l'avoir cautionné *in omnem causam*.

Par exemple, si le cautionnement par lequel quelqu'un s'est rendu envers moi caution pour mon fermier, porte en termes généraux qu'il s'est rendu cau-

Il n'est pas nécessaire que celui que l'on cautionne y consente; *l. 30, ff. d. tit.*

## SECTION V.

De l'étendue des cautionnements.

405. Pour juger de l'étendue de l'obligation de la caution, il faut bien faire attention aux termes du cautionnement.

Lorsque la caution a exprimé pour quelle somme, pour quelle cause elle se rendoit caution, son obligation ne s'étend qu'à la somme ou à la cause qu'elle a exprimée. Par exemple, si quelqu'un s'est rendu caution envers moi de mon fermier pour le paiement de ses fermes, il ne sera pas tenu des autres obligations du bail, telles que celles qui résultent des dégradations qu'auroit faites le fermier, du remboursement des avances qui lui auroient été faites, etc.

Si quelqu'un s'est rendu caution pour la somme principale que devoit le principal obligé, il ne sera pas tenu des intérêts que cette somme produit; *l. 68; §. 1, ff. d. tit.*

Au contraire, lorsque les termes du cautionnement sont généraux et indéfinis, le fidéjusseur est censé s'être obligé à toutes les obligations du principal débiteur, résultantes du contrat auquel il a accédé : il est censé l'avoir cautionné *in omnem causam*.

Par exemple, si le cautionnement par lequel quelqu'un s'est rendu envers moi caution pour mon fermier, porte en termes généraux qu'il s'est rendu cau-

tion du bail, il sera tenu non seulement du paiement des fermes, mais généralement de toutes les obligations du bail; comme, par exemple, des dégradations, de la restitution des avances, ou des meubles qui ont été laissés au fermier pour l'exploitation de la ferme, *dotes prædiorum*; l. 52, §. 2, ff. *d. tit.*; des dommages et intérêts pour les anticipations que le fermier auroit laissé faire, etc.

Celui qui se rend caution en termes généraux, est aussi tenu non seulement du sort principal dû par celui pour qui il s'est obligé, mais encore de tous les intérêts qui en seroient dus; l. 2, §. 11 et 12, ff. *de adm. rer. ad civit. pertin.* l. 54, ff. *locat.*

Il est tenu non seulement de ceux qui sont dus *ex rei naturâ*, mais même de ceux que produit la demeure en laquelle est le principal débiteur. *Paulus respondit, si in omnem causam conductionis se obligavit, eum quoque exemplo coloni, tardius illatarum per moram coloni pensionum præstare debere usuras*; d. l. 54.

Il doit aussi être tenu des frais faits contre le principal obligé; car ces frais sont un accessoire de la dette; mais il n'en doit être tenu que du jour que les poursuites lui ont été dénoncées: ce qui a été établi pour empêcher qu'on ne ruine une caution en frais, qu'on feroit souvent à son insu, et qu'elle peut éviter en payant, lorsqu'elle en est avertie. C'est pourquoi jusqu'à ce que les poursuites lui soient dénoncées, elle ne doit être tenue que du premier commandement ou du premier exploit de demande.

406. Quelque étendu et général que soit le cautionnement, il ne s'étend qu'aux obligations qui naissent

du contrat même pour lequel la caution s'est obligée, et non pas à celles qui naîtroient d'une cause étrangère.

En voici un exemple : Un créancier dans nos colonies a prêté de l'argent à quelqu'un, et pour plus grande sûreté, le débiteur lui a donné en nantissement un nègre qu'il savoit être voleur, sans en avertir le créancier. Le nègre a volé le créancier à qui il a été donné en nantissement. Le créancier peut agir en dommages et intérêts, *contrariâ pignoratitiâ actione*, contre le débiteur qui ne l'a point averti : mais le cautionnement ne s'étendra pas à ces dommages et intérêts qui naissent d'une cause étrangère au prêt pour lequel on a cautionné le débiteur : *Ea actio fidejussorem onerare non poterit, cum non pro pignore, sed pro pecuniâ mutuâ fidem suam obliget ; l. 54, ff. de fidejuss.*

Par la même raison, celui qui s'est rendu caution pour un administrateur des revenus publics, n'est obligé qu'à la restitution des derniers publics, et non point aux amendes auxquelles cet administrateur auroit été condamné pour des malversations dans son administration. C'est ce qui a été décidé par l'empereur Sévère : *Fidejussores magistratum in pœnam vel multam non conveniri debere decrevit ; l. 68, ff. d. tit.* Et en général, en quelque cas que ce soit, le cautionnement ne s'étend pas aux peines auxquelles le débiteur a été condamné *officio judicis, propter suam contumaciam* : car c'est une cause étrangère au contrat. *Non debet imputari fidejussoribus, quod ille reus propter suam pœnam præstitit ; l. 73, ff. d. tit.*

## SECTION VI.

*De quelle manière s'éteignent les cautionnements, et les différentes exceptions que la loi accorde aux cautions.*

## ARTICLE PREMIER.

De quelle manière s'éteignent les cautionnements.

407. L'obligation qui résulte du cautionnement s'éteint,

1° De toutes les différentes manières dont s'éteignent toutes les obligations : nous les rapporterons *infra*, part. 3.

2° Il est de la nature des cautionnements, de même que de toutes les obligations accessoires, que l'extinction de l'obligation principale entraîne l'extinction des cautionnements et la libération des cautions; *suprà*, n. 377, et seq.

3° La caution est déchargée lorsque le créancier s'est mis par son fait hors d'état de lui pouvoir céder ses actions contre quelqu'un des débiteurs principaux, auxquels la caution avoit intérêt d'être subrogée; *infra*, p. 3, ch. 1, art. 6, §. 2.

4° Lorsque le créancier a reçu volontairement du débiteur quelque héritage en paiement d'une somme d'argent qui lui est due, la caution est-elle déchargée, quoique long-temps après il souffre éviction de cet héritage? La raison de douter est que le paiement en ce cas n'est pas valable, n'ayant pas transféré à celui à qui il a été fait la propriété de la chose; *infra*, p. 3, ch. 1, art. 3, §. 3. Par conséquent l'obligation prin-

## SECTION VI.

*De quelle manière s'éteignent les cautionnements, et les différentes exceptions que la loi accorde aux cautions.*

## ARTICLE PREMIER.

De quelle manière s'éteignent les cautionnements.

407. L'obligation qui résulte du cautionnement s'éteint,

1° De toutes les différentes manières dont s'éteignent toutes les obligations : nous les rapporterons *infra*, part. 3.

2° Il est de la nature des cautionnements, de même que de toutes les obligations accessoires, que l'extinction de l'obligation principale entraîne l'extinction des cautionnements et la libération des cautions; *suprà*, n. 377, et seq.

3° La caution est déchargée lorsque le créancier s'est mis par son fait hors d'état de lui pouvoir céder ses actions contre quelqu'un des débiteurs principaux, auxquels la caution avoit intérêt d'être subrogée; *infra*, p. 3, ch. 1, art. 6, §. 2.

4° Lorsque le créancier a reçu volontairement du débiteur quelque héritage en paiement d'une somme d'argent qui lui est due, la caution est-elle déchargée, quoique long-temps après il souffre éviction de cet héritage? La raison de douter est que le paiement en ce cas n'est pas valable, n'ayant pas transféré à celui à qui il a été fait la propriété de la chose; *infra*, p. 3, ch. 1, art. 3, §. 3. Par conséquent l'obligation prin-

principale subsiste : d'où il semble suivre que celle des cautions doit subsister. *Basset*, IV, 22, 5, rapporte un arrêt de son parlement qui l'a ainsi jugé. Nonobstant ces raisons, et quoiqu'on ne puisse nier que le paiement en ce cas n'est pas valable, et que l'obligation principale subsiste, il a été jugé par des arrêts rapportés par *Basnage*, *traité des Hypothèques*, p. 3, *ch. fin.*, que le créancier étoit en ce cas non-recevable à agir contre les cautions, si pendant ce temps le débiteur principal étoit devenu insolvable. La décision de ces arrêts est fondée sur cette règle d'équité, que *Nemo ex alterius facto prægravari debet*. La caution ne doit pas souffrir préjudice de l'arrangement qui est intervenu entre le créancier et le débiteur principal. Or, si dans cette espèce le créancier étoit reçu à agir contre la caution, elle auroit souffert préjudice de l'arrangement par lequel le créancier a pris en paiement cet héritage ; le créancier, par cet arrangement, ayant ôté le moyen à la caution de pouvoir, en payant le créancier pendant que le débiteur étoit solvable, répéter de ce débiteur la somme pour laquelle elle avoit répondu.

*Quid*, si le créancier avoit simplement accordé au débiteur une prorogation de terme pour le paiement, et que pendant le temps de cette prorogation le débiteur fût devenu insolvable, la caution pourroit-elle se défendre de payer? *Vinnius*, *Q. illustr.* 11, 42, tient la négative. Cette espèce-ci est bien différente de la précédente. Dans l'espèce précédente la dation de cet héritage étoit en paiement, ayant jusqu'au temps de de l'événement disparoître la dette acquittée, un tel ar-

rangement a ôté tout moyen à la caution de pourvoir à l'indemnité de son cautionnement, même dans le cas auquel elle se seroit aperçue que la fortune du débiteur qu'il a cautionné commençoit à se déranger; car elle ne pouvoit demander à ce débiteur qu'il la déchargeât de son cautionnement, qui paroissoit acquitté aussi bien que la dette principale : mais la simple prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur, ne faisant pas paroître la dette acquittée, n'ôte pas à la caution le moyen de pourvoir à son indemnité et d'agir contre le débiteur principal, si on s'aperçoit que sa fortune commence à se déranger, *si bona dilapidare cœperit; l. 10, Cod. mand.* La caution ne peut donc pas prétendre que cette prorogation de terme accordée au débiteur lui fasse tort, puisqu'au contraire elle-même en profite.

L'obligation du cautionnement s'éteignoit aussi, suivant les principes du droit romain, par la confusion dont on a parlé *suprà*, n. 383; ce qui n'a pas lieu parmi nous.

Les poursuites faites par le créancier contre le débiteur principal, ne libèrent pas la caution, qui demeure toujours obligée jusqu'au paiement; *l. 28, Cod. de fidej.* C'est pourquoi le créancier peut abandonner les poursuites commencées contre le débiteur principal, pour poursuivre la caution; mais ordinairement la caution peut lui opposer l'exception de discussion, dont nous allons traiter en l'article suivant.

## ARTICLE II.

*De l'exception de discussion.*

## §. I. Origine de ce droit.

408. Suivant le droit qui étoit en usage avant la nouvelle 4 de Justinien, le créancier pouvoit exiger des cautions le paiement de ce qui lui étoit dû avant que de s'adresser au débiteur principal : *Jure nostro*, dit Antonin Caracalla en la loi 5, *Cod. de fidej., est potestas creditori, relicto reo, eligendi fidejussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur*. Les empereurs Dioclétien et Maximien décident la même chose en la loi 19, *Cod. de tit. Justinien, de nov., cap. 1*, a accordé aux fidéjusseurs l'exception qu'on appelle de *discussion* ou *exception d'ordre*, c'est-à-dire, l'exception par laquelle ils peuvent renvoyer le créancier qui leur demande le paiement de sa dette, à discuter auparavant les biens du débiteur principal. Ce droit de la nouvelle est suivi parmi nous; mais non pas à l'égard de toutes les cautions, ni dans tous les cas.

## §. II. Quelles cautions peuvent opposer l'exception de discussion.

409. Les cautions judiciaires ne peuvent opposer cette exception; *Louet, lettre F, 23*.

Les cautions pour les fermes du roi ne sont pas non plus aujourd'hui reçues à opposer cette exception, quoique l'ordonnance de Louis XII, de l'an 1513, la leur eût accordée. La jurisprudence en étoit introduite dès le temps de M. Le Bret, qui en rapporte cette rai-

son, que ces cautions sont présumées être secrètement les associés du fermier débiteur principal; *Le Bret, plaid. 42, in fin.*

Enfin les cautions qui, par leur cautionnement, ont renoncé à cette exception, ne peuvent pas l'exposer. *Unicuique enim licet juri in favorem suum introducto renuntiare.*

La caution est-elle censée avoir renoncé à cette exception, lorsqu'il est dit par le cautionnement, qu'elle s'oblige comme *débiteur principal*? Les auteurs paroissent partagés sur cette question. On rapporte d'anciens arrêts du parlement de Paris, qui ont jugé que cela ne suffisoit pas, et que la renonciation à cette exception doit être expresse. Basnage, en son *traité des Hypothèques*, dit que la jurisprudence de Normandie est que ces termes suffisent pour constater la renonciation à l'exception de discussion, et qu'on ne doit pas croire qu'on ait employé ces termes pour qu'ils ne signifiasent rien : cela est conforme aux règles de l'interprétation des conventions, *suprà, n. 92.*

La renonciation aux exceptions de discussion et de division ne doit pas s'inférer de ces termes qui se trouveroient à la fin de l'acte de cautionnement, *promettant, obligeant et renonçant, etc.* Ce terme *renonçant*, vague et indéterminé, sans qu'on exprime en quoi les parties renoncent, ne peut être regardé que comme un pur style qui ne signifie rien : *Ea quæ sunt styli, non operantur.* Cette décision a lieu, quand même dans la grosse le notaire auroit étendu cette clause de *renonçant, etc.*, et y auroit exprimé la renonciation aux exceptions de division et de discussion. Dumoulin,

*tr. usur., quæst. 7, in fin.,* dit l'avoir fait juger ainsi par arrêt : la raison est que le notaire ne peut pas, parce qu'il ajoute dans la grosse, augmenter l'obligation des parties; *infra, part. 4, chap. 1, art. 3, au commencement.*

§. III. En quel cas le créancier est-il obligé à la discussion, et quand l'exception de discussion doit-elle être opposée?

410. Le créancier n'est pas obligé à la discussion en tous cas, et on peut à cet égard établir pour principe que le créancier n'est pas obligé à une discussion qui seroit trop difficile.

C'est pour cette raison que la nouvelle, en accordant aux fidéjusseurs le bénéfice de discussion, en excepte le cas auquel le débiteur principal seroit absent, à moins que le fidéjusseur n'offrît de le représenter dans un bref délai qui lui seroit imparti par le juge.

Cette exception que la nouvelle met au bénéfice de discussion, n'a pas lieu parmi nous, comme le remarque fort bien Loyseau. Les raisons sur lesquelles elle est fondée, sont tirées de la difficulté qu'il y avoit selon la procédure des Romains à discuter un absent : elles n'ont parmi nous aucune application. Les assignations et significations à domicile, qui, selon notre procédure, ont le même effet que si elles étoient faites à la personne même, rendent la discussion du débiteur principal, lorsqu'il est absent, aussi facile que s'il étoit présent.

411. Le créancier n'est obligé à discuter le principal débiteur avant le fidéjusseur, que lorsque le fidéjusseur le demande, et oppose l'exception de discussion : c'est

pourquoi, quoique le créancier n'ait pas discuté le débiteur principal, sa demande et ses poursuites contre le fidéjusseur sont bien faites jusqu'à ce que le fidéjusseur ait opposé l'exception de discussion.

C'est en conséquence de ces principes qu'il a été jugé, par arrêt du 1<sup>er</sup> septembre 1705, cité par Bretonnier sur Henrys, que le juge ne pouvoit d'office ordonner cette discussion.

Cette exception de discussion est du nombre des exceptions dilatoires, puisqu'elle ne tend qu'à différer l'action du créancier contre le fidéjusseur jusqu'après le temps de la discussion, et non à l'exclure entièrement. C'est pourquoi, selon la règle commune aux exceptions dilatoires, *l. 12, Cod. de except.*, elle doit être opposée avant la contestation en cause. Si le fidéjusseur a contesté au fond, sans l'opposer, il n'y est pas recevable, étant censé, en défendant au fond, avoir tacitement renoncé à cette exception; *Gui Pape et les docteurs par lui cités, q. 50.* Il pourroit néanmoins y être reçu en un cas, savoir, si les biens dont il demande la discussion n'étoient échus au débiteur principal que depuis la contestation en cause; *putà*, par une succession qui lui seroit échue depuis: car la règle que les exceptions dilatoires doivent être opposées avant la contestation en cause, ne peut avoir lieu qu'à l'égard des exceptions déjà nées, et non à l'égard de celles qui ne sont nées que depuis; le défendeur ne pouvant pas être censé, lorsqu'il a défendu au fond, avoir renoncé à des exceptions qui ne sont nées que depuis; *Guthieres et les docteurs par lui cités, tract. de contr. jurat., xxij, 18.*

## §. IV. Quels biens le créancier est-il obligé de discuter ?

412. Lorsque la discussion est opposée, le créancier, s'il n'a pas de titre exécutoire contre le débiteur principal, doit l'assigner, et obtenir sentence de condamnation contre lui. En vertu de cette sentence, ou, sans assignation, en vertu de son titre exécutoire, lorsqu'il en a un, il doit procéder par commandement contre le débiteur principal, et saisir et exécuter les meubles qui sont en la maison dudit débiteur.

S'il n'y en a point sur lesquels on puisse asseoir une exécution, l'huissier doit le constater par un procès-verbal de carence de meubles ; et ce procès-verbal tient lieu de discussion mobilière.

A l'égard des autres biens meubles et immeubles que pourroit avoir le débiteur principal, le créancier n'étant pas obligé de les connoître, n'est pas obligé de les discuter, s'ils ne lui sont indiqués par la caution. Cette indication doit se faire en une fois : on y doit comprendre tous les biens du débiteur qu'on veut que le créancier discute. On ne seroit pas recevable, après la discussion de ceux qu'on a indiqués, à en indiquer d'autres ; arrêtés de Lamoignon, *titre des discussions*, art. 9 ; arrêt du 20 janvier 1701, rapporté par Bretonnier sur Henrys, *tome 4*, 34.

413. La discussion ne devant pas être trop difficile, le créancier ne peut être obligé à la discussion des biens du débiteur qui sont hors du royaume. M. DE LAMOIGNON vouloit qu'il ne pût même être obligé à la discussion de ceux situés dans le ressort d'un autre parlement. *Arrêtés de Lamoignon, ibid.*

Le créancier n'est pas non plus obligé à la discussion des biens du débiteur qui sont litigieux ; car il n'est pas obligé à soutenir des procès, ni à en attendre l'événement pour être payé : c'est encore une suite du même principe, que la discussion ne doit être ni trop longue ni trop courte.

Par la même raison, il n'est pas obligé de discuter les biens hypothéqués par le principal débiteur, lorsque le principal débiteur les a aliénés, et qu'ils sont possédés par des tiers ; ce sont au contraire ces tiers détenteurs qui ont le droit de renvoyer à la discussion du débiteur principal et de ses cautions les créanciers qui donneroient contre eux l'action hypothécaire ; *d. Novel. cap. 2.*

Il n'en est pas de même de ceux qui ont succédé à titre universel aux biens du débiteur principal, tels que sont des donataires et légataires universels, même le fisc, lorsqu'il a succédé au débiteur principal à titre de déshérence ou de confiscation. Ces successeurs universels *sunt loco heredis* : ils tiennent lieu d'héritiers du débiteur principal, et ils le représentent ; ils doivent par conséquent être discutés de même qu'auroit dû l'être le débiteur principal, jusqu'à concurrence de ce dont ils sont tenus de ses dettes.

Lorsque plusieurs débiteurs principaux ont contracté une obligation solidaire, et que l'un d'entre eux a donné un tiers pour caution, on demande si cette caution peut obliger le créancier à discuter non seulement celui des débiteurs pour qui elle s'est rendue caution, mais pareillement tous les autres débiteurs principaux ? Je pense qu'elle le peut : il suffit, pour

s'en convaincre, d'examiner quelle est la raison sur laquelle est fondée l'exception de discussion. Ce n'est point que l'on présume que la caution n'ait eu intention de s'obliger qu'au défaut, et en cas d'insolvabilité de celui pour qui elle a répondu : cette intention doit être exprimée : lorsqu'elle ne l'est pas, elle ne se présume pas, et l'obligation est pure et simple. Si cette présomption avoit lieu dans les cautionnements ordinaires, le droit qu'auroit la caution de renvoyer le créancier à la discussion du débiteur principal, seroit un droit qu'elle auroit en rigueur de justice; le créancier n'auroit pas d'action contre la caution avant que l'insolvabilité du débiteur principal eût été constatée par la discussion : or tous conviennent que l'exception de discussion que la loi accorde à la caution, ne lui est accordée que comme une pure grace, et que la demande du créancier contre la caution procède en rigueur, et est bien fondée, quoique le principal débiteur soit solvable, et n'ait pas été discuté; il faut donc chercher une autre raison de cette exception de discussion, et il n'y en a pas d'autre que celle-ci, savoir, qu'il est équitable qu'une dette, autant que faire se peut, soit payée plutôt par ceux qui en sont les véritables débiteurs, et qui ont profité du contrat, que par ceux qui en sont débiteurs pour autrui; qu'il y a toujours du désagrément à payer pour autrui; c'est pourquoi il est de l'humanité que le créancier, lorsque cela lui est à peu près indifférent, épargne ce désagrément à la caution, et se fasse payer plutôt par ses véritables débiteurs, que par elle. C'est la raison que Quintilien, *declam.* 273, rend du bénéfice de discussion. Après

avoir dit que c'est une chose fâcheuse pour une caution que d'être obligé de payer pour un autre, *misericordabile est*, il en conclut qu'un créancier n'a pas bonne grace à causer ce désagrément à la caution, tant qu'il peut se faire payer par le véritable débiteur : *Non aliter salvo pudore, ad sponsorem venit creditor, quam si recipere à debitore non possit*. Or il est évident que ces raisons militent pour obliger le créancier, non seulement à la discussion de celui des débiteurs solidaires pour qui la caution a répondu, mais à celle de tous les codébiteurs principaux : donc la caution est bien fondée à demander la discussion, non seulement de celui des débiteurs pour lequel elle s'est rendue caution, mais même celle des autres débiteurs principaux. On peut même dire que celui qui s'est rendu caution pour l'un d'entre plusieurs débiteurs solidaires, est aussi en quelque façon caution des autres : car l'obligation de tous ces débiteurs n'étant qu'une même obligation, en accédant à l'obligation de celui pour qui il s'est rendu caution, il a accédé à celle de tous.

§. V. Aux dépens de qui doit se faire la discussion.

414. La discussion se fait aux risques et périls du fidéjusseur qui a demandé qu'elle fût faite ; et comme celle des biens immeubles ne se peut faire sans de grands frais, le créancier peut demander que ce fidéjusseur lui fournisse des deniers pour la faire. C'est une règle générale pour tous les cas auxquels l'exception de discussion est opposée ; *Journal des Audiences, tom. 1, liv. 5, ch. 25* : et c'est une suite de notre principe.

§. VI. Le créancier qui a manqué à faire la discussion est-il tenu de l'insolvabilité du débiteur ?

415. Il nous reste une question. Le créancier à qui le fidejusseur a opposé l'exception de discussion, n'a point jugé à propos de la faire aussitôt, et a laissé passer plusieurs années, pendant lesquelles le débiteur est devenu insolvable; pourra-t-il, en le discutant depuis qu'il est devenu insolvable, revenir contre le fidejusseur? Je crois le créancier bien fondé, et que la caution ne peut lui opposer aucune fin de non-recevoir, sous le prétexte qu'il n'a pas fait assez à temps la discussion des biens du débiteur principal à laquelle il a été renvoyé. La raison est que le droit que donne aux cautions l'exception de discussion qui leur est accordée par la novelle, se borne à arrêter les poursuites du créancier contre elles, tant qu'il ne s'est pas encore pourvu contre le débiteur principal, et qu'il n'a pas discuté ses biens. Le bénéfice de cette novelle se borne à ce que, comme il y est dit, *Creditor non primum ad fidejussorem aut sponsorem accedat*. Il suffit donc que le créancier ne poursuive pas les cautions avant que d'avoir poursuivi le débiteur principal, et discuté ses biens; le créancier peut faire cette poursuite quand bon lui semblera, et rien ne l'oblige à la faire au gré des cautions. La loi ayant fixé le temps dans lequel un créancier peut exercer ses actions, le fidejusseur ne peut lui en fixer un plus court que celui que la loi lui accorde: *Nemo invitus agere compellitur; toio tit. Cod. ut nemo invitus, etc. Creditor ad petitionem debiti urgeri minimè potest; l. 20, Cod. de pign.* Donc si le débi-

teur principal, à la discussion duquel le créancier a été renvoyé, est par la suite devenu insolvable, la caution ne doit pas s'en prendre au créancier qui ne l'a pas poursuivi pendant qu'il étoit solvable : le créancier n'y étoit pas obligé; et la caution, si elle appréhendoit le cas d'insolvabilité qui est arrivé, pouvoit obvier à cela, en poursuivant elle-même le débiteur principal, comme elle en avoit le droit, aussitôt qu'elle a été assignée; *infra*, n. 440. Henrys, tom. 2, liv. 4, art. 34, est de notre sentiment; il l'autorise par un arrêt rendu dans une espèce approuvée, et il atteste que c'étoit, de son temps, l'opinion commune du barreau de Paris. La coutume de Bretagne, art. 192, a une disposition contraire. Je crois qu'elle doit être restreinte à son territoire. D'Argentré, sur cet article, dit que cette disposition tirée de l'ancienne coutume, a été conservée lors de la réformation, contre son avis.

Nous n'avons traité la question qu'à l'égard des fidéjusseurs ordinaires : mais si le fidéjusseur ordinaire s'étoit seulement obligé à payer ce que le créancier ne pourroit retirer du débiteur principal, *in id quod servari non poterit*, le créancier qui auroit eu le moyen, pendant un temps considérable, de se faire payer, ne seroit pas admis facilement, après que le débiteur, au bout d'un temps considérable, seroit devenu insolvable, à donner demande contre ce fidéjusseur; l. 41, ff. *dict. tit.*; parceque ce fidéjusseur, qui ne s'est obligé qu'à ce que le créancier ne pourroit retirer, lui opposeroit qu'il a pu très facilement retirer du débiteur principal ce qui lui étoit dû, et qu'en conséquence il ne lui doit rien; l. 41, ff. *dict. tit.*

## ARTICLE III.

*De l'exception de division.*

## §. I. Origine de ce droit.

416. Lorsque plusieurs personnes se rendent cautions d'un débiteur principal pour la même dette, elles sont censées s'obliger chacune à toute la dette: *Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Instit. tit de fidej. §. 4.*

En cela plusieurs fidéjusseurs sont différents de plusieurs débiteurs principaux, lesquels ne sont censés s'obliger chacun que pour leur part, à ce qu'ils promettent conjointement, si la solidité n'est point exprimée. La raison de la différence est, qu'il est de la nature du cautionnement, de s'obliger à tout ce que doit le débiteur principal; et par conséquent chacun de ceux qui le cautionnent est censé contracter cet engagement, à moins qu'il ne déclare expressément qu'il ne s'oblige que pour partie: c'est la raison qu'en rapporte Vinnius, *select. quæst. lib. 11, ch. 40.*

L'empereur Adrien a apporté une modification à cette solidité, par l'exception de division qu'il a accordée aux fidéjusseurs: le fidéjusseur à qui le créancier demande toute la dette, obtient, par cette exception, que le créancier soit tenu de diviser et partager sa demande entre lui et ses cofidéjusseurs, lorsqu'ils sont solvables, et qu'en conséquence il soit reçu à payer au créancier sa portion, sauf au créancier à se pourvoir

pour le surplus contre les autres. Ce droit a été adopté dans notre pratique française.

§. II. Qui sont ceux qui peuvent, ou non opposer l'exception de division ?

417. Il y a quelques cautions qui ne peuvent pas opposer cette exception ; telles sont les cautions pour les deniers royaux ; voyez *Lebret, plaidoyer* 42, *in fin.*

On en exclut aussi les cautions judiciaires ; c'est le sentiment de *Basnage*. Les cautions qui par leur cautionnement ont renoncé à cette exception, ne l'ont pas non plus.

Lorsqu'il est porté par le cautionnement que les cautions se sont obligées *solidairement et comme débiteurs principaux*, cette clause est-elle censée renfermer une renonciation à l'exception de division ? Ceux qui pensent que cette clause ne renferme pas une renonciation à l'exception de discussion, doivent aussi penser qu'elle n'en renferme pas une à celle de division : mais les raisons qui nous ont portés à croire qu'elle renfermoit une renonciation à l'exception de discussion, et que nous avons rapportées, *suprà*, n. 408, nous portent aussi à croire qu'elle emporte la renonciation à celle de division.

Enfin les lois refusent l'exception de division aux cautions qui ont commencé par dénier de mauvaise foi leur cautionnement : *Inficantibus auxilium divisionis non est indulgendum* ; l. 10, §. 1, ff. *de fidej.*

418. Non seulement les cautions elles-mêmes, mais leurs héritiers, peuvent user de cette exception.

Le certificateur de la caution, qui est *fidejussor fide-*

*jussoris*, peut aussi opposer les mêmes exceptions qu'auroit pu opposer la caution qu'il a certifiée; et par conséquent il peut opposer cette exception, et demander la division de la dette entre lui et les cofidėjusseurs de celui qu'il a certifié.

### III. Qui sont ceux entre qui la dette doit être divisée.

419. Le fidėjusseur peut demander la division de l'action entre lui et les autres fidėjusseurs, qui sont également fidėjusseurs principaux. Il ne pourroit pas demander qu'elle fût divisée entre lui et son certificateur; car il est lui-même un débiteur principal vis-à-vis son certificateur; *l. 27, §. 4, ff. de fidejuss.*

420. Il faut aussi que ceux avec qui le fidėjusseur demande la division de l'action du créancier, soient fidėjusseurs du même débiteur. Si deux débiteurs solidaires d'une même dette avoient donné chacun un fidėjusseur, le fidėjusseur de l'un de ces débiteurs ne pourroit pas demander que l'action fût divisée entre lui et le fidėjusseur de l'autre débiteur solidaire; car quoiqu'ils soient fidėjusseurs d'une même dette, n'étant pas fidėjusseurs d'un même débiteur, ils ne sont pas proprement cofidėjusseurs: c'est la décision des lois 43, 51, §. 2, ff. *dict. tit.*

421. Enfin il faut que les cofidėjusseurs avec lesquels le fidėjusseur demande la division de l'action, soient solvables; et ils sont censés l'être, si ne l'étant pas par eux-mêmes, ils le sont par leurs certificateurs: c'est ce que décide la loi 27, §. 2. *Si quærat an solvendo sit principalis fidejussor, etiam vires sequentis fidejussoris, ei aggregandæ sunt.*

Au reste, si mon cofidéjusseur étoit solvable lors de la contestation en cause, et qu'en conséquence l'action du créancier ait été divisée entre lui et moi; quoique par la suite, depuis la contestation en cause, il soit devenu insolvable, le créancier ne pourra plus revenir contre moi pour sa part: c'est la décision de Papinien; *l. 51, §. 4, et l. 52, §. 1.*

En cela l'exception de division diffère de celle de discussion. La raison de différence vient de la différente nature de ces exceptions. Celle de discussion n'est que dilatoire; elle ne fait que différer l'action du créancier contre le fidéjusseur, après que le créancier aura discuté le débiteur principal: au lieu que l'exception de division tient de la nature des exceptions péremptoires: elle périmé entièrement, lorsqu'elle a lieu, l'action du créancier contre le fidéjusseur qui l'a opposée, pour la part de ses cofidéjusseurs, avec lesquels la division lui est accordée; et c'est pour cela que le créancier ne peut plus revenir contre lui, quand même les cofidéjusseurs par la suite deviendroient insolubles.

Il y a plus: quand même, lors de la demande du créancier, mon cofidéjusseur auroit déjà été insolvable, si le créancier a volontairement divisé son action, en nous demandant à chacun notre part, il ne pourra plus me demander la part de mon cofidéjusseur insolvable: c'est la décision de Gordien en la loi 16, *Cod. dict. tit.*

422. Pourvu que mon cofidéjusseur soit solvable, quoique le terme ou la condition sous laquelle il s'est obligé ne soit pas encore échu, je puis néanmoins demander que l'action soit par provision divisée entre lui

et moi ; sauf au créancier à revenir contre moi pour la part de ce fidéjusseur, si à l'échéance du terme ou de la condition il n'étoit pas solvable ; *l. 27, ff. de fidej.* ; et à plus forte raison si la condition sous laquelle il s'est obligé venoit à défaillir.

423. La demande du créancier ne devant être divisée que lorsque les cofidéjusseurs sont solvables, s'il y a contestation entre le créancier et le fidéjusseur qui demande la division sur le fait de la solvabilité des cofidéjusseurs, le fidéjusseur est reçu, en offrant de payer sa part, à demander qu'avant de faire droit sur le surplus, le créancier soit tenu de discuter les cofidéjusseurs ; *l. 10, ff. dict. tit.* ; mais ce sera aux risques de ce fidéjusseur.

424. Je ne puis pas opposer l'exception de division, si mon cofidéjusseur est demeurant hors du royaume : car cette exception est une grâce que la loi n'accorde qu'autant que le créancier n'en souffriroit pas trop d'incommodité ; *Papon*<sup>®</sup>, x, 4, 15.

§. IV. Un cautionnement peut-il se diviser avec une caution qui n'a pas valablement contracté, et avec une caution mineure ?

425. Lorsque je me suis obligé comme caution pour quelqu'un, avec une personne qui étoit incapable de contracter une pareille obligation, telles qu'étoient chez les Romains toutes les femmes, je ne puis éviter de payer le total de la dette au créancier, comme si j'étois seul fidéjusseur ; la personne incapable qui s'est rendue caution avec moi, ne devant point être considérée. On ne distingue point en ce cas si j'ai contracté mon caution-

nement avant celui de cette personne incapable, ou si je l'ai contracté conjointement ou depuis.

Il n'en est pas de même, suivant le droit romain, lorsque je me suis rendu caution avec un mineur qui se fait par la suite restituer contre son obligation. Je ne suis tenu du total de la dette qu'au cas auquel j'aurais d'abord seul subi le cautionnement sans compter sur le mineur, qui ne s'est rendu caution que depuis, pour la même personne que moi : mais si nous sommes rendus cautions ensemble, la restitution qu'il obtient contre son obligation ne doit pas, suivant le droit romain, me charger seul de la dette, que je m'étois attendu qu'il paieroit avec moi ; *l. 48, pp. et §. 1, ff. de fidej.*

Papinien rapporte à cet égard cette raison de différence entre une femme et un mineur. Celui qui se rend caution conjointement avec une femme n'a pas dû compter sur la femme pour partager avec elle l'obligation, puisqu'il devoit savoir qu'elle en étoit incapable, *cum ignorare non debuerit mulierem frustrâ intercedere*. Mais il n'en est pas de même de celui qui s'est rendu caution avec un mineur, *propter*, dit Papinien, *incertum ætatis et restitutionis*, parcequ'il pouvoit ignorer qu'il fût mineur, ou espérer qu'il ne reviendrait pas contre son obligation : c'étoit au créancier plus qu'à lui à s'en informer lorsqu'il l'a admis pour caution, et c'est le créancier plutôt que lui qui doit souffrir de la restitution que le mineur a obtenue contre son obligation ; *d. l. 48, pp. et §. 1.*

Quelque respect que j'aie pour les décisions du

grand Papinien, celle-ci me paroît souffrir difficulté. Plusieurs fidéjusseurs étant, comme nous l'avons dit ci-dessus, débiteurs de toute la dette, la division qu'en accorde la constitution d'Adrien, lorsqu'ils sont tous solvables, n'est qu'une grâce qui ne doit pas leur être accordée au préjudice du créancier. Cette raison qui fait qu'on me refuse la division de la dette avec mon cofidéjussesseur, lorsqu'il est devenu insolvable, doit la faire refuser avec mon cofidéjussesseur qui s'est fait restituer contre son cautionnement. Il n'y a pas plus de raison de l'accorder avec l'un qu'avec l'autre; je n'ai pas dû compter plus sur l'un que sur l'autre : si j'ai pu prévoir l'insolvabilité, j'ai pu encore plus facilement prévoir la restitution. On ne peut pas dire que le créancier a bien voulu se charger de ce risque en acceptant le cautionnement d'un mineur; car ne s'étant pas contenté du cautionnement de ce mineur, et ayant exigé qu'on lui joignît une autre caution, c'est au contraire une preuve qu'il a cherché ses sûretés contre la restitution, et qu'il n'a pas voulu se charger de ce risque.

Ces raisons me paroissent suffisantes pour décider indistinctement contre l'autorité de la loi romaine, que la restitution obtenue pour cause de minorité par mon cofidéjussesseur, doit, de même que son insolvabilité, me charger du total de la dette.

Il y a plus : si, avant que mon cofidéjussesseur mineur se fût pourvu contre son cautionnement, j'étois poursuivi par le créancier, et que je lui opposasse l'exception de division, je pense qu'il seroit équitable qu'il ne pût être obligé de diviser son action entre son cofidé-

jusseur mineur et moi, que sous la réserve de revenir contre moi, dans le cas auquel ce mineur se feroit restituer contre son cautionnement.

Mais si le créancier avoit consenti à la division de son action sans aucune réserve, il y a lieu de penser qu'en ce cas il auroit pris sur lui le risque de la restitution du mineur, et qu'il n'auroit aucun recours contre moi.

§. V. Quand l'exception de division peut-elle être opposée.

426. On a fait une question de savoir si l'exécution de division ne pouvoit être opposée qu'avant la contestation en cause? Quelques anciens docteurs, comme Pierre de Belleperche, Cynus et autres, étoient dans ce sentiment : mais le sentiment contraire, qui est suivi par Vinnius, *select. quæst.* 11, 40, est le plus véritable; il est fondé sur le texte formel de la loi 10, §. 1, *Cod. h. tit. Ut.... dividatur actio inter eos qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine solet postulari.* Il suffit, aux termes de cette loi, de demander la division de l'action avant la sentence, et par conséquent on le peut après la contestation en cause. En effet, cette exception tient plus des exceptions péremptoires que des dilatoires, puisqu'elle tend à exclure entièrement l'action du créancier contre celui qui l'oppose pour les parts de ses cofidéjusseurs. Le texte des *institutes*, *tit. de fid.* §. 4, sur lequel se fondent ceux de l'autre sentiment, ne prouve rien. Il dit bien que tous les *fidéjusseurs* doivent être solvables lors de la contestation en cause, pour qu'il y ait lieu à la division de

l'action ; mais il ne s'ensuit pas de là que cette division ne puisse être demandée depuis.

La loi 10, §. 1, ff. *de fid.*, où il est dit que la caution qui a dénié son cautionnement n'est pas recevable à opposer l'exception de division, n'est pas contraire à notre décision : car c'est cette dénégation faite de mauvaise foi qui le rend indigne de cette grâce et non-recevable dans cette exception, et non la litiscontestation. La litiscontestation intervenue entre le créancier et la caution ne suppose pas que la caution ait dénié son cautionnement : elle a pu intervenir sur toute autre chose, *putà*, sur ce que la caution a soutenu la dette acquittée, ou qu'il y avoit quelque fin de non-recevoir qui rendoit le créancier non-recevable en sa demande. Quelques docteurs ont donné dans l'excès opposé, en décidant que l'exception de division peut être opposée même après le jugement de condamnation, à l'exemple de l'exception *cedendarum actionum*, et des exceptions *S. C. Macedoniani* et *S. C. Velleiani*. Cette opinion est démentie par la loi 10, §. 1, *Cod. de fid.*, où il est dit que les cautions peuvent proposer l'exception de division avant le jugement de condamnation, *ante condemnationem* : donc ils ne le peuvent pas après. A l'égard des exemples qu'on apporte des exceptions qui peuvent s'opposer même après le jugement, la raison est qu'il y a une grande différence entre l'exception de division et l'exception *cedendarum actionum*. Celle-ci n'attaque pas la sentence, ni le droit acquis par cette sentence au créancier ; et lorsque la caution qui a été condamnée envers lui l'a payé, il n'a aucun intérêt à lui refuser la cession de

ses actions : au lieu que l'exception de division, si on la proposoit après le jugement de condamnation, attaquerait ce jugement, et le droit acquis par ce jugement au créancier, puisqu'elle tend à restreindre à une portion le droit qui est acquis au créancier par ce jugement, d'exiger le total de la dette de la caution qui a été condamnée envers lui. Quant à ce qui est décidé pour les exceptions *S. C. Macedoniani*, *S. C. Velleiani*, c'est un droit singulier fondé sur la faveur de ces exceptions et sur une espèce d'intérêt public, *ad coercendos feneratoros, et ad subveniendum sexui muliebri*. Ce droit singulier ne peut être tiré à conséquence, et ne peut être étendu à l'exception de division, ni aux autres exceptions péremptoires ; *Vinn. ibid.*

Lorsque le jugement de condamnation est suspendu par un appel, on peut dire qu'il n'y a pas de condamnation, jusqu'à ce qu'il intervienne un arrêt définitif : d'où il suit que la caution peut être admise, en cause d'appel, à opposer l'exception de division. C'est l'avis des docteurs cités par Bruneman, *ad l. 10, Cod. de fid.* : c'est aussi l'avis de Vinnius.

#### §. VI. De l'effet de l'exception de division.

427. L'effet de l'exception de division est de faire prononcer par le juge la division de la dette entre les fidéjusseurs qui sont solvables, et de restreindre par ce moyen à la part seulement du fidéjuteur qui a opposé la division, la demande qui a été donnée contre lui.

Avant que cette division de la dette ait été prononcée par le juge sur l'exception de division, ou qu'elle ait

été faite volontairement par le créancier, par la demande qu'il auroit donnée contre chacun des fidéjusseurs pour sa part, *l. 16, Cod. de fid.*, chacun des fidéjusseurs est véritablement débiteur du total de la dette. C'est pourquoi, si l'un d'eux a payé le total, il ne peut avoir contre le créancier aucune répétition des parts de ses cofidéjusseurs ; *l. 49, §. 1, ff. de fid.* : car il devoit véritablement le total qu'il a payé, en n'usant pas de l'exception de division dont il pouvoit user, *plenius fidem exsolvit*. Mais depuis que la division de la dette a été prononcée, la dette est tellement divisée, que quand même l'un des fidéjusseurs entre qui la dette a été divisée deviendroit depuis insolvable, le créancier n'auroit aucun recours contre les autres pour la part de cet insolvable ; *l. 15, §. 4, ff. de fidej.*

Il reste une question. Si le fidéjusseur qui demande la division de l'action du créancier entre lui et son cofidéjusseur, a payé auparavant une partie de la dette, doit-il payer la moitié de ce qui reste dû, sans rien imputer de ce qu'il a payé ? Papinien l'avoit décidé ainsi ; *eam enim quantitatem inter eos convenit dividi, quam litis tempore debent*. Cette décision, quoique conforme à la rigueur du principe, n'a pas été suivie ; il a été trouvé plus équitable d'accorder au fidéjusseur la faculté d'imputer sur la part dont il est tenu de la dette ce qu'il a déjà payé, de ne l'obliger à payer que le surplus de sa part du total de la dette, et de charger de l'autre en entier son cofidéjusseur : *Sed humanius est*, dit l'annotateur, *si et alter solvendo sit, per exceptionem ei qui solvit succurri* ; *d. l. 51, §. 1.*

## ARTICLE IV.

De la cession d'actions, ou subrogation que le créancier est tenu d'accorder au fidéjusseur qui le paye.

428. Un troisième bénéfice que les lois accordent au fidéjusseur, c'est que lorsqu'il paye, il peut requérir le créancier de le subroger à tous ses droits, actions et hypothèques, tant contre le débiteur principal qu'il a cautionné, que contre toutes les autres personnes qui sont tenues de cette dette. C'est ce qui résulte de la loi 17, ff. de *fid.*; l. 21, *Cod. d. tit.*; et de quantité d'autres textes. Voyez sur cette cession d'actions, et sur l'exception qu'à le fidéjusseur qui s'est par son fait mis hors d'état de les céder, *infra*, p. 3, ch. 1, art. 6, §. 2.

## SECTION VII.

Du droit qu'à la caution contre le principal débiteur et contre ses cofidéjusseurs.

429. La caution a recours contre le débiteur principal après qu'elle a payé. Nous traiterons de ce recours dans un premier article. Il y a même des cas auxquels la caution a action contre le débiteur principal, même avant qu'elle ait payé : nous en parlerons dans le second article. Nous traiterons, dans un troisième, de la question particulière si la caution d'une rente constituée peut obliger, au bout d'un certain temps, le débiteur au rachat de la rente. Nous traiterons, dans le quatrième, du droit de la caution contre ses cofidéjusseurs.

## ARTICLE IV.

De la cession d'actions, ou subrogation que le créancier est tenu d'accorder au fidéjusseur qui le paye.

428. Un troisième bénéfice que les lois accordent au fidéjusseur, c'est que lorsqu'il paye, il peut requérir le créancier de le subroger à tous ses droits, actions et hypothèques, tant contre le débiteur principal qu'il a cautionné, que contre toutes les autres personnes qui sont tenues de cette dette. C'est ce qui résulte de la loi 17, ff. de *fid.*; l. 21, *Cod. d. tit.*; et de quantité d'autres textes. Voyez sur cette cession d'actions, et sur l'exception qu'à le fidéjusseur qui s'est par son fait mis hors d'état de les céder, *infra*, p. 3, ch. 1, art. 6, §. 2.

## SECTION VII.

Du droit qu'à la caution contre le principal débiteur et contre ses cofidéjusseurs.

429. La caution a recours contre le débiteur principal après qu'elle a payé. Nous traiterons de ce recours dans un premier article. Il y a même des cas auxquels la caution a action contre le débiteur principal, même avant qu'elle ait payé : nous en parlerons dans le second article. Nous traiterons, dans un troisième, de la question particulière si la caution d'une rente constituée peut obliger, au bout d'un certain temps, le débiteur au rachat de la rente. Nous traiterons, dans le quatrième, du droit de la caution contre ses cofidéjusseurs.

## ARTICLE PREMIER.

*Du recours de la caution contre le débiteur principal, après qu'elle a payé.*

§. I. Quelles sont les actions qu'a la caution contre le débiteur principal après qu'elle a payé.

430. Après que la caution a payé, si elle s'est fait subroger aux droits et actions du créancier, elle peut les exercer contre le débiteur, comme le créancier auroit pu faire lui-même. Si elle a négligé d'acquiescer cette subrogation, elle ne laisse pas d'avoir de son chef une action contre le débiteur principal, pour se faire rembourser de ce qu'elle a payé pour lui.

Cette action est l'action *mandati contraria*, si c'est au sçu et au gré du principal débiteur qu'elle l'a cautionnée : car ce consentement du débiteur principal renferme un contrat tacite de mandat, suivant cette règle de droit ; *Semper qui non prohibet pro se intervenire mandare creditur*; l. 60, ff. de R. J. Si la caution s'est obligée pour le débiteur principal sans sa connoissance, elle ne peut pas avoir contre lui l'action *mandati*; mais elle a contre lui l'action *contraria negotiorum gestorum*, qui a le même effet.

§. II. Quel paiement donne lieu à ces actions.

431. Il n'importe que la caution ait payé en conséquence d'une sentence de condamnation, ou volontairement et sans sentence : car en l'un et en l'autre cas, *utiliter debitoris negotium gessit*. Elle a procuré au débiteur la libération de sa dette, et par conséquent

il doit la rembourser de ce qu'il lui en a coûté pour la lui procurer.

Il n'importe que le paiement ait été un paiement réel, ou une compensation, ou une novation. En tous ces cas, la caution a droit de demander que le débiteur principal la rembourse, soit de la somme qu'elle a payée, soit de celle qu'elle a compensée, soit de celle qu'elle s'est obligée de payer pour éteindre l'obligation du principal débiteur.

432. Si le créancier, en considération de la caution, a fait remise de la dette à titre purement gratuit, la caution ne peut rien demander au principal débiteur qui a profité de cette remise, parcequ'il n'en a rien coûté à la caution. Si la remise étoit faite pour la récompense des services que la caution a rendus au créancier, la caution pourroit se faire rembourser de cette somme par le débiteur principal; car en ce cas il en a coûté à la caution la récompense qu'elle auroit pu espérer de ses services, dont elle souffre la compensation pour la dette de ce débiteur principal à laquelle elle a accédé comme caution. C'est la disposition de la loi 12, ff. *mandat*. Et cela est conforme à cette maxime de la loi 26, §. 4, ff. *d. tit. Sciendum est non plus fidejussorem consequi debere mandati judicio, quàm quod solverit.*

§. III. Trois conditions pour que le paiement fait par la caution donne lieu contre le débiteur principal.

433. Pour que le paiement fait par la caution donne lieu à ces actions, il faut, 1<sup>o</sup> que la caution n'ait pas

par sa faute négligé quelque fin de non-recevoir qu'elle eût pu opposer au créancier.

2° Que le paiement ait été valable, et ait libéré le débiteur principal.

3° Que le débiteur principal n'ait pas payé une seconde fois par la faute de la caution.

PREMIÈRE CONDITION.

434. Pour que la caution qui a payé ait recours contre le débiteur principal, il faut qu'elle n'ait pas négligé par sa faute d'opposer les fins de non-recevoir, si elle en avoit quelques unes à opposer contre le créancier. Par exemple, si quelqu'un m'a cautionné pour le prix d'un héritage que j'ai acheté, et qu'ayant connoissance que cet héritage m'a été évincé, il paye néanmoins le prix à mon vendeur envers qui il s'est rendu caution pour moi, il n'aura aucun recours contre moi; parcequ'il pouvoit se dispenser de payer, en opposant au vendeur l'exception résultante de l'éviction que j'avois soufferte. Si la caution a ignoré l'éviction, et par conséquent l'exception qui en résulteroit contre la demande du prix que lui a faite le vendeur, je serai obligé de lui rendre ce qu'il a payé, sauf mon recours contre mon vendeur : car il n'est pas en faute de n'avoir pas opposé une exception dont il n'avoit pas de connoissance, et c'est moi qui suis en faute, au contraire, de ne l'en avoir pas averti. La loi 29, ff. *mand.*, établit ces principes dans une espèce assez ressemblante. Au reste, il n'y a que l'ignorance de fait qui puisse en ce cas excuser la caution; il en seroit autre-

ment de l'ignorance de droit. *Finge.* J'ai acheté sous votre cautionnement une maison que je croyois subsister, et qui avoit été entièrement brûlée avant le contrat : quoique vous eussiez depuis appris l'incendie, vous avez payé le prix que vous croyiez par erreur de droit être dû ; vous ne devez avoir aucun recours contre moi ; *d. l. 29, §. 1.*

435. Si la caution avoit une fin de non-recevoir à opposer contre le créancier, mais qui fût telle qu'elle ne pût l'opposer honorablement, en ce cas la caution n'est pas à la vérité obligée de l'opposer ; mais elle ne doit pas priver le débiteur de la faculté de l'opposer. C'est pourquoi elle doit se laisser assigner pour le paiement, et appeler en cause le débiteur principal, afin qu'il puisse l'opposer, si bon lui semble ; faute de le faire, la caution n'aura aucun recours contre le débiteur principal de ce qu'elle aura payé. C'est ce qui résulte des lois 48, *ff. mand. et 10, §. 12, d. tit.*

On peut apporter pour exemple de ces fins de non-recevoir qu'on ne peut honorablement opposer, celle qu'on peut opposer au créancier de rente constituée, qui a laissé accumuler plus de cinq années.

436. La règle que nous avons établie, que la caution, pour avoir recours contre le débiteur principal, doit n'avoir pas omis par sa faute d'opposer les fins de non-recevoir qu'elle avoit à opposer, souffre exception, lorsque ces fins de non-recevoir qu'elle avoit à opposer, souffre exception, lorsque ces fins de non-recevoir lui étoient personnelles, et ne pouvoient être opposées par le débiteur principal. Par exemple, si la caution qui m'a cautionné jusqu'à un certain temps paye pour

moi après ce temps, quoiqu'elle eût pu se dispenser de payer, elle ne laissera pas d'avoir recours contre moi, parcequ'elle a payé pour moi ce que je n'aurois pu éviter de payer. C'est la décision de la loi 29, §. 6, ff. *mand. Quamquàm enim jam liberatus solverit, fidem implevit, et debitorem liberavit.* Il suffit qu'elle m'ait procuré à ses dépens la libération, pour que je doive l'en indemniser; autrement je m'enrichirois à ses dépens, ce que l'équité ne permet pas : *Neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari.*

## DEUXIÈME CONDITION.

437. Pour que la caution ait un recours contre le débiteur principal, il faut que le paiement qu'elle a fait soit valable : c'est pourquoi si celui qui me doit un cheval indéterminément m'a donné une caution, et que cette caution, par la suite, m'en fournisse un qui se trouve ne lui pas appartenir, la caution n'aura point de recours contre le débiteur principal; parceque le paiement qu'elle a fait n'est pas valable, et n'a point procuré au principal débiteur sa libération.

438. Cette règle souffre exception dans le cas auquel la caution poursuivie par le créancier paieroit, dans l'ignorance où elle seroit que le débiteur principal a déjà payé : car quoique ce paiement fait par la caution, étant le paiement d'une somme qui avoit cessé d'être due, ne soit pas un paiement valable, néanmoins la caution ne laissera pas d'avoir recours, *actione mandati contrariâ*, contre le débiteur principal, pour être remboursée de la somme qu'elle a payée, à la charge seulement, par la caution, de subroger le débiteur

principal en son action de répétition contre le créancier qui peut être insolvable, pour que le débiteur principal s'en fasse payer comme il pourra. C'est la décision de la loi 29, §. 2, ff. *mand.* Le débiteur principal est en faute de n'avoir pas averti la caution qu'il avoit payé.

Cette décision ne doit pas avoir lieu lorsque la caution a cautionné le débiteur principal à son insu ; car en ce cas le débiteur principal n'est pas en faute de n'avoir pas averti du paiement cette caution qu'il ne connoissoit pas.

#### TROISIÈME CONDITION.

439. Un troisième cas auquel la caution qui a payé n'a pas de recours contre le débiteur principal pour la somme qu'elle a payée, c'est lorsque, faute par elle d'avoir averti le débiteur principal, ce débiteur a payé une seconde fois au créancier : mais au moins elle peut demander que le débiteur lui cède son action pour répéter contre le créancier qui a reçu ce qui ne lui étoit plus dû. C'est la décision de la loi 29, §. 3, ff. *mand.*

Selon nos usages, ces cessions se suppléent, et on permettroit en ce cas-ci à la caution de répéter *rectâ viâ* du créancier, ce qu'il auroit reçu une seconde fois.

§. IV. Quand la caution qui a payé peut-elle exercer son recours ?

440. Régulièrement la caution qui a payé peut agir en recours contre le débiteur principal aussitôt qu'elle a payé pour lui : mais si elle avoit payé avant que le

terme fût échu, elle ne pourroit agir en recours contre lui qu'après l'expiration du terme ; car elle ne doit pas par son fait le priver du terme dont il a droit de jouir ; *l. 22, §. 1 ; l. 51, ff. mand.*

§. V. Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs principaux, la caution a-t-elle action contre chacun d'eux, et pour combien ?

441. La caution peut, par l'action *contraria mandati*, ou par l'action *contraria negotiorum gestorum*, agir contre chacun des débiteurs principaux qu'elle a cautionnés pour la répétition du total de ce qu'elle a payé : car chacun de ces débiteurs principaux étant débiteur du total de la dette envers le créancier, la caution, en se rendant caution pour chacun d'eux, et en payant, a libéré chacun d'eux du total ; et par conséquent elle a droit de conclure solidairement contre chacun d'eux au remboursement du total de ce qu'elle a payé, et aux intérêts, du jour de sa demande.

Si dans ce que la caution a payé il y avoit des intérêts et des arrérages, ces intérêts et ces arrérages forment un capital à l'égard de la caution qui les a payés, vis-à-vis le débiteur pour qui elle les a payés, et les intérêts en sont dus à la caution, du jour de sa demande. *Arrêt rapporté par Papon, x, 4, 20.*

Observez néanmoins que pour la somme qu'elle a payée pour ces intérêts et arrérages, la caution qui s'est fait subroger aux droits du créancier sera colloquée sur les biens du débiteur contre qui elle exerce son recours, dans le même rang qu'y seroit colloqué le créancier s'il n'étoit pas payé : mais à l'égard des

intérêts de cette somme, que nous disons lui être dus du jour de sa demande, comme ce n'est que de son chef qu'elle a droit de les prétendre, elle ne sera colloquée que du jour de l'acte d'indemnité passé devant notaire, si le débiteur lui en a passé un ; ou s'il n'y en a point, du jour de la condamnation qu'elle aura obtenue contre lui.

La caution, qui exige de l'un des débiteurs principaux qu'elle a cautionnés le total de la dette qu'elle a acquittée, doit céder à ce débiteur non seulement ses actions qu'elle a de son chef contre les autres débiteurs, mais aussi les actions du créancier auxquelles elle a dû se faire subroger en le payant. Si la caution, en payant le créancier, a négligé de requérir cette subrogation, et qu'elle se soit par-là mise hors d'état d'en pouvoir procurer la subrogation à celui des débiteurs principaux de qui elle exige le total de la dette qu'elle a acquittée, ce débiteur pourra, en offrant de la rembourser pour sa part, obtenir, *per oppositam exceptionem cedendarum actionum*, le congé de la demande de la caution pour les parts des autres débiteurs principaux.

Cela a lieu si le débiteur avoit effectivement intérêt d'avoir la subrogation aux actions du créancier : mais s'il n'avoit aucun intérêt à cette subrogation, si la subrogation aux actions que la caution a de son chef lui donne le même avantage sur les biens de ses codébiteurs, que la subrogation aux actions du créancier, en ce cas il n'est pas recevable à se plaindre que la caution n'ait pas requis, en payant, la subrogation aux actions du créancier, et ne puisse la lui procurer ;

il est par conséquent non-recevable dans l'exception *cedendarum actionum*.

C'est ce qui paroîtra par l'exemple suivant. *Finge*. Plusieurs débiteurs ont emprunté solidairement une somme d'un créancier, sous mon cautionnement, et ils m'ont donné chacun un acte d'indemnité devant notaire, de même date que l'obligation qu'ils ont contractée envers le créancier. J'ai acquitté cette dette sans requérir la subrogation aux actions du créancier; j'en demande le remboursement pour le total à l'un des débiteurs. Il est évident qu'il ne peut pas se plaindre de ce que je ne puis lui procurer la subrogation aux actions du créancier; car l'action que j'ai de mon chef contre les codébiteurs, et à laquelle je suis prêt à le subroger, ayant une hypothèque résultante de l'acte d'indemnité de même date que l'hypothèque des actions du créancier; la subrogation à cette action, que je lui offre, lui procure le même avantage sur les biens de ses codébiteurs, que lui auroit procuré la subrogation à celles du créancier, et par conséquent le rend sans intérêt, et non-recevable à se plaindre de ce que je ne la lui ai pas pu procurer.

Lorsque la caution ne s'est rendue caution que pour l'un des débiteurs solidaires, et non pas pour les autres, elle n'a, après qu'elle a acquitté la dette, d'action directe que contre celui qu'elle a cautionné : elle peut seulement, comme exerçant les droits et actions de son débiteur, exercer celles que ce débiteur, en acquittant la dette, auroit pu exercer contre eux, et de la même manière qu'il les auroit exercées; sur quoi, voyez *suprà*, n. 281.

## ARTICLE II.

Des cas auxquels la caution a action contre le débiteur principal, même avant qu'elle ait payé.

442. La loi 10, *Cod. mand.*, ne reconnoît que trois cas dans lesquels une caution puisse, avant qu'elle ait acquitté la dette, agir contre le débiteur qu'elle a cautionné, pour en être par lui indemnisée. *Si pro eâ contra quam supplicas fidejussor, seu mandator intercessisti, et neque condemnatus es, neque bona sua eam dilapidare postea cepisse comprobare possis, ut tibi justam meliendi causam præbeat; neque ab initio ita te obligationem suscepisse, ut eam possis et ante solutionem convenire; nullâ ratione, antequàm satis creditori pro eâ feceris, eam ad solutionem urgeri certum est; d. l. 10.*

Le premier cas rapporté dans cette loi, est lorsque la caution a été condamnée à payer, *si neque condemnatus es.*

Selon notre pratique françoise, la caution n'est pas obligée d'attendre qu'elle ait été condamnée. Aussitôt qu'elle est poursuivie par le créancier, elle peut assigner le débiteur principal comme son garant, pour qu'il soit tenu de l'acquitter : elle doit même le faire ; faute de quoi le débiteur n'est point tenu d'acquitter la caution des frais faits avant qu'il ait été appelé en cause, mais seulement de l'exploit de la demande originaire, et des frais faits depuis qu'il a été mis en cause.

Le débiteur que la caution n'a pas appelé peut même quelquefois se défendre de l'acquitter du prin-

cipal, au paiement duquel la caution a été condamnée, lorsqu'il avoit de bons moyens de défense contre la demande du créancier, qu'il eût pu opposer, s'il eût été appelé en cause, *suprà*, n. 433.

Le second cas est lorsque le débiteur principal est en déroute, *neque postea bona sua dilapidare comprobare possis* : en ce cas, la caution, quoiqu'elle n'ait pas encore payé, peut faire arrêt sur les biens du débiteur principal, afin qu'ils répondent du cautionnement qu'elle a subi pour lui.

Le troisième cas exprimé par cette loi, est lorsque le débiteur s'est obligé à rapporter à la caution la décharge de son cautionnement dans un certain temps : en ce cas, après le temps expiré, la caution peut agir contre le débiteur principal, pour qu'il lui rapporte cette décharge, ou deniers à suffire pour payer le créancier.

La loi dit, *neque ab initio*, parceque, suivant les principes du droit romain, cette convention devoit intervenir dès le temps du mandat; les conventions qui n'interviennent que depuis le contrat, n'étant que de simples pactes, qui, selon la subtilité du droit romain, ne pouvoient pas produire d'action; voyez *in Pand. Justin.*, tit. de *pactis*, n. 34. Ces subtilités n'ayant point été reçues dans notre droit, il n'importe que la convention soit intervenue dès le temps du contrat ou depuis.

La loi 38, §. 1, *mand.*, rapporte un quatrième cas; *si diu reus in solutione cessavit*. Suivant cette loi, quoiqu'il n'y ait aucune clause par laquelle le débiteur principal seroit obligé à faire décharger la caution de

son cautionnement dans un certain temps ; néanmoins la caution , dont l'obligation dure depuis un temps considérable , peut assigner le débiteur principal à lui en procurer la décharge. La loi , par ce terme *diu* , désigne un temps considérable ; mais elle ne le détermine pas précisément. Barthole l'arbitre à deux ou trois ans : plusieurs l'arbitrent au temps de dix ans , depuis la date du cautionnement. On ne peut rien définir à cet égard : cela doit dépendre des circonstances , et être laissé à l'arbitrage du juge ; *gl. ad d. l. 38.*

443. Lorsque l'obligation à laquelle une caution a accédé doit , par sa nature , durer un certain temps , quelque long qu'il soit , la caution ne peut demander , pendant tout ce temps , que le débiteur principal l'en fasse décharger ; car ayant connu ou dû connoître la nature de l'obligation à laquelle elle accédoit , elle a dû compter qu'elle demeureroit obligée pendant tout ce temps : c'est pourquoi celui qui s'est rendu caution d'un tuteur pour la gestion de sa tutelle , ne peut demander au tuteur , tant que sa tutelle durera , qu'il le fasse décharger de son cautionnement , parceque l'obligation qui résulte de l'administration de sa tutelle , ne peut finir avant la fin de la tutelle. Par la même raison , celui qui s'est rendu caution pour un mari envers sa femme de la restitution de sa dot , ne peut demander à ce mari , tant que le mariage dure , à être déchargé de son cautionnement , parceque l'obligation de la restitution de la dot est de nature à ne pouvoir s'acquitter qu'après la dissolution du mariage.

## ARTICLE III.

Si la caution d'une rente peut obliger le débiteur au rachat.

444. Ou il y a eu une convention entre la caution et le débiteur principal, que le débiteur seroit obligé de la décharger de son cautionnement au bout d'un certain temps convenu entre les parties, ou il n'y a eu à cet égard aucune convention. Le premier cas fait moins de difficulté; il ne laisse pas néanmoins d'avoir quelque difficulté apparente. On peut dire qu'une telle convention n'est pas valable, comme contraire à la nature des rentes constituées, parcequ'il est de leur essence que le débiteur ne puisse jamais être forcé de les racheter : on ajoute que de telles conventions, si elles étoient permises, ouvrieroient la voie aux fraudes des créanciers, qui, pour se ménager le pouvoir de forcer au rachat les débiteurs de rentes qu'on leur constitueroit, n'acqueroient la rente que sous la condition secrète qu'on feroit intervenir une caution à eux affidée, avec qui le débiteur auroit convention de racheter la rente au bout d'un certain temps; et, par ce moyen, ces créanciers se feroient indistinctement des rentes usuraires, sans aliéner leur fonds et leur principal. Nonobstant ces raisons, Dumoulin, *tract. de usur.*, q. 30, décide que cette convention est valable; que la caution peut, au bout du temps convenu, exiger du débiteur principal qu'il la fasse décharger de son cautionnement, et que, pour cet effet, il soit tenu de rembourser la rente. Si l'on oppose contre cette convention, qu'il est de l'essence des rentes constituées.

que le débiteur ne puisse être forcé à les racheter, la réponse est qu'à la vérité il est de l'essence de ces rentes que le débiteur ne puisse être forcé par le créancier à les rembourser; mais rien n'empêche qu'il ne puisse y être forcé par un tiers. C'est la parfaite aliénation du sort principal que le créancier a payé pour l'acquisition de la rente, qui fait l'essence de la rente constituée; mais il suffit pour cette aliénation que le créancier de la rente ne se soit pas retenu le droit de pouvoir l'exiger, et qu'il n'y puisse jamais obliger le débiteur: il est indifférent que le débiteur puisse y être obligé par un tiers. Quant à la seconde objection, tirée de la fraude, la réponse est qu'elle ne se présume pas. Il est vrai que la permission de cette convention peut donner quelquefois occasion à l'espèce de fraude ci-dessus mentionnée, et c'est un inconvénient: mais si, sous le prétexte de cet inconvénient, cette convention, qui en elle-même n'a rien que de très licite, étoit défendue, il en résulteroit un plus grand, qui est que souvent des personnes ne trouveroient pas l'argent dont elles ont besoin pour leurs affaires, faute de trouver des cautions qui voulussent contracter une obligation dont la durée ne seroit pas limitée.

Le second cas, qui est celui auquel il n'y a eu aucune convention entre le débiteur principal et la caution, souffre plus de difficulté. Dumoulin, *ibid.*, décide qu'en ce cas la caution ne peut, au bout de quelque long temps que ce soit, obliger le débiteur principal à rembourser la rente, pour la décharger de son cautionnement, parceque la nature de la rente étant de durer perpétuellement, jusqu'à ce qu'il plaise au

débiteur de la racheter, la caution, qui en a connu la nature, et qui a bien voulu la cautionner, s'est soumise à contracter une obligation perpétuelle, ainsi que l'est la rente. *Non obstat*, dit-il, *quòd diù vel perpetuò remanebit in obligatione, quia hoc est de naturá obligationis, et sic prævisum fuit, et tamen fidejussit, et se perpetuò obligavit : simplex autem promissio indemnitàtis intelligitur secundum naturam obligationis principalis*. Ainsi, ajoute-t-il, celui qui se rend caution pour celui qui a pris à bail un héritage pour le temps de quatre-vingts ans, contracte un cautionnement de pareille durée : ainsi les cautions d'une tutelle, ainsi les cautions d'un mari pour la restitution de la dot, contractent des cautionnements qui doivent durer autant que la tutelle ou le mariage, et dont ils ne peuvent être déchargés plus tôt : c'est la jurisprudence du parlement de Toulouse, attestée par Catelan, *tom. 2, liv. 5, chap. 21*. Nonobstant ces raisons, on tient au Palais que, même dans ce cas auquel il n'y a eu aucune convention entre le principal débiteur et la caution, lorsque la caution s'est obligée à la prière du débiteur, et que son cautionnement dure depuis un temps très considérable, comme de dix ans au moins, la caution est bien fondée à demander au débiteur principal qu'il l'en décharge, en remboursant la rente dans un certain temps qui lui sera limité par le juge. La raison est que si une rente est de nature à toujours durer jusqu'à ce qu'elle soit remboursée, elle est aussi de nature à pouvoir toujours être remboursée. Si la caution d'un preneur par bail à longues années, d'un tuteur, ou d'un mari, pour la restitution de la dot, ne peut être déchar-

gée qu'après l'expiration du bail, ou après l'expiration du temps de la tutelle ou du mariage, c'est qu'il est de la nature de ces obligations de ne pouvoir finir plus tôt. C'est pourquoi celui qui s'est rendu caution par ces espèces d'obligations a dû compter que l'obligation de son cautionnement ne finiroit pas plus tôt : mais les rentes constituées pouvant être remboursées, et se remboursant très fréquemment, celui qui s'est rendu caution pour le débiteur a compté que le débiteur rembourseroit la rente, et que son cautionnement ne seroit pas éternel : c'est pourquoi, lorsqu'il dure trop longtemps, il doit être reçu à demander que le débiteur le décharge en remboursant la rente : c'est l'avis de *Basnage*, p. 2, ch. 5. *Lacombe* cite un arrêt qui l'a jugé.

Le droit qui résulte de la convention que le débiteur sera tenu de rembourser la rente dans un certain temps convenu, pour décharger la caution, ne s'exerce pas à la rigueur. C'est pourquoi si la caution, après l'expiration du temps convenu, poursuit le débiteur pour faire ce remboursement, le juge doit être facile à accorder au débiteur une prorogation de temps pour satisfaire à cette obligation, lorsque le débiteur n'a pas la commodité de le faire incontinent ; *Molin.*, *ibid.*

445. Lorsque le fidéjusseur, qui est convenu avec le débiteur principal qu'il rembourseroit la rente dans un certain temps, est devenu l'unique héritier du créancier de la rente, ou lorsqu'en étant devenu héritier pour partie, la rente est tombée par le partage en son lot ; il est évident qu'il ne peut plus exiger du débiteur principal le remboursement de la rente ; car son cautionnement se trouve en ce cas éteint, ne pouvant pas

être caution envers lui-même. Il ne peut donc plus être recevable à demander que le débiteur le décharge d'un cautionnement qui ne subsiste plus, et dont il se trouve libéré.

*Quid*, si la rente pour laquelle il s'est rendu caution envers le défunt est tombé au lot de son cohéritier, ou que le partage ne soit pas encore fait? Dumoulin, *ibid.*, décide que si la caution n'est devenue héritière du créancier que pour une petite portion, elle peut, en l'un et en l'autre cas, exercer le droit qu'elle a de son chef d'obliger le débiteur à lui procurer la décharge de son cautionnement en remboursant la rente; mais que si elle est devenue héritière du créancier pour une portion considérable, comme pour une moitié ou pour un tiers, elle ne peut, ni dans l'un ni dans l'autre cas, exiger du débiteur cette décharge. La raison qu'il en rapporte est que la caution, en devenant héritière pour une portion considérable de la rente, est devenue créancière de cette rente pour une portion considérable; et que cette qualité de créancier pour une portion considérable de la rente qu'elle a, ou qu'elle a eue avant le partage, résiste au droit d'en exiger du débiteur le remboursement, pour se procurer la décharge de son cautionnement; d'autant plus qu'il lui est ou qu'il lui a été facile de se procurer d'une autre manière cette décharge, en faisant tomber par le partage cette rente dans son lot.

J'aurois de la peine à me rendre à cette décision de Dumoulin, sur-tout dans le cas auquel la rente est échue en entier par le partage au cohéritier de la caution: car, suivant les principes de notre jurisprudence

sur l'effet déclaratif et rétroactif des partages, qui n'étoient pas si bien établis au temps de Dumoulin qu'ils le sont aujourd'hui, un héritier n'est censé avoir succédé au défunt qu'aux effets qui lui sont échus dans son lot par le partage. La caution est donc censée n'avoir jamais succédé à la rente pour laquelle elle s'est rendue caution envers le défunt, cette rente étant tombée en entier dans le lot de son cohéritier. Elle n'a donc et est censée n'avoir jamais eu pour aucune portion la qualité de créancière de cette rente. Rien ne peut donc l'empêcher d'exercer le droit qu'elle a de son chef d'exiger du débiteur qu'il la rembourse, pour lui procurer la décharge de son cautionnement. Quant à ce qu'ajoute Dumoulin, qu'il a été facile à la caution de se procurer d'une autre manière la décharge de son cautionnement, en faisant tomber la rente dans son lot, je réponds 1<sup>o</sup> que cela ne dépendoit pas entièrement de la caution, son cohéritier, à qui cette rente pouvoit faire plus de plaisir que des fonds d'héritages, ayant pu exiger que le sort en décidât. 2<sup>o</sup> Quand cela auroit dépendu de la caution, je ne vois pas qu'elle fût obligée, pour faire plaisir au débiteur, de prendre cette rente plutôt que d'autres effets de la succession qui pouvoient lui faire plus de plaisir et lui être plus avantageux.

Le cas auquel le partage n'est pas fait a plus de difficulté : je penserois qu'en ce cas, sur la demande que donneroit la caution contre le débiteur pour le remboursement de la rente, on devroit surseoir jusqu'après le partage : car il n'est pas équitable que la caution poursuive le débiteur pour le remboursement, lors-

qu'elle a espérance d'acquiescer la décharge de son cautionnement par le partage, qui peut faire tomber cette rente dans son lot.

*Quid*, si le partage étoit fait, et que la rente fût demeurée en commun entre la caution et son cohéritier? Je conviens qu'en ce cas la qualité qu'a la caution de créancière pour une portion de cette rente l'empêche de pouvoir exiger du débiteur qu'il fasse le remboursement du total de cette rente : mais pourquoi ne pourroit-elle pas, en lui déclarant qu'elle consent qu'il la lui continue pour la portion qui lui est tombée en partage, exiger qu'il la lui rembourse pour la portion qui appartient à son cohéritier, afin de la décharger envers lui de son cautionnement? Je ne vois rien qui l'en doive empêcher.

La caution cesse d'avoir le droit d'exiger que le débiteur principal fasse le rachat de la rente, non seulement lorsque c'est à titre d'héritier qu'elle devient propriétaire et créancière de la rente, mais aussi lorsqu'elle le devient à quelque titre que ce soit, soit universel, soit particulier; *putà*, si elle devient donataire ou légataire universelle du créancier de la rente, ou donataire ou légataire particulière de la rente : car elle n'a droit d'en demander le rachat que pour être déchargée de son cautionnement; et elle n'a plus besoin d'en être déchargée lorsqu'elle est devenue propriétaire de la rente, à quelque titre que ce soit, puisque dès-lors son cautionnement est éteint, personne ne pouvant être caution envers soi-même.

Si le droit de propriété de la rente que la caution a acquis n'étoit qu'un droit résoluble; *putà*, si elle étoit

donataire ou légataire de cette rente, à la charge de substitution; l'obligation de son cautionnement seroit en ce cas plutôt suspendue qu'éteinte : elle reviroit lorsque son droit de propriété viendroit à se résoudre, *putà*, par l'ouverture de la substitution. C'est pourquoi la caution ne pourroit pas, à la vérité, exiger le rachat de la rente pendant le temps qu'elle en seroit propriétaire; mais son droit de propriété venant à se résoudre, et en conséquence l'obligation de son cautionnement venant à revivre envers celui à qui la propriété de la rente a passé, le droit de demander au principal débiteur qu'il rachète la rente, pour qu'elle soit déchargée de son cautionnement, doit pareillement revivre; et le temps dans lequel il s'est obligé de faire ce rachat, qui avoit cessé de courir pendant que la caution étoit propriétaire de la rente, recommencera à courir.

Mais si la caution qui est devenue propriétaire de la rente cesse d'en être propriétaire par une aliénation volontaire qu'elle en a faite, et non par la résolution de son droit, l'obligation de son cautionnement ne revit pas, ni par conséquent le droit d'exiger du débiteur le rachat de la rente; *Molin. ibid. quæst. 29, n. 246.*

Si la caution avoit elle-même fait le rachat de la rente, quoiqu'elle se fût fait subroger aux droits du créancier, et qu'au moyen de cette subrogation, elle pût la faire revivre contre le débiteur, néanmoins elle pourra, en ne faisant pas usage de cette subrogation, répéter du débiteur principal la somme qu'elle a payée pour ce rachat. La raison est qu'un mandataire peut

répéter, *actione mandati contrariâ*, tout ce que l'affaire dont il s'est chargé l'a obligé de déboursier, *quidquid ex causâ mandati ipsi inculpabiliter abest*; (*V. Pand. Justin. tit. mand. n. 53 et seq.*) Or c'est le cautionnement que la caution a subi à la prière du débiteur, qui l'a obligée à faire ce rachat, pour mettre fin à son obligation : donc cette somme *ipsi abest ex causâ mandati, et quidem inculpabiliter*; car le débiteur principal ne peut désapprouver cette dépense, puisqu'il s'étoit obligé lui-même à faire le rachat, pour mettre fin à l'obligation de la caution son mandataire, si la caution ne l'eût fait elle-même : donc ce débiteur principal ne peut se défendre de la répétition de cette somme; *Molin. ibid. quæst. 30.*

Soit que la caution ait donné des deniers pour le rachat de la rente, soit que, du consentement du créancier, elle lui ait donné quelque chose équivalente à la somme dont elle étoit rachetable, elle a la répétition de cette somme contre le débiteur principal; car en l'un et en l'autre cas, *ipsi ex causâ mandati abest*.

Observez que si la caution avoit fait le rachat de la rente avant l'expiration du temps dans lequel le débiteur s'étoit obligé de la racheter, elle n'en pourroit avoir la répétition qu'après l'expiration de ce temps : même après ce temps, cette répétition ne doit pas s'exercer avec rigueur; et lorsqu'elle est demandée, le juge doit être facile à accorder terme au débiteur pour trouver de l'argent.

Nous avons dit que la caution qui a racheté la rente ne pouvoit avoir la répétition des deniers du rachat contre le débiteur principal qu'elle a cautionné, qu'au-

tant qu'elle n'useroit pas de la subrogation à elle accordée pour faire revivre la rente : pourquoi cela ? Il sembleroit au contraire que la caution ayant deux qualités, *duarum personarum vices sustinens*, pourroit exercer tout à-la-fois les droits différents qui résultent de ces deux qualités, savoir, celui d'exiger la continuation de la rente, comme subrogée aux droits du créancier, et celui qu'elle a de son chef, d'exiger que le débiteur principal rachète la rente. Il semble qu'elle le peut d'autant plus, que le débiteur principal paroît ne souffrir en cela aucun préjudice ; puisque si la caution n'avoit pas fait le rachat, la caution pourroit exiger de lui qu'il le fit ; et nonobstant cette demande de la caution, il ne laisseroit pas d'être tenu de payer les arrérages au créancier jusqu'à ce qu'il l'eût fait : or, il lui est indifférent de les payer à la caution subrogée aux droits du créancier, ou au créancier. Nonobstant ces raisons, Dumoulin, *quæst.* 29, décide que la caution qui veut user du droit de subrogation et se faire servir de la rente, ne peut plus dès-lors user du droit qu'elle avoit d'en exiger le rachat, parceque ce sont deux droits absolument incompatibles. Le créancier d'une rente constituée, ou celui qui en veut exercer les droits ; est par cette qualité obligé de procurer au débiteur la libre jouissance du sort principal de la rente aussi longtemps qu'il plaira au débiteur ; ce qui est contradictoire avec le droit d'exiger le sort principal.

Dumoulin, *quæst.* 30, n. 249, apporte ce tempérament à sa décision, que si la caution, dans l'ignorance du droit où elle étoit qu'elle ne pouvoit pas cumuler le droit de faire revivre à son profit la rente,

et celui d'en exiger le rachat, en avoit reçu une année ou deux d'arrérages, elle ne laisseroit pas de pouvoir être reçue à en exiger le rachat, en offrant de renoncer à la subrogation aux droits du créancier, et d'imputer en conséquence sur le principal, les arrérages qu'elle a reçus.

## ARTICLE IV.

Des actions de la caution contre ses cofidėjusseurs.

446. Une caution peut bien exercer contre ses cofidėjusseurs les actions du créancier lorsqu'elle a eu la précaution de s'y faire subroger; mais suivant les lois romaines, elle n'a de son chef aucune action contre eux, même dans le cas auquel elle auroit payé la dette : c'est la décision de la loi 39, ff. *de fid.*; l. 11, *Cod. d. tit.*

Les jurisconsultes romains se sont fondés sur le principe suivant. Lorsque plusieurs personnes se rendent cautions pour un même débiteur, elles ne contractent entre elles aucune obligation : chacune d'elles n'a d'autre intention que d'obliger le débiteur principal; chacune d'elles ne se propose de faire l'affaire que du débiteur principal, et non celle de ses cofidėjusseurs : *Solius rei principalis negotium gerit, non alter alterius negotium gerit.*

Ce principe est vrai, et on peut même dire évident : mais la conséquence que les jurisconsultes romains en ont tirée, qu'un fidėjusseur ne peut jamais, sans subrogation d'actions, avoir aucune action de recours contre ses cofidėjusseurs, même lorsqu'il a payé la dette entière, dont ils étoient tous tenus, est une con-

et celui d'en exiger le rachat, en avoit reçu une année ou deux d'arrérages, elle ne laisseroit pas de pouvoir être reçue à en exiger le rachat, en offrant de renoncer à la subrogation aux droits du créancier, et d'imputer en conséquence sur le principal, les arrérages qu'elle a reçus.

## ARTICLE IV.

Des actions de la caution contre ses cofidėjusseurs.

446. Une caution peut bien exercer contre ses cofidėjusseurs les actions du créancier lorsqu'elle a eu la précaution de s'y faire subroger; mais suivant les lois romaines, elle n'a de son chef aucune action contre eux, même dans le cas auquel elle auroit payé la dette : c'est la décision de la loi 39, ff. *de fid.*; l. 11, *Cod. d. tit.*

Les jurisconsultes romains se sont fondés sur le principe suivant. Lorsque plusieurs personnes se rendent cautions pour un même débiteur, elles ne contractent entre elles aucune obligation : chacune d'elles n'a d'autre intention que d'obliger le débiteur principal; chacune d'elles ne se propose de faire l'affaire que du débiteur principal, et non celle de ses cofidėjusseurs : *Solius rei principalis negotium gerit, non alter alterius negotium gerit.*

Ce principe est vrai, et on peut même dire évident : mais la conséquence que les jurisconsultes romains en ont tirée, qu'un fidėjusseur ne peut jamais, sans subrogation d'actions, avoir aucune action de recours contre ses cofidėjusseurs, même lorsqu'il a payé la dette entière, dont ils étoient tous tenus, est une con-

séquence trop dure, et que nous n'avons pas admise dans notre jurisprudence. Au contraire nos juriconsultes françois ont pensé que la caution qui a payé toute la dette, peut, sans subrogation d'actions, en répéter une part de chacun de ses cofidėjusseurs. C'étoit l'avis de d'Argentré, sur l'art. 213 de l'ancienne coutume de Bretagne, et l'on en a fait une disposition lors de la réformation, art. 194.

Cette action ne naît pas du cautionnement que ce fidėjusseur a subi avec ses cofidėjusseurs, puisque par ce cautionnement ils n'ont contracté aucune obligation entre eux, suivant le principe ci-dessus établi : elle ne naît que du paiement que ce fidėjusseur a fait de toute la dette, et de l'équité, qui ne permet pas que ses cofidėjusseurs, qui étoient tenus comme lui de la dette, profitent à ses dépens du paiement qu'il en a fait. Cette action n'est pas la vraie action *negotiorum gestorum* ; ce fidėjusseur qui a payé la dette entière, ayant payé ce qu'il devoit effectivement, s'étant acquitté de sa propre obligation, *proprium negotium gessit, magis quàm cofidejussorum* : mais cette action est une action *utilis negotiorum gestorum, quæ non ex subtili juris ratione, sed ex solâ utilitatis et æquitatis ratione proficiscitur* ; parceque, quoique ce fidėjusseur, *ipsius inspecto proposito*, en payant la dette entière, fit plutôt sa propre affaire que celle de ses cofidėjusseurs, néanmoins, *affectu inspecto*, ayant, quant à l'effet, géré l'affaire de ses cofidėjusseurs en même temps qu'il faisoit la sienne, les ayant, par le paiement qu'il a fait, libérés d'une dette qui leur étoit commune avec lui,

l'équité exige qu'ils portent leur part de ce paiement, dont ils ont profité autant que lui.

Il y a quelques auteurs qui ont été bien plus loin, et qui ont soutenu que dans le cas d'insolvabilité du débiteur principal, un fidéjusseur avoit action de son chef contre ses cofidéjusseurs, non seulement après qu'il avoit payé le créancier, pour répéter d'eux leurs parts de ce qu'ils auroient été tenus comme lui de payer au créancier; mais que même avant d'avoir payé, chacun des fidéjusseurs avoit action contre ses cofidéjusseurs pour qu'ils contribuent avec lui au paiement de la somme qu'ils doivent tous au créancier. Ils ont été même jusqu'à dire que, dans le cas de l'insolvabilité d'un débiteur de rente constituée, un fidéjusseur qui se trouvoit depuis un temps considérable caution de cette rente, avoit action contre ses cofidéjusseurs pour qu'ils fussent tenus de contribuer avec lui au rachat de cette rente. Voyez *Basnage, traité des Hypothèques*, p. 2, ch. 6, qui cite quelques arrêts du parlement de Normandie qui l'ont jugé ainsi; et *Brodeau sur Louet, lettre F*, ch. 27, qui cite aussi un arrêt du parlement de Paris. Mais je pense que ces auteurs ont été trop loin. J'accorde que lorsque l'un des fidéjusseurs est poursuivi par le créancier, ce fidéjusseur poursuivi a action contre ses cofidéjusseurs, pour qu'ils aient à fournir chacun leur part de la somme demandée, dont le paiement doit faire cesser les poursuites; et qu'à faute de ce faire, ils seront tenus, chacun pour leur part, des frais faits depuis que les poursuites leur auront été dénoncées. Cette action

naît des poursuites faites contre ce fidejusseur, et de l'équité, qui ne permet pas que, entre plusieurs qui sont tenus également d'une même dette, l'un en soit plus poursuivi que les autres. C'est sur cette raison d'équité qu'a été établi le bénéfice de division entre les cofidejusseurs. Cette même raison d'équité qui fait admettre un fidejusseur poursuivi pour le paiement, à demander au créancier qu'il partage son action et ses poursuites entre tous les fidejusseurs, le doit pareillement faire admettre à demander à ses cofidejusseurs qu'ils contribuent, chacun pour leur part, au paiement de la dette; et faute de ce, au paiement des frais faits depuis que les poursuites leur sont dénoncées. Il doit être admis à cette demande, même lorsqu'il a renoncé au bénéfice de division, ou qu'il en est exclus par la nature de la dette cautionnée; cette renonciation et cette exclusion n'ayant lieu qu'en faveur du créancier.

Mais tant que le fidejusseur n'est pas poursuivi pour le paiement, il n'a aucune action contre ses cofidejusseurs pour les obliger à contribuer avec lui au paiement de la dette: car les cofidejusseurs, suivant le principe établi ci-dessus, n'ayant entendu contracter entre eux aucune obligation, celle d'où naît l'action que l'un d'eux a contre ses cofidejusseurs, lorsqu'il est poursuivi, n'est fondée que sur une raison d'équité, qui naît de la poursuite même qui est faite contre lui; d'où il suit qu'il n'en peut avoir aucune, tant qu'il n'est pas poursuivi. A plus forte raison le fidejusseur d'une rente ne peut pas, en cas d'insolvabilité du débiteur principal, avoir action contre ses cofidejusseurs,

pour les obliger à contribuer avec lui au rachat de la rente ; car de quelle obligation pourroit naître cette action ? Lorsque le fidejusseur l'a rachetée , il ne peut non plus demander autre chose à ses cofidejusseurs , que la continuation de la rente , chacun pour leur part : car l'action qu'il a contre eux ne pouvant naître que de la règle d'équité , qui ne permet pas que ses cofidejusseurs profitent de ce rachat à ses dépens ; ces cofidejusseurs ne retirant de ce rachat d'autre profit que la libération de la prestation d'une rente , ils ne peuvent être tenus à autre chose qu'à lui continuer , chacun pour leur part , une rente pareille à celle dont le rachat les a libérés envers le créancier.

Une caution qui a payé une dette exigible , ou racheté une rente , a action contre les autres cautions principales , et en cas d'insolvabilité de quelques unes d'entre elles , contre les certificateurs de cette caution insolvable , qui à cet égard la représentent ; mais elle n'a aucune action contre ses propres certificateurs qui l'ont certifiée elle-même : car le certificateur est le fidejusseur de la caution qu'il certifie , *est fidejussor fidejussoris* ; la caution , vis-à-vis de ses propres certificateurs , tient lieu d'un débiteur principal , *est instar rei principalis*.

Par la même raison , lorsque le certificateur a payé , il a recours pour le total contre la caution qu'il a certifiée.

## SECTION VIII.

*De plusieurs autres espèces d'obligations accessoires.*

## ARTICLE PREMIER.

De l'obligation de ceux qu'on appelle en droit *mandatores*.

447. Celui par l'ordre duquel j'ai prêté de l'argent à quelqu'un, est ce qu'on appelle en droit *mandator pecuniæ credendæ; toto tit. ff. de fidej. et mand.*

Lorsque vous me donnez l'ordre de prêter une certaine somme d'argent à Pierre, cet ordre, que je me charge d'exécuter, renferme un contrat de mandat qui intervient entre nous.

Suivant les principes du contrat de mandat, le mandataire étant obligé envers le mandant, *actione mandati directâ*, à lui tenir compte de tout ce qu'il a ex *causâ mandati*, je suis, par ce contrat, en ma qualité de mandataire, obligé, *actione mandati directâ*, envers vous qui êtes le mandant, à vous céder l'action qui naît du prêt de la somme d'argent que j'ai fait en exécution de votre mandat, et que j'ai par conséquent *ex causâ mandati*.

De votre côté, vous êtes obligé envers moi, *actione mandati contrariâ*, de me rembourser et indemniser de la somme que j'ai déboursée pour exécuter votre mandat, en la prêtant par votre ordre à Pierre. Par cette obligation vous devenez envers moi le répondant de Pierre pour la dette qu'il a contractée envers moi par le prêt que je lui ai fait.

En cela les *mandatores pecuniæ credendæ* conviennent avec les fidéjusseurs.

Il ne faut pas néanmoins les confondre, et il y a une différence essentielle entre les uns et les autres.

L'obligation d'un fidéjusseur n'est autre chose qu'un simple accessoire à l'obligation du débiteur principal ; laquelle a pour cause celle de l'obligation du débiteur principal. Par exemple, lorsque vous vous rendez caution envers moi pour une somme d'argent que j'ai prêtée à Pierre, ou pour une somme d'argent que Pierre me doit pour le prix d'une chose que je lui ai vendue, le cautionnement que vous contractez n'est qu'une simple accession à l'obligation de Pierre ; la cause de votre obligation, aussi bien que de celle de Pierre, à laquelle vous avez accédé, est la vente ou le prêt que j'ai fait à Pierre.

Il n'en est pas de même de l'obligation que vous contractez envers moi, par l'ordre que vous me donnez de prêter une certaine somme à Pierre : il est vrai qu'elle a le même objet que celle que Pierre contracte envers moi par le prêt que je lui fais par votre ordre. La somme d'argent que vous me devez rembourser, *actione mandati contrariâ*, n'est pas une pareille somme ; mais c'est précisément la même somme qui m'est due par Pierre ; et il ne m'est pas permis de la recevoir de vous et de lui, suivant la règle : *Bona fides non patitur ut idem bis exigatur ; l. 57, ff. de R. J.* Mais quoique votre obligation ait le même objet que celle de Pierre, quoique la somme qui m'est due par vous et par lui, soit une seule et même chose dont Pierre est le débiteur le plus principal, puisqu'il en est le débiteur pour lui-même absolument, et que vous en êtes débiteur plutôt pour lui que pour vous, néanmoins votre obli-