

DE LA CONDITION DES ESCLAVES
EN DROIT ROMAIN
et
DES EFFETS DU CAUTIONNEMENT
EN DROIT FRANÇAIS



FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

- MM. DUFOUR ✱, Doyen, professeur de Droit commercial.
MOLINIER ✱, professeur de Droit criminel.
BRESSOLLES ✱, professeur de Code civil.
MASSOL ✱, professeur de Droit romain.
GINOULHIAC, professeur de Droit français, étudié dans ses
origines féodales et coutumières.
HUC, professeur de Code civil.
HUMBERT, professeur de Droit romain, en congé.
POUBELLE, professeur de Code civil.
ROZY, professeur de Droit administratif.
BONFILS, professeur de Procédure civile.
ARNAULT, professeur d'Economie politique.
DELOUME, agrégé, chargé du cours de Droit des gens.
LAURENS, agrégé, chargé d'un cours de Droit romain.
PAGET, agrégé.
CAMPISTRON, agrégé.
M. MOUSSU, Secrétaire, agent comptable.

PRÉSIDENT DE THÈSE : M. BONFILS, professeur.

SUFFRAGANTS : { MM. Bressolles, professeur.
Massol, professeur.
Ginouliac, professeur.
Rozy, professeur.
Laurens, agrégé.

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

DE LA CONDITION DES ESCLAVES

EN DROIT ROMAIN

DROIT ROMAIN
ET

DES EFFETS DU CAUTIONNEMENT

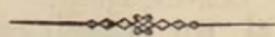
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE

PAR M. IBRAHIM BEY FOUAD

LICENCIÉ EN DROIT



TOULOUSE

PAUL PRIVAT, IMPRIMEUR DE LA FACULTÉ DE DROIT

9, rue Tripière, 9

—
1877

DE LA CONDITION DES ESCLAVES

EN DROIT ROMAIN

DROIT ROMAIN

DES DEVOIRS DU CAUTIONNEMENT

EN DROIT ROMAIN

DE LA CONDITION DES ESCLAVES
THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR M. M. IBRAHIM BEY FOUAD

PAR M. M. IBRAHIM BEY FOUAD

L'esclavage est l'état d'un individu qui appartient à un autre.

La personne, objet de la propriété, s'appelle esclave; le propriétaire est désigné par la dénomination de maître.

Le mot servus (esclave) s'applique, d'après Justinien, au verbe habere (conservé); Servus autem eo appellatus est, qui est capto, quod imperatoris res captae conservat servus et non occisus.

Le mot servus (esclave) s'applique, d'après Justinien, au verbe habere (conservé); Servus autem eo appellatus est, qui est capto, quod imperatoris res captae conservat servus et non occisus.

DROIT ROMAIN

De la Condition des Esclaves

INTRODUCTION

L'esclavage est l'état d'un individu qui appartient à un autre.

La personne, objet de la propriété, s'appelle *esclave*; le propriétaire est désigné par la dénomination de *maître*.

Le mot *servus* (esclave) viendrait, d'après Justinien, du verbe latin *servare* (conserver) : *Servi autem ex eo appellati sunt*, dit cet empereur, *quod imperatores captivos vendere, ac per hoc servare et non occidere solent* (1). Ainsi, le vainqueur, au lieu de tuer

(1) Inst. lib. I, tit. I, § 3. L'étymologie de *servus* est plutôt dans le verbe *servire* (de là vient *servitude*).

le captif, le vend ou le garde à son service comme esclave.

En effet, d'après un préjugé ancien, admis chez presque tous les peuples de l'antiquité, le vaincu était, corps et biens, à la merci de son vainqueur.

Ce préjugé étant reconnu faux par le droit international actuel, l'esclavage fut dès lors condamné.

Nous étudierons dans cette partie de notre thèse :

1° Les causes de l'esclavage,

2° La condition des esclaves.

Enfin, nous terminerons par un appendice, dans lequel nous exposerons, sommairement, les causes d'extinction de l'esclavage.

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER

CAUSES DE L'ESCLAVAGE

1. D'après le droit romain, l'esclavage avait pour causes la naissance ou des faits postérieurs à la naissance. Nous diviserons donc ce chapitre en deux sections correspondant aux deux sources de l'esclavage.

SECTION PREMIÈRE

De la naissance comme cause de l'esclavage

2. En règle générale, et pour déterminer à un point de vue quelconque la qualité d'un nouveau-né, il faut recourir aux deux principes suivants :

1° L'enfant né d'un mariage légitime suit la condition de son père au moment de la conception ;

2° L'enfant né en dehors du mariage suit la condition de sa mère à l'époque de l'accouchement.

Rien de plus juste que ces principes ; en effet, au jour de la conception, l'œuvre du père est terminée ; l'enfant a, dès lors, une personnalité indépendante de celle de son père. Or, comme les descendants sont la

continuation de la personne de leurs ascendants, au point de vue civil, civique et de la famille, il est donc raisonnable qu'ils suivent la condition de ces derniers au moment où ils sont censés exister par rapport à eux. D'autre part, la loi ne plaçant pas l'enfant né hors du mariage sous la puissance de son père naturel, et ne tenant pas compte de cette paternité, sauf en ce qui concerne le mariage et la légitimation, cet enfant ne peut se rattacher qu'à sa mère et emprunter la condition de cette dernière. Or, l'enfant n'acquiert une vie indépendante, une personnalité physique distincte de celle de sa mère, que par le fait de l'accouchement ; c'est donc la condition de celle-ci à l'époque de la naissance qui sera celle de l'enfant.

5. D'après ce qui précède, on conçoit que le second principe est seul applicable en notre matière, le mariage ne pouvant pas avoir lieu entre libre et esclave, ou entre deux esclaves. Nous dirons donc que l'enfant naît esclave si sa mère est telle au moment de l'accouchement. Néanmoins, Gaius (I, §§ 84, 85 et 86) cite trois exceptions à ce principe. Ce sont :

1° L'enfant né des relations d'un citoyen romain avec une *ancilla aliena* qu'il croyait libre, n'était esclave que s'il était du sexe féminin.

L'empereur Vespasien fit cesser ce défaut de logique en déclarant esclaves tous les enfants issus d'une *ancilla* sans distinction de sexe.

2° D'après le S. C. Claudien, le maître pouvait, en donnant son consentement aux relations de son esclave avec une citoyenne romaine, exiger que les en-

fants qui naîtraient de cette union lui appartiendraient comme esclaves.

L'empereur Adrien abrogea cette exception, car *privatorum pacti juri publico derogari non potest*.

3° Dans certaines provinces naissait esclave l'enfant issu des relations d'une femme libre avec un *servus alienus* dont elle connaissait la condition.

4. Ce sont les seules exceptions au principe rappelé plus haut. Cependant une application rigoureuse de ce principe conduirait à des résultats iniques et inhumains. Ce qui aurait lieu, par exemple, si une femme commettait pendant sa grossesse une infraction réprimée par la perte de la liberté, l'enfant dont elle accoucherait après la condamnation naîtrait esclave (1). Or, il n'est pas équitable que cet enfant qui, sans la condamnation de sa mère, serait né libre, soit responsable d'un fait qu'il n'a pu commettre. Aussi, l'empereur Adrien décida, dans un cas pareil, que l'enfant naîtrait libre. Cette décision fut généralisée par les jurisconsultes. Enfin, partant de ce que *id favor libertatis expetit*, on finit par déclarer que l'enfant naîtrait libre, par cela seul qu'à un moment quelconque de la grossesse la mère aurait été libre (2).

Justinien consacra cette doctrine (3).

(1) Nous supposons dans le texte que l'enfant est issu hors mariage; autrement, malgré la condamnation de la mère à la perte de la liberté, l'enfant conçu en mariage légitime naîtra libre, quoique l'accouchement ait lieu après cette condamnation.

(2) Paul, Sentences, liv. 2, tit. 24, §§ 3 et 4.

(3) Instit., liv. I, tit. IV, pr.; l. 4, de *Pæn.*, C. IX, 47.

SECTION II

Faits postérieurs à la naissance qui donnent lieu à l'esclavage.

5. Les causes de l'esclavage provenant de faits postérieurs à la naissance découlent ou du droit des gens ou du droit civil ; c'est donc en deux paragraphes que nous diviserons cette section.

§ 1. — Causes de l'esclavage d'après le droit des gens.

6. La seule cause qui dérive du droit des gens est la captivité. Néanmoins, la loi romaine ne reconnaissait cet effet à la captivité qu'autant qu'elle avait lieu dans les conditions suivantes :

Il fallait : 1° que le captif devînt tel dans une guerre de nation à nation : partant celui qui était fait prisonnier par des pirates ou par des brigands ne cessait de rester libre en droit ; 2° que cette guerre fût précédée par une déclaration donnée ou reçue par les Romains dans les formes légales (*justum bellum*).

7. A Rome, les *féciaux* étaient chargés de faire les déclarations de guerre. Leur collège, composé de prêtres ou d'officiers publics, fut institué par Ancus-Martius ou par Numa, pour annoncer aux peuples voisins la paix, la guerre ou les trêves. Ces *féciaux* étaient au nombre de vingt, issus de familles les plus distinguées ; ils exerçaient leur fonction à vie et se recrutaient par voie de cooptation. Quand une nation

avait violé la foi jurée ou, après avoir envahi le territoire romain, se refusait itérativement à donner satisfaction, Rome lui dépêchait un *fécial*. Celui-ci arrivait sur le territoire ennemi, la tête couverte d'un voile et couronné de verveine ; il prononçait alors, en présence de trois témoins, la formule suivante : « *Comme ce peuple a outragé le peuple romain, moi et le peuple romain, du consentement du Sénat, lui déclarons la guerre* ». Cette formule prononcée, le *fécial* lançait sur le territoire ennemi un javelot ensanglanté et brûlé par le bout, et se retirait commençant ainsi les hostilités.

Quand Rome devint plus puissante, les fonctions des *féciaux* perdirent leur caractère primitif ; ils accomplissaient les formalités que nous venons d'énoncer dans un champ voisin de la ville.

On trouve des traces de cette institution, ainsi modifiée, jusque sous le règne d'Adrien.

Du reste, cette double condition (que la guerre soit entre deux nations et qu'elle soit déclarée suivant les formes légales) n'était exigée qu'autant qu'il s'agissait d'un individu appartenant à une nation reconnue par les Romains, c'est-à-dire une nation amie, hôte ou alliée.

§ II. — Causes de l'esclavage d'après le droit civil.

8. Les causes de l'esclavage qui dérivent du droit civil comprennent un ensemble de faits prévus par la loi et entraînant pour leur auteur la perte de la li-

berté : aussi ne peuvent-elles atteindre que des personnes saines d'esprit et capables de discernement.

Ces causes sont les suivantes :

9. 1° Les condamnations *ad metallum*, *ad opus metalli*, *ad bestias* et enfin toute condamnation à mort devenue irrévocable (1). Ces condamnés s'appelaient *servi poenae*, parce qu'ils étaient considérés comme esclaves de leur châtement.

Les condamnations *ad metallum* et *ad opus metalli* ne différaient entre elles que relativement aux poids des chaînes et à l'aggravation de peines qu'emporte l'évasion. (L. 8, § 6, *de Poen.*, XLVIII; L. 5, § 3, *de extr. cognit.*, L. 15.)

10. 2° La non-inscription sur les registres du cens. — *Servius Tullius*, 6° roi de Rome (mort 534 av. J.-C.), divisa les citoyens en six classes suivant leurs fortunes ; et pour arriver à connaître approximativement la fortune de chacun, il organisa le cens : On appelait ainsi le dénombrement des citoyens fait tous les cinq ans par des fonctionnaires nommés censeurs, et qui étaient chargés d'inscrire sur des registres *ad hoc* les nom, prénoms et le montant du patrimoine de chaque citoyen.

11. 3° Le refus du service militaire. — Ce fait et le précédent amenaient la vente du délinquant au profit du peuple.

12. 4° Le non-paiement d'une dette dans les 90 jours qui suivent la condamnation. — Le débiteur qui, à l'échéance des 90 jours, n'avait ni transigé avec

(1) L. 18, *de Stat. hom.*, 1, 5.

son créancier ni payé la dette, était conduit, à trois jours de marche consécutifs, devant le prêteur avec publication de la somme qu'il doit ; après ces formalités, et si personne ne répondait pour ce débiteur, il était adjugé au créancier qui pouvait le faire mettre à mort ou le vendre *trans tiberim*, à moins qu'il ne veuille le garder à son service.

13. Cependant il existe certaines différences entre le débiteur *adjudicatus* et l'esclave : ainsi, celui-ci mis en liberté devient affranchi, tandis que l'*adjudicatus* ne cesse pas d'être ingénu. En fait, il est traité comme esclave, mais en droit, il continue d'être libre.

En outre, l'*adjudicatus* peut recouvrer sa liberté en payant le créancier même malgré lui ; enfin, il garde ses nom, prénoms, surnoms et tribu.

14. 5° Le *furtum manifestum*. — Le voleur était battu de verges, puis attribué *addictus* à celui qu'il avait volé. De plus, si le voleur se défend à main armée ou s'il vole pendant la nuit, la victime avait, d'après les XII Tables, le droit de le tuer. Néanmoins, Gaius (C. III, § 189) nous apprend qu'on n'était pas d'accord sur la question de savoir si le voleur devenait réellement esclave.

15. 6° La femme libre qui, connaissant sa qualité, entretient des relations malhonnêtes avec l'esclave d'autrui, devient, d'après le S. C. Claudien, l'*ancilla* du maître, si elle continue ces relations au mépris des trois sommations que celui-ci lui aura faites.

Constantin punit de mort la femme qui a des relations avec son propre esclave et condamne celui-ci à être brûlé vif. Cet empereur décide aussi que

l'homme libre qui prend pour concubine l'esclave d'autrui sera condamné à l'exil, et l'*ancilla* aux mines. De plus, le maître de cette *ancilla* subira la confiscation de la moitié de ses biens au profit du fisc dans le cas où il aurait consenti à cette union. (L. 5, C., v. 5.)

16. Des motifs de convenance et d'équité empêchèrent l'application du S. C. Claudien dans les trois cas suivants :

a. Lorsque l'esclave, complice de la femme, appartient au fils ou à l'affranchi de cette dernière. On ne voulut pas qu'elle devint l'esclave de l'un ou de l'autre.

b. Lorsque la femme coupable est *filia-familias*, pourvu que le *pater-familias* ait tout ignoré.

c. Lorsque la femme est une affranchie, à la condition que le patron n'ait pas eu connaissance de ses relations. On ne pouvait, en effet, dépouiller un individu sans son consentement des droits de puissance paternelle ou de patronage.

17. 7° L'ingratitude de l'affranchi envers son patron. — Ce ne fut qu'à partir de Commode que l'ingratitude devint pour l'affranchi une cause de perte de la liberté. En effet, sous Auguste, la loi *Ælia Sentia* (757 R.) ne donnait au patron de l'affranchi ingrat que le droit de le faire condamner *ultrà vicissimum lapidem*. Plus tard, l'affranchi fut condamné aux carrières, et enfin le *prefectus-urbi* à Rome, et le *præses provinciæ* dans les provinces furent juges arbitres de la peine à appliquer. (Tacit. annal., XIII, 26. l. 70 pr., L. 16, et l. 1, § 10, *De offic. pæf. urb.*, D.)

L'empereur Claude décida le premier que l'affranchi retomberait sous la puissance dominicale de son patron, dans le cas où il intenterait contre ce dernier un procès concernant son état (l. 5, pr. *De juri patr.*)

Sous le règne de Néron, le Sénat fut sollicité pour généraliser la décision de Claude et l'étendre à tous les cas d'ingratitude. Quoique plusieurs sénateurs fussent d'avis de discuter la question, les consuls ne permirent pas que la discussion fût entamée avant qu'on eût prévenu le prince. Celui-ci, averti du vœu du Sénat, convoqua un petit nombre de ses conseillers particuliers et, après la délibération, il répondit que « *privatim expenderent causam libertorum, quoties a patronis arguerentur : in communi nihil derogent.* » (Tacit., id, XIII, 26, 27.) Enfin, l'empereur Commode appliqua la décision de Claude à tous les cas d'ingratitude. (L. 6, § 1, D. XXV, 5.)

18. Néanmoins trois conditions sont exigées pour que l'affranchi ingrat redevienne l'esclave de son patron. En effet, il faut : 1° que l'ingratitude consiste dans des actes ou des négligences graves, tels que des violences matérielles ou le refus d'aliments (1) ; 2° que l'affranchi ait été spontanément libéré de la servitude, c'est-à-dire que l'affranchissement fût émané de la seule volonté du maître (2) ; 3° que la révocation de la liberté soit prononcée par sentence du magistrat, après constatation des faits et sur la demande du patron (3).

(1) L. 6, § 1, D., XXV, 3 ; l. 39, *De libert. causa*, C., VII, 16.

(2) L. 1, *De libert. et libereor.*, C., VI, 7.

(3) L. 2, C., VI, 7.

Ainsi, depuis Commode, le patron pouvait ou recouvrer la puissance dominicale sur l'affranchi ingrat, ou le faire condamner à la relégation au-delà de vingt milles de Rome.

Cette décision fut étendue par deux constitutions du Bas-Empire (423 et 426 ap. J.-C.) au cas d'ingratitude de l'affranchi envers les héritiers du patron, et à celui de l'ingratitude des enfants de l'affranchi envers le patron (l. 54, c. VI, 7).

19. 8° Vers les derniers temps de la République, la misère et la mauvaise foi suggérèrent la combinaison suivante : Deux individus, dont l'un se fait passer pour esclave, arrivent au marché et captent la bonne foi d'un acheteur qui, trouvant le soi-disant esclave de son goût, l'achète et le paye. Au bout de quelque temps, le vendu réclame sa liberté ; et, comme la liberté est inaliénable et imprescriptible, il triomphe nécessairement dans sa demande. Or, dans les cas semblables, le préteur accordait à l'acheteur, outre l'action *venditi* une action *in factum* contre le vendu. Mais ces actions étaient des garanties illusoirees contre des gens qui, dans la plupart des cas, se trouvaient insolubles. Aussi, pour mettre un frein à toutes ces tromperies, déclara-t-on la personne vendue esclave de l'acheteur.

Seulement, on exigeait à cet effet quatre conditions. Il fallait : 1° que le vendeur et le vendu fussent de mauvaise foi ; car si le vendu se croyait réellement esclave, l'acheteur n'avait aucune action contre lui ; et même, dans le cas où le vendeur et l'acheteur auraient eu connaissance de la condition de la personne qui se

croyait esclave, ils étaient passibles des peines qu'emporte le *plagium* qu'ils ont commis; 2° que l'acheteur fût de bonne foi, autrement il aurait subi un préjudice volontaire; 3° que le prix ait été payé; 4° que le prix ait été partagé entre le vendeur et le vendu; et que celui-ci fût majeur de vingt ans, sinon au moment de la vente, au moins à l'époque du partage du prix. Car, jusqu'à l'âge de vingt ans accomplis, le vendu de mauvaise foi n'ayant pas assez de discernement pour envisager sérieusement ses actes, il n'était pas équitable de lui infliger une peine aussi sévère. (L. 7, § 1, D. *De liber. causà.*)

L'absence des deux dernières conditions, tout en empêchant le vendu de devenir esclave, laissait néanmoins subsister contre lui l'action *in factum* prétorienne (l. 14, pr. et § 1, D., *loc. cit.*)

20. A propos de la seconde des quatre conditions que nous venons d'énumérer, on s'est demandé si, dans le cas de deux acheteurs, l'un d'eux seulement était de bonne foi, la personne vendue deviendrait-elle la propriété exclusive de celui-ci, ou bien appartiendrait-elle par indivis aux deux acheteurs?

D'après Ulpien, l'ignorance de l'un des acheteurs doit profiter à celui qui a acheté sciemment. Celui qui a ignoré, dit-il, ne peut pas avoir une part plus forte que celle qu'il a acquise.

Paul, au contraire, déclare l'acheteur de bonne foi propriétaire exclusif du soi-disant esclave.

Le droit romain n'admettant pas qu'un individu puisse être libre et esclave à la fois, on conçoit cette controverse. Toutefois, l'opinion de Paul nous semble

préférable ; car l'acheteur de mauvaise foi ne peut pas prétendre à la propriété totale ou partielle du soi-disant esclave, puisque l'une des conditions exigées à cet effet lui fait défaut. Néanmoins, comme nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, l'acheteur de bonne foi devra indemniser l'acheteur de mauvaise foi pour la portion du prix que celui-ci aura fournie.

Enfin, on protégeait tellement la bonne foi de l'acquéreur que, non-seulement l'individu majeur de vingt ans qui, sciemment, se faisait vendre comme esclave, mais aussi celui qui, dans les mêmes conditions, se laissait comprendre dans une constitution de dot, une constitution de gage ou une donation entre-vifs, devenait esclave (1).

12. Des huit causes d'esclavage instituées par le droit civil, les 2^e et 3^e disparurent avec le *cens* et le nouveau mode de recrutement de l'armée (2) ; la 4^e tomba en désuétude, et la 5^e fut supprimée par le préteur. Justinien, dans le but d'empêcher la dissolution du mariage, déclara libres en droit les condamnés *ad metallum* (3). Il abrogea aussi comme contraire aux idées religieuses de son temps le S.-C. Claudien qui, du reste, n'avait en vue que l'intérêt du maître. De plus, Justinien permit à l'homme libre qui, ayant

(1) Lois 30 et 7, §§ 2, 3, D., XL, 12 ; l. 5, D., XL, 13 ; l. 23, § 1, D., *De liber causa*.

(2) Jusqu'au commencement de l'empire, chaque citoyen était obligé au service militaire ; mais les Césars préférèrent des mercenaires qui se composaient en grande partie de Germains et de Gaulois.

(3) Nov. 22, cap. 3.

des rapports avec une *ancilla*, voudrait valider les conséquences de cette union, d'affranchir cette esclave et de la prendre pour épouse (1).

22. Après avoir traité des causes génératrices de l'esclavage, disons quelques mots sur le commerce des esclaves. Alimenté en grande partie par la piraterie et le brigandage, le commerce des esclaves était fort répandu dans l'antiquité. Les marchands d'esclaves étaient en rapport avec tous les pays; ils suivaient aussi les armées romaines afin de traiter avec les généraux de l'achat en gros des captifs.

23. A Rome, les marchands d'esclaves, désignés spécialement sous le nom de maquignons, demeuraient dans des tavernes près le temple de Castor; ils étaient renommés par leur avidité et leurs mauvaises mœurs. De plus, l'Edit des édiles les obligeait à attacher au cou de chaque esclave un écriteau contenant la désignation du lieu de naissance, des vices, qualités, âge et aptitude de l'esclave.

La vente des esclaves avait lieu devant le temple de Castor. Ceux-ci étaient exposés sur des échafaudages, ou enfermés dans des cages. Les uns avaient le front ceint d'une couronne de laurier; d'autres étaient coiffés d'un bonnet blanc; et ceux qui arrivaient d'au-delà les mers avaient les pieds enduits de blanc avec de la craie ou du gypse. Les lauriers indiquaient les prisonniers de guerre, et le bonnet, ceux que le maquignon ne garantissait pas.

24. Quoique toutes ces conditions fussent exigées

(1) L. unic., C., VII, 24; Inst., III, 12, § 1.

par l'édit pour garantir la bonne foi de l'acheteur, car le manque de l'une d'elles entraînait la nullité de la vente, la fourberie des maquignons trouvait toujours des dupes. Ils avaient soin de noyer la déclaration des vices de l'esclave dans des flots d'éloges exagérés, ainsi que le montrent ces mots qu'Horace (Epis., II, II, 4,) met dans la bouche de l'un d'eux : « Il est des pieds à la tête éclatant de beauté, c'est un enfant né chez moi et formé à obéir au moindre signe du maître, nourri dans les lettres grecques, propre à toute sorte d'arts : c'est une molle argile sous la main qui le voudra façonner, et sa voix, quoique sans culture, charmera votre table. Trop de promesses diminue la confiance et un éloge exagéré trahit l'homme qui veut se défaire de sa marchandise. Quant à moi, rien ne me presse, je suis pauvre mais sans dette. Pas un marchand ne vous fera le même avantage et nul autre que vous n'en obtiendrait autant de moi... Une seule fois il a manqué, et comme il arrive, il s'est caché sous l'escalier, craignant les étrivières. J'accepte ce cas de fuite, payez donc s'il ne vous effraye pas. »

Les triumvirs, eux-mêmes, n'étaient pas à l'abri de cette impudence ; j'emprunte l'exemple suivant à l'ouvrage de M. Dézobry (*Rome sous le siècle d'Auguste*).

« Un nommé Thoranius, dit cet auteur, avait vendu au triumvir Antoine deux enfants d'une rare beauté, et si ressemblants, qu'il les avait fait passer pour jumeaux, quoique l'un fût né en Asie et l'autre au-delà des Alpes. La différence des idiomes trahit bientôt la fraude. Antoine entre soudain en fureur, fait venir le maquignon, et, l'accablant d'injures, lui reproche,

comme principal grief, la somme exorbitante qu'il avait exigée ; elle n'allait pas à moins de deux cent mille sesterces ! Pourquoi vous irriter en enflant les deux joues ? répond Thoranius sans s'effrayer, ces enfants ne vous plaisent plus ; ne cherchons pas un nœud dans un jonc, je les reprends. Le prétendu défaut dont vous vous plaignez est, au contraire, ce qui fait leur plus grand mérite ; une ressemblance entre deux jumeaux n'aurait rien de merveilleux ; mais la trouver complète entre deux sujets nés dans des contrées si différentes, cela n'a pas de prix, et au lieu de me réprimander, vous devriez, au contraire, me remercier. Faut-il que j'aie été assez champignon de ne vous en pas demander davantage ! Mais vous n'en voulez plus, soit ; un autre les payera plus cher. — Cette réponse obtint un plein succès ; le triumvir passa tout d'un coup de la rage d'avoir été pris pour une dupe à l'admiration la plus passionnée pour son acquisition... » (V. *Rome sous le siècle d'Auguste*, tome I, lettre XXII, page 260.)

23. Auguste taxa la vente des esclaves d'un impôt de 25 0/0, selon Tacite, ou de 50 0/0, selon Dion. Cet impôt fut d'abord imposé à l'acheteur ; ensuite, on en chargea le vendeur ; mais on finit par le reporter à l'acheteur, parce qu'en réalité c'était toujours lui qui le payait, même lorsqu'on l'en avait déchargé.

CHAPITRE II.

CONDITION DES ESCLAVES.

26. Les esclaves étaient considérés par la législation romaine comme des choses ; la loi les classait parmi les *res Mancipi*, elle ne leur reconnaissait pas, en principe, de personnalité juridique : *Quod attinet ad jus civile servi pro nullis habentur. Servitutem mortalitati fere comparamus.* Et Justinien ajoute : *Servus autem manumissus cadite non minuitur, quia nullum caput habuit.*

Cependant, comme l'esclave est un être intelligent, apte par conséquent à remplir des actes juridiques ; comme cette aptitude pouvait être d'une grande utilité pour le maître, surtout sous une législation où le formalisme s'opposait à toute représentation et exigeait en principe la présence des parties dans les actes d'aliénation ou d'acquisition, le législateur Romain reconnaît à l'esclave la capacité d'acquérir pour son maître, soit des droits réels, soit des droits personnels, et dans le dernier état du droit, de l'obliger dans certains cas déterminés.

26. Néanmoins, la personnalité propre de l'esclave est prise en considération par la loi, lorsqu'il s'agit

d'un délit ; ainsi, l'esclave est-il l'auteur d'un fait délictueux, il est responsable de son acte et subit la peine attachée à ce fait.

Nous étudierons dans ce chapitre :

1° Des rapports de l'esclave avec son maître ou de l'esclave dans la famille,

2° De la capacité de l'esclave ou de l'esclave dans la société.

SECTION PREMIÈRE.

De l'esclave dans la famille.

28. Jusqu'à vers 200 avant Jésus-Christ, Rome ne posséda pas un grand nombre d'esclaves. En effet, la plupart des patriciens habitaient la campagne ; et la famille suffisait à entretenir son domaine, qui, du reste, n'était pas très-étendu ; en outre, le voisinage de l'ennemi ne permettait pas à un propriétaire de posséder beaucoup d'esclaves. Aussi le *pater-familias* qui avait un ou deux esclaves les traitait-il à peu près comme des membres de sa famille.

Mais Rome s'agrandit et devint la capitale de la plus grande partie du monde ; aussi la vanité, l'orgueil et la cupidité s'emparèrent des citoyens ; ce fut alors que chaque Romain riche eut sous sa domination des armées d'esclaves : il en avait dans ses propriétés rurales et dans la ville, soit pour le service de sa maison, soit commis dans des magasins, pour faire le commerce au profit du maître. Aussi le

nombre des esclaves devint tellement considérable que Rome s'en effraya, dit Tacite (Annales, IV, 27). De plus, Sénèque nous fait savoir qu'on avait proposé au Sénat de donner un vêtement distinct aux esclaves, « on y renonça, dit-il, parce qu'on regarda comme un danger que les esclaves ne pussent nous compter. »

29. Les travaux de l'agriculture, comme nous venons de le voir, se faisaient en grande partie par des esclaves ; ils étaient dans chaque ferme divisés par décurie. Le *villicus* ou fermier, esclave lui-même, était chargé de diriger et de surveiller le travail, et il distribuait la nourriture aux travailleurs. On confiait ordinairement cette charge de fermier à un esclave habile dans l'agriculture, et dont l'âge variait entre trente et soixante ans. On lui donnait pour femme une *ancilla* ni trop jeune ni trop âgée, dont les fonctions consistaient à préparer la nourriture des esclaves de la ferme et à soigner les malades ; elle était, en outre, chargée de surveiller ceux occupés aux travaux de la basse-cour et des étables.

Après le fermier et la fermière venaient le sous-fermier (*sub villicus*), les surveillants du second ordre (*monitores*), les gardes des champs (*salutarii circuitores*), les conducteurs des travaux, les sommeliers, les menuisiers, les boulangers, et enfin les esclaves occupés à la culture, à l'entretien des viviers, et les artisans pour la réparation des bâtiments de la ferme.

Quant à la nourriture, elle était distribuée journellement, excepté au *villicus*, aux *magisteri operarum*

et à ceux employés hors de la ferme (on choisissait ces derniers parmi les plus fidèles), auxquels les provisions alimentaires étaient données à l'avance pour un mois.

50. Les travaux de la ville, de même que ceux de la campagne, étaient entre les mains des esclaves; ainsi, le commerce, l'industrie, les soins domestiques, tout se faisait par eux. Et lorsqu'ils appartenaient surtout à des gens qui vivaient de leur travail ou à des spéculateurs, ils étaient tout le temps enfermés, mal nourris, et ne se reposant que très peu de temps; aussi l'âne des Métamorphoses n'eut guère à se réjouir d'avoir passé du moulin à la boulangerie : « Quels avortons d'hommes ! tous la peau sillonnée
« de traces livides par le fouet, le dos meurtri ; om-
« bragés plutôt que recouverts par les lambeaux de
« leurs casaques ; quelques-uns n'avaient pas une
« étroite ceinture, mais tous se voyaient à nu à tra-
« vers les haillons ; le front marqué, la tête demi-
« rasée, les pieds étreints d'un anneau de fer ; hideux
« de pâleur, les paupières rongées par cette atmos-
« phère de fumée et de vapeur obscure, si bien qu'ils
« gardaient à peine l'usage des yeux » (*Apul., Met., 4.*
— Cpr. Wallon, *Hist. de l'escl.*, t. II, p. 227).

Les patriciens, eux aussi, ne dédaignaient pas de faire le commerce par l'intermédiaire de leurs esclaves; il y en avait même qui les louaient comme manœuvres : Crassus en avait cinq cents constructeurs qu'il louait à des entrepreneurs : « Bien qu'il possédât de nom-
« breuses mines d'argent et d'immenses domaines,
« dit Plutarque, cela n'était rien en comparaison du

« profit qu'il tirait de ses esclaves » (Plut., Marcus Crassus, 2).

51. A part les esclaves qui travaillaient dans la ville, si vous entrez dans la maison d'un citoyen riche, vous trouverez d'abord le portier qui remplace l'ancien chien de garde et qui a conservé le collier de ce dernier. Franchissez le seuil de la porte : une véritable ville se présente à vos yeux ; tous les métiers y existent. Ainsi on y trouve des cuisiniers, des tailleurs, des boulangers, des brodeurs, des dégraisseurs, des foulons, des cardeurs de laines, des cordonniers, des chasseurs, des pêcheurs, des peintres, des ciseleurs, des mosaïstes, des médecins, des philosophes, des poètes, des chanteurs, des danseurs, et enfin des nains, des monstres et des farceurs. D'autres esclaves sont employés aux services intérieurs : comme ceux chargés de la garde et de la tenue du mobilier, des vêtements, des pierreries et de toute la vaisselle d'or et d'argent ; les gardiens de l'atrium, les huissiers, les introducteurs, ceux qui soulèvent les portières, ceux commis aux services des bains et de la table, etc.

52. Malgré leur utilité et les avantages qu'ils procuraient à leurs maîtres, les esclaves étaient pour la moindre faute, punis des peines les plus atroces, car le maître avait un droit absolu sur la personne de son esclave ; de plus, la loi, partant de cette idée que tout individu doit avoir intérêt à conserver sa propriété, reconnut au maître le droit de vie et de mort à ses esclaves. Mais cette considération, suffisante à l'origine pour protéger ces derniers, perdit toute sa valeur, lorsque arrivèrent, et l'augmentation extraordinaire du

nombre de ceux-ci, et la richesse non moins extraordinaire des maîtres ainsi que la dépravation de leurs mœurs. De sorte qu'aucun texte législatif n'ayant pas limité la puissance dominicale, la vie et l'honneur des esclaves dépendaient entièrement du caprice de leur maître.

53. La première modification de la puissance du maître sur la personne de l'esclave fut introduite par la loi Petronia rendue en 764 ou 814 de R. Cette loi défendit aux maîtres de forcer leurs esclaves à combattre contre les bêtes féroces, à moins qu'ils n'obtiennent un jugement à cet effet, *oblatio tamen iudicii servo, si justa sit domini querela sint pœna tradetur* (L. 11, § 2, D., 48, 8.)

Cette défense n'était pas suffisante, puisque le maître pouvait faire mourir son esclave par tout autre moyen ; il fallait prohiber ce meurtre d'une manière générale. Ce fut l'œuvre d'Adrien et d'Antonin le Pieux. Le premier défend au maître de tuer son esclave sans l'autorisation du magistrat. Le second réitère cette prohibition en la sanctionnant de la peine que subit le meurtrier de l'esclave d'autrui ; c'est-à-dire la déportation si le meurtrier est de la classe des *homines honesti*, et la mort s'il est de celle des *homines humiles*. Néanmoins, certains cas étaient exceptés de cette défense ; ainsi, lorsque le maître surprenait son esclave en adultère avec sa femme, de même lorsque l'esclave se portait à des violences criminelles contre son maître ou contre les enfants de son maître.

54. Les esclaves devenus malades ou infirmes

étaient exposés par leurs maîtres dans le temple d'Esculape. Toutefois le maître, en exposant ainsi son esclave, ne renonçait pas à ses droits de propriétaire; car, si le malade recouvre la santé, il est immédiatement réintégré dans ses anciennes fonctions. Ainsi, en exposant l'esclave, le maître ne faisait que se débarrasser des soins et dépens qu'aurait occasionnés l'état de l'infirmes. Aussi l'empereur Claude décida que l'esclave abandonné pour cause de maladie ou d'infirmité deviendrait libre, et le maître qui, dans ces conditions, tuerait son esclave, serait condamné comme meurtrier. (L. 2, D. 40, 7.)

53. Adrien prohibe la castration, sous peine de l'application de la loi Cornélia et de la confiscation au profit du fisc. Il décide, en outre, que dans le cas où l'esclave aurait consenti à sa mutilation, il serait puni de la même manière que l'opérateur. Le même prince condamna à cinq ans de relégation la matrone Umbri-cia qui, pour des causes frivoles, avait maltraité ses *ancillæ*.

56. Il arrivait souvent que des esclaves se réfugiaient dans les temples ou près la statue du prince, pour se soustraire aux mauvais traitements de leur maître. Antonin le Pieux, par un rescrit adressé à Oélius Marcien, proconsul de Bétique, et au sujet des esclaves de Sabinus qui s'étaient réfugiés près de sa statue, déclara que les maîtres qui feraient subir des violences matérielles à leurs esclaves, ou qui les forceraient à des excès contraires aux bonnes mœurs, seraient contraints de les vendre. De plus, si dans ce cas le maître voulait insérer dans le contrat de vente une

clause contraire à l'intérêt de l'esclave, cette clause serait considérée comme non avenue, et par conséquent ne produirait aucun effet.

Voici, du reste, les termes de ce rescrit :

Dominorum quidem potestatem in servos suos illibatam esse oportet, nec cuiquam hominum jus suum detrahi; sed dominorum interest, ne auxilium contra sævitiam, vel famem, vel intolerabilem injuriam denegetur iis qui juste deprecantur, ideoque cognosce de querelis eorum qui ex familia Julii Sabini ad statuam confugerunt; et si vel durius habitos quam æquum est, vel infami injuria affectos cognoveris, veniri jube, ita ut in potestatem domini non revertantur, qui se mee constitutioni fraudem fecerit, sciet me admissum severius executurum.

57. L'empereur Constantin confirma, en les précisant, les décisions de ses prédécesseurs : ainsi, par une constitution de 312 après J.-C., il permet au maître de punir la mauvaise conduite de l'esclave en lui appliquant la peine des entraves ou une fustigation modérée. En outre, le maître n'est puni comme meurtrier que s'il tue son esclave sur le coup. En troisième lieu, il défend l'exposition des enfants, et il veut que l'*infans* exposé devienne l'esclave de celui qui l'aura recueilli et élevé. Justinien déclara cet infans libre et ingénu. Le même Constantin décide aussi que tout esclave chrétien devient libre, s'il est acquis par un Israélite ; ainsi que l'esclave de quelque rite qu'il soit, soumis malgré lui à la circoncision (1).

(1) L. unic., C., 10, 14; l. 1, id. 1, 10; l. 1., C., Th., 5, 7; et *Ne Christ. mancip.*, id., 16, 9.

58. Les empereurs Théodose et Valentinien décidèrent que *Pancilla*, prostituée malgré elle par son maître, pourrait, sur sa demande, obtenir sa liberté (1).

59. Enfin, Justinien déclare libre tout esclave chrétien acquis par un non-orthodoxe (2).

De plus, dans les Nouvelles 73, cap. 17 ; et 5, cap. 2, il décide que l'esclave qui n'est pas revendiqué par son maître dans l'année qui suit son ordination devient libre ; sauf à retomber sous la puissance dominicale s'il déserte le service de l'Eglise. Egalement, l'esclave qui ayant embrassé la vie monastique n'est pas revendiqué dans les trois années de son entrée dans le monastère, acquiert la liberté. Toutefois, le maître ne peut exercer la revendication, que sous la condition de prouver que l'esclave n'est entré dans la vie monastique que pour échapper à la punition d'un délit ou de quelque vice.

SECTION II.

De l'esclave dans la société.

40. Après avoir traité de l'esclave dans la famille, il nous faut maintenant étudier son rôle dans la société.

La loi civile, nous l'avons déjà dit, ne considère la personnalité de l'esclave qu'autant qu'il s'agit de faits

(1) L. 6, C., 11, 40.

(2) L. 2, C., 1, 10.

délictueux ; aussi n'avait-il ni famille ni état civil. Les unions d'esclaves s'appelaient des *contrubernia*. La durée de ces unions dépendait de la volonté du maître. Aucun lien de parenté n'existait entre les esclaves. Néanmoins, l'enfant esclave devait le respect à sa mère ; à ce point qu'il ne pouvait la citer en justice (1). Mais, une fois l'affranchissement survenu, les serviles *cognitiones* constituaient des empêchements pour le mariage. Toutefois, cette parenté servile n'était prise en considération qu'à cause de *l'honestas publica* qui s'attachait aux justes noces (2).

Enfin, d'après la jurisprudence, il était défendu de vendre séparément des esclaves proches parents (3).

Du reste, Justinien permet à la mère qui a conçu et accouché étant esclave de succéder à son fils, si celui-ci est mort libre, et qu'elle aussi fût libre à cette époque. Elle était même appelée à l'hérédité de son fils par préférence au patron (Cpr. Acc., T. II, p. 48, note 4 et p. 58).

41. L'esclave ne pouvait pas, en général, ester en justice, et son témoignage n'y était admis qu'après qu'il eut subi la torture : *sine tormentis testimonium ejus credendum non est* (4). Il ne pouvait, non plus, témoigner contre son maître en matière de délit. Néanmoins, sous les troubles des derniers temps de la Ré-

(1) L. 4, § 2; *De in jus vocand.*, D.

(2) L. 14, *De rita Nupt.*, D.

(3) L. 35, XXI, 1; D. et l. 1, III, 38; G.

(4) L. 8, *De quæst.*, D.; et L. 8, § 2, *De testi.*, D.; Tacit., *Annal.*, III, 14.

publique, on ne tint pas compte de cette incapacité, et les témoignages, et de plus les dénonciations des esclaves contre leur maître devinrent tellement fréquents que, lorsque l'ordre fut rétabli, Jules César prohiba d'une manière générale ces dépositions; de plus, il prononça des imprécations sur sa personne et celle de ses successeurs, si de pareilles délations étaient jamais reçues.

Mais Auguste, et après lui Tibère, décidèrent que l'esclave serait d'abord acheté par le fisc, et il pourrait ensuite témoigner contre son maître.

Toutefois, lorsqu'il s'agissait de certains crimes domestiques, ce témoignage était admis directement et sans aucun détour. Ainsi, par exemple : dans le cas d'adultère, d'inceste et de profanation des *sacrà privata*. Il en était de même pour la profanation des *sacrà publica*. Tibère ajouta à ces crimes ceux de lèse-majesté, de haute trahison, de fabrication de fausse monnaie et de disette factice.

Ces exceptions furent respectées par l'édit de Claude sur les délations serviles (Cpr. Vallon, *Hist. de l'esclavage*, t. II, partie II, chap. V).

42. En ce qui concerne les transactions pécuniaires, l'esclave est complètement incapable d'acquérir pour son propre compte ou de posséder un patrimoine quelconque. Toutefois ce principe n'était pas sans exceptions.

Ainsi, les esclaves publics pouvaient acquérir ou s'obliger valablement; en outre, ils avaient la faculté de disposer par testament de la moitié de leurs biens. De même, les esclaves sans maîtres avaient la faculté

de contracter des créances ou de s'obliger, mais seulement naturellement.

43. Quant aux esclaves qui appartiennent à des particuliers, toutes les acquisitions qu'ils effectuent appartiennent à leur maître ; car ils n'ont pas de capacité propre ; et si leurs acquisitions sont reconnues valables, c'est parce que la loi considère qu'ils n'ont été, quant à ces acquisitions, que les représentants de leur maître.

Néanmoins, ces esclaves pouvaient s'obliger naturellement, et dans ce cas leur obligation conservait cette qualité même après leur affranchissement. De même, et seulement dans certains cas déterminés, ils peuvent acquérir des créances naturelles, ce qui a lieu, par exemple : lorsqu'un maître s'oblige envers son esclave ; ou encore lorsqu'il s'agit d'un intérêt futur qui ne peut toucher que l'esclave, et qui ne se réalise qu'après son affranchissement (l. 7, § 18, *de pæctis*, D.). Mais, en dehors de ces hypothèses, l'esclave ayant un maître ne peut jamais acquérir pour son compte aucune obligation. Aussi, s'il se faisait promettre un objet qui ne pût produire aucun avantage pour son maître, cette promesse ne produit même pas une obligation naturelle (1).

Voyons maintenant les effets, à l'égard du maître, des acquisitions et obligations de l'esclave.

44. Les idées abstraites ne se dégagent pas d'abord

(1) Cpr. M. Massol : *De l'obligation naturelle et de l'obligation morale en droit romain et en droit français*, première partie, ch. IV, sect. XII, pag. 471.

dans toute leur pureté chez les nations, comme chez les enfants. De même, chez les peuples de l'antiquité, et surtout à Rome, — on ne pouvait pas concevoir un droit, sans un fait matériel ou symbolique, qui accompagne sa naissance, sa modification ou son extinction. On est ainsi conduit à admettre une sorte de lien indivisible de connexité intime entre le droit et le fait qui l'accompagne. Or, d'après ces idées, un acte juridique ne pouvait profiter qu'à celui qui l'avait formé. De là la maxime : *meno per extraneam personam adquiri potest*.

Cependant, les Romains n'appliquaient pas ce principe de la non représentation entre le chef de famille et les personnes *alieni juris* qui se trouvaient sous sa puissance. Aussi était-il admis qu'un maître pouvait acquérir, soit des droits réels, soit des droits de créance par l'intermédiaire de son esclave.

Mais l'esclave étant une chose, on pouvait le posséder de plusieurs manières : ainsi on peut avoir dans son patrimoine un esclave dont on n'a que l'usufruit ou l'usage ; de même qu'on ne peut prétendre sur sa personne qu'à un droit de possession ou de propriété prétorienne (1) ; ou bien, enfin, on peut être

(1) La loi des XII Tables ne connaissait qu'une seule sorte de propriété : on était propriétaire ou on ne l'était pas. Seulement cette propriété exigeait, quant à son acquisition, certaines formalités qu'il était quelquefois difficile d'accomplir ; aussi le Préteur, voulant régulariser des acquisitions de propriété, que l'équité déclarait valables, mais qui cependant, à cause de l'émission de certaines formalités, n'étaient pas reconnues par la loi, permit à celui qui ne pouvait se dire propriétaire de se considérer comme tel et de garder la chose acquise, *in bonis*. Mais, malgré cette permission, le propriétaire primitif pouvait revendiquer cette chose, et, de plus, si

son propriétaire *quiritaire*. Nous commencerons donc par étudier les acquisitions de l'esclave dont on a la propriété, soit *quiritaire*, soit *bonitaire* ou prétorienne. Et ensuite, nous nous occuperons des acquisitions de celui dont l'usufruit ou l'usage appartient à un autre qu'au propriétaire.

§ 4. — *Acquisitions par l'esclave possédé par son propriétaire.*

45. L'esclave n'ayant qu'une personnalité d'emprunt, toutes les acquisitions qu'il réalise appartiennent à son maître. Cependant il y a des modes d'acquisition qu'il lui est impossible d'employer : ainsi, d'une part, il ne peut jamais procéder par *in jure cessio*, car ce mode repose sur l'affirmation d'un droit au profit du cessionnaire ; or, l'esclave est incapable de s'approprier un droit quelconque. De même, l'esclave ne peut jamais employer la stipulation *post mortem domini* ; au contraire, il peut valablement stipuler pour après sa mort à lui ; de plus, la personne du maître agissant par la personne de l'esclave, celui-ci ne peut employer la formule *spondes ne* que si son maître est citoyen romain.

Enfin les jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur la validité de la stipulation *sibi habere licere* faite par

l'acquéreur venait à être évincé, il n'aurait pas pu, n'étant pas propriétaire, exercer la revendication ; aussi, pour lui éviter ces inconvénients, on lui accordait ou une exception (*rei vindicte et tradite*), ou l'action Publicienne.

l'esclave. Julien la déclarait inutile, mais Ulpien la regardait comme valable, *sed videtur mihi*, dit ce jurisconsulte, *licet juris verba centineat hæc stipulatio, habere licere tamen sic esse accipiendam est in servo et in filio-familias videatur actum esse de possessione retinenda aut non afferenda, et vires habeat stipulatio. Habere dupliciter accipitur; nam et eum habere dicimus qui rei dominus est, et eum qui dominus quidem non est, sed tenet. Denique habere rem apud nos depositam solemus dicere* (L. 58, §§ 6-9, D. XLV, 1).

D'autre part, puisque *metior conditio per servos fieri potest, deterior fieri non potest*, l'esclave ne peut, sans l'autorisation de son maître, accepter une hérédité, l'héritier étant tenu de payer les dettes de la succession et de pourvoir au *sacra familia*.

46. C'est au maître de l'esclave, au moment de l'accomplissement de l'acte accusitif, que profite l'acquisition faite par ce dernier, quand même elle serait à terme ou sous condition, que l'esclave vint à changer de maître avant l'échéance du terme ou la réalisation de la condition (1). Au contraire, lorsqu'il s'agit d'une institution ou d'un legs fait à l'esclave, c'est le maître au moment du *dies cedit* qui en profitera. Ainsi Primus lègue 10,000 sesterces à Stichus, esclave de Secundus : ce legs est-il pur et simple ou à terme ? Secundus en profitera, s'il est le maître de Stichus au moment de la mort de Primus, quand même il perdrait son droit sur Stichus avant l'échéance du terme.

(1) Lois 40, 78, pr., D., XLV, 1; 1, 18 ff., l. 17; l. 20, D., XXIV, 1,

— Le legs est-il, au contraire, conditionnel? Il faudra attendre la réalisation de la condition; alors ce legs appartiendra soit à Secundus, s'il est toujours le maître de l'esclave; soit à Stichus lui-même s'il est affranchi, soit à son nouveau maître s'il en avait changé.

47. Lorsqu'un esclave appartient par indivis à plusieurs maîtres, les acquisitions par lui effectuées profitent à ces derniers en proportion du droit de chacun d'eux, si elles étaient faites sur leurs ordres ou en leurs noms, quand même, dans ce dernier cas, les acquisitions auraient été payées par l'argent de l'un d'eux. Seulement celui à qui appartient l'argent aura son recours par l'action *communi dividundo* contre les autres co-propriétaires pour leur demander le montant de la somme, sauf sa part, s'ils n'aiment mieux lui restituer l'objet de l'acquisition. Du reste, il peut, par la même action, faire prélever cette somme au moment du partage. Au contraire, si l'acquisition a eu lieu au nom ou par l'ordre de l'un des co-propriétaires, c'est lui seul qui en profitera (1).

48. *Quid* si l'un des co-propriétaires institue pour son héritier l'esclave commun? Pour résoudre cette question, une distinction est nécessaire :

Avant Justinien, que le maître ait affranchi l'esclave en l'instituant, ou qu'il l'ait institué sans lui donner la liberté, l'hérédité appartenait à celui des co-propriétaires qui avait donné l'ordre pour l'adition; ou bien à tous, proportionnellement à leurs droits si l'ordre émanait d'eux tous (Insti. Liv. II, tit. 7, § 4).

(1) Gaius, III, 167; l. 45. D. XL, 1; l. 45 ff., III, 5.

Sous cet empereur, au contraire, si le testateur affranchit l'esclave en l'instituant, c'est à celui-ci que profitera la succession. Seulement il devra indemniser les autres co-propriétaires de la part de propriété qu'ils avaient sur sa personne. Enfin l'institution est-elle faite sans affranchissement exprès ou pouvant être conjecturée des termes du testament, alors l'hérédité appartiendra à celui ou à ceux sur l'ordre desquels l'acceptation aura lieu.

49. Nous savons que l'esclave ne peut pas acquérir pour son propre compte; de plus, il faut que celui à qui doit profiter l'acquisition soit une personne *certa*. Or, quel peut être le caractère d'une acquisition faite par l'esclave d'une hérédité jacente? D'une part, l'hérédité n'étant pas une personne, et, d'autre part, l'esclave ne pouvant pas acquérir *ex personà Domini defuncti*, pas plus que *ex personà suà*, une pareille acquisition devrait être nulle et sans effet. — Cependant les jurisconsultes éludèrent la difficulté en admettant une fiction d'après laquelle l'hérédité représenterait la personne du défunt; aussi, grâce à cette fiction, on permettait à l'esclave d'acquérir au profit de l'hérédité. Toutefois, il ne pouvait adhérer à une institution testamentaire qu'avec le *jussus* de l'héritier.

50. Observons que, pour qu'une stipulation faite par l'esclave soit valable, il faut que le maître ait un intérêt quelconque à son exécution: ainsi, si un esclave stipulait une servitude prédiale et que son maître ne possédât pas un fonds au profit duquel cette servitude pût être établie, la stipulation serait inutile. De même s'il avait stipulé purement et simplement la chose de

son maître. — Au contraire, lorsqu'il s'agit d'un legs, le testateur pouvait valablement léguer *pure* la chose du maître à l'esclave. Alors l'héritier, dans le cas où il lui serait impossible d'acquérir cette chose, devait en donner la valeur au légataire ; car pour les legs et institutions testamentaires, *Domini persona ad hoc tantum inspicitur ut eum eo testamenti factio, cæterum ex personâ servi constitit legatum.*

51. S'il est vrai que toute acquisition de la propriété usufruit, servitude, ou d'une créance réalisée par l'esclave profite au maître même à son insu, il n'en est pas de même quant à la possession : car celle-ci, consistant dans des faits matériels et continus, exige pour son accomplissement la présence de celui qui veut posséder ou au moins celle de son mandataire. De là la nécessité des trois conditions suivantes pour que le maître puisse profiter de la possession acquise par son esclave :

1° Il faut que le maître possède l'esclave ;

2° Qu'il ait l'*animus possidendi* ;

3° Que l'esclave ait aussi l'intention de posséder pour son maître.

Reprenons successivement chacune de ces conditions :

52. *Que le maître possède l'esclave.* — La possession exige de la part de celui qui veut s'en investir l'*animus* et le *corpus* ; c'est-à-dire que celui qui a l'intention d'acquérir la possession d'une chose doit appréhender matériellement cette chose avec la volonté de la garder comme sienne : cette appréhension corporelle peut s'accomplir soit par celui qui veut acqué-

rir la possession ou par son esclave, soit par un tiers. Or, l'esclave qui acquiert la possession pour son maître doit être possédé par lui, afin qu'on puisse présumer qu'il lui appartient, la possession étant la preuve évidente, sinon irrévocable, de la propriété. — Ainsi, et comme conséquence de ce qui précède, le maître qui a perdu la possession de son esclave ne peut plus profiter de celle acquise par ce dernier. En outre, la possession qu'acquiert l'esclave donnée en gage ne produit aucun effet, puisqu'elle ne peut profiter ni au créancier gagiste qui ne possède pas l'esclave *animo domini*, ni au maître qui a perdu le *corpus* de son esclave.

Enfin les jurisconsultes discutaient la question de savoir si la possession qu'aurait acquise l'esclave fugitif profiterait à son maître? Nerva décidait la négative. Mais cette solution était contraire à l'intérêt des maîtres; et Hermogénien, dont l'opinion avait prévalu, disait : *per servum in fugà agentem, si necque ab alio possideatur, necque si liberum esse credat, possessio nobis acquiritur.*

Ainsi, tant que l'esclave ne se croit pas libre ou tant qu'il n'est pas possédé par un tiers, il peut acquérir la possession pour son maître.

§5. *Que le maître ait l'animo possidendi.* — L'un des deux éléments de la possession, le *corpus*, peut exister uniquement chez l'esclave; tandis que le maître doit avoir l'intention de posséder pour lui-même, afin que la possession acquise par son esclave lui profite. C'est l'idée qu'exprime le jurisconsulte Paul en disant : *Animo nostro, corpore etiam alieno posside-*

mus (1). De son côté, Papinien ajoute : *Dixi... scientiam quidem Domini esse necessariam, sed corpore servi quæri possessionem* (2).

Cependant un fragment d'Ulpien semble ne pas exiger que le maître ait l'intention de posséder pour que l'esclave lui acquière la possession. En effet, *servus quoque meus ignoranti mihi adquirit possessionem*, dit ce jurisconsulte, *nam et servus alienus, ut Vitellius scribit, sive a me, sive a nemine possideatur, potest mihi acquirere possessionem, si nomine meo eam adipiscatur* (3).

Toutefois ce texte ne contredit en rien le principe énoncé par Paul et Papinien. Car la locution *ignoranti possessio* s'emploie dans deux sens différents : d'une part, elle désigne l'ignorance complète où se trouve un individu de l'acquisition de la possession que fait un tiers en son nom ; or, c'est dans ce sens que s'applique la maxime *ignoranti possessio nihil acquiritur*. D'autre part, *ignoranti possessio* peut signifier la non-connaissance, du moment où celui à qui j'ai donné ordre ou mission de m'acquérir la possession accomplit cette acquisition (4). Or, la maxime précédente ne concerne pas cette ignorance qui n'a d'autre effet que celui de retarder le moment où l'usucapion doit commencer. C'est dans ce dernier sens, croyons-nous, que doit être interprété le fragment d'Ulpien. Du reste,

(1) L. 3, § 12, D. XLI, 2.

(2) L. 44, § 1, *cod.*

(3) L. 34, § 2, *ibid.*

(4) Savigny, *De la possession en droit romain*. trad. Stœdler, p. 291, édit. 1870.

cette explication ressort du paragraphe premier de la même loi, où le jurisconsulte se demande si l'erreur du mandant ne l'empêche pas de profiter de la possession acquise par son mandataire ? Et voici comment il répond : « *Et cum placeat ignoranti adquire poterit et errenti.....* » Donc, en commençant ainsi, *servus quoque*, le second paragraphe, il a entendu continuer la même idée développée dans le premier. Partant les mots *ignoranti mihi* ne peuvent supposer que la non-connaissance par le maître, du moment où l'esclave a acquis la possession. Ainsi, toutes les fois que l'esclave acquiert une possession sans l'autorisation de son maître, il n'y aura rien de fait, ou du moins la possession ne commencera à courir qu'après la ratification.

54. Le principe d'après lequel le maître doit avoir l'intention de posséder pour profiter de la possession acquise par son esclave n'est plus applicable lorsqu'il s'agit d'un esclave qui a un pécule ! Dans ce cas, *l'animus* de l'esclave est suffisant pour toutes les acquisitions *ex causâ peculiarîi*. On a dit, pour justifier cette exception, que la constitution du pécule équivalait à un mandat général ; et par conséquent, le maître ne devait pas être forcé de s'occuper à chaque instant des détails de l'administration des biens confiés à l'esclave. Quoi qu'il en soit, dans le cas d'un esclave à qui est confiée l'administration d'un pécule, la loi ne tient aucun compte de la capacité du maître lorsqu'il s'agit des acquisitions, soit des droits réels ou personnels réalisés par l'esclave *ex causâ peculiarîi*.

Le pécule est une partie du patrimoine du maître,

dont l'administration est confiée à l'esclave. Ordinairement le droit de l'esclave sur le pécule n'était que celui d'un simple administrateur ; partant il ne pouvait aliéner que les choses susceptibles de détérioration. Mais, si le maître en constituant un pécule à son esclave lui en accorde l'administration *cum libera*, celui-ci peut alors exercer tous les droits d'un propriétaire ; néanmoins il lui était interdit d'aliéner à titre gratuit ou de constituer un gage pour la dette d'autrui.

55. De ce que le maître doit avoir *l'animus possidendi* pour acquérir la possession par son esclave, il résulte que l'esclave d'un *infans*, celui d'un *furiosus*, et celui d'un captif ou d'une hérédité jacente ne peuvent posséder qu'*ex causâ peculiarii* seulement.

Quant aux municipes, ils pouvaient, d'après Nerva le fils, posséder par leurs esclaves chargés d'administrer un pécule ; Paul, au contraire, leur refusait toute possession sur une chose quelconque, même sur leurs esclaves ; car, dit-il, *quia uni consentire non possunt* (L. 1, § 22, D. 41, 2). Mais Ulpien, dont l'opinion prévalut, constate que cette faculté ne leur est pas incompatible : *sed hoc jure utimur, ut et possidere, et usucapere municipes possint : id que eis et per servum, et per liberam personam adquiratur* (L. 2, *ibid.*).

56. Que l'esclave ait l'intention de posséder pour son maître. — Pour que l'esclave puisse acquérir la possession pour son maître, il faut qu'il soit capable de comprendre la valeur de ses actes, qu'il ne soit ni fou ni *infans*, et qu'il ait de plus la volonté d'acqué-

rir pour son maître (Lois. 7, 1, §§ 9, 10 et 19 *ibid.*).

Dans le cas de plusieurs co-propriétaires, la possession acquise par l'esclave commun leur profite *proportione domini*, si l'esclave avait agi au nom et sur l'ordre de tous ; au contraire si l'ordre n'émanait que d'un seul, c'est lui qui en profitera.

Que décider si, dans ce dernier cas, l'esclave avait agi au nom de tous ses maîtres ? Et généralement toutes les fois que l'esclave voudrait posséder pour lui-même ou pour un autre que son maître ? Julien constate que, dans les deux dernières situations, l'esclave ferait un acte nul, *nihil agitur*. Quant au premier cas, il dit : *in parte alterius domini nihil agitur*. (L. 57, § 6 *cod.*)

Mais, d'après Ulpien, il faudrait s'attacher à l'intention du *tradens* pour décider s'il y aurait ou non acquisition. (Arg. L. 15, D. *de Donat.*)

57. Observons que les membres d'un municpe ou de toute autre corporation ne sont pas, chacun en particulier, propriétaires de l'esclave de la corporation ou du municpe. D'où les conséquences suivantes : 1° L'esclave d'une corporation peut, sans qu'il soit nécessaire de le faire changer de maître, être mis à la torture pour témoigner contre l'un des membres de la corporation dans le cas d'un crime ; 2° après son affranchissement, il peut plaider contre chaque membre de la corporation sans une autorisation préalable du prêteur. Aussi ce n'est qu'exceptionnellement que ces citoyens profitent *ut singuli* des stipulations ou autres acquisitions faites par ces esclaves.

§ 2. — *Acquisitions faites par l'esclave dont l'usufruit ou l'usage appartiennent à un autre qu'à son propriétaire.*

58. L'usufruit est le droit de retirer d'une chose tous les produits périodiques sans altérer sa substance, ni en changer la destination.

Or l'esclave dont l'usufruit est aliéné à un individu acquiert pour celui-ci soit la propriété, soit tout autre droit réel ou personnel; néanmoins, l'usufruitier ne peut profiter de ces acquisitions qu'autant qu'elles sont réalisées *ex re sua* ou *ex operis servi* (Gaius, II, 91-92).

En dehors de ces deux cas, toutes les acquisitions faites par l'esclave appartiennent au nu-propriétaire. Il en est de même quant à la possession. En effet, quoiqu'il y eût quelque doute résultant de ce que l'usufruitier ne possède pas l'esclave, on finit néanmoins par assimiler les acquisitions de la possession faite par l'esclave donné en usufruit à celle de la propriété ou autre droit : « *Per eum in quo usu fructum* »
« *habemus possidere possumus : Sicut ex operis* »
« *suis adquirere nobis solet. Nec ad rem pertinet* »
« *quod ipsum non possidemus : nam nec filium* »
(L. 1, § 8, D. *De acqui. vel omit. possess.*)

On voit que le jurisconsulte rapporte l'objection que l'esclave n'est pas possédé par l'usufruitier; mais la réfutation qu'il en donne ne nous semble pas heureuse. Car si le *pater-familias* acquiert la possession par l'intermédiaire du *filius-familias*, c'est parce que

c'est là une attribution de la puissance paternelle (L. 30, *cod.*).

59. Quoi qu'il en soit, l'usufruitier acquiert la possession, comme la propriété ou tout autre droit, par l'intermédiaire de l'esclave dont il a l'usufruit. Mais il ne profite de ses acquisitions qu'autant qu'elles se réalisent *ex re sua* ou *ex operis servi*.

Il y a acquisition *ex re fructuarii* toutes les fois qu'elle a lieu moyennant des valeurs fournies par l'usufruitier à cet effet ou dont il avait confié l'administration à l'esclave : *Ex re fructuarii id intelligitur, quod si fructuarius donaverit, concesseritve, vel ex administratione rerum ejus compendei servus fecerit* (L. 31, D. de usuf.).

A cet égard, plusieurs questions peuvent se présenter :

L'esclave achète une chose, et tradition lui en est faite sans qu'il y ait paiement. Qui est-ce qui, de l'usufruitier ou du nu-propriétaire, acquerra la propriété de cette chose? Cette question ne peut se résoudre que par le paiement; aussi, jusqu'à cette époque, la propriété demeure *inpendenti*. Or, supposons que ce paiement soit exécuté à l'aide de l'argent des deux; alors ou cet argent a été donné séparément au vendeur, ou il lui a été remis en même temps; par exemple, les fonds provenant de l'usufruitier et ceux appartenant au nu-propriétaire étaient confondus et placés dans une même bourse qui fut remise avec tout son contenu entre les mains du vendeur.

Dans le premier cas, c'est celui dont l'argent est compté le premier qui devient propriétaire. Dans la

seconde hypothèse, il n'y aura rien de fait, *quicæ eum plus pretium solvit servus non faciet nummos accipientis* (L. 25, § 1, D. de usuf.).

60. Supposons encore, que le prix de la vente reste dû jusqu'à la cessation de l'usufruit; l'usufruitier peut-il en l'acquittant s'approprier la chose achetée par l'esclave?

Les jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur ce point :

Marcellus et Mauricianus décidaient qu'une fois l'usufruit éteint, l'usufruitier ne pouvait plus prétendre à cette chose. Le nu-propiétaire seul, d'après eux, pouvait en devenir propriétaire. — Tandis que Julien et Ulpien attribuaient la propriété de la chose vendue au plus diligent. Cette décision nous paraît préférable; en effet puisque, le prix payé, l'acquisition est censée remonter au moment de la tradition; or, à cette époque, l'usufruit existant, l'esclave pouvait valablement acquérir pour l'usufruitier, il est donc rationnel d'accorder à celui-ci la faculté de devenir propriétaire de cette chose en la payant. D'ailleurs il n'y aurait aucun doute si l'esclave avait agi au nom de l'usufruitier (L. 25 ibid.).

61. L'esclave donné en usufruit peut, en agissant au nom de son propriétaire, le faire profiter des acquisitions qu'il réalise même *ex re fructuarii*; sauf en ce dernier cas au nu-propiétaire à indemniser l'usufruitier.

62. On entend par acquisitions faites *ex operis servi*, toutes celles qui ont pour cause le travail de l'esclave. Ainsi, l'usufruitier pourra le louer et recevoir les sa-

lares tant que durera l'usufruit ; de même qu'il peut jouir du pécule de l'esclave objet de son usufruit ; ainsi que des acquisitions qui ont pour cause le revenu de ce pécule.

63. Quant aux acquisitions à titre gratuit, soit entre-vifs, soit testamentaires ; elles appartiennent à l'usufruitier, si elles ont pour motif la récompense des services de l'esclave, services rendus durant l'usufruit.

Mais si la donation, l'institution ou le legs étaient de purs bienfaits, ils profiteraient en principe au nu-propriétaire ; à moins qu'ils n'aient été faits *contemplatione fructuarii*.

Dans le cas où c'est l'usufruit qui a droit à l'institution ou au legs, l'esclave n'aura pas besoin du *jussus* de son maître pour faire une acceptation valable.

64. Celui à qui l'usage de l'esclave est aliéné n'aura droit qu'aux acquisitions réalisées *ex re suâ* seulement. Ainsi il ne pourrait pas faire travailler l'esclave pour un tiers et en recevoir les salaires ; car ce serait acquérir *ex operis servi* : or, l'usage ne confère à son titulaire que le droit de se servir lui-même de l'esclave (L. 14, D. 7, 8.).

65. De même que nous pouvons posséder de bonne foi une chose, sans en être propriétaire, de même nous pouvons posséder ainsi l'esclave d'autrui. Dans ce cas, nous acquérons par cet esclave *ex re nostra et ex operis ejus*. Toutefois, et à la différence de l'usufruitier, le possesseur de bonne foi peut usucaper l'esclave et profiter ainsi *ex omnibus causis* de toutes ses acquisitions. De plus, la cessation de la bonne foi chez le possesseur lui enlevant le droit de s'appro-

prier les fruits de la chose, le possesseur de l'esclave d'autrui pourrait, dans le cas où il perdrait sa bonne foi, ne profiter que des acquisitions faites *ex re suâ* seulement; de même, après la *litis contestatio* lorsque le propriétaire intente la revendication contre le possesseur de l'esclave (L. 23, § 1, XLI, 1, et L. 20, VI, 1 D.).

Quant aux institutions testamentaires, le possesseur de l'esclave d'autrui ne peut en profiter qu'autant que l'esclave aurait été institué *contemplatione possessoris*. Autrement, l'acquisition n'aurait pas lieu : *Si quis bona fide serviat servus alienus jussu meo hereditatem adeundo, nihil promovebit, nec adquiret mihi : nec fructuarius quidem servus* (L. 25, pr. D. 29, 2).

66. Celui qui possède de bonne foi et moyennant une *justâ causâ* un homme libre qu'il croit esclave est traité de la même manière que le possesseur de l'esclave d'autrui. Seulement le possesseur d'un homme libre ne pouvait jamais l'usucaper, il n'acquerrait par son intermédiaire, quelque temps que dura sa possession, qu'*ex re suâ aut ex operis ejus*. Mais s'il venait à perdre sa bonne foi il ne pourrait pas même acquérir *ex re suâ*.

Du reste, les donations faites à l'homme libre possédé de bonne foi lui appartiennent exclusivement. Mais les jurisconsultes étaient en désaccord lorsqu'il s'agissait d'une institution d'hérédité ou d'un legs. D'après Trébatius, ces acquisitions appartiennent à l'esclave apparent; *nec interesse quid senserit, sed quid fecerit*. Julien, au contraire, donne l'hérédité au possesseur, s'il résulte du testament que telle est la

volonté du testateur. Pomponius est du même sentiment, seulement il exige une volonté expresse de la part du défunt. Labéon déclare l'acceptation nulle et sans effet, lorsque l'esclave apparent n'a adhéré à la succession qu'*ex necessitate* et pour obéir à l'ordre du possesseur. Mais, au contraire, l'hérédité lui serait allouée, s'il avait accepté volontairement (L. 25, § 1, XL, 1; et L. 19, XLI, 1 D.).

§ 3. — *Des cas où le maître est obligé par les actes de son esclave.*

67. La loi civile reconnaissait à l'esclave une capacité juridique toutes les fois que ses actes tournaient au profit de son maître, ou si l'administration d'un pécule lui était confiée; mais lorsque l'esclave s'engageait envers quelqu'un, le maître n'était pas tenu de l'obligation : de là la maxime *melior conditio per servos fieri potest deterior fieri non potest*. Néanmoins ce principe ne resta pas sans exception : le droit honoraire et la loi civile elle-même y apportèrent certaines modifications par l'étude desquelles nous finirons ce chapitre.

68. Le maître peut charger son esclave de faire certaines opérations civiles ou commerciales pour son compte à lui; ou en d'autres termes il peut lui donner mandat de gérer ses affaires. Or, d'après les règles du mandat romain, le mandataire s'obligeait seul envers les tiers avec lesquels il contractait; et ces derniers ne pouvaient, en général, actionner le mandant. Mais le préteur avait, dans l'intérêt du commerce, créé certai-

nes actions moyennant lesquelles les tiers créanciers de l'esclave agissaient directement contre son maître. — Pour arriver à ce résultat, ce magistrat ne faisait que modifier certaine partie de la formule des actions ordinaires des contrats qui avaient eu lieu entre le créancier et l'esclave. De là, la qualification d'*adjectivæ qualitatis* que les commentateurs du Droit romain ont donnée à ces actions.

Ces actions sont au nombre de trois : la première a lieu lorsque l'esclave accomplit une ou plusieurs opérations déterminées ; les deux autres concernent une gestion d'affaires générale, comme dans le cas d'un commerce terrestre ou maritime.

Etudions séparément chacune de ces actions.

A. — Action *quod jussa*.

69. Ainsi que nous venons de le dire, le maître peut ordonner à son esclave de faire certains actes déterminés ; ou bien, il peut autoriser une ou plusieurs personnes à agir avec son esclave pour n'importe quelles opérations : *Quod voles cum Stichio servo meo negotium gerere periculo meo*.

Dans tous ces cas, le prêteur accorde contre le maître une action *quod jussa*, par laquelle celui-ci sera tenu d'acquitter *in solidum* l'obligation de l'esclave (L. 1, § 1, D. hoc tit.).

70. Toutefois trois conditions sont nécessaires à l'exercice de cette action :

Il faut, en premier lieu, que le maître soit capable

de s'obliger personnellement ; aussi dans le cas où un pupile ordonnerait, sans l'*auctoritas tutoris* à son esclave de contracter avec un tiers, notre action ne serait pas donnée contre lui (L. 1, §§ 7, 9, id.).

En second lieu, on exige de la part du maître un ordre exprès ou une ratification : aussi il n'y a pas lieu à l'action, dans le cas où le maître aurait cautionné l'obligation de l'esclave (L. 1, §§ 5, 6, id.).

En troisième lieu, il faut que l'esclave soit la propriété du maître au moment de l'ordre et à l'époque de l'accomplissement du contrat : car, si sur mon ordre un individu contracte avec l'esclave d'autrui et dont j'acquiers ensuite la propriété, *quod jussu non tenebor*, dit le jurisconsulte, *ne actio que ab initio inutilis fuerit, eventu confirmetur* (L. 2, § 2, eod.).

Enfin *si unus ex servi dominis jussit contrahit cum eo is solus tenebitur sed si duo jusserunt, cum quovis in solidum agi potest : quia similis sunt duobus mandantibus* (L. 5, § 1, eod.).

B. — Action *exercitoria*.

80. Le commerce se divise en deux grandes branches ; il s'exerce ou sur terre ou sur mer ; or, à Rome il était regardé comme indigne d'un homme libre de s'adonner personnellement au commerce ; et ceux qui en avaient le moyen le faisaient faire par leurs esclaves. Donc, dans l'intérêt du crédit et de la circulation, il était indispensable de déroger aux exigences du droit civil, et de faire, pour ce cas, exception au principe de

la non représentation : cette nécessité se faisait encore plus sentir pour le commerce maritime. Aussi le préteur est-il intervenu en créant une action qui compète à celui qui a contracté avec le *magister navis*, et qui était donnée contre l'*exercitor*, afin qu'il acquittât intégralement l'obligation du premier.

Le *magister navis* est celui à qui sont confiés le soin et l'administration du vaisseau, *qui totius navis cura mandata est*. Il représente sur le navire l'armateur ou *exercitor*, dont le nom fut donné à l'action qui nous occupe.

81. Cette action a lieu, non-seulement lorsque le *magister navis* est l'esclave de l'armateur, mais aussi lorsque c'est un homme libre ou l'esclave d'autrui qui remplit cette fonction. De même qu'on ne tient pas compte de la qualité civile ou juridique du *magister navis*, de même il importe peu qu'il soit préposé par l'armateur lui-même ou par celui que celui-ci avait préposé, quand même l'*exercitor* aurait défendu ce remplacement ou ne l'aurait pas connu ; nous disons que dans tous ces cas l'action *exercitoria* sera donnée contre l'armateur, si celui qui commande le navire avait agi dans les limites de ses pouvoirs. *Non autem ex omni causâ prætor dat in exercitorium actionem, sed ejus rei nomine, cujus ibi præpositus fuerit, id est, si in eam rem præpositus sit : ut puta si adonus vehendum locatum sit aut aliquas res emerit utiles naviganti, vel si quid reficiendæ navis causâ contractum vel impensum est, vel si quid nautæ operarum nomine, petent* (Ulpien, ff. 1, § 7, de exercit. act.).

82. Celui qui a droit à l'action *exercitoria* peut

l'exercer contre l'armateur ou contre la personne sous la puissance de laquelle se trouve ce dernier, Ainsi si c'est un esclave ou un fils de famille qui fait voyager un navire, le maître ou le père sera tenu *in solidum* des engagements du préposé de son esclave ou de son fils, ainsi que de leurs obligations à eux. Mais si l'esclave *exercitor* agissait à la connaissance de son maître, et non avec son ordre, celui-ci ne pourrait être poursuivi que par l'action *tributoria* et celle de *peculio*. Dans le cas où l'esclave exercerait le commerce à l'insu et sans l'autorisation de son maître, il n'y aurait lieu alors qu'à l'action de *peculio* que nous étudierons sous peu.

83. Lorsque l'*exercitor* esclave appartient au pécule d'un fils de famille ou à celui d'un *servus ordinarius*, le père ou le maître seront obligés suivant les distinctions précédentes. Si l'esclave est commun entre plusieurs maîtres, c'eux d'entre eux qui auraient consenti à ce qu'il exerçât le commerce seraient tenus chacun *in solidum* (LL. 5 et 6 eod).

84. De ce que le prêteur accorde au créancier l'action *exercitoria* afin qu'il poursuive l'*exercitor* ou son maître, il ne faut pas conclure que le *magister navis* soit à l'abri de toute poursuite de la part du créancier. Au contraire, celui-ci a contre le préposé l'action ordinaire du contrat, seulement, une fois que la *litis contestatio* est survenue entre l'un des obligés et ce créancier, il ne peut plus poursuivre les autres.

Terminons par la question suivante :

85. Celui qui a prêté de l'argent au *magister navis* pour la réparation du navire est-il tenu de prouver

que cet argent a été réellement employé à la réparation du vaisseau pour que le prêteur lui accorde l'action *exercitoria* ?

Voici ce que le jurisconsulte Africanus écrit sur cette question :

Lucius Titius stichum magistrum navis præposuit. Is pecuniam mutuatus, cavit, se in refectionem navis tam accepisse. Quæsitum est, an non aliter Titius exercitoria teneretur, quam si creditor probaret pecuniam in refectionem navis esse consumptam? Respondit, creditorem utiliter acturum, si cum pecuniâ crederetur, maris in eâ causâ fuisset, ut refici deberet. Et enim ut non oportet creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficiendæ navis curam suscipiat, et negotium domini gerat (quod certe futurum sit, si necesse habeat probare pecuniam in refectionem erogatam esse) : ita illud exigendum, ut sciat in hoc se credere, cui rei magister quis sit præpositus. Quod certe aliter fieri non potest, quam si illud quoque scierit, necessariam refectioni pecuniam esse. Quare et si in eâ causâ fuerit navis ut refici deberet, multo tamen major pecunia credita fuerit, quam ad eam rem esset necessaria, non debere in solidum adversus dominum navis actionem dari (L. 7; D. de exercit. act.).

C. — Action *institoria*.

86. Les mêmes règles que nous venons de parcourir à propos de l'action *exercitoria* doivent être appli-

quées à l'action *institoria*. Cette dernière est donnée contre celui qui a commis un individu à un commerce terrestre, et pour les engagements que ce commis aurait contractés dans les limites de son administration.

87. Toutefois cette action diffère de la précédente dans les deux cas suivants : 1° l'*institor* ou commis ne peut pas se faire remplacer par un autre sans l'autorisation du préposant ; 2° l'action *institoria* n'est donnée que contre le préposant seul ; ainsi son maître ou son *pater-familias* n'en sont pas tenus ; le créancier ne peut les poursuivre que par l'action *tributoria* ou par celle de *peculio et de in rem verso*, suivant qu'ils ont connu ou non les opérations commerciales du préposant.

88. Sauf ces différences, les actions *exercitoria* et *institoria* sont identiques : ainsi, elles sont préto-riennes, utiles, *in solidum* et perpétuelles, c'est-à-dire transmissibles activement et passivement aux héritiers. En outre, elles supposent que l'esclave s'est engagé relativement aux opérations dont il est chargé et dans les limites de son pouvoir. Enfin, elles ont également lieu contre celui qui a préposé l'esclave d'autrui ou une personne libre, homme ou femme, *suis juris* ou *alieni juris*, pubère ou impubère (LL. 7 ; 4, § 4 ; 1, §§ 4, 7 à 12 et 18. D. 14, 1 : LL. 1, 2, 5 ; §§ 12 à 16 ; 7, § 1, D. 14, 5).

89. après avoir parcouru les cas où le maître est obligé par son esclave, lorsque celui-ci agissait à sa connaissance et avec son autorisation, demandons maintenant si le maître serait responsable des obligations de son esclave dans le cas où ces obliga-

tions auraient eu lieu sans autorisation ? Avant d'aborder cette question, observons qu'il ne peut être ici question que de l'esclave à qui un pécule est constitué ; car, en dehors de cette hypothèse l'esclave ne peut s'obliger naturellement. Or, la question est donc de savoir, si les créanciers ont un recours contre le pécule, et de quelle manière ce recours a lieu.

Le prêteur a créé à cet égard deux actions que nous allons étudier.

D. — Action *tributoria*.

90. L'esclave qui emploie une partie de son pécule à des opérations commerciales rend, par cela même, cette partie du pécule le gage commun des créanciers dont la créance est relative à ce commerce. Le maître a, lui aussi, le droit de se faire payer sur cette partie les dettes que l'esclave pourrait lui devoir. Or, supposons que l'actif du pécule soit insuffisant pour acquitter le passif ; alors les créanciers commerciaux, y compris le maître, se partageront l'actif au prorata de leur créance, et c'est le maître qui fait la répartition entre les créanciers. Mais si l'un de ceux-ci se prétendait lésé par cette distribution, le prêteur lui accordait l'action *tributoria* pour que le maître lui restituât ce qu'il prétendait lui manquer.

Le maître dans ce cas n'était tenu que de son dol seulement (Inst. § 5, *quod cum eo contrat*. Ulp. ff. 3 et 7 de *peculio*).

E. — Action de *peculio*.

91. L'action dont nous venons de parler n'a lieu que si l'esclave avait agi à la connaissance du maître. Mais dans le cas où il aurait contracté à l'insu de son maître, les créanciers ne pourraient agir contre celui-ci que par l'action *de peculio*, action qui leur donne le droit de demander leur dû jusqu'à concurrence du pécule et de ce qui a tourné au profit du maître.

Cette action était double dans sa *condemnatio*, car l'exécution se faisait sur deux patrimoines différents; aussi, d'après Gaius, le juge dans cette hypothèse devait d'abord déterminer le montant du pécule; et ensuite, si la valeur de ce pécule n'égale pas ce qui est dû au demandeur, il condamnera, pour le surplus, le maître, jusqu'au montant du profit que celui-ci a tiré des actes accomplis par son esclave. « *Licet enim una est actio que de peculio deque et quod in rem patris dominove versum sit agitur, tamen duas habet condemnationes* (Gaius, IV, 75).

92. L'action *de peculio* diffère de la *tributoria* en ce que celui des créanciers qui agit le premier *de peculio* sera payé intégralement, quand même il absorberait tout le pécule par sa créance. Tandis que par la *tributoria*, le créancier qui s'est présenté le premier devait attendre la répartition pour recevoir sa part; ou bien, dans le cas où il voudrait se faire payer immédiatement son dû, il était obligé de présenter une caution pour le remboursement de ce qu'il aurait reçu de plus que la répartition ne lui aurait alloué.

En outre, dans l'action *de peculio*, la créance du maître est privilégiée sur les autres ; aussi il pouvait arriver qu'il absorbât à lui seul tout le pécule.

93. Quoique l'action *de peculio* soit double dans sa *condemnatio*, le créancier pourrait agir *de in rem verso* seulement. Ce qui lui serait avantageux dans le cas où le pécule serait absorbé par d'autres créances ; ou bien, lorsque l'esclave étant mort ou affranchi, il soit passé plus d'une année depuis cette époque. Car, d'une part, l'action *de peculio* n'était perpétuelle qu'autant que durait le pécule ; mais après son anéantissement elle ne pouvait être exercée que pendant une année ; d'autre part, cette action visant principalement le pécule, celui qui l'intenterait, le pécule n'existant plus, perdrait son droit par *plus petitio*.

Enfin l'action *de in rem verso* aurait lieu dans le cas où l'esclave ne posséderait pas un pécule, car l'objet de cette action est le profit que le maître a tiré de l'acte de son esclave.

94. Jusqu'ici nous avons vu le maître soumis à des actions honoraires, pour les contrats passés par son esclave. Néanmoins certains textes (1) enseignent que le créancier de l'esclave pouvait poursuivre directement son maître au moyen d'une action civile. Il semble donc que les innovations du prêteur étaient sans objet et qu'il n'y eut plus besoin de recourir aux actions qu'il avait cru utiles de créer. — Toutefois, cette espèce de contradiction n'est qu'apparente, car l'action

(1) Inst. § 8, *quod cum eo contract.* ; l. 84, D. *pro socio* ; l. 17, § 5, D. *de Instit. act.* ; l. 22, D. *de reb. cred.*

civile dont il s'agit n'était autre que la *condictio* que les jurisconsultes accordaient contre le chef de famille pour les contrats passés par les personnes qui sont sous sa puissance. Mais pour tous les autres contrats qui ne produisaient pas la *condictio*, les créanciers ne pouvaient poursuivre le maître ou le *pater-familias* que par les actions que nous venons d'étudier.

95. Cependant la loi civile elle-même rendait le maître responsable des délits commis par les personnes qu'il avait sous sa puissance. L'action qui avait lieu dans cette hypothèse était désignée sous le nom de *noxale* : car le maître avait la faculté de payer l'indemnité fixée par le juge, ou d'abandonner l'esclave auteur du délit (*noxa*).

Seulement, si le maître niait frauduleusement la possession de l'esclave, il était condamné purement et simplement sans qu'il pût user du bénéfice de l'abandon noxal.

La victime du délit acquerrait la puissance domini-cale sur l'esclave ainsi abandonné au moyen de la mancipation.

96. L'action noxale est donnée contre celui qui possédait l'esclave au moment du délit, quand même ce possesseur ne serait pas le vrai propriétaire. Aussi, lorsqu'un esclave fugitif commet un délit, l'action noxale ne peut être intentée que contre celui qui détient actuellement l'esclave. Du reste, si l'esclave recouvrait la liberté, l'action, de noxale qu'elle était, devient directe et personnelle. De même une action directe pourrait revêtir la forme de l'action noxale

dans le cas, par exemple, où un *sui juris* deviendrait *alieni juris*.

L'action qui nous occupe n'a jamais lieu entre le maître et l'esclave, car le maître ne pourrait pas se faire l'abandon de son esclave : aussi, lors même que vous auriez aliéné ou affranchi votre esclave auteur d'un délit dont vous êtes la victime, vous serez sans action contre lui.

Les deux écoles des Sabinien et des Proculéien étaient divisées sur la question de savoir si, en devenant le maître de l'esclave qui avait commis un délit contre vous, votre action serait complètement éteinte, ou si elle pourrait revivre dans le cas où l'esclave viendrait à sortir de sous votre puissance ?

D'après les Sabinien l'acquisition que vous faites de l'esclave éteint irrévocablement votre action.

Au contraire, les Proculéien décidaient que l'action serait assoupie durant le temps que vous garderez l'esclave sous votre puissance, mais qu'elle renaîtrait si vous veniez à perdre la puissance dominicale sur l'esclave.

Enfin, si on en croit Justinien, l'esclave abandonné à la victime de son délit pouvait obtenir sa liberté, malgré son nouveau maître, en acquittant l'indemnité pour laquelle a eu lieu l'abandon noxal (Institutes, § 5, *des Noxal*).

APPENDICE

Extinction de l'esclavage

97. L'esclavage finit par la mort de l'esclave ou par son affranchissement.

L'affranchissement est l'acquisition de la liberté par l'esclave moyennant certaines formalités établies soit par les mœurs ou l'usage, soit par la loi.

Dans l'ancien droit, l'affranchissement conférait la qualité de citoyen, lorsqu'il avait lieu par l'un des modes reconnus par la loi, et qu'on appelait modes solennels.

Ces modes étaient au nombre de trois : 1° le cens ; 2° le testament ; 3° la vindicte.

1° Le cens, comme nous l'avons vu *suprà* n° 10, était l'inscription, sur des registres *ad hoc*, des noms et fortune de chaque citoyen. Or, comme tous ceux qui sont inscrits sur ce registre exerçaient les prérogatives et étaient soumis à tous les devoirs que comporte la qualité de citoyen, le maître qui voulait donner cette qualité à son esclave en l'affranchissant le faisait inscrire par les censeurs à l'époque du recensement.

Sous Constantin, un autre mode succéda au cens

qui déjà était tombé en désuétude. On affranchissait alors dans les églises, par devant l'évêque et en présence du peuple. — Ce mode d'affranchissement se conserva jusque dans le moyen-âge.

2° Le testament est un acte solennel et essentiellement révocable, par lequel une personne institue une autre pour son héritier.

Le testament se faisait, dans les premiers temps de Rome, devant les comices ; aussi les affranchissements qu'il contenait conféraient aux esclaves la qualité de citoyen ; car ils étaient présumés acceptés par tous les citoyens romains. Mais cette prérogative fut étendue à tout affranchissement contenu dans un testament fait soit devant les comices ou d'une autre manière. Cet affranchissement avait lieu par legs ; et l'institution de l'esclave ne suffisait pas à elle seule pour lui conférer la liberté ; aussi, dans ce cas, le maître devait commencer par léguer la liberté à l'esclave.

Justinien décida que l'institution de l'esclave suffirait pour le rendre affranchi.

3° La vindicte était aussi un mode solennel d'affranchissement. On employait, à cet effet, la procédure de l'*in jure cessio* : ainsi, trois personnes (le maître, l'esclave et l'*assertor libertatis*) se présentaient devant le magistrat partout où elles le trouvaient ; l'*assertor libertatis* affirmait alors que l'esclave est libre ; le maître ne contestant pas cette affirmation, le magistrat déclarait l'esclave affranchi et citoyen.

Le nom de ce mode vient de ce que l'*assertor libertatis* touchait devant le magistrat l'épaule de l'esclave avec une baguette simulant la lance (*vindicta*).

Ce mode fut considérablement modifié : « *Servi vero a dominus semper manu mitti solent, adeo, ut vel in transitu manu mittantur, veluti cum prætor aut proconsul aut præses in balneum vel in theatrum eat* (Inst. § 2, de *Liberti*). »

98. Vers l'an 757 de Rome, une loi *Ælia sentia* exigea d'autres conditions que celles que nous venons d'énumérer. Or, d'après cette loi, pour que l'esclave devienne citoyen, il faut que son affranchissement réunisse les cinq conditions suivantes :

- 1° Il faut que le maître ne soit pas mineur de vingt ans ;
- 2° Qu'il soit citoyen romain ;
- 3° Qu'il ait le *Jus quiritium* sur l'esclave ;
- 4° Que l'affranchissement ait lieu par l'un des modes solennels ;
- 5° Que l'esclave ait trente ans accomplis.

Cette loi *Ælia sentia* décidait que si pendant sa servitude l'esclave [avait été soumis à des traitements ignominieux, il ne pourrait jamais devenir citoyen romain, quand même son affranchissement réunirait les conditions exigées à cet effet.

Les affranchis de cette catégorie étaient astreints à ne résider ni à Rome ni à cent milles de Rome, sous peine de retomber dans l'esclavage sans jamais en pouvoir sortir. On les désignait sous la qualification de *Deditis*.

99. En général, lorsque l'une des cinq conditions énoncées ci-dessus venait à manquer, l'esclave affranchi ne recouvrait sa liberté qu'en fait seulement.

La même situation se rencontre dans le cas où l'af-

franchissement a lieu par l'un des modes admis dans l'usage, mais qui ne sont pas reconnus par la loi. L'affranchissement de ce genre pouvait se faire de plusieurs manières ; ainsi il avait lieu :

1° *Per epistolam*. — Dans le cas où le maître envoyait à son esclave une lettre dans laquelle il lui conférait la liberté. — Justinien exige que cette lettre soit cachetée par cinq cachets ;

2° *Inter amicos*. — Lorsque le maître affranchissait verbalement son esclave et en présence de cinq témoins ;

3° *Convivio*. — Si le maître invitait l'esclave à s'asseoir avec lui à sa table. — Justinien exige la présence de cinq convives au moins ;

4° *Per nominatione filii*. — Lorsque le maître donnait dans un acte la qualité de fils à son esclave, etc.

100. Ces sortes d'affranchissements étaient suffisants pour faire recouvrer la qualité de citoyen aux Romains qui n'avaient perdu leur liberté qu'en fait seulement, par exemple : le débiteur insolvable adjudgé à ses créanciers.

Mais les vrais esclaves, c'est-à-dire ceux qui sont tels en droit aussi bien qu'en fait, n'étaient affranchis qu'en fait seulement (*in libertati*), partant ils demeureraient esclaves aux yeux de la loi.

Déjà en 671 de R., une loi *Junia norbana* avait rangé dans une classe à part les affranchis dont nous venons de parler ; ils furent désignés sous le nom de *latins-Junien*.

Ainsi après la promulgation de la loi *Ælia sentia*, il y eut trois classes d'affranchis :

1° Les affranchis citoyens, qui jouissaient de la plupart des droits attachés à cette qualité ;

2° Les affranchis *latins-Junien*, appelés ainsi à cause de la loi qui les a créés, et parce que cette loi les assimila aux latins coloniaux.

3° Les affranchis *deditis* (*suprà*, n° 98, *in fine*).

101. L'empereur Justinien supprima toutes ces distinctions ; il décida que l'esclave, de quelque manière qu'il fût affranchi, deviendrait citoyen romain, et posséderait tous les droits et avantages que confère la qualité d'ingénu.

« *Et omnes liberos*, dit-il (Instit., I, V, § 5), *nec*
« *vetatis manu missi, nec domini manu missoris,*
« *ne manumissionis modo discrimino habito, sicuti*
« *antea observabatur, civitate Romana donavimus ;*
« *multis additis modis, per quos servit libertas servi,*
« *cum civitate Romana, quæ sola in præsentî est,*
« *præstari. »*

DROIT ANCIEN

Du Servage

INTRODUCTION

1. Vers la fin de la République, les Romains, pour civiliser les Barbares et les accoutumer à une administration régulière, transplantaient ceux-ci dans des contrées éloignées de leur patrie et leur donnaient des terres à cultiver à la charge de redevance. Cet usage fut suivi par les empereurs.

D'un autre côté, les propriétés foncières des particuliers devenant très étendues, la nécessité de pourvoir à leur culture obligea les maîtres à affranchir les esclaves qu'ils avaient employés à l'exploitation de ces domaines, et à les intéresser à l'agriculture en leur laissant une partie des revenus.

Constantin obligea cette classe d'individus à demeurer dans le domaine sans qu'ils puissent le quitter ou s'occuper d'autre chose que de l'agriculture. Ces individus étaient désignés sous le nom de colons.

2. La condition des colons tenait de celle de l'homme libre et de celle de l'esclave.

Comme libres, ils pouvaient contracter un vrai mariage ; ils payaient des impôts publics ; ils avaient la capacité d'acquérir, mais non celle d'aliéner.

Comme esclaves, la loi les qualifie de *servus terræ* ; elle leur suppose un *dominus* ; elle appelait *peculium* ce qu'ils possédaient en propre ; ils étaient vendus avec le fonds ; ils n'étaient pas aptes à parvenir aux honneurs, à entrer dans les charges municipales, ou à faire le service militaire ; ils étaient réputés voleurs de leur personne en cas de fuite ; ils ne pouvaient, sans l'autorisation du *dominus*, entrer dans les ordres religieux : mais sous Justinien cette autorisation ne fut plus exigée ; seulement le colon, entré dans les ordres, continuait de cultiver la terre à laquelle il restait attaché, à moins qu'il ne s'élève à l'épiscopat.

3. Enfin les colons ne pouvaient intenter d'action en justice contre leur maître que dans certains cas déterminés : ainsi, lorsqu'il s'agissait de leur origine, de la propriété du fonds colonaire, lorsqu'ils subissaient des surtaxes ou lorsque l'affaire est criminelle. Mais ils avaient une capacité entière d'intenter des actions contre des tiers.

4. Quoique le colon ne pouvait jamais être séparé du fonds colonaire, une constitution de Valentinien III permit d'échanger un colon contre un autre.

Le propriétaire du fonds avait du reste la faculté de transférer un colon de l'un de ses domaines sur un autre. Mais, dans aucun cas, il n'était pas permis de séparer l'époux de son épouse, le père et la mère de leurs enfants ou réciproquement.

5. Le colon était soumis à un impôt personnel ou *capitation* ; cet impôt était acquitté par le *dominus* qui se le faisait rembourser par le colon ; en outre celui-ci était tenu d'une redevance annuelle et fixe qui ne profitait qu'au *dominus* et qui ne pouvait pas être augmentée ; cette redevance était acquittée ordinairement en fruits.

6. Le colon devenait libre : 1^o par la prescription, lorsqu'il se faisait passer pour libre pendant le temps voulu par la loi, c'est-à-dire trente ans pour les hommes et vingt ans pour les femmes ; 2^o par l'acquisition du fonds colonaire : du moment que le *dominus* cédait au colon le domaine, soit par donation, vente ou autrement, celui-ci devenait immédiatement propriétaire ; 3^o par l'affranchissement.

7. Sous la domination des Francs, le colouat conserva toutes ses règles du Droit romain. Néanmoins certaines modifications y furent introduites, ainsi un édit de Théodoric défendait aux tribunaux d'accueillir les plaintes des colons contre leur maître, soit en matière civile, soit en matière criminelle : « Mais, dit M. Guérard, cette interdiction cessa bientôt d'être observée, ou même ne fut jamais en vigueur dans le royaume des Francs, surtout pour les causes dans lesquelles les colons avaient à défendre contre leur maître leur état et leur loi ; ainsi d'un côté des co-

« lons se prétendant libres défendent eux-mêmes leur
« cause au tribunal du comte ou du vicaire ; et de
« l'autre, en 828, les colons d'Antoigné citent par
« devant le roi Pépin d'Aquitaine l'abbé de Cormeri,
« leur maître, qu'ils accusent d'exiger d'eux plus
« qu'ils ne lui devaient ; et les colons de Mitri, en
« 861, s'étant rendus à Compiègne auprès du roi
« Charles le Chauve, proclament qu'ils sont par leur
« naissance des colons libres, comme les autres co-
« lons de Saint-Denys, et que c'est à tort que l'offi-
« cier de ce monastère veut leur imposer de force des
« services qu'ils ne doivent pas. »

Cependant les mariages étaient défendus entre une femme libre et un colon ; ainsi lorsqu'un homme libre laissait en mourant deux filles, celle des deux qui épousait un colon perdait tout droit à la terre paternelle qui appartenait en totalité à l'autre sœur.

Enfin la composition pour le meurtre d'un colon était de 45 sols, tandis que pour les serfs elle n'était que de 35.

8. Du reste, les colons avaient la capacité de témoigner dans les transactions et pouvaient remplir certains offices subalternes et d'économie rurale ; et quelquefois ils remplissaient quelques charges dans la maison ou auprès de la personne de leur maître. En outre, ils pouvaient avoir des chevaux et des armes, telles qu'un bouclier, une lance, une épée longue ou une épée courte : mais dans tous ces cas ils devaient prêter serment de fidélité au roi.

9. Les colons pouvaient acquérir en propre et se succéder entre eux ; ils pouvaient aussi disposer par testa-

ment, mais ils ne pouvaient aliéner entre vifs qu'à des colons de la même seigneurie qu'eux. Enfin ils possédaient le fonds colonaire à titre de fermiers héréditaires et perpétuels ; ce fonds était composé ordinairement d'une manse ou d'une demi-manse (7 hectares 1/2). De même, il arrivait souvent qu'une seule manse fût occupée par deux, trois, quatre et quelquefois cinq ménages de colons ; d'un autre côté, plusieurs ménages de colons pouvaient être établis dans la moitié ou dans le quart d'une manse.

10. Les redevances dues par les colons dérivait, soit des contributions de guerre, soit du droit mis sur chaque tête de bétail abattue, soit du droit de faire de l'herbe ou des droits d'usage et de paisson dans les bois, etc... Ces redevances étaient acquittées en argent ou en nature. Le total en argent des redevances d'une manse pouvait s'élever à trois cents francs.

11. Les colons étaient assujettis à des services corporels : ces services se divisaient en ordinaires et extraordinaires : pour s'acquitter des premiers, les colons devaient à leur seigneur deux ou trois jours de travail gratuit par semaine. « Les services de la seconde espèce, dit M. Guérard, étaient pour ainsi dire arbitraires, c'est-à-dire laissés à la discrétion des maîtres : ils imposaient aux colons l'obligation de conduire ou d'escorter les convois, tant par terre que par eau ; de porter des ordres et de faire toutes sortes de commissions, le tout ordinairement gratis ; d'entretenir et de réparer leurs édifices ; d'en construire de neufs, et par conséquent de fournir et d'amener les pierres, les chaux

et les bois nécessaires ; de recueillir les abeilles dans les forêts, de veiller aux ruches naturelles ou artificielles et de faire des ouvrages de toute nature. » (*Polyptique d'Hyrcinon*, T. I).

12. A côté des colons il y avait sous la domination des barbares une classe d'individus qui leur ressemblait sous quelque point de vue, mais qui, généralement, était mieux traitée. Les hommes de cette classe s'appelaient *lites* : ce sont, d'après l'opinion généralement reçue, les colons ou esclaves germains que les Francs amenèrent avec eux.

Les *lites* pouvaient ester en justice, contracter, s'obliger, etc. Le chapitre 8 du pacte entre Childebert et Clotaire prononçait contre le *lite* voleur la moitié de la composition que paierait un homme ingénu ; en outre, il lui donnait la faculté de se défendre par des conjurateurs. Le titre 7 des *capita extravagantia* appliquait aux femmes *lites* les règles sur le second mariage. Enfin, et à la différence des esclaves ou serfs, l'homme ingénu qui épousait une *lite* ne devenait pas *lite*, mais il était obligé de payer une indemnité au seigneur ; de plus, la composition pour le meurtre d'un *lite* était la même que pour le meurtre d'un Romain : « *De Romanis vero vel litis hæc lex de medietate solvatur.* » (Pardessus, Lois saliques, p. 459 et suiv.)

Du reste, les *lites* n'étaient point admis aux assemblées dans lesquelles se traitaient les intérêts généraux ou locaux : ils ne participaient point aux jugements dans les Mâles. Lorsqu'ils marchaient à l'armée, ils étaient sous la bannière et sous la conduite de leur

seigneur, mais non sous le commandement direct du grafion de l'arrondissement. Leur maître percevait les parts de butin auxquelles ils auraient eu droit s'ils étaient ingénus.

Les biens possédés par les *lites* appartenaient à leurs seigneurs. Ils ne pouvaient disposer que de ceux qui ne leur étaient pas confiés pour le service auquel ils s'étaient engagés.

Quant aux esclaves, leur condition, sous les barbares, fut à peu près la même que sous les derniers empereurs romains. Mais au XIII^e siècle, ces trois classes d'individus, les colons, les *lites* et les esclaves ou serfs se confondirent ensemble et formèrent une seule et unique classe d'hommes serviles connus sous le nom de serfs. Cette classe ne fut abolie d'une manière générale de la société française que par un décret du 21 septembre 1789, suivi d'une loi du 15 mars 1790.

15. Nous étudierons dans cette partie de notre thèse les trois points suivants :

1^o Comment on devient serf ;

2^o Condition des serfs ;

3^o Affranchissement des serfs ;

COMMENT ON DEVIENT SERF

14. On devient serf par la naissance ou par un fait postérieur à la naissance.

15. *Naissance.* — Jusqu'au XIII^e siècle, celui qui demeurait sur les terres d'un noble était présumé le serf de celui-ci, à moins qu'il ne prouve le contraire. Mais depuis le XIII^e siècle, le principe contraire fut admis; et ce fut au seigneur de prouver que l'homme qu'il poursuit comme serf l'est réellement.

Quoi qu'il en soit, on devenait serf par la naissance, lorsqu'on avait les père et mère, ou l'un d'eux, de cette condition.

Toutefois, d'après certaines coutumes, on admettait que l'enfant né d'une femme franche et d'un serf, était libre; *le ventre affranchit* (Cout. de Meaux, art. 5; de Troyes, art. 8; de Bar, art. 72).

Les coutumes du Bourbonnais et du Nivernais persistèrent à déclarer serfs l'enfant né d'un mariage inégal de franc et de serve; quoiqu'on ait admis dans la plus grande partie du royaume que l'enfant né d'un mariage légitime suivrait la condition de son père, et celui né hors mariage suivrait celle de sa mère.

16. *Faits postérieurs à la naissance.* — Le servage avait lieu après la naissance, soit par les affranchissements des esclaves qu'on faisait ainsi changer de servitude; soit par l'abandon que faisaient des hommes libres, de leurs personnes ou de leurs biens, à un noble pour qu'il les protège; soit enfin lorsque, par pitié, des hommes libres se donnent, eux, leur famille et leurs biens, aux églises ou aux monastères.

Voici un cas de cette dernière cause de servage :

« *Ego Ingelbadus diligenter considerans, cum quidem naturalem, secundum sæculum a progenitoribus habeam libertatem, voluntate propria me in servum*

tardo Domino Deo et loco in nomine et honore sanctæ Trinitatis unus ut summum Dei, apud Vindocinum contracto... Vivi, igitur... Dono etiam mecum eidem venerabili loco universa possessionis meæ, in cujus facti memoriam quatuor de varios de capitagio meo, sicut mos secularis est, super altare Domino cum prædicti loci gratanter imponens, funem quoque lini collo meo devote circumplicans, cartulam estam confirmavi, anno 1080. » (Laferrière, *Hist. du Droit français*, T. IV, p. 454).

17. A côté de ces causes en usage dans tous le royaume, il en existait d'autres spéciales pour chaque province;

Ainsi, en Franche-Comté et en Bourgogne, il y avait des terres appelées Meix qui rendaient serfs leurs possesseurs qui n'étaient pas gentilshommes de lignage. « Il y a des terres, dit Beaumanoir, quand « un franc homme, qui n'est pas gentilhomme de li- « gnage, y a manoir et y est résidant, il devient, soit « homme, soit femme, serf au seigneur de sous que « il vient être résidant » (Ch. 45, n° 19).

Suivant d'autres coutumes, la résidence d'un an et un jour sur la terre d'un gentilhomme rendait serf celui qui s'y était fixé.

Dans d'autres provinces, on exigeait une résidence de trente ou quarante ans.

Enfin d'après quelques coutumes, la femme qui épousait un serf devenait serve jusqu'à la dissolution de son mariage.

Etudions maintenant la condition légale des serfs.

II

CONDITION DES SERFS

18. Dans les premiers temps, les seigneurs étaient libres d'exiger autant d'impôts qu'ils le voulaient de leurs serfs ou mortaiables.

En 1179, le concile de Latran défendit aux seigneurs, sous peine d'excommunication, de lever des impôts sur leurs terres sans l'autorisation du souverain. Le canon qui contient cette défense est ainsi conçu : *Nec quisquam novas pedagiorum exactiones sine auctoritate et consensu regum et principum statuere aliquo modo præsumat : Si quis autem contra hoc fecerit et commonitus non destiterit, donec satisfaciat, communione careat christiane* (Loisel, Inst. I, I, 5).

Néanmoins ce règlement fut presque sans effet ; car nous voyons la même défense se renouveler dans plusieurs ordonnances des rois de France (1). Mais en général la taille n'était due par le serf que dans les cas suivants :

1° Lorsque le seigneur était fait prisonnier, les serfs étaient obligés de payer sa rançon ;

2° Ils devaient payer les dépenses que nécessiterait

(1) V. art. 106, ord. d'Orléans ; art. 23, ord. de Moulins ; et art. 280-282, ord. de Blois.

la réception du fils aîné de leur seigneur dans l'ordre de la chevalerie ;

5° Ils payaient la taille lorsque la fille aînée de leur seigneur se mariait à un gentilhomme ;

4° De même dans le cas où le seigneur voulait entreprendre un voyage d'outre-mer (Denizart, *Serf*).

Néanmoins, dès le XIV^e siècle, les serfs ne furent soumis qu'à une seule taille, appelée taille abonnée ou taille serve, qui était payée une fois l'an. Cette taille était personnelle et suivait le mortuaire dans tous les lieux où il pourrait se trouver.

19. Dès le XVI^e siècle, les serfs se divisèrent en trois classes :

1° Les serfs de corps et poursuites qui étaient soumis aux tailles personnelles, et dont le seigneur avait le droit de les rechercher partout où ils se réfugiaient ;

2° Les serfs d'héritage, qui n'étaient pas soumis aux tailles personnelles et qui pouvaient devenir libres en délaissant l'immeuble qu'ils possédaient.

5° Les serfs de meubles, qui comme les précédents recouvraient la liberté en abandonnant au seigneur les immeubles et les meubles qu'ils possèdent dans toute la province de la coutume qui les régit.

20. Quant au mariage, les serfs d'un même seigneur pouvaient valablement se marier entre eux ; mais si un serf ou une serve voulait se marier avec un libre ou un serf appartenant à un autre seigneur, il devait demander l'autorisation de son seigneur ; autrement il était condamné à une amende de 60 sols et un denier (Denizart, *Fort-mariage*).

21. Les serfs qui s'engageaient dans les ordres ecclésiastiques devenaient, dans l'origine, libres, si dans les dix ans qui suivaient leur ordination ils n'étaient pas réclamés par leurs seigneurs. Plus tard, le maître qui n'avait pas donné son consentement à l'entrée du serf dans les ordres ecclésiastiques pouvait agir en indemnité contre l'évêque, et de plus il avait le droit de confisquer les biens du serf. Mais dans le cas où l'évêque ne voudrait pas se soumettre à l'indemnité exigée par le maître, celui-ci avait le droit de reprendre le serf.

Enfin on finit par décider que, dans ce dernier cas, le serf resterait dans les ordres, mais que néanmoins il continuerait à être soumis à toutes les tailles, sauf les corvées.

22. En outre, les serfs étaient capables d'acquérir et de disposer, librement et sans autorisation, de leurs biens meubles. Quant aux immeubles, ils étaient incapables d'en disposer sans l'autorisation de leur maître. Cette incapacité est tellement absolue, que, dans le cas de la condamnation d'un serf par un seigneur qui n'est pas le sien à une peine emportant confiscation, cette confiscation ne peut pas avoir lieu ; mais tous les biens du serf appartiendront à son seigneur, qui paiera 60 sols comme frais du procès.

23. Quant au droit de succession, en règle générale « le serf ne succède pas au franc, ni le franc au serf. » Mais, d'après l'article 200 de la coutume du Bourbonnais, « l'homme ou la femme franc ou franche « ne succède point au serf ; mais le serf succède bien « à ses parents francs. »

Pour la succession des serfs entre eux, certaines coutumes ne reconnaissent aux serfs le droit de succéder qu'aux biens qui ne sont pas de main-morte. « Le seigneur n'est saisi par le trépassement de son serf que des biens de main-morte » (art. 91, cout. de Troyes).

Dans d'autres coutumes, au contraire, les serfs étaient capables de succéder entre eux à toute espèce de biens, en tant qu'ils vivaient en communauté de feu, de sel et de pain. Mais si la communauté n'avait pour objet que les biens immeubles, par exemple, les serfs ne peuvent succéder qu'aux immeubles seulement. Ainsi, d'après l'article 132 de la coutume de la Marche, « si les meubles sont partis, le seigneur succède aux meubles, acquêts et conquêts, noms, dettes et actions ; et le parent qui était commun avec le trépassé aux immeubles qui n'étaient partis ni divisés au temps du décès. »

Si les serfs vivant en commun viennent à se séparer, ils perdent le droit de se succéder, et de plus ils ne peuvent pas reprendre leur ancienne vie sans l'autorisation du seigneur. « Gens de main-morte, communs en biens, qui se divisent et séparent ladite communion, ne peuvent jamais être réputés en commun en biens après ladite séparation sans le consentement de leur seigneur » (Art. 15, cout. Franche-Comté. Tit. Main-morte).

24. Dans une communauté, chacun des serfs est occupé au travail commun selon son sexe, son âge et ses moyens. Ils élisent un directeur qui est appelé *maître de la communauté*.

Le maître de la communauté commande à tous les serfs communs ; il s'occupe des affaires de la communauté, soit dans les villes, soit aux foires, soit ailleurs ; il a le pouvoir d'obliger ses *parsonniers en choses mobilières*. Enfin, il est seul inscrit sur le rôle des tailles et autres subsides.

Il y a séparation de communauté lorsqu'un ou plusieurs serfs vivent séparés de pain, de feu ou de sel. « *Le feu, le sel et le pain partent l'homme main-mortable.* » — « *Le chanton part le vilain.* »

25. Certains jurisconsultes voulaient que la séparation de l'un des serfs ne fût une cause de dissolution de la communauté qu'au préjudice de ceux qui sont d'une même branche de parenté et en pareil degré que ce serf ; ou même cette séparation ne devrait produire aucun effet lorsque celui qui s'en allait était un mauvais ménager.

Du reste, d'après l'article 13, chapitre 8, de la coutume du Nivernais, « les gens de condition main-mortable ne sont réputés pour partis que quand ils ont tenu, par an et jour, feu et lieu, à part et séparément et divisément les uns des autres. »

De même la coutume de la Marche (art. 253) exige de la part de celui qui veut se séparer une déclaration expresse de vouloir *partir et diviser*.

26. Il y a des cas où la séparation n'entraîne pas la dissolution de la communauté. Ainsi : 1° lorsqu'un enfant est hors de la maison commune pour ses études, ou lorsqu'il est en service, la communauté n'est pas dissoute ; 2° de même lorsqu'une fille serve se marie avec l'autorisation de son maître à un serf d'une

autre seigneurie; dans ce cas, la fille **serve** porte à son mari la part qu'elle avait dans les **meubles** communs.

Dans la Marche, la séparation du **chanton** ne dissolvait la communauté qu'en ce qui **concernait** les meubles, acquêts, conquêts, noms, **dettes** et actions.

III

COMMENT FINIT LE SERVAGE

27. Le servage prenait fin soit par la **prescription**, soit par le désaveu, soit par l'affranchissement.

28. — *Prescription.* — Certaines **villes**, comme Toulouse, Montluçon, Besançon, etc., **libéraient** les serfs qui y fixaient leur domicile pendant un temps plus ou moins long. Ce temps était d'un **an** et un jour, quelquefois de dix ou vingt ans. Ainsi, la coutume de Lorris décidait que le serf qui **résiderait** vingt ans dans la province régie par cette **coutume** obtiendrait sa liberté.

29. D'autres fois, la moindre **résidence** dans une ville conférait la liberté au serf. Ainsi, « en l'an 1402, « quatre esclaves se sauvèrent de **Pempignan** à Tou- « louse, et que leur maître les y ayant **suis** et formé « instance devant les Capitouls, le **syndic** intervint en « cette instance et soutint que, par **un** privilège de « cette ville, toutes sortes d'esclaves étaient libres « dès qu'ils avaient mis les pieds dans sa banlieue,

« et que les Capitouls jugèrent ainsi » (Lafaille, *Hist. de Toulouse*, t. I, p. 56).

50. Le serf qui s'affranchissait par la prescription perdait tous ses biens qui appartenaient à son seigneur.

Néanmoins, d'après la coutume du Nivernais, les serfs qui quittaient le lieu de leur servitude dans l'intention d'acquérir leur liberté par la prescription n'étaient pas à l'abri des poursuites de leur seigneur : « Eux et leur postérité, dit l'art. 7, sont à toujours « poursuivables pour les tailles et autres droits, même « pour la main-morte quelque part qu'ils s'absentent, « soit entre main-mortable ou autre. »

Mais dans les contestations de ce genre, les Parlements donnaient généralement gain de cause au serf (Denizart, *Serf*).

Enfin Louis XVI, par une ordonnance de 1779, abolit le droit de poursuites qui seraient dirigées contre des serfs domiciliés dans des lieux francs.

Désaveux. — Nous avons dit que dans des pays de main-morte on était serf par la possession d'un fonds de main-morte. *L'air rend esclave*, dit un adage allemand. Aussi dans ces pays, les possesseurs de tels immeubles pouvaient prouver leur liberté et obtenir franchise en abandonnant les biens serviles. Cette preuve se faisait en justice au moyen du désaveu.

Ce procédé était employé aussi dans les pays où il n'y avait pas de main-morte ou pour les serfs de corps. Seulement dans ce cas, le débat au lieu d'être un procès sérieux n'était qu'un moyen pour échapper

aux frais énormes qu'entraînait l'affranchissement ordinaire.

Affranchissement. — Le serf étant l'accessoire de la terre, et par conséquent dépendant du fief, son affranchissement avait pour effet d'abrèger ce fief. Aussi était-il nécessaire, pour que le serf devienne réellement libre, que tous ceux qui avaient un droit quelconque sur ce fief consentissent à son affranchissement. Ainsi il lui fallait solliciter cinq ou six personnages pour obtenir sa libération complète ; or, tous ces consentements ne se donnaient pas sans argent ; aussi l'affranchi se trouvait-il, une fois libre, plus nécessaire qu'il ne l'était avant. Et alors il n'avait qu'à redevenir serf.

Mais cet état de choses ne dura pas longtemps, en effet, on admit que le serf affranchi par son seigneur immédiat n'aurait, pour acquérir sa pleine liberté, qu'à se faire affranchir par le roi, sans qu'il eût besoin de passer par la filière des seigneurs intermédiaires.

56. A côté des affranchissements partiels, les rois de France, par plusieurs ordonnances, affranchirent en masse les serfs (1). Et lorsque, le 4 août 1789, l'Assemblée constituante abolit d'une manière définitive le servage, il n'y avait que deux ou trois provinces qui possédassent encore des serfs.

Enfin, le Code civil ne fait que consacrer l'abolition du servage lorsqu'il dit dans l'art. 1780 : « On ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée. »

(1) Ord. 1096, 1108, 1114, 1315 et 1550.

aux fins énoncées par le présent attachement et
divers.

attachement. — Le seul état l'arrêté de
la terre, et par conséquent dépendant du sol de
l'attachement avait pour effet d'arrêter ce sol. Ainsi
était-il nécessaire, pour que le sol de l'attachement
libre. **DES LOIS DE LA FRANCE** par lequel
que ce sol, consistant à son attachement.
Ainsi il lui fallait ajouter cinq ou six personnes
pour obtenir sa libération complète ; or, tous ces con-
seils, ne se donnaient pas sans argent ; ainsi
l'attaché se trouvait-il, une fois libre, plus néces-
saires qu'il ne l'étoit avant son attachement par à se
libérer.

Mais cet état de choses ne dura pas longtemps, en
effet, on admit que le seul attaché par son serment
immédiat n'aurait pour acquiescer sa pleine liberté,
qu'à se faire attaché par le roi, sans qu'il eût besoin
de passer par la libération des serments immédiats.
76. A côté des attachements partiels, les lois de
France par plusieurs circonstances, attachement en
un seul état (1). Et lorsque le 4 août 1789 l'assem-
blée constituante abolit le mode d'attachement de
1763. Il n'y avait que deux ou trois provinces qui
possédaient encore des lois.

Tout le Code civil ne fut pas consacré l'abolition
du serage jusqu'il fut dans l'art. 1780. • On ne
fut engagé ses serges par un acte de son
multiples déterminés.

DROIT FRANÇAIS

Des effets du cautionnement.

INTRODUCTION

DÉFINITION ET ÉTENDUE DU CAUTIONNEMENT

1. Toute transaction civile ou commerciale a pour base le crédit, la confiance que doit inspirer celui qui s'oblige : or, si le futur créancier manque de confiance en celui avec qui il veut contracter, il ne traitera que dans l'espoir de tirer un profit énorme pour compenser la perte qu'il redoute ; ce qui entraînerait souvent la ruine du débiteur. Donc celui qui ne veut pas encourir une pareille perte doit corroborer son crédit par des garanties suffisantes. Ces garanties le

débiteur les trouvera dans le gage, l'hypothèque et le cautionnement.

Le mot *cautio* (d'où sont dérivés caution et cautionnement) désignait à Rome et désigne encore aujourd'hui toute espèce de garantie consistant soit dans une promesse verbale, soit dans un écrit probatoire, soit enfin dans une chose donnée pour assurer l'exécution d'une obligation. Tandis que le contrat appelé cautionnement par le code Napoléon était reconnu en Droit romain sous les dénominations successives de *sponsio*, *fide-promissio* et *fide-jussio*. Or, dans ce dernier sens le cautionnement est un contrat accessoire unilatéral et de bienfaisance par lequel une personne vient ajouter sa foi et son crédit à une obligation dont elle ne tire aucun profit, et s'engager à exécuter cette obligation si le débiteur principal manquait à son engagement, soit par suite de son insolvabilité, soit en excipant de son incapacité, soit pour toute autre cause.

2. Ce contrat met ainsi trois personnes en présence l'une de l'autre : deux d'entre elles spéculent et la troisième fait acte de bienfaisance. Le créancier qui ne croyait pas à la foi du débiteur principal possède un second obligé, accessoire sans doute, mais qui est aussi bien tenu que le premier et même plus sûrement peut-être. La créance se trouve ainsi garantie sur deux patrimoines, il n'y a donc pas risque qu'elle demeure impayée. D'un autre côté, le débiteur acquiert la chose qu'il désirait, il en jouira, et cela grâce à la caution qui, peut-être, deviendra, elle, victime de sa complaisance : *qui cautionne paie*, dit un vieil adage,

Si cette situation plaide en faveur de la caution, si elle est digne de lui attirer la bienveillance du législateur : celui-ci ne doit pas cependant se laisser trop attendrir, car à côté d'elle il y a le crédit public, l'intérêt général qui n'en doit pas souffrir : le cautionnement est un des éléments principaux de ce crédit ; être trop bienveillant à l'égard de la caution, c'est rendre illusoire le cautionnement ; aussi ne lui doit-on être favorable qu'autant que cette faveur ne nuirait pas au crédit général. Mais alors on doit la préférer au créancier et au débiteur.

5. Comme garantie d'une obligation principale, le cautionnement se rapproche du gage et de l'hypothèque. Mais si ces trois contrats se ressemblent sous quelques rapports, le premier est quelquefois plus avantageux que les deux autres. En effet on ne constitue ordinairement un gage que pour des obligations d'une valeur peu considérable ; en outre le créancier gagiste ne trouvera pas souvent l'occasion, lorsqu'il le voudra, de convertir en argent l'objet à lui remis. Enfin le débiteur peut se trouver gravement gêné par suite de la privation de la jouissance de la chose, privation qu'entraîne nécessairement le gage. Or tous ces inconvénients ne se rencontrent pas dans le cautionnement.

« Quant à l'hypothèque, comme le fait remarquer
« M. Pousot (*du Cautionnement*, page 5), elle ne
« paraît pas à tout le monde offrir une garantie suf-
« fisante. La crainte des hypothèques occultes du
« mineur et de la femme mariée, les formalités gé-
« nantes auxquelles se trouvent soumises l'acquisi-

« tion et la conservation du droit hypothécaire, les en-
« nuis inséparables d'une procédure en expropriation
« forcée, éloigneraient souvent les capitaux de l'in-
« dustrie, si le cautionnement ne venait rassurer le
« créancier. »

Du reste, il est des cas où la loi prohibe l'hypothèque, ou bien un commerçant peut ne posséder qu'une fortune toute mobilière, alors le créancier ne trouvera une sûreté que dans le cautionnement.

4. De ce que le cautionnement est un contrat accessoire, il suit que la caution ne peut devoir que ce qui est dû par le débiteur principal ; aussi son obligation serait sans effet si elle portait sur un objet différent que celui de l'obligation du débiteur : « *Si ita fide jussorem accepero, disoit la loi romaine, quod ego decem credidi, de eà pecunia mille modios tritici fide tuà esse jubes ; non obligatur fide-jussor : qui ex in aliam rem quod credita est fide jussor obligari non potest* (1).

De même les limites de l'obligation principale ne doivent pas être dépassées par celles du cautionnement. Mais qu'arriverait-il si l'obligation de la caution excédait celle du débiteur principal ? En droit romain, le cautionnement était, dans ce cas, nul et sans effet : « *Illud commune est, disoit Ulpien, in omnibus qui pro aliis obligantur quod fuerint in du-
« riorum causà adhibiti placuit eos omnino non obligari* (2). » Cette solution était conforme aux prin-

(1) L. L., 8, § 7 : 42, D. de Fidej. et Mand.

(2) L. 42, ff. de Fid. et Mand.

cipes de la législation romaine, législation formaliste avant tout, et qui sacrifie souvent l'équité à une rigueur exorbitante ; au contraire, en droit français, où la bonne foi régit les contrats, il n'en pouvait être de même ; aussi l'article 2015 du Code civil, prévoyant notre hypothèse, déclare l'obligation de la caution réductible jusqu'aux limites de l'obligation principale (1). Cette réduction a lieu toutes les fois qu'il y a excès, non-seulement quant à la quantité, mais aussi *tempore loco conditione vel modo*. Enfin il n'y a pas de doute que la caution ne puisse s'obliger pour moins que le débiteur principal ; ainsi la dette étant de 1,000 francs le cautionnement peut n'être que de 500 francs ; de même, si l'obligation principale est pure et simple, la caution peut s'engager à terme ou sous condition. « Le cautionnement, dit l'article 2015
« du Code civil, ne peut excéder ce qui est dû par le
« débiteur, ni être contracté sous des conditions plus
« onéreuses.

« Il peut être contracté pour une partie de la dette
« seulement, et sous des conditions moins onéreuses.

« Le cautionnement qui excède la dette, ou qui
« est contracté sous des conditions plus onéreuses,
« n'est point nul ; il est seulement réductible à la
« mesure de l'obligation principale. »

Le premier alinéa de cet article fit naître quelques difficultés ; on s'est demandé quelle était l'intention de

(1) Du reste, sous Justinien, et par application des règles du constitut, il fut admis que dans l'hypothèse *suprà*, l'engagement du fidéjusseur serait seulement réductible.

la loi en disant que le cautionnement ne pouvait être contracté sous des *conditions plus onéreuses*. Quant à nous, nous croyons que depuis la loi du 22 juillet 1867 cette phrase a perdu sa valeur légale; nous pensons en effet que le législateur avait inséré cette proposition dans le seul but d'empêcher que la caution ne puisse être soumise à la contrainte par corps lorsque le débiteur principal n'était pas exposé à cette voie d'exécution. Il nous semble au contraire que les principes de droit ne sont pas défavorables à ce que le créancier puisse exiger de la caution, soit un engagement par acte notarié, afin qu'il ait contre elle l'exécution extra-judiciaire, soit une hypothèque ou toute autre garantie, lors même que le débiteur principal ne soit pas tenu dans ces mêmes conditions, autrement le cautionnement deviendrait illusoire (1).

5. Le créancier ne peut demander à la caution que ce dont elle s'est engagée à garantir l'exécution; aussi la loi exige que le cautionnement soit exprès; et l'article 1740 du Code civil ne fait qu'appliquer ce principe en déclarant que l'obligation de la caution d'un bail ne s'étend pas aux obligations ayant pour cause une tacite-reconduction. De même lorsque le capital de la dette est seul cautionné, le cautionnement ne peut pas s'étendre aux intérêts sans le consentement du fidéjusseur.

On s'est demandé si la caution d'un usufruitier demeurerait obligée dans le cas où celui-ci aurait vendu

(1) Cpr., Aubry et Rau, IV, § 423, note 4; Troplong, Cautionnement, nos 110 et suiv.

son usufruit à un tiers? Nous croyons qu'il faut décider affirmativement cette question, car, l'usufruitier étant toujours responsable au regard du nu-propriétaire malgré la cession de son usufruit, on ne voit pas pourquoi la caution serait déchargée de son engagement.

Enfin, dans le cas où le cautionnement est indéfini, c'est-à-dire lorsque la caution s'engage pour tout ce que peut devoir le débiteur au créancier, le fidéjusseur est alors tenu tant du capital que des intérêts ainsi que des frais faits contre le débiteur; seulement, quant à ces derniers et sauf ceux de la demande, la caution ne les doit qu'autant que les poursuites du créancier lui seraient dénoncées par le débiteur et du moment de cette dénonciation (art. 2016 du C. civ.).

6. La loi, dans l'article 2017 du Code civil, dispose que l'obligation de la caution est transmissible à ses héritiers; par cette disposition, le législateur a voulu abroger l'opinion admise à Rome et dans le très ancien droit français, d'après laquelle les héritiers de la caution qui meurt sans acquitter ses engagements ne pouvaient pas être poursuivis par le débiteur. Aussi quand on dit que le cautionnement est un contrat personnel, il ne faut entendre cette qualification que dans ce sens que la caution ne s'est engagée que parce que telle personne s'est obligée comme débiteur, ou parce que telle autre craint que son débiteur ne soit insolvable.

7. Nous étudierons, dans cette troisième partie de notre thèse, des effets du cautionnement; ce qui formera la matière des trois chapitres suivants :

I. Les effets du cautionnement entre les créanciers et la caution ;

II. Les effets du cautionnement entre la caution et le débiteur principal ;

III. Les effets du cautionnement entre les cautions d'une même dette.

CHAPITRE I

EFFETS DU CAUTIONNEMENT ENTRE LE CRÉANCIER ET LA CAUTION.

8. Lorsque plusieurs personnes se sont engagées à acquitter pour le tout l'obligation qu'elles ont contractée, le créancier peut à son choix poursuivre parmi elles celle qu'il voudra. En est-il de même dans le cas du cautionnement? Ou bien le créancier doit-il, dans cette hypothèse, commencer par poursuivre le débiteur principal, et, si celui-ci est insolvable, revenir contre la caution?

Dans la législation romaine, une ancienne loi (qu'on doit reporter aux XII tables si on en croit Cujas) défendait au créancier de poursuivre la caution avant d'avoir au préalable essayé de se faire payer par le débiteur. Cette loi, quoique très-rigoureuse à l'égard du créancier, avait néanmoins sa raison d'être sous

cette législation ; car les mêmes XII tables décidaient que celui qui, étant poursuivi pour acquitter ce dont il est tenu, ne pouvait pas réaliser cet acquittement serait adjugé, comme esclave, à son créancier. Or, il était juste que la caution ne puisse être poursuivie qu'après le débiteur principal. Mais cette loi tomba en désuétude, et le créancier pût, soit en droit romain, soit dans l'ancienne pratique française, poursuivre la caution avant de s'adresser au débiteur principal.

Sous le Code Napoléon, quelques auteurs ont soutenu que le créancier devait d'abord mettre en demeure le débiteur principal, ou, si la demeure avait lieu de plein droit, lui faire une interpellation pour le paiement, et alors seulement il pourrait valablement poursuivre la caution.

Ces auteurs basent leur décision sur la fin de l'article 2011 Code civil, ainsi conçu : « Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, *si le débiteur n'y satisfait pas lui-même.* » On invoque ensuite le commencement de l'art. 2021 Code civil où la loi dit, en effet, que : « La caution n'est obligée envers le créancier à le payer *qu'à défaut du débiteur...* »

Mais cette opinion est, avec raison, repoussée par la généralité des commentateurs ; et les arguments sur lesquels on la base ne nous semblent pas concluants. Les mots *à défaut du débiteur* de l'art. 2021 ne doivent pas être isolés de ceux qui les suivent ; et ils n'ont ainsi pour but que d'expliquer le bénéfice de discussion. Quant à l'art. 2011 Code civil, il ne veut dire autre chose, sinon que la caution est déchargée de son

obligation si le débiteur paie le créancier. Enfin, ce système n'aurait généralement d'autre résultat que de mettre à la charge de la caution des frais inutiles; car de deux choses l'une, ou le débiteur est insolvable, ou il n'est que récalcitrant; dans le premier cas, la mise en demeure du débiteur n'aurait aucune utilité, puisque l'ajournement de la caution interrompt la prescription à son égard comme à l'égard du débiteur principal. Mais si le débiteur est solvable et qu'il ne veuille pas acquitter la dette, le fidéjusseur renverra le créancier à la discussion de ses biens. Or, à quoi servirait l'interpellation du premier? Dira-t-on que la caution ne pourra pas souvent recourir à cette exception; car il arrive rarement dans la pratique que le créancier n'exige pas d'elle cette renonciation: or, il ne serait pas équitable que, malgré la solvabilité du principal obligé, elle soit contrainte à payer une dette dont elle ne profite pas, quand peut-être le débiteur était prêt à acquitter lui-même le créancier si celui-ci s'était adressé directement à lui.

A cette objection nous répondrons que le créancier qui exige de la caution la renonciation au bénéfice de discussion montre, d'abord, qu'il n'a pas confiance dans le débiteur; et ensuite, qu'il ne veut pas perdre son temps à poursuivre la discussion des biens de ce dernier. Enfin, si le débiteur avait réellement le moyen et la volonté d'acquitter sa dette, il ne laisserait jamais le créancier poursuivre la caution.

La caution est donc tenue de payer le créancier qui la poursuit sans chercher si celui-ci avait commencé par demander son paiement au débiteur. Mais la loi, dans

un but d'équité et de justice, permet au fidéjusseur de renvoyer le créancier à la discussion des biens du débiteur principal. Ce renvoi s'effectue moyennant l'exception de discussion; exception créée par Justinien (Nov. IV), puis admise dans l'ancien droit français et enfin consacrée par le Code civil dans les art. 2021 à 2024, que nous étudierons dans la section suivante.

SECTION PREMIÈRE

Du bénéfice de discussion.

9. Le bénéfice de discussion est une exception dilatoire moyennant laquelle la caution poursuivie par le créancier le renvoie à se faire payer sur les biens du débiteur principal afin qu'elle ne soit obligée d'acquitter la dette qu'autant que les biens du débiteur n'auraient pas suffi à satisfaire le créancier.

Nous diviserons cette section en quatre paragraphes, dans lesquels nous étudierons : 1° Quelle caution peut opposer le bénéfice de discussion ? 2° Sous quelle condition elle peut opposer ce bénéfice ? 3° A quel moment de l'instance elle doit en user ? 4° Et enfin, quels sont les effets du bénéfice de discussion.

§ 1. — *Quelle caution peut opposer le bénéfice de discussion ?*

10. Toute caution a, en principe, le droit d'invoquer le bénéfice de discussion. Néanmoins, comme

cette exception est toute de faveur, celui au profit duquel elle existe, peut valablement y renoncer. Aussi l'article 2021 dispose en ces termes : « La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur, auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires. »

11. L'origine de la renonciation au bénéfice de discussion se trouve dans la Nouvelle 136 de Justinien. Cet empereur, sur la plainte des *argentarii* auxquels il avait refusé ce bénéfice, leur permet, en effet, de stipuler dans les cautionnements passés à leur profit que la caution renoncerait à cette exception.

Sous l'ancien droit français, on généralisa cette décision en accordant à tous les créanciers civils ou commerçants la faculté d'exiger cette renonciation, et ceux-ci en profitèrent tellement que la coutume de Bourgogne crut devoir abolir ce bénéfice (cout. de Bourg., art. 5, tit. 5. — Pothier, des Obligations, n° 409).

Le Code civil admit, comme nous l'avons vu, le bénéfice de discussion; et il reconnut aussi que la caution pourrait y renoncer.

12. La renonciation peut être expresse ou tacite; elle peut avoir lieu soit dans l'acte même du cautionnement, soit à toute autre époque, soit même au moment des poursuites. Pour qu'il y ait renonciation tacite, il faut qu'elle résulte des termes dénotant une

telle intention de la part du fidéjusseur, ou bien de certains actes indiquant une volonté assez claire de sa part. Ainsi il y aura renonciation si la caution s'est engagée solidairement avec le débiteur ; de même si elle a déclaré s'obliger comme débiteur principal.

13. Observons qu'il ne faut pas prendre à la lettre la disposition finale de l'art. 2021 Code civil, et assimiler sous tous les rapports la caution qui s'engage solidairement avec le débiteur principal à un vrai débiteur solidaire, autrement on devrait admettre un cautionnement pur et simple lorsque la dette principale ne serait qu'à terme ou sous condition.

14. Le donneur d'aval ne peut pas non plus exciper du bénéfice de discussion, puisque, d'après l'art. 142 Code civil, il est tenu solidairement avec les tireurs et endosseurs.

On se demande, à ce sujet, si on doit refuser le bénéfice de discussion toutes les fois qu'il s'agit d'une affaire commerciale ?

D'après une opinion assez généralement admise, on fait la distinction suivante : lorsque c'est un commerçant qui s'est rendu caution d'une dette commerciale, on ne lui accorde pas le droit d'invoquer le bénéfice de discussion, quand même il n'y aurait pas renoncé. Au contraire, le fidéjusseur est-il un non-négociant, il rentre dans le droit commun.

On invoque en faveur de ce système les arguments suivants :

1° La Nouvelle IV, dans laquelle Justinien refuse ce bénéfice aux *argentarii* ;

2° L'opinion des anciens jurisconsultes français ;

5° La considération que le cautionnement n'est pas toujours gratuit dans les affaires commerciales ;

4° Enfin, la célérité qu'exigent ces affaires, célérité qui ne s'accommode pas avec le bénéfice de discussion.

Malgré l'autorité due à ceux qui soutiennent cette opinion, nous ne croyons pas qu'elle soit la meilleure ; et les arguments sur lesquels on la base ne nous paraissent pas sans réplique.

D'une part, si Justinien refusait le bénéfice de discussion aux *argentarii*, c'est que ceux-ci étaient soumis à une législation spéciale. Or, les autres commerçants n'étaient pas compris dans cette défense ; donc, cet argument ne peut être d'aucune valeur dans la question qui nous occupe ; en second lieu, quant à l'argument basé sur la tradition, nous reconnaissons qu'il n'est pas à dédaigner. Seulement, les arguments de cette espèce, s'ils sont quelquefois d'une valeur quelconque, conduisent souvent le commentateur à faire la loi, au lieu que son devoir est de l'interpréter. Car, ce qu'il faut en pareil cas, c'est se demander si cette tradition est consacrée par le Code, sinon expressément, au moins implicitement ; maintenant que trouvons-nous dans la loi ?

L'art. 142 Code civil est ainsi conçu : « Cette garantie (l'aval) est fournie par un tiers sur la lettre même ou par acte séparé. Le donneur d'aval est tenu solidairement et par les mêmes voies que les tireurs et endosseurs, sauf les conventions différentes des parties. »

Or, s'il découle de cet article que le donneur d'aval ne peut pas opposer le bénéfice de discussion, c'est

parce que la loi, dans l'art. 2021 Code civil, enlève ce droit à toute caution solidaire ; de plus, lorsque le législateur a voulu, en ce qui touche au cautionnement, faire une différence entre les affaires civiles et les opérations commerciales, il s'est exprimé nettement comme on peut le voir dans l'art. 2019 Code civil. Donc, s'il n'a fait aucune réserve pareille dans l'art. 2021 du même Code, c'est qu'il voulait que la disposition de ce dernier article fût appliquée dans tous les cas. En troisième lieu, l'argument qui consiste en ce que dans le commerce le cautionnement est la plupart du temps intéressé nous touche peu. Car, ou les parties ont eu en vue un contrat d'assurance, ou c'est un vrai cautionnement qu'elles ont voulu contracter. Or, dans le premier cas, il ne peut y avoir lieu au bénéfice de discussion, puisque l'assureur n'y a pas droit ; tandis que, dans le second cas, que le cautionnement soit intéressé ou non, la caution aura toujours le droit d'exciper du bénéfice de la loi, puisque l'art. 2021 Code civil ne fait aucune distinction.

Enfin, s'il est fondé que la confiance, le crédit et la célérité nécessaire dans les opérations commerciales ne puissent pas s'accommoder avec le bénéfice de discussion, il aurait fallu que ce bénéfice fût interdit même dans le cas où la caution aurait été un non-négociant. Mais nos adversaires ne vont pas jusque-là.

Ainsi nous croyons que la caution, même en matière de commerce, conserve son droit au bénéfice de discussion tant qu'elle n'y aura pas renoncé. Toutefois, si les usages commerciaux d'une localité refusaient à la caution le droit d'invoquer l'exception dont

il s'agit, nous pensons que ces usages devront être suivis.

15. Le fidéjusseur ne peut pas exciper du bénéfice de discussion lorsqu'il devient l'héritier du débiteur : toutefois il conserverait ce droit s'il n'acceptait la succession que sous bénéfice d'inventaire. Car alors, la confusion n'ayant pas lieu, les dettes du débiteur restent distinctes des siennes.

16. La caution d'un vendeur est aussi sans droit à se prévaloir de l'exception qui nous occupe lorsque, intentant l'action en revendication contre l'acquéreur, celui-ci lui oppose la règle *quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio*. Car le fidéjusseur ne saurait invoquer ce bénéfice que si le débiteur est en état d'acquitter la dette ; or, dans ce cas, c'est lui seul qui, en abandonnant son action, peut satisfaire l'acquéreur.

Par la même raison, la caution ne sera pas reçue à invoquer l'exception de discussion, s'il est notoire que le débiteur principal est insolvable.

17. De même la caution devenue créancière du créancier peut, d'après nous, invoquer le bénéfice de discussion malgré la compensation à elle opposée par le créancier. En effet, la compensation n'a pas lieu en principe contre celui qui peut se refuser de payer. Or ici la caution, en demandant la discussion et usant ainsi d'un droit légitime, déclare ne vouloir payer que si le débiteur se trouve insolvable ; donc, en l'absence d'une disposition légale qui l'oblige au paiement, elle ne doit pas être privée de son droit par la circonstance qu'elle est devenue créancière du créancier.

18. Enfin, la loi, par la disposition de l'art. 2042 C. civ., prive la caution judiciaire du droit d'exciper du bénéfice de discussion.

Maintenant que nous connaissons les cautions qui ne peuvent pas demander la discussion préalable du débiteur, demandons-nous sous quelles conditions celles qui ont ce droit peuvent l'exercer.

§ 2. — *Sous quelles conditions la caution peut exciper du bénéfice de discussion.*

19. Le bénéfice de discussion étant une faveur pour la caution ne doit pas devenir entre ses mains un piège pour le créancier ; celui-ci ne peut être exposé à perdre son temps dans des démarches inutiles : de là la disposition de l'art. 2023 C. civ., dont voici les termes :

« La caution qui requiert la discussion doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, et avancer les deniers suffisants pour faire la discussion.

« Elle ne doit indiquer ni des biens du débiteur principal situés hors de l'arrondissement de la Cour royale (Cour d'appel) du lieu où le paiement doit être fait, ni des biens litigieux, ni ceux hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur. »

20. Il découle de notre article que l'exercice du bénéfice de discussion est soumis aux six conditions suivantes :

1° Il faut que la caution requière la discussion ; donc le tribunal ne peut ordonner d'office la discus-

sion des biens du débiteur, cette exception étant une faveur personnelle à la caution.

2° La caution doit faire l'avance des frais nécessaires pour effectuer la discussion : en imposant à celle-ci l'avance des frais, la loi a voulu protéger le créancier contre l'exercice abusif d'une faveur accordée par humanité seulement ; toutefois, le fidéjusseur n'est obligé de faire les avances que dans le cas où le créancier le lui demande (1) ; et c'est le tribunal qui en fixera le montant si les parties ne sont pas d'accord. De même, et toujours en cas du désaccord des parties, le tribunal désignera celui entre les mains de qui seront versés les frais avancés. Enfin, et contrairement à ce qui avait lieu sous l'ancien droit, l'avance des frais doit être faite tant pour la discussion des immeubles que pour celle des meubles.

3° La caution est tenue d'indiquer au créancier les biens du débiteur sur lesquels elle veut faire porter la discussion : cette indication peut comprendre des meubles ou des immeubles, une partie ou toute la fortune du débiteur ; mais elle doit être faite d'une seule fois et non successivement, autrement on éterniserait la discussion. Néanmoins dans le cas où, après l'indication faite par la caution, il survenait des biens au débiteur principal, elle pourrait en faire valablement l'objet d'une seconde indication.

4° Dans le cas où les biens à indiquer sont des immeubles, ils doivent être situés dans le ressort de la

cour d'appel du lieu du paiement. De même pour les meubles.

5° Les biens désignés par le fidéjusseur ne doivent pas être litigieux : le mot litigieux est pris ici dans son sens le plus large ; ainsi, il comprend les biens soumis à des charges excessives et ceux assujettis à une action quelconque.

6° Les biens indiqués doivent être possédés par le débiteur ; aussi la caution ne peut-elle désigner des biens même hypothéqués à la dette, s'ils ne sont pas en la possession du débiteur principal.

21. L'art. 2171 Code civil nous montre une différence entre la caution et le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué. Celui-ci ne peut exciper du bénéfice de discussion qu'autant qu'il se trouve dans le patrimoine du débiteur d'autres immeubles hypothéqués à la même dette. Tandis que la caution excipera de son bénéfice quand même le débiteur ne posséderait pas un immeuble hypothéqué à la dette.

Cette différence est raisonnable ; car dans le cas du cautionnement l'action du créancier est toujours personnelle, qu'elle soit intentée contre la caution ou contre le débiteur principal ; au contraire, l'hypothèque conférant au créancier hypothécaire une action réelle, il lui est préférable de s'en servir que de courir les chances plus incertaines d'une action personnelle. De plus, le tiers détenteur pouvant au moyen de la purge se préserver contre tous recours de la part des créanciers hypothécaires, il est juste qu'il subisse les conséquences de sa négligence, s'il ne s'est pas servi de ce moyen.

§ 1. — *A quel moment de l'instance la caution doit exciper du bénéfice de discussion.*

22. Le fidéjusseur poursuivi en paiement par le créancier peut, au moyen du bénéfice de discussion, renvoyer celui-ci à la discussion préalable du débiteur; mais à quel moment de l'instance peut-il exciper efficacement de ce bénéfice?

Sous l'ancienne législation française, quelques jurisconsultes voulaient que la caution pût exciper de ce bénéfice en tout état de cause.

D'autres, au contraire, et parmi eux Pothier, décidaient que le bénéfice de discussion étant rangé dans la catégorie des exceptions dilatoires, et le créancier ne pouvant être soumis à des retards provenant du caprice du fidéjusseur, celui-ci devait, sous peine de déchéance, exciper de son bénéfice avant la contestation en cause.

Le Code civil s'est rallié à cette dernière opinion : en effet, d'après l'art. 2022, « le créancier n'est obligé de discuter le débiteur principal que lorsque la caution le requiert *sur les premières poursuites dirigées contre elle.* »

Cet article est une application de ce principe que le bénéfice de discussion étant une exception de faveur, il peut être l'objet d'une renonciation expresse ou tacite. Or, le fidéjusseur, qui se défend au fond au lieu de demander la discussion, est censé se soumettre à acquitter la dette s'il perd le procès; il doit donc,

pour éviter cette présomption, se prévaloir *in limine litis* de son exception.

25. Toutefois nous pensons qu'il appartient aux juges de décider si la caution, en défendant au fond, a ou non renoncé à son bénéfice. Ainsi, si elle contestait l'existence ou la validité de l'obligation principale ou du cautionnement, ou bien si elle voulait prouver l'extinction de l'une ou de l'autre, elle pourrait valablement présenter son exception après le jugement rendu à cet effet.

La question suivante était controversée sous l'ancien droit : on se demandait si la caution pouvait, après les contestations au fond, exciper de son bénéfice lorsque le débiteur, insolvable au moment des poursuites, acquiert des biens pendant le cours du procès? Pothier décidait l'affirmative : « La règle que les exceptions dilatoires doivent être opposées avant la contestation en cause, dit-il, 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. »

Cette solution doit être acceptée sous le Code Napoléon ; cependant quelques auteurs soutiennent l'opinion contraire, en se basant sur la généralité des termes de l'art. 2022 Code civil. Mais leur sentiment nous semble inacceptable : et, pour démontrer son insuffisance, nous ne ferons que citer textuellement et sans aucune modification quelques passages de l'un de ses adhérents :

En effet, M. Ponsot, dans la page 211 de son *Traité du cautionnement*, s'exprime ainsi qu'il suit :

«..... Pour que la caution ait perdu le bénéfice dont la loi la gratifie, il faut, d'après Pothier, il faut, d'après les observations du Tribunat, qu'on puisse conclure du silence de cette caution *qu'elle a voulu y renoncer.* »

Après avoir cité quelques passages de la discussion du Code civil, cet auteur continue : « On voit ainsi bien clairement le motif qui a inspiré le législateur : il ne veut pas que la caution puisse user du bénéfice de discussion, lorsqu'elle a agi de manière à faire croire *qu'elle y a renoncé.* »

A la page 212, n° 190, M. Ponsot refuse, avec raison, l'exception de discussion, lorsque la contestation ayant pour objet l'étendue du cautionnement ou la quotité de l'obligation principale, la caution voudrait s'en prévaloir, après la défense au fond. Il en donne pour raison que la caution sera toujours à temps pour discuter cette contestation : « Il n'y a donc pas de motif, dit-il, pour qu'elle s'abstienne d'user du bénéfice de la loi, et si elle ne le fait pas, elle en sera déchue, *parce qu'elle sera présumée y avoir tacitement renoncé.* » Mais, au n° 191, page 212, où il traite de la question qui nous occupe, après avoir donné l'opinion de Pothier, il s'exprime en ces termes :

« Malgré une aussi grave autorité, nous n'oserions aller aussi loin. Il nous semble qu'il faudrait, dans cette dernière hypothèse, rejeter l'exception de discussion présentée par la caution après le litige

« commencé. — Il nous semble qu'il y aurait de trop
« graves inconvénients à lui permettre d'entraver sous
« ce prétexte l'action du créancier. Il importe trop de
« lenteurs et trop de frais. D'ailleurs les termes de
« l'article 2022, par leur généralité, ne permettent
« guère de s'arrêter à l'opinion de Pothier. »

Enfin, à la page 215, il conclut en ces termes :

« Il faudrait, pour que le bénéfice de discussion fût
« perdu pour la caution, qu'on ne pût concilier la
« contestation par elle soulevée avec l'intention de
« demander la discussion des biens du débiteur. Mais
« tant qu'on peut concilier l'un et l'autre, la caution
« conserve son droit ! »

24. Observons, pour terminer, que les mêmes règles que nous venons d'énumérer sont applicables dans le cas où la caution est poursuivie par un moyen judiciaire comme dans celui où elle ne serait poursuivie qu'extrajudiciairement.

§ 4. — *Effets du bénéfice de discussion.*

25. Lorsque la caution excipe du bénéfice de discussion et qu'elle avance au créancier les frais de la discussion des biens du débiteur, celui-ci se trouve dans la nécessité de poursuivre le principal obligé.

Mais lequel, du fidéjusseur ou du créancier, doit supporter l'insolvabilité du débiteur survenue postérieurement à l'offre ou à la consignation des frais ?

Cette question était controversée sous l'ancien droit : la coutume de Bretagne rendait le créancier respon-

sable de l'insolvabilité du débiteur, et par conséquent le fidéjusseur était déchargé de son obligation. — Pothier, au contraire, admettait l'opinion opposée; c'était sur le fidéjusseur, d'après lui, que devait retomber l'insolvabilité du débiteur principal.

Le Code civil a concilié ces deux opinions, comme on peut le voir dans l'article 2024, dont voici les termes :

« Toutes les fois que la caution a fait l'indication de
« biens autorisée par l'article précédent et qu'elle a
« fourni les deniers suffisants pour la discussion, le
« créancier est, jusqu'à concurrence des biens indi-
« qués, responsable, à l'égard de la caution, de l'in-
« solvabilité du débiteur principal survenue par le dé-
« faut de poursuites. »

26. Il ressort de cet article que c'est la négligence du créancier qui le rend responsable de l'insolvabilité du débiteur. Aussi, quand l'insolvabilité est antérieure à la discussion ou survient pendant les poursuites, ou bien si elle est postérieure aux poursuites, mais sans être imputable à la négligence du créancier, celui-ci n'est aucunement responsable, et la caution continue d'être obligée à la dette.

Le fidéjusseur peut aussi opposer au créancier d'autres exceptions ou fins de non-recevoir (à part l'exception de division que nous étudierons plus loin) qui ont pour effet soit l'annulation du cautionnement, soit son extinction ou la restriction de son exécution. Or, comme ces fins de non-recevoir ont pour but la décharge totale ou partielle de la caution, nous avons cru devoir les étudier avant l'exception de division

qui, elle, suppose que le fidéjusseur est obligé au paiement.

SECTION II

Exceptions ou fins de non-recevoir que la caution peut opposer aux créanciers (art. 2036, 2037, 2038 et 2039 du Code civil).

27. De ce que le cautionnement est un contrat accessoire, toute cause qui mettrait fin à l'obligation principale ou qui empêcherait son exécution produirait ces mêmes effets sur l'obligation de la caution ; seulement, celle-ci étant tenue personnellement, elle ne peut exciper des fins de non-recevoir créées en faveur de la personne du débiteur principal. De là la disposition de l'art. 2036 du Code civil :

« La caution peut opposer au créancier, dit cet article, toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette. Mais elle ne peut opposer des exceptions qui sont purement personnelles au débiteur. »

28. Ces principes posés, étudions les exceptions qui compètent à la caution du chef du débiteur principal.

Les causes qui libèrent le débiteur, ou qui peuvent modifier son obligation, sont les suivantes :

1° Le paiement ;

2° La novation ;

3° La compensation ;

4° La confusion des qualités de créancier et de débiteur ;

5° La remise de la dette et la perte de la chose due ;

6° La transaction, le jugement et le serment ;

7° La prescription ;

8° La rescision ou l'annulation de l'obligation.

Voyons les effets de chacune de ces causes quant au cautionnement.

§ 1. — *Du paiement.*

29. Le moyen le plus radical d'éteindre une obligation est le paiement, la prestation de la chose due. Or, toutes les fois que la dette principale se trouve acquittée, le cautionnement s'éteint par voie de conséquence, et le créancier est repoussé dans son action contre la caution. Cet effet se produit non-seulement lorsque c'est le débiteur ou tout autre intéressé qui effectue le paiement, mais aussi quand c'est une personne étrangère à la dette qui paie le créancier.

Si le paiement est toujours un moyen d'extinction de l'obligation, il peut arriver néanmoins qu'il n'ait quelquefois pour effet qu'un changement de créancier ; alors la dette, quoique éteinte à l'égard du premier créancier, continue à exister avec toutes ses qualités et garanties à l'égard des autres intéressés et au profit du nouveau créancier. Ce qui a lieu lorsque le paiement engendre la subrogation, soit légale, soit conventionnelle.

Dans ce cas, la caution comme tous les obligés principaux ou accessoires reste tenue, à l'égard de celui qui est subrogé, aux droits de l'ancien créancier.

Toutefois, lorsque la subrogation est conventionnelle, et qu'elle émane du créancier en faveur du tiers qui lui paie sa créance, il faut que cette subrogation résulte expressément de l'acte qui la contient, et que, de plus, elle soit effectuée au moment même du paiement ! Mais dans le cas où la subrogation au droit du créancier est consentie par le débiteur en faveur de celui à qui il emprunte des deniers à l'effet d'acquitter sa dette, il faut que l'acte d'emprunt constate la destination de ces deniers ; de même la quittance donnée par le créancier doit déclarer que le paiement a eu lieu avec la somme empruntée. Enfin, l'acte d'emprunt et la quittance doivent être passés devant notaire.

C'est à ces conditions seulement que le débiteur peut subroger le tiers prêteur au droit du créancier.

De ce qui précède, il résulte que le créancier ne peut pas donner au porteur des deniers, qu'il a reçus en paiement de sa créance, le pouvoir de subroger dans ses droits le tiers prêteur de cette somme. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation par un arrêt du 30 juillet 1858.

Mais cette même Cour nous semble avoir consacré une solution erronée en déclarant, par un arrêt du 12 février 1840, que la caution était tenue dans l'hypothèse suivante :

Un débiteur s'était fait donner par son créancier une procuration en blanc pour qu'il puisse subroger un tiers dans les droits de ce créancier ; or, ce débi-

teur ne se servit de cette procuration que deux ans après l'avoir reçue, la dette ayant été acquittée. Parmi les garanties de l'ancienne créance, il y avait un cautionnement; or, le nouveau créancier, trouvant son débiteur insolvable, poursuivit la caution, se basant sur la subrogation que le débiteur lui avait consentie au moyen de la procuration dont il s'agit. La Cour condamna la caution au paiement de cette nouvelle créance, considérant que le tiers subrogé était de bonne foi, et que la caution, ayant-cause du débiteur principal, ne pouvait prouver contre le contenu de l'acte passé par ce dernier et dans lequel il la représentait.

Il nous semble que dans cette hypothèse la Cour a trop accordé à la bonne foi du tiers soi-disant subrogé. Car si le débiteur représente jusqu'à un certain point la caution, ce n'est qu'autant que cette dernière conserve à son égard sa qualité de caution. Or, il était reconnu qu'au moment de la soi-disant subrogation, la dette pour laquelle le fidéjusseur s'était engagé n'existait plus, et par conséquent celui-ci se trouvait déchargé de son obligation. Donc, par quel droit lui refuserait-on la faculté de prouver, par témoins ou autrement, contre le contenu d'un acte pour lequel il est tout à fait étranger.

50. Lorsque le débiteur de plusieurs dettes ne déclare pas, au moment d'un paiement partiel, laquelle de ces dettes il entend acquitter, la loi fait certaine distinction quant à l'imputation de ce paiement. Ainsi, l'imputation a lieu d'abord sur les dettes échues par préférence à celles qui ne le sont pas, quand même

ces dernières seraient plus onéreuses; au contraire, si toutes étaient échues et qu'elles fussent d'égale nature, on imputera sur la plus ancienne. Mais si elles étaient de nature différente, par exemple, les unes productives d'intérêt et les autres stériles, l'imputation se ferait sur les plus onéreuses. Enfin, si toutes les dettes sont égales en nature et en dates, l'imputation aura lieu proportionnellement au montant de chacune d'elles.

51. Voyons maintenant les effets de l'imputation quant au cautionnement, et d'abord lorsque de plusieurs dettes exigibles l'une seule est cautionnée, l'imputation aura lieu sur la dette cautionnée par préférence aux autres. Cette solution était admise par le Droit romain (Lois 4, *in fine*, et 5, D. *de solut. et liber.*).

Mais au lieu de plusieurs dettes, supposons qu'il n'y en ait qu'une seule, et voyons les effets d'un paiement partiel à l'égard de la caution. Nous prendrons un exemple pour nous faire mieux comprendre.

Pierre doit 1,000 fr. qui sont cautionnés par Jacques; si Pierre payait 500 fr. à son créancier, Jacques resterait obligé pour le reliquat. Mais si Jacques n'avait cautionné que 500 fr. et que Pierre vint à payer pareille somme, comment l'imputation aurait-elle lieu? Serait-ce la partie cautionnée qui serait éteinte ou bien le créancier garderait-il les 500 fr. en paiement de la moitié de la dette non garantie par la caution?

Sous l'ancien droit, on décidait la question dans le premier sens : c'est-à-dire, dans notre exemple, on dé-

clarait Jacques déchargé du cautionnement. Cette décision fut consacrée par un arrêt de la seconde Chambre des enquêtes du Parlement de Paris, du 3 août 1709; et elle a trouvé des partisans sous le Code civil (V. Laroombière, art. 1256, n° 6). Toutefois cette opinion, repoussée par la généralité des auteurs modernes, n'est pas admissible. En effet, les lois romaines qu'on cite comme lui étant favorables n'ont en vue que l'hypothèse de plusieurs dettes dont l'une est cautionnée; or, dans ce cas, il est on ne peut plus juste de commencer par acquitter cette dette, car il est plus favorable de s'acquitter envers deux personnes qu'envers une seule. Au contraire, dans la question qui nous occupe, il s'agit d'une seule dette dont une partie seulement est cautionnée; or, ne doit-on pas plutôt supposer que l'intention du créancier, en exigeant le cautionnement, était de s'assurer contre la perte de cette partie de la dette, des 500 fr. de notre exemple : donc, en admettant l'opinion contraire, on méconnaîtrait le principe fondamental du cautionnement, qui est l'obligation pour la caution de satisfaire le créancier dans le cas où le débiteur ne le satisferait pas lui-même.

Ce que nous venons de dire s'appliquerait également lorsque la discussion des biens du débiteur n'amènerait pas l'extinction complète de la dette.

52. Il peut arriver que le créancier ne veuille pas accepter le paiement; alors la loi permet au débiteur de faire à celui-ci des offres réels, et, en cas de refus, de consigner ses offres, consignation qui le libèrera de la dette qui sera éteinte avec tous ses accessoires. Aussi la caution peut-elle exciper de ses offres contre le

créancier qui voudrait la poursuivre postérieurement.

Comme le débiteur est maître de reprendre l'objet consigné tant que le créancier ne s'en est pas saisi, on se demandait, sous l'ancien droit, si la caution était déchargée d'une manière définitive par cela seul qu'il y avait eu offres et consignations ; ou bien si elle demeurerait obligée jusqu'à ce que les offres fussent acceptées par le créancier ! — Pothier décidait que les offres ne déchargeraient pas complètement le fidéjusseur qui resterait tenu jusqu'au moment où elles seraient déclarées valables par le juge ; mais qu'une fois cette déclaration survenue, le cautionnement deviendrait irrévocablement éteint. — Le Code civil a admis cette opinion avec cette modification, que le jugement déclaratif de la validité des offres doit être inattaquable par la voie de l'appel ; c'est-à-dire qu'il soit passé en force de chose jugée.

§ 2. — *De la novation.*

55. La novation était définie par la loi romaine : « *Prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem, transfusio atque translatio.* » Cette définition, d'après laquelle le *debitum* au lieu d'être remplacé n'est que transféré d'une obligation dans une autre plus efficace, donnerait une idée inexacte et incomplète de la novation sous le Code civil. En effet, d'après ce Code, il y a novation toutes les fois qu'il intervient une convention ayant pour but, soit le changement de l'obligation, soit celui de sa cause ou de son objet,

soit enfin le remplacement de l'une des parties contractantes; ainsi pour qu'il y ait novation il faut que la modification apportée à l'obligation soit la conséquence d'une convention préalable.

53. De ce qui précède nous concluons que la *datio in solutum* n'opère novation qu'autant qu'elle aurait lieu les choses étant en entier : par exemple, Paul vend un champ à François moyennant 20,000 fr.; si, avant qu'il y ait livraison de part et d'autre, les parties conviennent de remplacer les 20,000 fr. par une maison, il y aurait novation. Car il est intervenu un contrat d'échange à la place du contrat de vente qui est sensé n'avoir jamais existé.

Supposons, au contraire, que le vendeur ait livré le champ dont il était propriétaire et que, de plus, il ait accordé un délai à l'acheteur pour le paiement du prix : à l'échéance, l'acheteur propose au vendeur, qui accepte, de lui donner une maison en remplacement du prix : où voit-on ici la novation? où trouve-t-on le nouveau contrat?

Ceux qui assimilent la *datio in solutum* à la vente voient en notre hypothèse la novation dans une vente fictive; le vendeur est sensé, d'après eux, avoir reçu le prix et acheté en suite la maison. Mais cette opinion est généralement repoussée; d'ailleurs le nom de l'acte même (*datio in solutum*) ne la permet pas. — Quant à ceux qui, n'admettant pas que la dation en paiement soit une vente, reconnaissent quand même qu'elle opère une novation, nous ne concevons pas comment ils peuvent justifier leur opinion: et puisque la loi permet de remplacer le prix par toute autre chose,

nous pensons qu'on n'a pas besoin d'aller chercher une novation là où il n'y a que simple paiement.

55 bis. On objecte enfin la disposition de l'art 2058 C. civ., ainsi conçu :

« L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en paiement de la dette principale décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé. »

Le paiement, dit-on, pour éteindre l'obligation, doit rendre le créancier propriétaire de l'objet payé; or, si la *datio in solutum* était un simple paiement, l'obligation de la caution devrait renaître en cas d'éviction; donc, en déchargeant irrévocablement la caution, la loi ne fait qu'appliquer l'art. 1281 C. civ., et par conséquent la *datio in solutum* opère novation (Pont, Cautionnement, n° 596 et suiv.).

Cet argument nous touche peu. L'art. 2058 C. civ. se justifie par des raisons d'un tout autre genre : « Lorsque le créancier reçoit une chose en paiement, dit M. Troplong (n° 582), le fidéjusseur se trouverait gravement lésé, s'il demeurait exposé à un recours tardif en cas d'éviction. On le sait, le fidéjusseur veille sur le débiteur, il a droit de le contraindre à remplir ses obligations quand il est en retard, ou qu'il y a des inquiétudes sur l'état de sa fortune. Or, supposons que le débiteur ait dérangé ses affaires depuis la *datio in solutum*; comment le fidéjusseur aurait-il pu prendre les mesures conservatoires que la loi met à sa disposition? (art. 2052) s'il eût poursuivi le débiteur, celui-ci lui aurait répondu, *ma dette est acquittée; votre action est inutile!* Et le fidéjus-

seur aurait été forcé de s'arrêter. Maintenant, voilà le créancier qui, sous prétexte de son éviction, revient contre le fidéjusseur. Mais ce recours est-il équitable? N'est-ce pas par le fait du créancier que le fidéjusseur a perdu ses avantages contre le débiteur? N'est-ce pas le fait du créancier qui l'a réduit à l'inaction? »

34. La caution est encore déchargée de son obligation dans le cas où en son absence le créancier aurait, en acceptant la dation en paiement, stipulé qu'il réservait ses droits contre elle. Car, comme le dit M. Troplong : « Le fidéjusseur ne peut obliger le débiteur à lui procurer sa décharge sans renverser tout ce qui a été fait entre le créancier et ce même débiteur; et comme une telle tentative n'est pas possible, comme il ne dépend pas du fidéjusseur de faire cesser un état dont le créancier se contente, comme il serait dérisoire de demander au débiteur qu'il rapporte une décharge donnée par ce même créancier qui s'est réservé ses droits contre le fidéjusseur, il s'ensuit que c'est toujours par le fait du créancier que le fidéjusseur se trouve paralysé, et que, dès lors, les réserves de celui-ci ne sont que *protestatio contra factum*. »

35. Enfin, si le créancier accorde au débiteur un terme pour prolonger l'époque de l'échéance, la caution, dit l'art. 2059 C. civ., n'est pas déchargée de son obligation. Toutefois elle peut poursuivre le débiteur pour qu'il lui procure sa décharge (art. 2052). Mais cette prorogation déchargerait complètement la caution, dans le cas où celle-ci ne se serait engagée que jusqu'à un temps déterminé, c'est-à-dire jusqu'à l'époque de l'échéance de la dette.

§ 3. — *De la Compensation.*

56. Lorsque la compensation a lieu de plein droit, la caution peut, malgré le débiteur principal, s'en prévaloir contre le créancier. Car, cette compensation éteignant la dette par la seule volonté de la loi, le débiteur qui voudrait quand même être tenu envers le créancier serait sensé lui faire une libéralité; or, il n'est pas juste que cette libéralité se fasse aux dépens de la caution. Mais si la compensation était facultative le fidéjusseur ne pourrait s'en prévaloir qu'avec le consentement du débiteur principal.

De même dans le cas d'une demande reconventionnelle, la compensation qui en résulterait profiterait au fidéjusseur en même temps qu'au débiteur. Seulement, on peut se demander si, malgré le désistement par le débiteur de sa demande reconventionnelle, la caution conserve néanmoins le droit de s'en prévaloir contre le créancier? — Nous le pensons.

57. Enfin, et quoique l'art. 1299 C. civ. ne parle que des privilèges et hypothèques, il n'y a pas de raison pour que celui qui a payé une dette compensée, ne conserve pas son recours contre les cautions, en même temps que ses privilèges et hypothèques, lorsque, en payant, il ignorait l'existence de la compensation. Mais ce sera à lui de prouver cette ignorance.

§ 4. — De la confusion.

38. Lorsque le créancier devient l'héritier du débiteur *aut vice versa*, l'obligation de la caution s'éteint par l'effet de la confusion qui rend impossible l'exécution de l'obligation principale. Il va sans dire que si la confusion n'opérait que partiellement l'extinction de l'obligation, le cautionnement subsisterait pour la partie de la dette principale dont l'exécution ne se trouve pas paralysée.

39. Du reste, la confusion ne doit dans aucun cas nuire au créancier. Ainsi, j'ai cautionné l'emprunt d'un mineur; si je deviens son héritier, je ne pourrai pas opposer la rescision de l'obligation au créancier qui me poursuivrait en ma qualité de caution; et cela quand même j'aurais accepté purement et simplement et que le créancier n'aurait pas demandé la séparation des patrimoines : « *Nonne iniquum est, dit Cujas, rationem juris, quæ causam fidejussoris, propter principalem obligationem quæ major fuit, exclusit, damno officere creditorèm qui sibi diligenter prospexerat* (Comm. du liv. 28, *Quæst. Papin.*; Cpr. Trop-
long, n^{os} 485 et suiv.).

De même, et dans la même hypothèse, le créancier pourra se prévaloir de toutes les garanties soit réelles, soit personnelles, que je lui avais consenties en ma qualité de caution.

§ 5. — *De la remise de la dette et de la perte de la chose due.*

40. La remise de la dette faite par le créancier au débiteur libère la caution (art. 1287 C. civ.) Il en est ainsi lors même que le créancier se réserverait ses droits contre la caution.

Néanmoins, pour que la remise de la dette libère complètement le fidéjusseur, il faut qu'elle soit volontaire, ne laissant pas subsister une obligation naturelle. Aussi, dans un concordat, la partie de la dette remise au failli reste-t-elle due par la caution. Cependant le fidéjusseur serait déchargé dans cette hypothèse, si le créancier qui a participé au concordat avait des hypothèques ou privilèges sur les biens du débiteur ; car, ses garanties étant perdues par sa participation au vote du concordat (art. 508, C. com.), il ne pourra plus subroger la caution à ces droits ; d'où il suit que cette dernière est nécessairement déchargée de son obligation en proportion de la somme que garantissaient ces privilèges et hypothèques (art. 2037 C. civ.).

41. La perte de la chose due, lorsqu'elle a lieu dans les cas énumérés par l'art. 1502, C. civ., libère le fidéjusseur ainsi que le débiteur principal. Aussi le créancier qui, dans ce cas, poursuivrait la caution serait repoussé dans sa demande.

§ 6. — *Du jugement, de la transaction et du serment.*

42. En principe, le débiteur, devant libérer la caution, est son mandataire toutes les fois qu'il rend sa condition meilleure. D'où il suit que tout jugement obtenu par le débiteur et contre le créancier, ayant pour objet la dette cautionnée, ce jugement, disons-nous, profite à la caution.

De même, « le serment déféré au débiteur principal libère également la caution » (art. 1363, C. civ.).

Enfin, le fidéjusseur peut opposer au créancier les transactions avantageuses intervenues entre ce dernier et le débiteur principal.

43. Que faut-il décider, si les actes intervenus entre le créancier et le débiteur sont défavorables à la caution ? Celle-ci serait-elle obligée de les subir, ou bien ces actes seraient-ils à son égard *res inter alios acta* ?

Il est généralement reconnu, en ce qui concerne les transactions, que la caution n'est pas tenue de celles qui lui seraient défavorables. Car, « si le débiteur a qualité pour améliorer la situation du fidéjusseur, dit M. Troplong, n° 575, il est sans droit pour la rendre mauvaise : *prodesse, acquirere 'et non nocere, debitor tenetur fidejussori.* « Le fidéjusseur a contracté une obligation qui ne saurait être changée *ex post facto* que par l'intervention de son consentement. Il a le droit d'y ramener le créancier et d'éliminer tous les actes

« ultérieurs qui, étant *res inter alios acta*, ne doivent pas réfléchir sur lui. »

Au contraire, lorsqu'il s'agit du serment ou de la chose jugée, la généralité des auteurs admettent que, dans tous les cas, la caution est représentée par le débiteur principal, quoique le serment prêté par celui-ci ou le jugement obtenu contre lui soit défavorable à la caution.

§ 7. — *De la prescription.*

44. La prescription de la dette principale profite à la caution, et celle-ci peut s'en prévaloir contre le créancier, lors même que le débiteur y aurait renoncé; car c'est là une exception *in re* qui, une fois acquise au fidéjusseur, ne peut lui être enlevée que par sa seule volonté (art. 2225 C. civ.).

45. Néanmoins, l'interruption de la prescription réagit contre le fidéjusseur, que cette interruption ait lieu du chef du créancier ou d'une reconnaissance de la dette faite par le débiteur principal.

§ 8. — *Des rescissions et annulations.*

46. L'annulation ou la rescision de l'obligation principale éteignent le cautionnement. Seulement, pour que cela soit ainsi, il faut que la nullité ou la rescision ne laisse subsister après elle aucune obligation naturelle, c'est-à-dire qu'elle ait pour cause

un vice quelconque dans l'obligation, mais non une faveur accordée par la loi à la personne du débiteur. Aussi la caution pourra-t-elle s'en prévaloir malgré la renonciation du débiteur.

§ 9. — *Exception résultant du droit qu'a la caution d'être subrogée aux droits et actions du créancier.*

Après avoir examiné les moyens de défense que la caution peut avoir du chef du débiteur principal, nous arrivons à l'examen d'une exception propre au cautionnement, c'est-à-dire une exception qui peut amener la décharge de la caution sans éteindre l'obligation du débiteur. — Cette exception est consacrée par l'art. 2057 C. civ., dont voici les termes :

« La caution est déchargée lorsque la subrogation
« aux droits, hypothèques et privilèges du créancier
« ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer
« en faveur de la caution. »

En droit romain, le créancier était obligé de céder à la caution, au moment du paiement, les sûretés qu'il avait contre le débiteur principal. Or, c'est de là qu'est venu le nom de l'exception *se dendarum actionem*, moyennant laquelle la caution obtenait cette cession, faute de quoi, elle avait le droit de refuser de payer. Néanmoins, le créancier restait libre de disposer de ses sûretés, et n'était tenu de les céder que telles qu'elles existaient à l'époque du paiement. Ulpien va plus loin ; d'après ce jurisconsulte, le fidéjusseur serait tenu de son obligation, lors même que le créan-

cier aurait fait remise de la dette au débiteur principal : *nisi hoc actum est, ut duntaxat a reo non petatur, a fidejussore petatur : tunc enim fidejussor exceptione non utetur* (L. 22, D. de Pactis).

Ces décisions se conçoivent quant au droit romain, car la *fidejussio* produisant une action *stricti-juris*, laissait le créancier libre de disposer à sa volonté de la créance vis-à-vis des autres co-obligés. Toutefois, dans le cas où il y aurait eu dol de la part du créancier, le fidéjusseur pouvait lui opposer *l'exceptio doli*.

Mais, en droit français, elle ne pouvait être de même ; la caution qui assure au créancier le paiement de sa créance doit pouvoir recouvrer tout ce qu'elle devra dépenser dans l'intérêt du débiteur ; or, pour cela, il était juste et équitable que le créancier lui conservât intacts tous ses droits, privilèges et hypothèques. C'est ce qu'a reconnu la loi, en disposant comme nous l'avons vu dans l'article 2057.

Cependant, cet article a donné lieu à plusieurs controverses ; on s'est demandé : 1° si toutes les cautions pouvaient invoquer notre article ; — 2° si le créancier était tenu de conserver les sûretés acquises pendant le cautionnement, ainsi que celles qu'il possédait antérieurement ; — 3° si le créancier était responsable des sûretés qu'il laisserait se perdre par sa négligence, comme de celles qu'il aurait perdues par son fait positif ; — 4° si enfin la perte partielle des sûretés libérait intégralement, ou seulement partiellement la caution.

49. Avant d'étudier ces questions, il nous faut re-

chercher les motifs et les raisons sur lesquels s'appuient les dispositions de l'art. 2057.

M. Troplong, se basant sur un passage de Pothier fait de notre article une conséquence du bénéfice de discussion ; c'est, d'après lui, parce que le fidéjusseur a le droit de renvoyer le créancier à la discussion du débiteur principal, que ce créancier est obligé de lui conserver tous ses droits, privilèges et hypothèques. « Si le créancier eût pu, par des conventions passées avec le débiteur, se mettre dans l'impossibilité de lui rien demander, dit-il, que serait devenue l'utilité de l'exception de discussion ? n'aurait-elle pas été illusoire ? Pouvait-il dépendre d'un créancier de priver, par son fait, le fidéjusseur du bénéfice de la loi... Or, dès l'instant que le créancier est tenu, par l'effet irrésistible de la Nouvelle, de conserver son droit contre le débiteur principal, il s'ensuit que lorsque arrive la cession d'action, il ne lui suffit plus de céder ces actions telles qu'elles ; il faut qu'il les cède intactes, afin que le fidéjusseur, mis à sa place par cette cession, trouve, dans la discussion qu'il fait lui-même des facultés du débiteur, les ressources que le créancier y aurait trouvées s'il l'avait renvoyé à faire cette discussion (n° 553). »

Malgré l'autorité de cet éminent magistrat, nous pensons qu'il est ici dans l'erreur. Nous ne nions pas qu'il y ait certaine connexité entre l'exception de discussion et celle de cession d'action ; mais que l'une soit la conséquence de l'autre, cela nous semble trop absolu. Si, sous la législation classique des Romains, le créancier n'était pas obligé de conserver toutes ses

sûretés pour les remettre à la caution, il ne s'ensuit nullement que cette obligation ait pour cause l'innovation ou le rétablissement du bénéfice de discussion ; autrement, nous aurions trouvé quelque chose de pareil dans la Nouvelle de Justinien. Et pourquoi cette obligation n'existait-elle pas sous le droit classique ? C'est parce que la *fidejussio* était un contrat *stricti juris*. Aussi lorsqu'il s'agissait du *mandatum pecuniae credendi*, contrat de bonne foi, le créancier était-il tenu de conserver tous ses droits pour les céder au *mandator*, autrement il n'avait pas de recours contre lui. D'ailleurs, le système que nous combattons conduirait à des résultats inadmissibles. Ainsi, la caution ne devrait pas invoquer notre article si le créancier s'était désisté d'une hypothèque qu'il aurait eue sur un immeuble situé hors de l'arrondissement de la Cour d'appel du lieu du paiement !

Pour nous, la raison de l'art. 2057 est une raison de justice et d'équité : la caution qui s'engage à garantir au créancier à lui assurer son paiement devrait être indemnisée des pertes qu'elle subirait à cet effet. Or, à cet égard, la loi la subroge de plein droit aux sûretés qu'a le créancier contre le débiteur ; mais cette subrogation serait inutile si le créancier pouvait disposer de ses sûretés ; car, la subrogation par elle seule n'oblige pas le créancier à la conservation de ses droits au profit de celui qui lui sera subrogé. Aussi, la loi, prenant en considération la situation de la caution, voulut-elle, qu'en cas du cautionnement, le créancier fût obligé à garder tous ses droits et à veiller à leur conservation pour les transmettre au fidéjusseur, afin

que celui-ci trouve une sûreté réelle et efficace dans la subrogation légale (1).

50. De ce qui précède, nous décidons que toute caution a le droit d'invoquer l'art. 2057. Néanmoins, quelques auteurs contestent ce droit à la caution qui s'est engagée solidairement avec le débiteur principal. L'article 2021, en assimilant la caution solidaire à un débiteur solidaire, lui a par cela seul enlevé, dit-on, le droit d'invoquer la disposition de l'art. 2037, car le co-débiteur solidaire n'est pas admis à se prévaloir de cet article qui est une exception au principe de droit commun, et ne doit par conséquent s'appliquer que dans le cas pour lequel le législateur l'a consacré.

Quoique nous admettions que le co-débiteur solidaire n'a pas le droit de se prévaloir de l'exception de l'art. 2037, nous croyons néanmoins qu'on ne doit pas lui assimiler, à tous les points de vue, une caution solidaire, car le co-débiteur solidaire s'oblige dans son intérêt personnel, tandis que la caution, elle, s'engage pour autrui : « Attendu, en droit (dit un arrêt, Cass., ch. req., 5 octobre 1845), que l'obligation contractée solidairement par plusieurs débiteurs ne saurait être confondue avec l'engagement souscrit par une caution, alors même que celui-ci se place dans les liens de la solidarité, que le caractère essentiel de l'obligation solidaire, les droits qui en dérivent en faveur du créancier, aussi bien que la nature des actions qui peuvent ultérieurement être exercées par les co-débiteurs, les uns contre les autres, répugnent

(1) Cpr. Fenet, t. XV, p. 87; Loqué, t. XV, p. 388.

à une assimilation avec l'engagement contracté par la caution ; que dans la première de ces obligations la solidarité, surtout quand elle est le résultat immédiat des dispositions de la loi, existe indépendamment des sûretés qui peuvent avoir été ajoutées à l'obligations et précède souvent la stipulation de ces sûretés accidentelles ; qu'ainsi il ne serait pas exact de dire qu'elle n'est contractée qu'en vue de ses sûretés et dans la prévision des avantages qu'elles peuvent promettre à celui des débiteurs qui aurait à agir recurrement contre ses co-débiteurs ; qu'il n'en est pas de même du cautionnement solidaire qui toujours forme une obligation accessoire et subordonnée, dans laquelle la contemplation des sûretés promises peut être regardée comme la cause impulsive de l'engagement de la caution ; que si, dans le premier cas, il convient au créancier de ne pas profiter de ses sûretés ou de les laisser périr, la solidarité n'en existe pas moins, puisqu'elle ne peut disparaître que par l'effet de la renonciation directe et volontaire, tandis que, au contraire, le créancier qui porte, par son fait, atteinte à ses sûretés, se privant de la faculté d'y subroger la caution, autorise celle-ci à se soustraire aux suites d'un engagement qui n'avait été contracté que dans l'assurance de cette subrogation (Sirey, 44, 1, 71. *Jour. du Pal.*, II, 1845, p. 815).

Ainsi la clause de solidarité ne portant aucune atteinte au caractère essentiel de l'obligation de la caution, celle-ci peut, à moins d'une disposition contraire, profiter de tous les avantages que la loi confère aux fidéjusseurs.

Quant à la disposition finale de l'art 2021, il ne faut l'entendre que dans ce sens, que le fidéjusseur qui s'engage solidairement avec le débiteur, perd la faculté d'invoquer l'exception de discussion et celle de division.

54. L'article 2037 est-il applicable dans tous les cas où le créancier aurait amoindri les garanties acquises soit postérieurement, soit antérieurement au cautionnement? Ou bien faut-il restreindre son application pour le cas où les sûretés perdues n'étaient acquises qu'antérieurement à l'obligation de la caution?

La jurisprudence et la plupart des auteurs admettent cette dernière solution :

« On ne peut, en effet, expliquer l'art. 2037, disent MM. Aubry et Rau, qu'en partant de l'idée que le tiers qui se porte caution d'une dette à laquelle étaient déjà affectées d'autres sûretés, ne s'étant vraisemblablement engagé qu'en vue de ces sûretés et dans l'espérance d'y trouver la garantie de son recours, il y aurait donc injustice à ce qu'il pût en être privé par le fait du créancier. Ce serait donc donner à la disposition de l'art. 2037 une extension contraire au fondement sur lequel elle repose, que de l'appliquer à des sûretés sur lesquelles la caution n'a pu compter au moment où elle s'est engagée. Indépendamment de ce motif général, qui porte également sur les sûretés volontairement fournies par le débiteur et sur celles que le créancier s'est procurées par son propre fait, telle, par exemple, qu'une hypothèque judiciaire, on peut dire encore, en ce qui concerne particulièrement ces dernières, qu'il n'existe aucune raison de justice ou

d'équité qui oblige le créancier à conserver, dans l'intérêt de la caution, des sûretés qu'il ne doit qu'à sa diligence personnelle (1). »

On ajoute que cette opinion était celle de Dumoulin (2), Bassenage (3) et Pothier (4).

Malgré l'autorité des adhérents à l'opinion que nous venons d'exposer, nous croyons, au contraire, que le créancier est responsable de la perte des sûretés réelles ou personnelles, acquises antérieurement ou postérieurement à l'engagement de la caution.

D'une part, nous avons vu, *suprà* n° 49 *in fine*, que l'art. 2057 est la sanction de l'art. 2029. Or, d'après ce dernier « la caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur. » Donc nous ne voyons pas pourquoi la perte des sûretés postérieures comme celle des garanties acquises avant le cautionnement n'entraînerait pas l'application de l'art. 2057.

D'autre part, dire que si le créancier encourt la déchéance de notre article c'est parce que la caution s'était engagée en contemplation des sûretés existant lors de son engagement, c'est résoudre la question par la question. Or la caution pouvait aussi bien compter sur les sûretés qui seraient acquises durant le cautionnement.

(1) Aubry et Rau, § 429; Mourlon, *De la subrogation*, p. 526 et suiv.; Pont, *Des petits contrats*, II, n° 377; Zachariæ, § 428, texte et notes 4; Civ. Cass., 14 janv. 1830, 13 mai 1825, 27 nov. 1861, 10 déc. 1866.

(2) *Lect. dolana*, nos 35-36.

(3) *Hypoth.*, 2^{me} part., chap. VI, p. 103.

(4) *Traité des obligations*, n° 557.

Enfin, si le créancier est libre, pendant le cautionnement, d'exiger d'autres garanties du débiteur, il ne s'ensuit pas qu'il puisse impunément s'en défaire après les avoir acquises : car une fois cette acquisition effectuée, les garanties nouvelles tombent immédiatement sous les dispositions des articles 2029 et 2037 et par conséquent le créancier ne peut plus s'en dessaisir au détriment de la caution.

52. Du reste, la perte des droits, privilèges et hypothèques qui entraîne l'application de l'art. 2037, doit s'entendre de la perte de ses sûretés elles-mêmes, et non pas de celles de leurs objets.

En outre, la décharge de la caution ne peut jamais excéder le préjudice réel que lui cause l'amointrissement des sûretés de la créance.

Enfin, et quoique l'art. 2037 ne parle que de la perte occasionnée par le fait du créancier, celui-ci est tenu également de celles qu'il a laissé s'effectuer par sa négligence. Seulement dans ce cas, nous pensons que la caution ne peut se prévaloir de notre article qu'autant que cette négligence constitue une faute de la part du créancier.

SECTION III

Du bénéfice de division.

53. Nous sommes maintenant en présence de plusieurs cautions, et il nous faut examiner leur situation vis-à-vis du créancier. — D'abord, il est hors de

doute que chacun des fidéjusseurs peut s'engager pour une fraction de la dette seulement : ainsi, Primus doit 1,000 fr., Secundus et Tertius peuvent ne le cautionner que pour 500 fr. chacun. Dans ce cas, le créancier n'aura le droit d'exiger de chaque caution que la fraction dont elle est garante.

Au contraire, supposons que plusieurs personnes s'engagent à cautionner toute la dette ; quelles seront le montant et la nature de l'obligation de chacune d'elles ?

En principe, lorsqu'un certain nombre d'individus s'obligent conjointement, l'obligation est de plein droit répartie entre eux par part virile ; à moins que l'objet dû ne soit pas indivisible par sa nature, ou que la solidarité n'ait été stipulée. — Quant au cautionnement, la caution reportant sur elle l'obligation principale en entier, il semble que, dans le cas de plusieurs cautions, chacune d'elles soit tenue pour toute la dette.

54. Cependant des idées d'humanité empêchèrent pendant longtemps le législateur romain de reconnaître la conséquence que nous venons de déduire.

En effet jusqu'à l'admission de la *fidejussio*, une loi, *Furia de sponsores*, déclarait l'obligation divisible de plein droit entre les *sponsores* et les *fidepromissores* vivants au moment de l'échéance. D'où il résultait que la part des insolubles était supportée par les créanciers. — En outre, cette même loi décidait que le cautionnement serait éteint au bout de deux années, à partir du jour de l'engagement de la caution.

On conçoit ce qu'un pareil système avait de défec-tueux : aussi dès que la *fidejussio* eut pris place dans

les mœurs romaines, la *sponsio* et la *fidepromissio* ne furent employées que très rarement et finirent par tomber en désuétude. Effectivement, la *fidejussio* ne participa point de la disposition de la loi *Furia*. Tous les co-fidéjusseurs étaient tenus de la dette chacun pour le tout ; le créancier pouvait à son choix intenter son action en entier contre l'un d'entre eux. Néanmoins une fois la *litis contestatio* survenue entre le créancier et le co-fidéjussur qui l'a choisie, il ne pouvait plus revenir contre les autres, et la caution poursuivie restait seule tenue de la dette.

L'empereur Adrien, touché de la situation du co-fidéjussur poursuivi, lui permit d'opposer au créancier une exception par laquelle celui-ci sera obligé de partager son action entre tous les co-fidéjusseurs solvables à l'époque de la *litis contestatio*. De là, le nom de l'exception de *division*.

Adrien avait, par cette inovation, fait un retour aux idées de la loi *Furia*. Néanmoins des différences notables séparaient l'exception de division de la disposition de cette loi. — D'une part, la loi *Furia* divisait l'action entre toutes les cautions vivant au moment des poursuites ; tandis que d'après le rescrit d'Adrien, la division a lieu entre les co-fidéjusseurs solvables à l'époque de la *litis contestatio* ; d'où la conséquence que la part des insolubles ne fut plus à la charge des créanciers. — D'autre part, sous la loi *Furia*, la division s'opérait *ipso jure* ; or le créancier qui avait poursuivi pour le total l'une des cautions était débouté de sa demande, et perdait son droit par *plus petitio*. Au contraire, suivant le rescrit, le co-fidéjussur pour-

suivi devait demander lui-même la division, sous peine de se voir condamné à acquitter toute la dette.

L'ancien droit français admettait le principe de la solidarité entre les cautions ; mais il a admis aussi le bénéfice des divisions :

« Si plusieurs se rendent caution d'une même
« dette, disait Domat, chacun répond du tout ; car
« chacun promet la sûreté de toute la dette, ou autre
« engagement, et de suppléer à ce que le principal
« obligé n'aura pu acquitter. Ainsi leur obligation est
« naturellement solidaire entre eux après la dis-
« cussion du principal obligé. Mais cette obligation se di-
« vise de même, et par la même raison que celle des
« principaux débiteurs obligés solidairement, ainsi,
« lorsque les cautions sont solvables, le créancier ne
« peut demander à chacun que sa part. Mais les por-
« tions des insolubles se rejettent sur les autres, et
« chacun en porte sa part sur le pied qu'il devait du
« tout (1). »

Lors de la discussion du Code Napoléon, le projet de loi admit le système du Droit romain. Après avoir été soumis au conseil d'Etat, qui l'adopta sans discussion, ce projet fut présenté au tribunal, à la section de législation. Là il y eut une vive discussion : la section se divisa en deux parties, dont l'une voulait que la division eût lieu de plein droit : « Le
« projet, disait-on, admet la caution au bénéfice de
« division, lorsqu'elle n'a pas renoncé à ce béné-
« fice ; seulement, elle exige que la caution le

(1) Domat, III, IV, set. 2, n° 6 ; Cpr. Pont, II, n° 189.

« demande. Il serait plus simple que la division eût
« lieu de plein droit toutes les fois qu'il n'y aurait
« pas de renonciation. Si la caution peut obtenir ce
« bénéfice dans un temps, on ne voit pas pourquoi
« elle ne l'aurait pas dans un autre ; ou, au contraire,
« s'il répugne que la division ait lieu de plein
« droit, cette raison devrait également empêcher
« qu'en aucun temps le bénéfice de division dût être
« accordé. » (Cpr. Ponsot, N° 208.)

Néanmoins, le projet de loi fut maintenu. Ainsi, d'après le Code Napoléon, la solidarité est de droit entre les cautions d'une même dette, avec la faculté, à celle qui sera poursuivie, de demander la division. C'est ce qui ressort en effet des art. 2025 et 2026, C. civil.

55. Il nous reste maintenant de préciser la nature du lien qui existe entre les cofidėjusseurs. Voici à cet égard la décision de la loi.

Art. 2025. — « Lorsque plusieurs personnes se sont
« rendues caution d'un même débiteur pour une mê-
« me dette, elles sont obligées chacune à toute la
« dette. »

Quelques auteurs pensent qu'il y a entre les cautions une véritable solidarité, mais cette opinion est généralement repoussée.

Quoique nous n'admettions pas qu'il existe deux espèces de solidarité sous le Code Napoléon, nous pensons cependant que les cofidėjusseurs ne sont pas solidaires ; car le caractère essentiel d'une obligation solidaire et l'unité de l'obligation est la pluralité des obligés. Ainsi Primus et Secundus empruntent une

somme d'argent à Tertius et promettent en même temps la solidarité ; or, la chose due est unique, c'est la somme d'argent ; Tertius, en poursuivant l'un ou l'autre des deux débiteurs, ne peut alléguer qu'un seul contrat de prêt. Au contraire, dans le cas d'un cautionnement, l'obligation principale se multiplie autant de fois qu'il y a de cautions. En effet, chaque caution contracte un engagement distinct de celui des autres, ce n'est pas un seul cautionnement qui les oblige toutes. Aussi, dans un cas pareil, les Romains désignaient cette espèce de lien sous la qualification de *in solidum*.

En outre, les rédacteurs du Code, ayant, en notre matière, consacré la législation romaine, les cofidėjus-seurs ne peuvent être déclarés solidaires entre eux : car « *si plures sunt fidejussores, disoit Justinien, quot-quot erunt numero singuli in solidum tenentur* » (Inst. III, 20, 4).

Done, on doit prendre notre article à la lettre et dire que chacune des cautions est assujettie au paiement de toute la dette, mais qu'elles ne sont pas tenues *ad totum et totaliter*. D'où la conséquence que les poursuites dirigées contre l'un des fidėjusseurs ne font pas courir d'intérêt moratoire contre les autres.

56. Nous étudierons dans cette section les quatre points suivants :

1° Quelles sont les circonstances dans lesquelles l'exception de division peut avoir lieu ;

2° Entre quelle caution l'action du créancier doit-elle être divisée ;

3° A quel moment de l'instance la division peut-elle être efficacement demandée ;

4° Quels sont les effets de la division.

§ 4. — *Circonstances dans lesquelles l'exception de division peut avoir lieu.*

57. La caution qui veut exercer l'exception de division doit réunir les trois conditions suivantes :

1° Il faut qu'elle soit poursuivie par le créancier ;

2° Qu'elle n'ait pas renoncé au bénéfice de division ;

3° Qu'elle demande la division.

58. Le cofidéjussor ne peut, sans que le créancier le lui demande, offrir sa part dans la dette cautionnée, car, ce qu'il doit, c'est toute la dette ; or, un débiteur n'a pas le droit de forcer son créancier à recevoir en partie ce qui lui est dû, quand même l'objet de la créance serait divisible par sa nature (art. 1244 C. civ.).

Mais une fois mise en demeure de s'acquitter, la caution usera, si elle le juge convenable, du bénéfice que la loi lui accorde : « La division, disait le rapporteur au tribunal, ne peut être demandée qu'après que l'action a été formée par le créancier. » De même, l'art. 2026 C. civ. ajoute : « Néanmoins, chacune d'elles (des cautions) peut, à moins qu'elle n'ait renoncé au bénéfice de division, exiger que le créancier divise préalablement son action et la réduise à la part et portion de chaque caution. »

La phrase du rapporteur que nous venons de citer et les termes de l'art. 2026, pris à la lettre, conduiraient à restreindre l'exercice du bénéfice de division pour le cas seulement où la demande en paiement aurait lieu en justice, ce qui serait une erreur ; en effet, que le créancier veuille se faire payer moyennant une action en justice ou par acte extra-judiciaire, soit qu'il demande à l'amiable son remboursement, la caution a, dans tous les cas, la faculté d'exiger la division de la dette entre elle et ses autres cofidėjusseurs.

Du reste, la caution qui ne s'est engagée que pour une fraction de la dette principale pourra contraindre le créancier à recevoir cette fraction. Car c'est ce dont elle est obligée qu'elle veut acquitter. Or, tout débiteur a le droit de se libérer même contre la volonté du créancier. Cependant, sous l'ancien droit, Dumoulin n'admettait pas cette solution ; d'après lui, le créancier ne devrait pas être obligé de recevoir le paiement dans notre hypothèse. L'obligation de la caution, disait-il, ne doit pas porter indirectement atteinte à l'obligation principale, en la rendant payable par partie avant qu'elle soit divisée (de div. et indiv., p. 2, n° 57).

Cette décision nous paraît un peu exagérée.

Enfin, nous dirons volontiers, avec Pothier (toujours dans notre hypothèse), que le débiteur principal serait admis à payer la portion de la dette dont la caution est tenue : « Le débiteur, ajoute ce judicieux jurisconsulte, ayant intérêt de payer pour cette caution, pour se décharger de l'indemnité qu'il lui doit, le créancier ne peut refuser ce paiement ; Dumoulin,

ibid., n° 50 (1), convient que c'est le sentiment commun des docteurs, quoi qu'il soit d'un avis contraire (2). »

59. Le bénéfice de division étant une pure faveur accordée dans l'intérêt personnel de la caution, elle peut donc y renoncer. Cette renonciation est expresse ou tacite :

Elle est expresse lorsqu'elle est exprimée formellement dans l'acte qui la contient ; et, ainsi que pour le bénéfice de discussion, les créanciers ont l'habitude de l'exiger dans tout acte de cautionnement, que les cautions se soient engagées conjointement, ou qu'elles ne s'engagent que par des actes séparés.

Quant à la renonciation tacite, elle doit résulter de circonstances indiquant bien nettement la volonté du fidéjusseur, circonstances dont l'appréciation appartient souverainement au juge. Toutefois, il est un cas où le juge est obligé de reconnaître la renonciation dont il s'agit ; ce qui a lieu dans le cas où la caution se serait obligée solidairement.

En ce qui concerne le cautionnement, la qualité de solidaire imprimée par la caution à son obligation peut entraîner des effets divers, suivant que la solidarité a été promise entre la caution et le débiteur principal, ou entre les co-fidéjusseurs seulement, ou enfin entre toutes les cautions et les débiteurs. Dans le premier cas, l'effet de la solidarité est de faire perdre le bénéfice de discussion ; mais la caution con-

(1) *De div. et indiv.*

(2) *Traité des obligations*, n° 525.

serve quand même la faculté d'exiger la division de la dette entre elle et ses co-fidéjusseurs.

Dans le second cas, au contraire, c'est le bénéfice de division qui est seul perdu pour les cautions, qui peuvent toujours renvoyer le créancier à la discussion des biens du débiteur. Enfin, si les co-fidéjusseurs ont promis la solidarité entre eux et avec le débiteur principal, la disposition de l'art. 2021 C. civ., combinée par celle 1205 du même code, leur enlève la faculté d'exercer et le bénéfice de discussion et l'exception de division.

60. Comme pour le bénéfice de discussion, la caution doit exciper elle-même du bénéfice de division, soit par une demande incidente, soit, lorsqu'il s'agit des poursuites extra-judiciaires, par un offre réel de sa portion ; et si, dans ce cas, le créancier refuse d'accepter ces offres, elle l'assignera, afin qu'il soit sursis par un jugement provisoire aux poursuites dirigées contre elle.

Mais à la différence de l'exception de discussion, la caution n'est pas tenue de faire l'avance des frais nécessaires pour la poursuite des autres co-fidéjusseurs, afin que le créancier soit obligé de lui accorder de payer sa part dans la dette ; car, en excipant de ce bénéfice, la caution déclare ne pas vouloir payer l'excédant de sa part dans la dette principale, et demande par conséquent à demeurer étranger à ce qui concerne cet excédant ; on ne doit donc pas l'obliger à faire l'avance des frais de poursuites contre des personnes avec lesquelles elle n'a plus de rapport.

§ 2. — *A quel moment de l'instance l'exception de division doit être demandée.*

61. De ce que l'exception qui nous occupe a pour but la division de la dette entre la caution poursuivie et ses autres co-fidésusseurs, il s'ensuit qu'elle n'est pas tenue de s'en servir *in limini litis*, sous peine de déchéance. Au contraire, le co-fidésusseur peut exciper de la division tant qu'il n'est pas condamné définitivement à payer la totalité de la dette. Ainsi, dans le cas où le jugement qui condamne la caution au paiement soit susceptible d'appel, celle-ci serait en droit de demander la division devant le second juge.

62. Dans le cas de poursuites extra-judiciaires, la caution peut demander et obtenir la division tant que le prix de la vente des biens saisis n'est pas encore touché par le créancier. Car cette vente n'implique pas par elle-même chez le co-fidésusseur l'intention de renoncer au bénéfice de division, puisqu'elle est également nécessaire, soit que la caution doive acquitter toute la dette, soit qu'elle ne veuille payer que sa part dans cette dette.

Néanmoins, cette renonciation peut résulter de toute autre circonstance que celle de la distribution du prix. Aussi, le mieux, pour une caution qui se trouverait dans une situation pareille, serait de se hâter d'exciper du bénéfice dont il s'agit.

§ 3. — *Entre quelle caution la dette doit-elle être divisée.*

65. La division s'opère entre tous les co-fidéjusseurs solvables au moment où elle s'effectue. Ainsi, pour qu'il y ait division, il faut que tous ceux entre lesquels elle doit avoir lieu, aient réellement la qualité de caution, et que de plus ils soient co-fidéjusseurs.

De ce que la division doit avoir lieu entre des obligés accessoires ayant la qualité de caution, c'est-à-dire engagés par un cautionnement valable, il s'ensuit que cette division ne peut s'opérer entre des cautions dont les engagements sont radicalement nuls, ou seulement annulables pour cause de vice de consentement.

Quant aux nullités de faveur, c'est-à-dire celles attachées à la qualité de mineur, d'interdit ou de femme mariée obligée sans l'autorisation de son mari, on s'est demandé si ces nullités pouvaient faire que la femme mariée, le mineur, ou l'interdit qui auraient cautionné sans autorisation l'obligation d'autrui, ne seraient pas comptés parmi les co-fidéjusseurs pour opérer la division ?

Sous l'ancien droit, Pothier décidait que ces incapables seraient comptés pour la division, mais que le créancier conserverait un recours contre les autres co-fidéjusseurs pour le cas où la caution incapable ferait déclarer la nullité de son engagement. « Si avant que le co-fidéjussesseur mineur se fût pourvu contre son cautionnement, dit-il, j'étais poursuivi par le créancier, et que je lui opposasse l'exception de

division, je pense qu'il serait équitable qu'il ne pût être obligé de diviser son action entre le co-fidéjusseur et moi, que sous la réserve de revenir contre moi, dans le cas auquel ce mineur se ferait restituer contre son cautionnement (Loc. cit. n° 424).

En Droit romain, la femme mariée dont l'*intercessio* était radicalement nulle ne comptait pas pour la division, tandis que pour le mineur de vingt-cinq ans, l'opinion reçue était celle suivie par Pothier, et que nous venons de rapporter. « *Hic similis*, disait Papinien, *et illa quæstio videri potest : ob ætatem si restituatur in integrum unus fidejussor an altero onus obligationis integrum excipere debeat? sed ita demum alteri totum irrogandum est, si postea minor intercessit propter incertum ac restitutionis...* » (L. 48, § 1, de fid. et Mand).

Seulement, comme on le voit, Papinien exige que l'engagement de la caution capable ait lieu après celui de l'incapable.

Sous le Code civil, on assimile généralement le fidéjusseur dont l'engagement est annulable à celui dont la solvabilité est douteuse : or, dans ce dernier cas, les tribunaux ne prononceront qu'une division provisoire ; et, si la caution sur la solvabilité de laquelle il y a doute se trouve réellement insolvable, ou si la caution incapable demande et obtient sa décharge, le créancier reviendra contre les autres co-fidéjusseurs solvables, qui se cotiseront pour le satisfaire chacun en proportion de sa part virile.

64. Il ne suffit pas qu'il y ait cautionnement valable, pour que l'exception de division soit accordée, il

faut, de plus, que les cautions aient cautionné une même dette en même temps qu'un même débiteur, c'est-à-dire qu'elles soient co-fidélusseurs.

A cet égard, on se demande si la caution d'un co-débiteur solidaire peut exiger que la division ait lieu entre elle et celle d'un autre co-débiteur solidaire de la même dette?

Quelques auteurs soutiennent l'affirmative ;

« Quand une personne se rend caution de l'un d'entre plusieurs débiteurs solidaires, dit-on, elle est aussi en quelque façon caution des autres ; car l'obligation de tous ces débiteurs est la même, et, en accédant à l'obligation de l'un d'eux, le fidélusseur accède nécessairement et forcément à l'obligation de tous les autres. » (Troplong, n° 506).

Nous pensons que cet argument ne résiste pas devant un examen sérieux :

En effet, et M. Troplong le reconnaît lui-même (n° 150), le cautionnement est par sa natura un contrat personnel, en ce sens que la caution ne s'oblige que dans l'intérêt du débiteur qu'elle cautionne et en considération de la personne de ce débiteur. Or, comment prétendre qu'un individu qui a cautionné Primus, par exemple, s'est engagé en même temps pour Secundus qu'il ne connaît d'aucune manière, quoique celui-ci soit le co-débiteur de Primus. Et si cela devait être ainsi, on arriverait à des résultats inadmissibles, par exemple : Paul et François s'engagent solidairement, le premier à terme et le second sous condition. Je cautionne Paul, sans donner aucune explication dans l'acte du cautionnement. Or, suppo-

sons que la condition vienne à se réaliser avant l'échéance du terme ; il faudrait, d'après le raisonnement du système adverse, permettre au créancier de me poursuivre ? Ce qui n'est pas soutenable.

Aussi, croyons-nous, que la caution d'un débiteur solidaire ne peut pas obliger le créancier à diviser son action entre elle et le fidéjusseur d'un autre co-débiteur de la même dette.

D'ailleurs, notre opinion a pour elle l'autorité de la loi : car l'art. 2026 en commençant par ces mots : *néanmoins chacune d'elles*, veut évidemment parler des cautions dont s'occupe l'art. 2025 ; or, cet article nous dit : « Lorsque plusieurs personnes se sont rendues caution *d'un même débiteur pour une même dette*, elles sont tenues chacune à toute la dette. »

Donc, d'après ces deux articles, la division s'opère entre ceux qui ont cautionné le même débiteur pour la même dette, et rien qu'entre eux.

Du reste, c'était l'opinion de Pothier (n° 419) ; et Papinien disait aussi : « *Duo rei promittendi separatim fidejussores debuerunt ; invitis creditor inter omnes fidejussores actiones dividere non cogitur ; sed inter eos duntaxat, qui pro singulis intervenerunt.* » (L. 51, § 2, ff., de Fidej. et Mand.)

65. De même, on discute la question de savoir si la caution d'un débiteur solidaire a le droit d'obliger le créancier à discuter les biens du débiteur solidaire qu'elle n'avait pas cautionné ?

La Nouvelle IV de Justinien est muette sur cette question ; ses textes ne s'occupent que du cas où le

fidéjusseur exige la discussion du débiteur pour lequel il s'était engagé.

Pothier voulait que le fidéjusseur de l'un des débiteurs solidaires pût contraindre le créancier à discuter le co-débiteur qu'il n'avait pas cautionné : « Parce qu'il est équitable, dit-il, qu'une dette, autant que faire se peut, soit payée plutôt par ceux qui en sont les véritables débiteurs qui ont profité du contrat que par ceux qui en sont débiteurs pour autrui. »

Nous ne croyons pas que cette opinion doive être acceptée sous le Code civil : car, s'il est équitable pour la caution que celui qui a profité de la dette la paie plutôt qu'elle, il n'est pas équitable non plus, je dirai même qu'il n'est pas honnête, qu'elle n'accomplisse pas strictement son engagement vis-à-vis du créancier. Or, elle s'était précisément engagée à garantir l'insolvabilité du débiteur qu'elle a cautionné ; donc, comment oserait-elle refuser de s'acquitter parce qu'il se trouve un autre obligé principal avec lequel elle n'a aucun rapport direct.

D'ailleurs, si le législateur avait voulu lui accorder cette faculté, il s'en serait exprimé comme il le fait en traitant de la discussion requise par le tiers détenteur :

« Néanmoins, dit en effet l'art. 2170, le tiers détenteur *qui n'est pas personnellement obligé à la dette*, peut s'opposer à la vente de l'héritage hypothéqué qui lui a été transmis, s'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette dans la possession du *principal ou des principaux obligés*. »

66. Enfin, il importe peu que les cautions d'un

même débiteur ou d'une même dette se soient engagés conjointement ou par actes séparés; le créancier est, dans un cas comme dans l'autre, obligé de diviser son action entre elles, si la caution poursuivie lui oppose l'exception de division. De même, la circonstance que l'un des co-fidéjusseurs n'est engagé qu'à terme ou sous condition n'empêcherait pas ce co-fidéjusseur de compter pour la division, qui aura lieu, dans ce cas, d'une manière provisoire et sous la réserve en faveur du créancier de revenir contre les autres, si à l'échéance du terme ou à l'avènement de la condition le co-fidéjusseur se trouvait insolvable.

Mais la division ne peut s'opérer entre une caution et son certificateur; car elle est à son égard un obligé principal. Or, le fidéjusseur ne peut pas exiger que la division ait lieu entre lui et le débiteur. « *Si fidejussor fuerit principalis, et fidejussor fidejussoris non poterit desiderare fidejussor, ut inter se et eum fidejussorem, pro quo fidejussit, dividatur obligatio; ille enim loco rei est; nec potest reus desiderare ut inter se ut fidejussorem dividatur obligatio.* » (L. 27, § 4, ff. de Fidej. et Mand.)

§ 4. — Effets de la division.

67. L'exception de division a pour effet de faire diviser la dette entre les cautions solvables au moment où intervient le jugement qui l'ordonne.

Ainsi, supposons une dette de 24,000 fr. cautionnée par quatre fidéjusseurs; si, à l'époque de la pronon-

ciation du jugement qui accorde la division, l'un des quatre était insolvable, chacun des trois autres paiera le tiers de la dette ou 8,000 fr.

C'est ce qui résulte du second alinéa de l'art. 2026, ainsi conçu :

« Lorsque, dans le temps où une des cautions a fait prononcer la division, il y en avait d'insolvables, cette caution est tenue proportionnellement de ces insolvabilités ; *mais elle ne peut plus être recherchée à raison des insolvabilités survenues depuis la division.*

La fin de cette disposition oblige le créancier de se hâter, une fois la division ordonnée et le jugement à lui signifié, de poursuivre les autres cautions ; autrement, il ne peut plus recouvrer ce qui lui manquerait à cause des insolvabilités survenues après la division, qu'en poursuivant le débiteur principal.

68. D'après l'art. 2027, le créancier peut de lui-même diviser sa demande et ne réclamer à chaque caution que sa part dans la dette :

« Si le créancier a divisé lui-même et volontairement son action, dit cet article, *il ne peut revenir contre cette division, quoiqu'il y eût, même antérieurement au temps où il l'a ainsi consentie, des cautions insolubles.* »

Cette disposition n'est pas applicable dans le cas où les co-fidélus se seraient engagés solidairement entre eux. Alors, il faudra que le créancier renonce expressément à la solidarité ; mais, s'il ne fait que demander sa part au co-fidélus, la solidarité continue à exister jusqu'à ce que celui-ci ait acquiescé à

la demande, ou qu'il soit intervenu un jugement de condamnation.

69. Du reste, la division n'a d'effet qu'à l'égard du fidéjusseur à qui elle a été accordée, soit en justice, soit volontairement par le créancier ; tandis que les autres cautions restent tenues chacune de toute la dette, excepté la part du fidéjusseur qui a obtenu la division ; sauf à elles à en exciper lorsqu'à leur tour elles seront poursuivies par le créancier. — Et cela est ainsi dans le cas où les cautions se seraient engagées en promettant la solidarité, comme dans celui où il n'y aurait eu de leur part aucune clause semblable.

CHAPITRE II

EFFETS DU CAUTIONNEMENT ENTRE LA CAUTION ET LE DÉBITEUR PRINCIPAL

70. Après avoir étudié les effets du cautionnement entre le créancier et la caution, nous allons examiner dans ce chapitre les rapports que ce contrat fait naître entre le débiteur principal et son fidéjusseur.

Quoique la caution soit soumise personnellement à la dette, il n'est pas moins vrai que c'est au débiteur d'acquitter l'obligation : aussi la caution a-t-elle

le droit de le surveiller. Mais elle n'a en principe de recours contre lui que si elle paie le créancier. Or ce recours peut avoir lieu de deux manières : ou elle actionne le débiteur de son chef et en sa qualité de caution, ou elle agit au lieu et place du créancier aux droits duquel elle est subrogée par la loi.

Enfin, mû par un sentiment d'équité, le législateur autorise la caution, dans certains cas, à agir contre le débiteur principal avant d'avoir satisfait le créancier.

Or comme ce recours s'exerce durant le cautionnement, nous commencerons par son étude avant celle des deux autres.

Nous verrons donc dans ce chapitre :

I. Recours de la caution avant l'extinction du cautionnement ;

II. Recours de la caution après le paiement et au moyen de l'action du cautionnement ;

III. Recours de la caution après le paiement et au moyen de l'action qui résulte de la subrogation.

SECTION PREMIÈRE

Recours de la caution avant l'extinction du cautionnement.

71. Bien que le créancier puisse poursuivre *recta via*, le fidéjusseur, il n'y en a pas moins inégalité de position entre la caution et le débiteur principal ; celui-ci doit la garantir, l'indemniser et supporter en

définitive toute l'obligation. Mais s'il est juste de réparer le dommage éprouvé par la caution à cause du paiement de la dette, il est plus équitable de prévenir ce dommage ; or comme la caution s'engage ordinairement sur la prière du débiteur, et partant peut être regardée comme son mandataire, il est de règle en matière de mandat, comme le dit M. Troplong, « que le mandataire n'est pas forcé de se dépouil-
« ler pour l'exécution du mandat ! Il est de règle
« qu'il peut agir contre le mandant pour que ce
« dernier lui facilite cette exécution ou lui fournisse
« les fonds nécessaires. »

Aussi l'article 2052 C. civ. dispose-t-il ainsi qu'il suit :

« La caution, même avant d'avoir payé, peut agir
« contre le débiteur pour être par lui indemnisée :

« 1° Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le
paiement ;

« 2° Lorsque le débiteur a fait faillite ou est en
« déconfiture ;

« 3° Lorsque le débiteur s'est obligé de lui rappor-
« ter sa décharge dans un certain temps ;

« 4° Lorsque la dette est devenue exigible par l'é-
« chéance du terme sous lequel elle avait été con-
« tractée ;

« 5° Au bout de dix années, lorsque l'obligation
« principale n'a point de terme fixe d'échéance, à
« moins que l'obligation principale, telle qu'une tu-
« telle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte
« avant un temps déterminé. »

Nous diviserons cette section en deux paragra-

phes. — Dans le premier, nous nous demanderons quelle caution peut exercer le recours anticipé accordé par notre article. — Et dans le second, nous examinerons les cas dans lesquels ce recours a lieu.

§ 4. — *Quelle caution peut exercer le recours de l'art. 2032*

72. On accorde généralement le recours de notre article à la caution qui s'est engagée avec le consentement du débiteur, et à celle qui, sans ce consentement, s'est obligée au su ou à l'insu du débiteur. Tandis qu'au contraire, ce recours serait refusé à la caution qui aurait contracté dans l'intérêt seul du créancier et à celle qui se serait engagée malgré le débiteur.

Quant à nous, nous pensons que, seul, le fidéjusseur qui cautionne le débiteur avec son consentement peut invoquer notre article. Il nous semble que l'examen attentif de la disposition de la loi démontre la vérité de notre assertion. D'une part, en effet, le quatrième cas énoncé dans le texte nous donne un argument en notre faveur, car le débiteur ne peut s'obliger à rapporter dans un certain temps sa décharge à une caution avec laquelle il n'a pas contracté. D'autre part, celui qui cautionne un individu à son insu ne peut pas, comme celui qui aurait cautionné le débiteur sur sa prière, prétendre qu'en s'engageant pour ce débiteur il l'a, par cela seul, obligé à ce qu'il ne le laisse pas souffrir à cause de cet engagement, car aucune convention n'a existé entre eux; or, s'il a

voulu s'obliger, ce ne peut être que dans l'intention de rendre un service au débiteur ; donc, s'il veut recourir contre ce débiteur, il faut qu'il commence par payer le créancier. Du reste, selon la remarque de M. Pont (n° 502), il est difficile d'admettre qu'une personne puisse, sous le prétexte qu'elle a rendu service à un débiteur qui ne le lui demandait pas, venir, après coup, agir contre ce débiteur, en vue d'une obligation souvent fort difficile à remplir, et faire ainsi tourner contre lui son prétendu service.

75. De même, nous croyons que l'art. 2032 n'est pas applicable en faveur de celui qui, sans s'obliger personnellement, aurait hypothéqué son immeuble pour la dette d'autrui.

Pour assimiler la caution réelle à la caution personnelle, en ce qui concerne notre question, on invoque les principes d'équité : « A quoi tient, en effet, dit-on, la faveur dont on environne les cautions ? Personne ne l'ignore : c'est qu'il est pénible de voir la caution obligée de rendre un argent qu'elle n'a pas reçu, obligée d'acquitter une dette dont elle n'a retiré nul profit ; c'est qu'il est pénible de la voir victime de son humanité... Mais ces mêmes raisons ne militent-elles pas en faveur de la caution réelle aussi bien qu'en faveur de la caution personnelle ? Le tiers qui n'a fait qu'hypothéquer ses biens à la sûreté de la dette d'autrui n'est-il pas aussi contraint, au moyen de la voie hypothécaire, de rendre, pour éviter l'expropriation qui le menace, un argent qu'il n'a pas reçu ? N'est-il pas obligé de payer une dette dont il n'a point profité ? N'est-il pas aussi la

victime de son humanité? Evidemment, cette position est également digne de toute faveur (Ponsot, n^o 16, *in fine*, p. 22).

Un arrêt de la Cour de Bruxelles décide également que la caution réelle peut agir par le recours de notre article : « Attendu, dit cet arrêt, qu'en supposant que la constitution d'hypothèque de la part de l'intimé ne puisse être envisagée pour un cautionnement proprement dit, du moins, par identité de raison, le n^o 5 de l'article 2032 du Code civil est applicable à l'espèce : *officium suum nemini debet esse damnosum*, ce qui arriverait si la constitution d'hypothèque devait être perpétuelle. »

Nous avouons que ces raisonnements ne changent en rien nos sentiments. Comment! on parle d'équité et on laisse de côté les intérêts du créancier comme s'ils n'étaient pas dignes d'être pris en considération. Voilà un individu qui prête de l'argent à un autre et lui demande pour sûreté de sa créance une hypothèque que Paul, étranger à la dette, lui constitue sur son immeuble; qu'arriverait-il si on admettait l'opinion de l'arrêt cité ci-dessus? On obligerait le créancier à recevoir un argent qu'il avait peut-être intérêt à laisser encore entre les mains du débiteur. De plus, la règle étant que toute sûreté doit durer autant que la dette qu'elle garantit, et le législateur n'ayant fait d'exception à ce principe qu'en faveur du fidéjusseur, il n'appartient pas à l'interprète d'étendre l'application de cette exception à d'autres hypothèses non prévues par la loi.

74. Enfin, nous pensons que la caution solidaire,

la femme mariée engagée conjointement avec son mari (art. 1434 C. civ.), de même que le débiteur solidaire obligé dans l'intérêt de son co-débiteur, peuvent invoquer l'art. 1232.

75. Du reste, il est généralement reconnu que, dans le cas de notre article, la caution ne peut agir que par voie d'action. De même on s'accorde à reconnaître que la disposition de la loi est limitative pour les cas qu'elle énumère : *qui de uno dicit de altero negat*.

§ 2. — *Cas dans lesquels la caution peut, avant d'avoir payé le créancier, demander sa décharge au débiteur.*

76. Premier cas : *Exigibilité de la dette*. — « La caution, disait Pothier, n'est pas obligée, pour poursuivre le débiteur, d'attendre qu'elle ait été condamnée. Aussitôt qu'elle a été poursuivie par le créancier, elle peut assigner le débiteur principal, comme son garant, pour qu'il soit tenu de l'acquitter (Traité des oblig., n° 441). »

Bourjon, de son côté, disait : « L'obligation étant échue, la caution a action contre le débiteur principal pour l'obliger à lui fournir l'acquit du cautionnement (1). »

Partant de cette idée, le Code civ. accorde le recours anticipé à la caution toutes les fois que la dette est échue, soit par les poursuites du créancier, soit par

(1) Bourjon, *Le Droit commun de la France*, tit. I; — *De l'action personnelle contre les obligés pour prêt en deniers*, ch. V, sect. III, § 15; — Cpr., Ponsot, n° 264.

l'arrivée du terme, quand même le créancier aurait accordé une prolongation en faveur du débiteur ; soit, enfin, par la faillite ou la déconfiture du principal obligé. Observons que, dans ce dernier cas, le recours de la caution serait inutile, si le créancier avait produit au passif de la faillite ou de la déconfiture.

77. 2^e cas : *Arrivée du terme auquel le débiteur devait rapporter sa décharge à la caution.* — La loi romaine exigeait, pour que ce recours eût lieu, que la promesse de la décharge fût faite *ab initio* ; *necque ab initio te obligationem suscepisse, ut eam possis et ante solutionem convenire.*

Cette condition, que la théorie des pactes, comme l'enseignaient les Romains, rendait nécessaire pour que la caution ait son recours, ne serait d'aucune importance sous la législation actuelle. Aussi, le Code civil déclare-t-il d'une manière générale que la caution peut, avant d'avoir payé, agir contre le débiteur, pour être par lui indemnisée, dans le cas où celui-ci se serait obligé de lui rapporter sa décharge au bout d'un certain temps.

78. 3^e cas. — *Au bout de dix années d'engagement.* — Sous l'ancien Droit [français, les jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur le nombre des années après lesquelles la caution pouvait demander sa décharge. Les uns fixaient ce délai à dix ans ; d'autres le déterminaient à trois ans ; et une troisième opinion laissait cette détermination à l'arbitraire du juge.

79. Le Code Napoléon adopta la première opinion. Toutefois, il ne faut appliquer la loi que dans le cas où l'obligation principale est d'une durée indé-

finie, par exemple, lorsqu'il s'agit d'une rente perpétuelle. Au contraire, notre article ne serait pas applicable, s'il s'agissait d'une rente viagère, d'une tutelle, d'un usufruit ou d'une fonction publique ou privée *puta*, un caissier..... Ainsi, dans tous ces cas et leurs semblables, la caution ne pourrait agir qu'après l'extinction du cautionnement.

SECTION II

Recours de la caution après le paiement au moyen de l'action du cautionnement.

80. La caution qui paie la dette a, de son chef, et après le paiement, une action contre le débiteur principal pour se faire rembourser ce qu'elle a avancé dans son intérêt. Cette action sera tantôt l'action *mandati contraria* et tantôt celle *negotiorum gestorum contraria*. Mais en cette matière, ces deux actions sont complètement identiques, car la loi assimile la caution qui s'est engagée à l'insu du débiteur à celle qui l'a cautionné à sa connaissance. Aussi avons-nous préféré désigner cette action par le nom du contrat qui lui donne naissance.

Voici maintenant ce que la loi a disposé sur cette action :

Article 2028. — « La caution qui a payé a son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur.

« Ce recours a lieu tant pour le principal que pour

les intérêts et les frais ; néanmoins, la caution n'a de recours que pour les frais par elle faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle.

« Elle a aussi recours pour les dommages et intérêts s'il y a lieu. »

Article 2050. — « Lorsqu'il y avait plusieurs débiteurs principaux solidaires d'une même dette, la caution qui les a tous cautionnés a, contre chacun d'eux, le recours pour la répétition du total de ce qu'elle a payé. »

Article 2051. — « La caution qui a payé une première fois n'a point de recours contre le débiteur principal qui a payé une seconde fois, lorsqu'elle ne l'a point averti du paiement par elle fait, sauf son recours en répétition contre le créancier.

« Lorsque la caution aura payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur principal, elle n'aura point de recours contre lui dans le cas où, au moment du paiement, ce débiteur aurait eu des moyens pour faire déclarer la dette éteinte, sauf son action en répétition contre le créancier. »

Nous diviserons cette section en trois paragraphes :

1° A quelles cautions et contre quels débiteurs ce recours est-il accordé ;

2° Objet et étendue de l'action personnelle de la caution ;

3° Sous quelle condition et dans quel délai cette action doit être exercée.

§ 1. A quelles cautions et contre quels débiteurs
ce recours est-il accordé.

81. Avant que le droit romain ait reconnu la *fidejussio*, les *sponsores* et *fidepromissores* possédaient contre le débiteur, lorsqu'ils avaient payé la dette, une action *depensi* qui avait cela de remarquable, que si le débiteur niait le cautionnement, il était condamné au double.

Quand on admit la *fidejussio*, les jurisconsultes distinguèrent : le fidéjusseur s'était-il engagé avec le consentement du débiteur principal ? on lui accordait l'action *mandati contraria* (L. 29, § 6, D. Mandat). Au contraire, le fidéjusseur avait-il cautionné le débiteur à son insu, il ne pouvait exercer que l'action *negot. gest. contraria* (L. 20, § 1, *ibid.*).

Ces mêmes règles furent suivies sous l'ancienne législation française.

Le Code civil ne reconnaît qu'une seule action, qu'il accorde à la caution, qu'elle se soit engagée au su ou à l'insu du débiteur principal.

82. Mais ce même recours appartiendra-t-il à celui qui aurait cautionné un individu contre sa volonté ? Ainsi Primus doit 10,000 francs, et, malgré sa défense, je le cautionne : aurais-je un recours contre lui si je paie le créancier ? et si j'ai droit à un recours, serait-il du même caractère que celui de l'art. 2028 C. civil ?

Sous la législation classique des Romains, on s'é-

tait demandé si celui qui avait géré les affaires d'autrui malgré la défense du propriétaire pouvait recourir contre ce dernier pour se faire rembourser les avances qu'il aurait faites quant à cette gestion ?

Selon Gaius (1) et Papinien (2), on devait accorder, dans ce cas, tout au moins, une action *negot. gest. cont. utile*, tandis que Paul, Pomponius et Julien (3) refusaient toute action, soit ordinaire, soit utile, quand même l'affaire aurait été bien gérée. Justinien consacra cette dernière opinion (4).

Cette controverse continua sous l'ancienne jurisprudence, et Pothier adoptait l'opinion de Gaius (5).

Après la promulgation du Code civil, on s'est généralement rallié à l'opinion de Pothier. Voici comment M. Troplong s'explique sur cette question :

« Toutes les fois que la prohibition du maître est un acte d'imprudence et de mauvaise humeur, lorsqu'elle est le fruit de l'ignorance, de l'erreur, d'une volonté irréfléchie, Justinien a tort de vouloir qu'on la respecte à tout prix ; il faut, au contraire, se montrer facile envers celui qui a été assez humain et assez serviable pour la braver. Mais si la prohibition est sage et que le gérant se soit immiscé avec imprudence dans des affaires qui ne le regardent pas, on doit accepter la règle de Justinien ; elle est aussi sensée

(1) L. 39, D. de *negot. gest.*

(2) L. 53, D. *Mandat, vel contra.*

(3) L. 40, id.

(4) L. fin, c. de *negot. gest.*

(5) Du *Mandat*, n° 182.

dans ce cas qu'elle l'était peu dans la précédente hypothèse » (du Mandat, n° 81).

Appliquant ces idées à la caution qui s'oblige malgré la volonté du débiteur, cet éminent magistrat accorde à cette caution l'action *utile negot. gest.* toutes les fois qu'un *fait grave et décisif* n'indique pas qu'elle a voulu faire une libéralité au débiteur (du Cautionnement, n° 529).

Quant à nous, nous croyons que c'est l'idée de libéralité qui doit dominer en cette circonstance. Car enfin, on ne conçoit pas comment un individu à qui on a défendu de s'immiscer dans une affaire qui ne le concerne pas, vienne, après coup, vous réclamer ce qu'il a avancé à l'occasion de cette même affaire. Mais si le gérant ou la caution démontraient que des raisons graves, des liens de famille l'avaient poussé à agir malgré cette prohibition; ou si en contractant il avait déclaré formellement qu'il ne voulait pas faire de libéralité au débiteur; alors il aurait droit à un recours pour ce dont il a enrichi celui dont l'affaire est gérée; seulement ce recours ne peut, dans aucun cas, excéder le chiffre réel des avances qu'il a effectuées (1).

Ainsi il n'y a que la caution qui s'est engagée au su ou à l'insu du débiteur, avec ou sans son consentement, mais non contre sa volonté, qui puisse exercer l'action conférée par l'art. 2028.

Du reste, la circonstance que cette caution se serait obligée solidairement avec le débiteur, ne lui enlèverait pas son recours.

(1) Aubry et Rau, § 428, texte et note 2; Toullier, XI, nos 55-62.

83. Le fidéjusseur ne peut intenter l'action qui nous occupe que contre le débiteur qu'il a cautionné. Ainsi, dans l'hypothèse de plusieurs co-débiteurs solidaires, la caution qui les aurait tous cautionnés pourrait intenter pour le tout son recours contre chacun des co-débiteurs.

Au contraire, si elle n'avait cautionné que l'un des co-débiteurs solidaires, elle ne pourrait agir contre les autres que du chef de ce co-débiteur.

§ 2. — *Objet de l'action personnelle de la caution.*

84. La caution doit, en premier lieu, être indemnisée de ce qu'elle a payé pour acquitter le *principal* de la dette.

Cette indemnité ne peut pas, en principe, dépasser le montant de ce qu'elle a réellement déboursé.

Ainsi, le fidéjusseur qui n'ayant payé qu'une partie seulement de la dette reçoit néanmoins du créancier une quittance pour le tout, n'aura son recours que pour ce qu'il a effectivement payé; à moins qu'il ne résulte de la quittance, que le créancier a voulu lui faire une donation de la partie non remboursée.

De même, dans le cas où la créance serait productive d'intérêt, le fidéjusseur pourrait, en ce qui concerne les intérêts, recourir contre le débiteur au fur et à mesure qu'il les aurait acquittés.

Le recours de la caution comprend également tous les frais qu'elle a dû acquitter par suite de son engagement. Ainsi, le créancier poursuit le débiteur et dé-

nonce les poursuites à la caution ; le débiteur ne payant pas, le créancier revient contre la caution ; celle-ci sera obligée de rembourser les frais que cette poursuite aura occasionnés. Il est donc juste qu'il les demande au débiteur. De même, quant aux frais faits contre elle par le créancier.

85. Les trois éléments (le principal, les intérêts et les frais) qui forment l'objet du recours de la caution, constituent pour elle un *principal*. Or, à ce sujet, on s'est demandé si la caution avait droit aux intérêts des sommes qu'elle paie ainsi au créancier, au fur et à mesure qu'elle les avance ; ou bien, au contraire, si ces intérêts ne lui seraient dus que du jour de la demande seulement ?

Sous l'ancien droit, Pothier professait ce dernier sentiment :

Mais la jurisprudence moderne et la majorité des auteurs décident que la caution a droit aux intérêts de ses avances, par cela seul qu'elle les débourse, soit pour acquitter le *principal* ou les intérêts, soit pour payer les *frais*.

Cependant on pourrait objecter que l'art. 1155 Code civil, déclare en principe que les intérêts ne courent que du jour de la demande ; — que l'art. 2028 Code civil, en assimilant à la caution qui s'engage au su du débiteur celle qui s'oblige à son insu, semble repousser toute application de l'art. 2001 Code civil ; puisque de l'avis de tout le monde le fidéjusseur qui s'oblige à l'insu du débiteur, est un simple gérant d'affaires. Or, on ne trouve pas dans la loi, en ce qui concerne la gestion d'affaires, une disposition analogue à celle de

l'art. 2001. Au contraire, l'art. 1155 Code civil dispose que le tiers qui paie les intérêts de la dette ne peut réclamer les intérêts de ces intérêts que du jour de la demande : et ainsi, il semblerait que sous le Code civil le *negot. gest.* n'eût pas droit aux intérêts de ses avances par cela seul qu'il les effectue.

86. Enfin le dernier alinéa de l'art. 2028 Code civil, dispose que la caution a droit à des dommages et intérêts s'il y a lieu. Ainsi le créancier a fait saisir les biens du fidéjusseur ; celui-ci a été obligé d'emprunter à grands frais pour acquitter la dette : dans tous ces cas et leurs semblables, les juges condamneront le débiteur à indemniser le fidéjusseur des dommages que celui-ci a souffert à l'occasion de l'obligation.

Le montant de cette indemnité sera fixé par le tribunal, qui possède, à cet effet, une liberté entière ; la loi ayant fait exception, quant au cautionnement, au principe posé dans l'art. 1155 Code civil.

§ 3. — *Sous quelles conditions et dans quel délai l'action de la caution doit-elle être exercée ?*

87. Comme ce recours a pour cause l'extinction de la dette principale, il faut, pour que le fidéjusseur puisse l'exercer, qu'il ait effectivement libéré le débiteur. Mais il importe peu que cette libération ait eu lieu par un paiement réel ou par l'un des autres modes d'extinction des obligations ; l'essentiel est que le fidéjusseur puisse dire au débiteur : Vous ne devez rien au créancier, et c'est grâce à moi !

Lorsque la libération du débiteur a lieu par une remise de la dette faite par le créancier à la caution, celle-ci ne pourra pas, dans tous les cas, exercer son recours contre le débiteur.

Ainsi le créancier fait remise de la dette à la caution, en réservant ses droits contre le débiteur : le fidéjusseur, qui dans ce cas est seul déchargé de l'obligation, n'aura aucun recours contre le principal obligé. Mais si la remise faite à la caution concernait aussi le débiteur, nous croyons, en principe, que la dette sera complètement éteinte ; partant, nous n'accordons pas de recours au fidéjusseur. Car le cautionnement est un contrat de bienfaisance, et ne doit pas donner matière à la spéculation.

88. Nous avons dit que la caution devait libérer le débiteur pour qu'elle ait droit à l'action personnelle ; nous ajouterons que cette libération doit être utile et bien faite. Ainsi, le fidéjusseur qui, malgré sa connaissance des *exceptions réelles* que le débiteur peut invoquer, se laisse condamner sans opposer ces exceptions, n'aura aucun recours contre le débiteur ; lors même que ces exceptions seraient de celles que la conscience ne permet pas d'invoquer ; comme, par exemple, la prescription. La caution qui se ferait scrupule de se prévaloir de la prescription de la dette commettrait une imprudence dont elle doit supporter seule les conséquences. Aussi, dans une situation semblable, elle ferait mieux de mettre en cause le débiteur afin que celui-ci se serve, s'il le veut, de son exception. Au contraire, si, pouvant exciper d'une exception qui lui est personnelle, le co-fidéjusseur ne

veut pas s'en servir, il aura son recours dans toute son étendue.

89. La loi impose à la caution l'obligation de prévenir le débiteur des poursuites dirigées contre elle ; autrement les frais de ces poursuites resteraient à sa charge, ou, si elle ne le prévenait que tardivement, son recours ne comprendrait que les frais qui auront suivi la dénonciation. Néanmoins elle peut dans tous les cas recouvrer les frais de cette dénonciation et ceux de la demande.

On conçoit cette obligation imposée au fidéjusseur, car le débiteur pourrait avoir des moyens ignorés par lui, pour faire débouter le créancier de sa demande ; ou bien, il aurait pu payer immédiatement le créancier. Or, la caution ne doit pas aggraver par son fait l'obligation du débiteur.

90. Le fidéjusseur, qui sans être poursuivi voudrait payer le créancier, et qui effectuerait ce paiement sans avoir au préalable averti le débiteur principal, perdrait son recours si au moment du paiement le débiteur avait eu des moyens pour faire déclarer la dette éteinte, ou s'il avait déjà acquitté cette dette. Mais, dans ce dernier cas, la caution conserve son recours, si elle peut prouver que le débiteur, le pouvant, ne l'a point averti du paiement, alors surtout qu'il lui a été impossible d'en avoir connaissance.

91. Enfin, le fidéjusseur qui acquitte la dette doit dénoncer le paiement qu'il a effectué au débiteur principal, autrement il n'aurait aucun recours contre ce dernier, si, dans l'ignorance de ce paiement, il venait à rembourser une seconde fois le créancier.

92. La caution qui, sur les poursuites du créancier, paie de bonne foi sa dette, sans avertir préalablement le débiteur, serait-elle sans recours si celui-ci avait, au moment du paiement, des moyens péremptoires pour repousser l'action du créancier, ou même s'il avait déjà acquitté la créance ?

Quelques auteurs soutiennent l'affirmative (1) ; d'après eux, on devrait appliquer à la caution l'art. 1640 C. civ.

Dans une autre opinion, au contraire, on décide que la caution conserverait dans ce cas son recours contre le principal obligé ; car, dit-on, l'art. 2051 ne soumet la caution à l'obligation de dénoncer au débiteur son intention de payer le créancier qu'autant qu'elle voudrait effectuer spontanément le paiement. D'ailleurs, ajoute-t-on, c'était l'opinion suivie par les anciens jurisconsultes français : « Si le fidéjusseur, disait Domat, étant sommé de payer, acquitte la dette de bonne foi pour prévenir une exécution ou une saisie de ses biens, et ne sachant pas, ou que le débiteur avait une compensation à faire....., il ne laissera pas que d'avoir son recours..... (V. Ponsot, n° 249). »

Pour nous, nous pensons, avec M. Pont (n° 258), que chacune de ces opinions est trop absolue et que, dans cette hypothèse, les juges devront rechercher si le fidéjusseur, malgré les poursuites du créancier, pouvait sans danger pour lui avertir le débiteur ; alors l'action lui sera refusée ; autrement il conserverait son recours.

(1) Delyncourt, III, p. 145 ; — Duranton, XVIII, n° 357.

D'abord, ceux qui refusent le recours à la caution argumentent à tort de l'art. 1640, car, dans le cas de cet article, la loi a craint, avec raison, la collusion de l'acquéreur avec le vendeur. Tandis que¹, l'intérêt de la caution étant de ne pas payer la dette, on ne peut pas raisonnablement lui imputer l'intention d'échanger son argent contre une chance incertaine de le recouvrer.

En outre, dans le second système, on oublie que le cautionnement est un contrat essentiellement de bonne foi ; or, cette bonne foi oblige la caution d'avertir le débiteur, si elle a le temps, de tout ce qui lui arrive à propos de la dette, et à plus forte raison du paiement qu'elle veut en faire. Du reste, ce que nous disons peut parfaitement s'appuyer sur le passage de Domat ci-dessus. On y voit, en effet, que ce jurisconsulte avait en vue la caution qui paie pour prévenir une exécution ou une saisie de ses biens. Or, nul doute que dans cette hypothèse le recours ne soit accordé à la caution puisqu'elle ne pouvait pas, sans danger, retarder le paiement. Mais que, sur la demande du créancier, elle vienne immédiatement le payer, elle aura agi imprudemment ; car elle aurait pu opposer l'exception de division, ou si cette exception lui faisait défaut, l'exception dilatoire le garantit.

95. Remarquons, en ce qui concerne le cautionnement, que le débiteur appelé en garantie par la caution ne pourrait pas prétendre remplacer le fidéjusseur dans le procès et prendre ainsi son fait et cause vis-à-vis du créancier. Car la caution étant tenue personnellement, le créancier a le droit de demander

et obtenir une condamnation directe contre elle ; aussi la présence du débiteur dans le procès ne produirait d'autre effet que celui de le faire condamner à indemniser la caution par le même jugement qui condamne celle-ci à payer le créancier. En effet, « en garantie simple, dit l'art. 183 C. pro., le garant pourra seulement intervenir, sans prendre le fait et cause du garanti. »

94. Dans tous les cas où la caution ne pourrait point recourir contre le débiteur principal pour se faire rembourser ce qu'elle aura avancé au créancier, elle aura le droit de revenir contre ce dernier pour lui faire restituer ce qu'elle lui a indûment payé.

95. La loi n'ayant fixé aucune durée à l'action qui nous occupe, elle tombe par conséquent sous la règle du Droit commun en matière de prescription, c'est-à-dire que la caution a trente ans pendant lesquels elle peut exercer son recours contre le débiteur principal ou ses héritiers, quand même la créance originaire serait soumise à une prescription exceptionnelle. Car, par cette action, la caution demande une dette qui lui est propre et qui n'a aucun rapport avec celle du créancier.

95. Cette prescription commencera à courir du moment où la caution a effectué ses avances. Ainsi, une personne cautionne un prêt productif d'intérêts, et dont le capital ne sera échu que dans vingt ans. Si cette personne payait les intérêts de la cinquième année par exemple, et qu'à l'échéance elle acquitte le capital, elle ne pourra demander ce qu'elle avait avancé pour le paiement des intérêts de la cinquième année

que pendant quinze ans depuis l'époque de l'échéance du capital qu'elle a acquitté. Tandis qu'elle aura trente ans pour recouvrer ce qu'elle a déboursé pour l'acquittement du capital.

96. La loi, prévoyant le cas où le recours personnel de la caution ne pourrait pas lui être efficace, lui accorde, en même temps que ce recours, la subrogation de plein droit aux droits du créancier, subrogation qui lui permet d'exercer l'action même du créancier avec toutes les garanties qui y étaient attachées. En effet, « la caution qui a payé la dette, dit l'art. 2029 C. civ., est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur. »

La différence essentielle qui sépare ces deux recours est que, par l'action personnelle, la caution n'a que le droit d'un simple créancier ordinaire ; tandis que, par l'action de la subrogation, elle peut avoir, pour garantir sa créance, soit des droits hypothécaires ou privilégiés.

C'est l'explication de recours que donne la subrogation qui formera le sujet de la troisième et dernière section de ce chapitre.

SECTION III.

Recours de la caution après le paiement et au moyen de l'action qui résulte de la subrogation.

96. *Subroger*, c'est remplacer une chose par une autre, ou une personne par une autre.

Il y a subrogation *réelle*, ou subrogation de chose, lorsque, par exemple, vous devant un cheval, nous convenons que je vous devrai 20,000 fr. à la place de ce cheval.

La subrogation de personnes ou *personnelle* existe lorsqu'un individu succède à un autre, soit à titre universel, soit à titre particulier. La subrogation à titre particulier est le résultat de tout acte translatif de la propriété d'une ou de plusieurs choses déterminées. Mais, dans certains cas, la loi fait découler la subrogation du paiement d'une créance.

Dans cette dernière acception, la subrogation est une fiction légale par laquelle celui qui désintéresse le créancier est sensé acquérir les droits et actions du créancier pour les exercer contre ceux qui en étaient tenus, dans la mesure de ce qu'il a déboursé pour effectuer le paiement.

97. De ce que le paiement est la cause de la subrogation proprement dite, on discute la question de savoir si l'ancienne créance est transmise au subrogé, ou si, le paiement produisant une nouvelle créance au profit du subrogé, la subrogation n'aurait pour effet que de transmettre à la nouvelle créance les avantages et garanties qui étaient attachés à l'ancienne ?

Nous pensons que la subrogation transmet au subrogé l'ancienne créance ainsi que ses qualités et accessoires. L'opinion qui ne reconnaît à la subrogation que l'effet de transférer à une nouvelle créance les sûretés et garanties de l'ancienne, nous semble contraire à l'esprit de la loi. En effet, *la subrogation dans les droits du créancier*, dit l'art. 1249 C. civ.,

et l'art. 1250 ajoute « lorsque le créancier, recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits, actions, privilèges et hypothèques ; » de même l'art. 2029 dispose que la caution est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur. Or, il nous paraît résulter des termes mêmes de la loi que c'est bien les droits des créanciers, et par conséquent la créance elle aussi, qui sont transmis ou subrogés.

98. La subrogation peut résulter, soit de la convention des parties, soit par la seule volonté de la loi. L'une des hypothèses où la loi reconnaît au paiement l'effet de produire la subrogation, est celle où la caution acquitte de ses deniers la dette principale. Or, quelles sont l'origine et l'étendue du recours que confère cette subrogation à la caution ? Et sous quelles conditions, et contre quelles personnes la caution peut-elle exercer ce recours ?

Ce sont ces deux questions que nous examinerons dans cette section.

§ 1. — *Origine et étendue de l'action qui naît de la subrogation.*

99. En Droit romain, le fidéjusseur avait le droit de refuser le paiement, si le créancier ne lui cédait pas les actions et sûretés qu'il possède contre le débiteur. Cette cession, la caution pouvait l'exiger moyennant l'exception *cedendarum actionum*, exception qu'elle devait invoquer avant le paiement. Autrement, ce paie-

ment éteignant la créance, cette créance ne pourrait plus revivre en faveur de la caution. Aussi, les juriconsultes assimilaient-ils cette cession à une vente fictive. Le créancier était sensé vendre son action avec tous ses accessoires au fidéjusseur. « *Fidejussoribus succuri solet, ut stipulator compellatur si qui solidum solvere paratus est, vendere cæterarum nominæ.* »

Toutes ces idées furent reçues sous l'ancienne jurisprudence. Néanmoins Dumoulin, dans la première de ses leçons données à Dôle, voulut que la subrogation eût lieu de plein droit en faveur de la caution, et il essaya de justifier son opinion par les lois romaines, en prétendant que ces lois étaient mal interprétées. Mais il resta à peu près seul de son opinion.

Le Code civil consacra le système de Dumoulin :

« La caution paie à défaut de paiement de la part du débiteur (disait M. Treillard, à propos de la discussion de l'art. 2029 C. civ.), le premier effet de ce paiement a dû être la subrogation de la caution à tous les droits du créancier. C'est un troisième bénéfice que la loi accorde au fidéjusseur ; il n'a pas besoin de réclamer cette subrogation ; elle est prononcée par la loi parce qu'elle résulte du seul fait du paiement » (Fenet, XV, p. 45).

100. A première vue, la place qu'occupe l'art. 2029 dans la section II, chapitre II, du Cautionnement, et le sens apparent des termes de la disposition de cet article, pourraient faire croire que la caution n'ait qu'un seul et même recours contre le débiteur, et que ce recours est seulement garanti par les sûretés de

l'ancienne créance. Cependant nous ne croyons pas que ce soit là le sentiment de la loi. Car il peut arriver que la caution ait le droit d'exiger du débiteur plus que ne l'aurait pu le créancier. Or, si on admettait que la subrogation n'a d'autres effets que de transmettre à la caution les privilèges et hypothèques attachés à l'ancienne créance, on arriverait à des résultats injustes, car on pourrait léser des intérêts d'autres créanciers du débiteur. Aussi faut-il décider que l'art. 2029 confère à la caution un recours distinct de celui de l'art. 2028.

101. De ce que l'action qui résulte de la subrogation ait pour cause le paiement (*latu sensu*) de la créance, et, de ce que cette action n'est autre que celle du créancier, il résulte, d'une part, que la caution ne pourrait demander au débiteur que ce qu'elle aurait effectivement payé au créancier, à moins que celui-ci ne lui ait fait donation d'une partie ou de toute la créance. D'autre part, le fidéjusseur ne peut, dans aucun cas, se prévaloir de cette action contre le créancier, *creditor non videtur cessisse contra se*. Ainsi, la caution qui n'aurait payé qu'une partie de la dette ne serait pas reçue à concourir avec le créancier sur la collocation du prix de la vente de l'immeuble hypothéqué à la créance, mais, une fois le créancier désintéressé, la caution aurait le droit de se faire colloquer par préférence aux autres créanciers hypothécaires dont l'inscription est postérieure à celle du créancier aux droits duquel elle succède. « Simple concession d'équité, dit M. Troplong, n° 367, elle (la subrogation) ne pouvait pas se retroquer contre le

créancier qui n'était pas sensé l'avoir accordée pour se faire tort. *Istud jus non fundatur ne debetur stricto jure, sed ex æquitate, et specialiter ex illa æquitate, ut saltem is qui petit cessionem consequatur quod, sine dispendio cedentis, futurum est.* »

Enfin, la caution ne peut exercer cette action que dans le délai où le créancier aurait pu l'intenter avec efficacité.

Mais toutes ces conséquences n'existeraient pas, si la caution agissait au moyen du recours de l'art. 2028 C. civ.

§ 2. — *Sous quelles conditions et contre quelles personnes, la caution peut-elle exercer l'action qui résulte de la subrogation.*

102. Le recours accordé à la caution par l'art. 2029 est, de même que celui de l'art. 2028, subordonné à ce que le paiement fait par la caution soit utile au débiteur. Nous renvoyons à cet égard aux explications que nous avons données *suprà* n^{os} 87 à 92 et 94.

105. Cette action, la caution peut l'exercer contre le débiteur principal ou contre ses héritiers.

Mais que faudra-t-il décider dans le cas de plusieurs débiteurs solidaires d'une même dette? Malgré l'argument *a contrario* qu'on tire de la disposition de l'article 2050 Code civ., nous croyons que la caution peut, moyennant l'action de la subrogation, recourir *in solidum* contre chaque co-débiteur solidaire, qu'elle l'ait cautionné ou non. D'une part, la caution acquiert,

par la subrogation, tous les droits du créancier; et, elle les exerce comme il l'aurait fait lui-même. Or, pourquoi refuser au fidéjusseur le droit de poursuivre pour le tout le co-débiteur solidaire qu'il n'a pas cautionné! Craindrait-on le circuit d'actions, qui ne peut jamais exister dans cette hypothèse : car la caution, en payant le créancier, a par cela même éteint le cautionnement : et elle ne devait aucune garantie à ce co-débiteur. En second lieu, si l'art. 2050 dispose que la caution qui a cautionné tous les co-débiteurs solidaires pourra recourir solidairement contre chacun d'eux, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'elle ne puisse poursuivre de la même manière celui des co-débiteurs qu'elle n'aurait pas cautionné. Car cet article, se trouvant dans une section qui a pour objet *l'effet du cautionnement entre le débiteur et la caution*, il est à présumer que le législateur n'avait pas en vue les droits de la caution contre le co-débiteur qu'elle n'a pas cautionné.

104. Par la même raison que la subrogation transmet au subrogé tous les droits du créancier, le co-débiteur solidaire qui a payé la dette peut recourir contre la caution de son co-débiteur. Nous avons cette fois en notre faveur l'opinion de Pothier : « Le co-débiteur solidaire, dit-il, qui, en payant a requis la subrogation, est, pour le surplus de ce dont il était débiteur pour soi-même et sans recours, subrogé aux actions du créancier, non-seulement contre ses co-débiteurs, mais contre *leurs cautions*, s'ils en ont donné au créancier; il est subrogé à tous les privilèges et à tous les droits d'hypothèque attachés aux actions du créancier,

et il peut les exercer contre les tiers, comme l'aurait pu le créancier, dont il est le *procurator in rem suam*. » (Traité des obligations, n° 281).

Néanmoins le co-débiteur solidaire ne peut, dans ce cas, demander à la caution, que ce dont il a le droit d'exiger du co-débiteur qu'elle cautionne.

105. La caution peut, moyennant cette action, recourir *in solidum* contre le fidéjusseur du co-débiteur solidaire qu'elle n'a pas cautionné; car, comme ils ne se doivent aucune garantie, nous ne voyons pas pourquoi on refuserait ce recours à la plus diligente d'entre les cautions de plusieurs co-débiteurs solidaires.

De même, dans le cas d'un fidéjusseur et d'un tiers tenus hypothécairement de la même dette, celui d'entre eux qui aura payé le créancier pourra agir contre l'autre pour la totalité de la dette.

CHAPITRE III

EFFETS DU CAUTIONNEMENT ENTRE LES CAUTIONS.

106. Nous avons vu que, dans le cas où plusieurs fidéjusseurs auraient cautionné un même débiteur, chacun d'eux était tenu de toute la dette; en outre, que, pour empêcher qu'un seul fidéjusseur ne paie

toute la dette, la loi permet au fidéjusseur poursuivi de demander la division de l'obligation, s'il n'avait pas renoncé au bénéfice de division. Mais en pratique il arrive rarement que la caution ne renonce pas en s'engageant à toutes les exceptions qu'elle pourra invoquer contre le créancier et par conséquent au bénéfice de division. Or, supposons que dans l'hypothèse de plusieurs co-fidéjusseurs, l'un d'eux vienne à payer toute la dette; ce dernier aura-t-il un recours contre ses co-fidéjusseurs, si, voulant se faire rembourser par le débiteur, celui-ci se trouve insolvable; ou bien devra-t-il supporter seul cette insolvabilité?

Dans l'ancien Droit romain, une loi Apuleia décidait que, dans le cas de plusieurs *sponsors* et *fidepromissores*, une société existerait de plein droit entre eux: et celui des *sponsors* ou *fidepromissores* qui aurait payé plus que sa part dans la dette, reviendrait pour cet excédant contre les autres moyennant l'action *pro socio* (Gaius, III, § 122).

Mais lorsqu'on admit la *fidejussio*, on ne lui appliqua pas la loi Apuleia: « *Ut fidejussor adversus confidejussorem suum agat*, dit la loi 59, ff., de fidej. et mand., *danda actio non est: ideoque si ex duobus fidejussoribus ejusdem quantitatis, cum alter electus a creditore totum excolvet, nec eis cessæ sint actiones: alter nec a creditore, nec a confidejussore, convenietur.* »

Cette décision partait de l'idée que chacun des co-fidéjusseurs ne s'engageait que dans l'intérêt du débiteur, mais non dans l'intention de faire les affaires de ses co-fidéjusseurs.

Néanmoins, cette décision, quoique logique, était très-rigoureuse pour la caution qui a payé toute la dette. Aussi l'ancienne jurisprudence française reconnut-elle à cette caution le droit de recourir, de son chef et sans qu'elle eût besoin de se faire subroger aux droits du créancier, contre les autres cautions chacune pour sa part et portion.

Le Code Napoléon consacra cette ancienne pratique.

« Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, dit l'art. 2055, la caution qui a acquitté la dette, a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion.

» Mais ce recours n'a lieu que si la caution a payé dans l'un des cas énumérés en l'article précédent. »

107. Il résulte des termes de l'art. 2055 que seule la caution qui s'est obligée avec d'autres pour la même dette et pour le même ou les mêmes débiteurs, peut invoquer le recours qu'il consacre, et cela contre ses co-fidéjusseurs seulement.

Ce recours aura pour objet la part que chaque caution solvable devra supporter dans la dette.

108. Enfin, notre article soumet l'exercice du recours qu'il confère à la condition que la caution ait effectivement éteint la dette. Aussi les poursuites dirigées contre le fidéjusseur ne lui donnent pas le droit de recourir contre ses co-fidéjusseurs avant d'avoir payé le créancier.

De plus, ce paiement doit être fait dans les hypothèses prévues par l'art. 2052; mais il suffit qu'il le soit dans une de ces hypothèses : « Néanmoins, disait le rapporteur, à propos de la discussion de l'art. 2055,

ce fidéjusseur ne peut exercer ce recours s'il a payé sans avoir été poursuivi en justice par le créancier ; ou sans que le débiteur fût en faillite ou en déconfiture ; ou avant l'expiration du terme auquel le débiteur s'était obligé de lui rapporter sa décharge ; ou avant l'échéance de l'obligation ; ou avant l'expiration des dix années, lorsque l'obligation n'avait pas de terme fixe d'échéance ; ou avant l'expiration du temps déterminé pendant lequel cette obligation était de nature à ne pouvoir s'éteindre. » (Fenet XV, p. 58.)

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. Avant Justinien dans les provinces, et sous Justinien sans distinction, les servitudes peuvent s'établir par pactes et stipulations.

II. Sous le droit classique, pour qu'il y eût novation, il fallait que la chose due fût transférée dans une autre obligation au moyen de la stipulation; autrement, l'*animus novandi* ne suffisait pas à lui seul pour opérer la novation.

III. La compensation ne peut pas être invoquée contre un pupille à raison de son obligation naturelle, dans le cas où il se trouverait créancier civil de celui auquel il doit naturellement.

IV. Sous Justinien, il n'y avait plus d'obligation *litteris*: les *chirographæ* ou *sinographæ* n'étaient que de simples moyens de preuves.

DROIT ANCIEN

I. La maxime : *Nulle terre sans seigneur*, eut un premier sens féodal, un deuxième royal et unitaire.

II. La règle de la personnalité des lois, à l'époque barbare, n'impliquait pas qu'il fût permis à chacun d'abdiquer sa nationalité d'origine pour changer ainsi sa loi.

DROIT CIVIL

I. La dot mobilière est inaliénable.

II. Tout successeur à titre universel et à cause de mort est tenu de toutes les dettes de celui à qui il succède, quand même ces dettes dépasseraient l'actif qu'il a recueilli, à moins qu'il n'accepte sous bénéfice d'inventaire.

III. La donation de biens à venir est soumise à la transcription, mais cette transcription ne doit être faite qu'à la mort du donateur.

IV. Les donations entre époux sont soumises à la transcription.

V. L'art. 790 C. civ. s'applique aux successions testamentaires : c'est-à-dire que l'acceptation de la succession par un légataire universel empêcherait l'héritier réservataire de revenir sur sa renonciation.

VI. L'acceptation sous bénéfice d'inventaire entraîne de plein droit séparation de patrimoine au profit des créanciers de la succession. Néanmoins, ceux-ci doivent s'inscrire dans les six mois de l'ouverture de la succession, pour qu'ils puissent conserver la séparation du patrimoine, dans le cas où l'héritier bénéficiaire deviendrait héritier pur et simple.

VII. L'héritier donataire ou légataire qui renonce à la succession ne peut retenir son don ou legs que jusqu'à concurrence de la quotité disponible seulement.

VIII. La transaction peut être prouvée par témoins, lorsqu'il existe un commencement de preuves par écrit.

IX. Pour que les privilèges sur les immeubles produisent leurs effets, il faut qu'aussitôt leur existence ils soient inscrits sur les registres à ce destinés ; autrement, ils n'auraient d'effet qu'à compter de la date de leurs inscriptions.

PROCÉDURE CIVILE

I. Les juges de l'appel ne peuvent d'office débouter l'appelant par le motif que l'appel aurait été interjeté après les deux mois.

II. Le tribunal français appelé à imprimer à la sentence d'une juridiction étrangère la force exécutoire n'a pas le droit de révision de fond.

III. La femme autorisée à plaider en première instance ne peut, sans nouvelle autorisation, plaider en appel.

DROIT CRIMINEL

I. L'inscription au registre des délibérations d'un conseil municipal d'une délibération incriminée comme diffamatoire ne saurait, en l'absence de tout autre élément, constituer le délit de diffamation.

II. L'action civile devant la juridiction civile est éteinte par la prescription de l'action publique.

III. Le ministère public peut, en changeant simplement la qualification du fait, poursuivre du chef de délit celui qui a été acquitté du chef de crime.

IV. L'action publique née de l'adultère s'éteint par le retrait de la plainte du conjoint ou par sa mort.

DROIT COMMERCIAL

I. La femme autorisée à faire le commerce ne peut, sans l'autorisation de son mari, contracter une société avec un tiers.

II. Dans le doute, l'acte souscrit par un mineur commerçant doit être déclaré commercial.

III. Le vendeur dont le privilège n'a pas été inscrit avant la faillite de l'acquéreur n'en conserve pas moins le droit d'exercer l'action résolutoire à l'encontre des créanciers du failli.

IV. Les associés en participation sont tenus solidairement des dettes contractées par l'un d'eux à l'occasion de l'affaire commune.

DROIT CONSTITUTIONNEL ET ADMINISTRATIF

I. Le droit d'amnistie est essentiellement dans les attributions du pouvoir législatif.

II. Le pouvoir judiciaire est un des pouvoirs primordiaux de l'Etat, est indépendant du pouvoir exécutif et son égal.

III. C'est au Conseil de préfecture et non à l'autorité judiciaire qu'il appartient de statuer sur les torts et dommages causés aux particuliers par l'exécution des travaux publics : ainsi l'arrêté de délimitation pris à l'égard d'un cours d'eau navigable ne peut être attaqué que par voie administrative pour excès de pouvoirs ; l'autorité judiciaire ne pourra pas, avant l'annulation de cet arrêté, statuer sur la demande en indemnité d'un particulier prétendant que sa propriété a été entamée.

DROIT DES GENS

I. Les agents diplomatiques d'un belligérant, transportés sur des vaisseaux neutres faisant régulièrement le service des voyageurs, ne doivent pas être considérés comme contre-

bande de guerre, à moins qu'ils ne soient des officiers militaires supérieurs.

II. Un belligérant peut s'opposer à ce que ses ressortissants qui se trouvent débiteurs des ressortissants de l'adversaire s'acquittent de ce qu'ils doivent.

III. En cas de guerre, les communes peuvent, suivant les cas, être déclarées responsables des infractions commises sur leur territoire.

Vu par le Président de la Thèse,

Le 17 mai 1877.

Henri BONFILS

Vu par le Doyen de la Faculté,

Le 21 mai 1877.

DUFOUR.

Vu et permis d'imprimer :

Toulouse, le 23 mai 1877.

Le Recteur de l'Académie,

DREYSS

« Les visas exigés par les réglemens sont une garantie des principes et des opinions relatifs à la religion, à l'ordre public et aux bonnes mœurs (statut du 9 avril 1825, art. 11), mais non des opinions purement juridiques, dont la responsabilité est laissée aux candidats. — Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement. »

Cette Thèse sera soutenue en séance publique, dans une des salles de la Faculté de Droit de Toulouse.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

De la Condition des Esclaves

| | |
|---|----|
| INTRODUCTION ET DIVISION | 5 |
| CHAPITRE PREMIER. — Causes de l'esclavage. | 7 |
| Section I. — De la naissance comme cause de l'esclavage. | 7 |
| Section II. — Faits postérieurs à la naissance qui donnent lieu à l'esclavage. | 40 |
| § 1. — Causes de l'esclavage d'après le Droit des gens | 40 |
| § 2. — Causes de l'esclavage d'après le Droit civil. — Commerce des esclaves à Rome. | 41 |
| CHAPITRE II. — Conditions des esclaves | 22 |
| Section I. — De l'esclave dans la famille. — Les esclaves dans les campagnes. — Les esclaves dans la ville. — Pouvoir absolu du maître sur les esclaves. — Modifications de ce pouvoir par les empereurs païens et chrétiens. | 23 |

Section II. — De l'esclave dans la société. — L'esclave n'avait pas de capacité civile. — Il n'était tenu par ses contrats que des obligations naturelles. — Il pouvait obliger les tiers naturellement, à moins qu'il n'appartint à un particulier. — Il était civilement responsable de ses délits 30

§ 1. — Acquisition des droits réels et personnels par l'esclave possédé par son propriétaire 35

§ 2. — Acquisition des droits réels ou personnels par l'esclave dont l'usufruit ou l'usage appartient à un autre qu'à son propriétaire 45

§ 3. — Des cas où le maître est obligé par les actes de son esclave 50

APPENDICE. — Extinction de l'esclavage. 62

DROIT FÉODAL

Du Servage

INTRODUCTION ET DIVISION 67

I. — Comment on devient serf. 73

II. — Condition des serfs 76

III. — Affranchissement des serfs 84

DROIT FRANÇAIS

Des effets du cautionnement.

| | |
|---|-----|
| INTRODUCTION. — Définition et étendue du cautionnement | 85 |
| DIVISION : | |
| CHAPITRE PREMIER. — Effets du cautionnement entre le créancier et la caution. | 92 |
| Section I. — Du bénéfice de discussion. | 95 |
| § 1. — Quelle caution peut opposer le bénéfice de discussion | 95 |
| § 2. — Sous quelles conditions la caution doit opposer le bénéfice de discussion | 104 |
| § 3. — A quel moment de l'instance la caution doit opposer le bénéfice de discussion. | 104 |
| § 4. — Effets du bénéfice de discussion | 107 |
| Section II. — Fins de non-recevoir que la caution peut opposer au créancier du chef du débiteur | 109 |
| § 1. — Du paiement | 110 |
| § 2. — De la novation | 115 |
| § 3. — De la compensation | 119 |
| § 4. — De la confusion.— Des qualités de créancier et de débiteur | 120 |
| § 5. — De la remise de la dette et de la perte de la chose due | 121 |
| § 6. — De la transaction, du jugement et du serment | 122 |
| § 7. — De la prescription | 123 |
| § 8. — De la rescision ou de l'annulation de l'obligation. | 123 |

| | |
|--|-----|
| § 9. — Exception résultant du droit de la caution d'être subrogé aux droits et actions du créancier | 124 |
| Section III. — Du bénéfice de division | 132 |
| § 1. — Circonstances dans lesquelles l'exception de division peut avoir lieu | 138 |
| § 2. — A quel moment la division doit être demandée | 142 |
| § 3. — Entre quelle caution l'action du créancier doit-elle être divisée | 143 |
| § 4. — Effets de la division | 148 |
| CHAPITRE II. — Effets du cautionnement entre le débiteur et la caution | 150 |
| Section I. — Recours de la caution avant l'extinction du cautionnement | 151 |
| § 1. — Quelle caution peut exercer ce recours | 153 |
| § 2. — Cas dans lesquels ce recours est exercé | 156 |
| Section II. — Recours de la caution après le paiement et moyennant l'action du cautionnement | 158 |
| § 1. — A quelle caution et contre quel débiteur ce recours est accordé | 160 |
| § 2. — Objet de ce recours | 163 |
| § 3. — Sous quelles conditions et dans quel délai ce recours est exercé | 165 |
| Section III. — Recours de la caution après le paiement et au moyen de l'action qui résulte de la subrogation | 171 |
| § 1. — Origine et étendue de cette action | 173 |
| § 2. — Sous quelles conditions cette action est exercée | 176 |
| CHAPITRE III. — Effets du cautionnement entre les cautions | 178 |