

le recours qui en résulte se fondent sur l'idée de la société et du mandat qu'elle implique; or, il ne peut pas y avoir de société pour un délit. Cela est vrai, mais il ne faut pas perdre de vue que la théorie du mandat n'est qu'une explication de la solidarité, explication qui n'est pas même admise par tous les auteurs; ce n'est pas une loi. Le législateur pose une règle générale dans les articles 1213 et 1214; elle doit recevoir son application à tous les cas, alors même que la théorie du mandat serait inapplicable. Il y a un autre motif juridique qui justifie suffisamment la division de la dette entre les auteurs du même délit et le recours de celui qui a été obligé de payer la dette tout entière. Par cela même que tous sont coupables, tous doivent subir la même peine; or, le paiement des frais et dommages-intérêts est la conséquence du délit, tous doivent donc la subir, sinon l'un serait puni moins que l'autre; ce qui est inadmissible au point de vue pénal. Les principes du droit civil s'y opposent également: tous ceux qui ont causé le dommage en doivent répondre; si l'un d'eux paye toute la dette, il doit avoir un recours contre ses codébiteurs, sinon ceux-ci s'enrichiraient à ses dépens. C'est la doctrine de Pothier (1).

357. Il y a quelque incertitude dans la doctrine sur la nature de l'action qui appartient au débiteur contre ses codébiteurs. La loi l'appelle une action en répétition. Dans la doctrine traditionnelle, le recours est fondé sur la société qui existe entre les codébiteurs; c'est une action personnelle. De plus, le codébiteur qui paye la dette est subrogé à l'action du créancier en vertu de l'article 1251, n° 3, ce qui lui donne droit aux garanties réelles qui assurent le paiement de la créance (2). Un auteur moderne a contesté cette théorie; d'après M. Demolombe, la vraie cause, la cause unique du recours serait le paiement fait par l'un des codébiteurs dans l'intérêt de ceux

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 264. Comparez Colmet de Santerre, t. V, p. 246, n° 147 bis III.

(2) Pothier, *Des obligations*, n° 282. Colmet de Santerre, t. V, n° 147, et presque tous les auteurs. La jurisprudence est dans le même sens. Limoges, 8 août 1832 (Dalloz, au mot *Prescription civile*, n° 1060).

qui étaient débiteurs comme lui, et auxquels il a procuré leur libération (1). Il est vrai que le fait seul du paiement par lequel on libère un tiers donne une action contre ce tiers, mais on demande quelle est cette action; si ce n'est pas l'action naissant du mandat, il ne reste que la considération d'équité qui engendre une action que Pothier appelle action utile de gestion d'affaires, et qu'à l'école on désigne sous le nom d'action de *in rem verso*; c'est une action moins favorable que celle du mandat, et celle de gestion d'affaires, puisque le demandeur doit prouver qu'il a fait un paiement utile au débiteur qui est libéré et il n'a de recours que dans les limites de l'avantage qu'il lui procure. Est-ce là la théorie du code? Il suffit de lire l'article 1214 pour se convaincre du contraire. Celui qui a payé toute la dette peut répéter contre chacun de ses codébiteurs la part dont ils sont tenus dans la dette; il n'a rien à prouver, sinon le paiement qu'il a fait. Cela prouve que les auteurs du code ont consacré implicitement la doctrine de Pothier, leur guide habituel.

358. Cela ne suffit pas encore pour expliquer l'article 1214. On demande pourquoi la loi divise le recours; la répétition n'étant admise contre les codébiteurs que pour les part et portion de chacun d'eux. Si le débiteur solidaire n'avait d'action qu'en vertu de la société qui est censée exister entre lui et ses codébiteurs, la réponse serait très-simple: associés pour des parts égales, ils doivent être tenus chacun pour une part virile. Mais le codébiteur a de plus l'action qui naît de la subrogation, et il peut avoir de ce chef une action hypothécaire; or, ces actions sont indivisibles. Le créancier avait une action pour le total contre chacun des débiteurs solidaires; c'est cette action qui, en vertu de la subrogation, passe au débiteur, puisqu'il est subrogé aux droits du créancier qu'il paye; donc il devrait avoir le droit de poursuivre chacun de ses codébiteurs pour le tout, déduction faite de la part que lui-même doit supporter dans la dette commune. S'il y a une hypothèque attachée à la créance, le subrogé

(1) Demolombe, t. XXVI, p. 360, n°s 421 et 422.

devrait avoir l'action hypothécaire pour le tout, en vertu de l'indivisibilité de l'hypothèque. Pourquoi des actions indivisibles à l'égard du créancier subrogeant se divisent-elles quand elles sont exercées par le débiteur subrogé? La dérogation au droit commun est évidente. Pothier l'explique comme suit : « La raison est qu'autrement il se ferait un circuit d'actions, car celui de mes codébiteurs à qui j'aurais fait payer le total de la créance, ma part déduite, aurait droit en payant d'être pareillement subrogé aux droits du créancier sous la déduction de la part dont il est lui-même tenu, et, en vertu de cette subrogation, il aurait droit d'exiger de moi, sous la déduction de sa part, ce qu'il m'aurait payé, puisque je suis tenu moi-même solidairement. Je ne pourrais pas dire, pour me défendre de ce circuit, que je ne suis plus débiteur, ayant payé le créancier, car, au moyen de la subrogation, le paiement que j'ai fait n'a éteint la dette que pour la part dont j'en étais tenu moi-même et non pour le surplus. Mais étant remboursé par mon codébiteur qui serait aussi subrogé, cette créance pour le surplus, et sous la déduction de la part dont il est lui-même tenu, passerait aussi en la personne de ce codébiteur; il aurait donc droit d'exercer contre moi les actions du créancier pour ce surplus et de me faire rendre ce qu'il m'a payé. » A quoi bon ce circuit d'actions, puisque, en définitive, chacun des débiteurs doit payer une part dans la dette, et uniquement cette part? N'est-il pas plus simple de diviser l'action immédiatement, lors du recours que le débiteur exerce contre ses codébiteurs (1)?

Cette explication n'a pas paru satisfaisante aux auteurs modernes, mais celles qu'ils donnent le sont encore moins, à en juger par la grande divergence d'avis qui règne en cette matière : chaque auteur a son système (2). Nous croyons inutile de discuter toutes ces théories, on peut opposer à toutes une fin de non-recevoir : c'est que les auteurs du code n'ont pas pu les consacrer, par l'ex-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 231.

(2) Mourlon, t. 11, p. 573. Colmet de Santerre, t. V, p. 248, n° 148 bis 1. Demolombe, t. XXVI, p. 371, n° 432.

cellente raison qu'ils les ignoraient. Il nous faut répondre cependant à une objection qu'un excellent auteur fait contre l'opinion de Pothier. M. Colmet de Santerre nie qu'il y ait circuit d'actions : il invoque la règle que le subrogé ne peut agir contre le subrogeant. La règle *Nemo censetur subrogasse contra se* est-elle applicable à l'espèce? Nous ne le croyons pas. Elle signifie que la subrogation ne peut nuire au subrogeant; or, le circuit d'actions ne nuit pas aux codébiteurs, puisqu'il aboutit à faire payer à chacun ce qu'il doit. N'est-il pas plus naturel que ce paiement divisé se fasse dès le principe?

359. Nous avons supposé que l'article 1214 déroge au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque aussi bien qu'au principe de la subrogation. Cela a été contesté. On a prétendu d'abord que si le débiteur solidaire payait le total de la dette sur une poursuite hypothécaire dirigée contre lui, il pourrait invoquer la règle générale de la subrogation. Il est certain que l'article 1214 ne pourrait pas être opposé à un tiers détenteur qui payerait toute la dette; mais le débiteur solidaire n'est pas un tiers détenteur, il est débiteur personnel et il reste débiteur personnel, quoiqu'il ait hypothéqué un de ses immeubles pour sûreté de la dette dont il est tenu solidairement; on doit, par conséquent, lui appliquer l'article 1214. La cour de Paris l'a jugé ainsi, et cela n'est pas douteux (1).

On a soutenu aussi, devant la cour de cassation de Belgique, que le recours divisé établi par l'article 1214 ne s'applique qu'à l'action personnelle que le débiteur a contre ses codébiteurs en vertu de la société qui les unit; si l'un des codébiteurs, disait-on, est détenteur d'un immeuble hypothéqué à la dette solidaire, ce n'est plus l'article 1214 que l'on doit appliquer, mais bien la règle qui régit la subrogation et ses effets. La cour a repoussé ce système comme étant contraire au texte et à l'esprit de la loi. Le texte des articles 1213 et 1214 est absolu; ils ne distinguent pas entre l'action personnelle et l'action hypothécaire; or, quand la loi est générale, l'interprète

(1) Paris, 30 ventôse an XIII (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1435)

ne peut pas y introduire une distinction qui aboutirait à modifier la loi. Toute distinction est d'ailleurs repoussée par les motifs mêmes de la loi, qui a eu pour but d'empêcher les circuits d'action et de restreindre les effets de la subrogation dans les limites qu'elle pose. Cela est décisif (1).

360. Le débiteur qui paye toute la dette se fait subroger conventionnellement aux droits du créancier. Pourrait-il exercer les droits que donne la subrogation, c'est-à-dire agir pour le total contre ses codébiteurs sous déduction de sa part dans la dette? Non, il devra diviser son recours conformément à l'article 1214. Le code le décide ainsi dans un cas tout à fait analogue, celui où l'héritier paye, en vertu de l'hypothèque, la dette entière dans laquelle il ne doit supporter personnellement que sa part héréditaire; il n'a qu'un recours divisé contre ses cohéritiers, dit l'article 875, même dans le cas où il se serait fait subroger aux droits du créancier qu'il a payé. La raison en est simple et elle s'applique aussi aux codébiteurs solidaires. La subrogation conventionnelle est identique avec la subrogation légale, elle produit les mêmes effets. Qu'importe donc que celui qui est subrogé par la loi, se fasse subroger par convention? C'est un acte inutile qu'il fait. Il serait d'ailleurs contraire à tout principe que lorsque la loi veut empêcher un circuit inutile d'actions, en modifiant les effets de la subrogation, les parties intéressées eussent le pouvoir de déroger à une disposition qui tient à l'ordre public, puisqu'elle tend à prévenir des actions inutiles (2).

361. Quel est l'objet du recours que le débiteur a contre ses codébiteurs? L'article 1214 dit que c'est une répétition; le débiteur peut répéter ce qu'il a payé, déduction faite de sa part. Peut-il réclamer les intérêts de cette avance? Ici il importe de préciser l'action en vertu de laquelle il agit. Si l'on admet la doctrine traditionnelle de la société, la solution n'est point douteuse. La société

(1) Cassation, 17 décembre 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 1, 63). Comparez Duranton, t. XI, p. 297 et suiv., n° 244.

(2) Duranton, t. XI, p. 296, n° 244. et tous les auteurs

implique un mandat; or, si c'est comme mandataire que le débiteur paye toute la dette, il peut invoquer l'article 2001, aux termes duquel l'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant à dater du jour des avances constatées. Il y a des auteurs qui invoquent aussi l'article 2028, d'après lequel la caution qui a payé a son recours contre le débiteur principal, tant pour le capital que pour les intérêts. Cela est contestable; à la vérité, on dit que les codébiteurs solidaires sont cautions les uns des autres pour tout ce qui dépasse la part de chacun dans la dette commune. Mais ceux-là mêmes qui font cette assimilation avouent qu'il y a des différences considérables entre les cautions et les débiteurs solidaires; il vaut donc mieux laisser de côté les règles spéciales qui régissent le cautionnement pour s'en tenir à la doctrine traditionnelle de la société et du mandat (1).

362. Quand l'un des codébiteurs solidaires se trouve insolvable, dit l'article 1214, la perte qu'occasionne son insolvabilité se répartit par contribution entre les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le paiement. Pourquoi tous les codébiteurs répondent-ils de l'insolvabilité de l'un d'eux? C'est une conséquence du lien qui les unit. Ils sont associés : ils profitent du bénéfice de cette association, en ce sens que tous peuvent invoquer ce que l'un d'eux fait de favorable quant à la dette (n° 254); ils doivent aussi répondre tous de ce qui arrive de défavorable à l'un d'eux : c'est la loi de l'égalité qui doit régner entre associés, et cette loi serait blessée, sans motif aucun, si celui qui, par un simple accident, la volonté du créancier, a payé toute la dette, devait supporter seul la perte résultant de l'insolvabilité. En ce sens les auteurs disent que les débiteurs solidaires sont garants les uns envers les autres; l'obligation de se garantir des suites de l'insolvabilité de l'un d'eux est une conséquence de la société : entre associés les pertes doivent se diviser comme les bénéfices (2).

(1) Duranton, t. XI, p. 303, n° 246. Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 32, note 38, § 298 *ter*.

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 249 et suiv., n° 149 *bis* I et II.

363. L'application du principe a donné lieu à une difficulté que l'article 1215 a tranchée, mais cette disposition a soulevé de nouvelles controverses. On suppose que le créancier fait remise de la solidarité à l'un des débiteurs; il dirige ensuite sa poursuite contre un autre codébiteur et il se trouve qu'il y a un codébiteur insolvable. Question de savoir si le débiteur déchargé de la solidarité doit supporter une part dans l'insolvabilité. L'article 1215 répond : « La portion des insolubles sera contributivement répartie entre tous les débiteurs, même ceux précédemment déchargés de la solidarité par le créancier. » Au premier abord, on est tenté de croire que cette disposition viole le principe qui régit l'effet de la solidarité. Les débiteurs conjoints mais non solidaires ne sont pas tenus de se garantir de l'insolvabilité; si les codébiteurs solidaires doivent cette garantie, c'est par un effet de la solidarité. Or, l'un des codébiteurs est déchargé de la solidarité, il devient donc simple débiteur conjoint. N'en faut-il pas conclure qu'il n'est pas tenu de supporter une part dans la perte résultant de l'insolvabilité?

Il y a des auteurs qui, convaincus que les principes s'opposent à ce que le débiteur déchargé de la solidarité soit encore tenu comme débiteur solidaire en ce qui concerne la garantie de l'insolvabilité, ont essayé de donner une autre interprétation à l'article 1215 (1). D'après eux, la répartition contributive qui se fait entre les codébiteurs et le débiteur déchargé n'a pas pour objet d'obliger celui-ci à payer sa part dans la perte; le seul but de cette répartition est de faire le calcul de la part que chacun des débiteurs doit supporter dans l'insolvabilité; quant à la part qui aurait été à charge du débiteur libéré de la solidarité, c'est une perte que le créancier doit prendre sur lui, car c'est par son fait que les codébiteurs sont privés du recours qu'ils auraient eu contre le codébiteur si le créancier ne lui avait fait remise de la solidarité. Cette interprétation de l'article 1215 est inadmissible, elle est en opposition avec le texte et avec l'esprit de la loi. L'ar-

(1) C'est l'opinion assez générale : Delvincourt, Toullier, Duranton Aubry et Rau (t. IV, p. 33, note 43, § 298 *ter*).

ticle dit clairement que les codébiteurs *contribuent* tous dans la perte de l'insolvabilité; or, contribuer veut dire payer; le mot a certes ce sens quand il s'agit des codébiteurs qui restent solidaires; il doit avoir le même sens quand il s'agit du codébiteur déchargé de la solidarité; conçoit-on qu'une seule et même expression ait deux sens différents dans une seule et même phrase? Nous disons que l'esprit de la loi est en harmonie avec le texte. Les auteurs du code ont suivi l'avis de Pothier, ce qui prouve déjà que la disposition de l'article 1215 ne saurait être, comme on le prétend, en opposition avec les principes de la solidarité. La difficulté que l'article 1215 décide est moins une question de droit qu'une question d'intention. Il s'agit de savoir si le créancier qui remet la solidarité à l'un des débiteurs entend le décharger des risques de l'insolvabilité pour prendre ces risques à son compte. Telle n'est certes pas l'intention du créancier; on ne peut du moins pas la lui supposer, car il en résulterait qu'il renonce à une partie de sa créance, alors qu'il veut seulement décharger le débiteur de l'action solidaire qu'il aurait pu exercer contre lui; le créancier le délie de la solidarité quant à lui, il ne le délie pas à l'égard de ses codébiteurs. Telle est l'explication que l'orateur du gouvernement donne de l'article 1215. « Le créancier, dit Bigot-Préameneu, n'est pas le maître de rompre le lien de droit qui existe entre les débiteurs; s'il divise la dette à leur égard, on ne doit pas en conclure qu'il ait interverti les recours respectifs des codébiteurs entre eux; la division de la dette n'a pu être consentie ni acceptée que sauf le droit d'autrui. Ainsi le codébiteur déchargé de la solidarité envers le créancier a dû compter qu'il lui restait encore une obligation à remplir à l'égard de ses codébiteurs en cas d'insolvabilité de quelques-uns d'entre eux. » On voit que l'orateur du gouvernement ne suppose pas même que les codébiteurs puissent avoir un recours contre le créancier; dès lors ils doivent en avoir un contre le débiteur déchargé (1).

(1) Exposé des motifs, n° 95 (Loché, t. VI, p. 164). Colmet de Santerre, t. V, p. 251, n° 150 bis I. Demolombe, t. XXVI, p. 375, n° 437-441.

364. Les principes qui régissent le recours reçoivent exception lorsque l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des co-obligés solidaires. Celui-ci, d'après l'article 1216, sera tenu de toute la dette à l'égard des autres codébiteurs, qui ne seront considérés, par rapport à lui, que comme ses cautions. Cela arrive tous les jours dans les entreprises de travaux publics. Le gouvernement exige deux cautions pour garantir l'exécution des obligations de l'entrepreneur et les droits qu'il aura à exercer contre lui; ces cautions doivent s'obliger solidairement; l'Etat a donc trois débiteurs solidaires, contre lesquels il a tous les droits qui résultent de la solidarité (1). Peu importe que deux de ces débiteurs ne soient que cautions du troisième, cela regarde les rapports des codébiteurs entre eux. Le codébiteur-caution pourra donc être tenu de payer toute la dette; il aura, dans ce cas, un recours pour le total contre l'entrepreneur, qui est le seul vrai débiteur. Et si l'entrepreneur avait payé la dette, il va sans dire qu'il n'aurait aucun recours contre ses cautions (2).

365. L'assimilation que l'on fait à tort entre les débiteurs solidaires et les cautions a donné lieu à une question controversée. Dans les cas prévus par l'article 2032, la caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur afin d'être indemnisée. On demande si, par analogie, l'un des débiteurs solidaires peut, après que la dette est échue, mais avant d'avoir payé, agir contre les autres pour les contraindre à contribuer avec lui au paiement de la dette commune. La question est singulière. Pour que l'on puisse argumenter par analogie, il doit y avoir même motif de décider, et il faut que la disposition que l'on veut appliquer par analogie soit une règle de droit commun. Or, le droit que l'article 2032 donne à la caution tient à la nature toute spéciale du cautionnement; c'est un service d'ami rendu par la caution; on conçoit donc que la loi se montre favorable à la caution, tandis

(1) Cassation, 19 prairial an VII (Daloz, au mot *Cautionnement*, n° 203, 1°).

(2) Duranton, t. XI, p. 292, n° 241, et tous les auteurs.

qu'elle est sévère pour le débiteur qui reçoit un service gratuit. La solidarité, au contraire, est un acte intéressé: pourquoi l'un des débiteurs aurait-il une action contre l'autre avant d'avoir payé? Nous croyons inutile d'insister pour démontrer une erreur qui est évidente (1).

SECTION VI. — Des obligations divisibles et indivisibles.

§ 1^{er}. Notions générales.

N° 1. SOURCES.

366. Dumoulin, l'oracle du droit coutumier, a écrit une monographie sur l'indivisibilité; le titre est un peu prétentieux: *Extricatio labyrinthi dividui et individui*. Pourquoi la matière des obligations indivisibles était-elle considérée comme un labyrinthe dont il faut chercher la clef? Il y a dans le Digeste des textes obscurs ou contradictoires qu'il s'agit de concilier pour en déduire des règles certaines. Dumoulin crut qu'il y avait réussi. Sa confiance était excessive, dit Duranton. Peu nous importent aujourd'hui les textes romains, c'est de l'histoire. Nous aurions préféré que le grand jurisconsulte eût consulté sa raison pénétrante, au lieu de s'engager dans le dédale des autorités. Tout son labeur a été inutile, en ce sens que la théorie qu'il croyait être celle des jurisconsultes romains n'est point la théorie romaine. Elle a cependant été acceptée comme telle par Pothier, qui ne s'est pas plus inquiété que Dumoulin de rechercher si les prétendues règles empruntées au droit romain étaient fondées en raison. Les auteurs du code civil ont fait de même, ils se sont bornés à formuler en articles les enseignements de Pothier. On a vivement critiqué la doctrine consacrée par le code. Toullier dit que la théorie de Dumoulin, reproduite par le législateur français, est abstruse et inintelligible; l'auteur français avoue avec une louable

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 32, note 41, § 298 *ter*. Riom, 18 août 1840 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 1439). En sens contraire, Rodière, p. 97 n° 131; Larombière, t. II, p. 694, n° 3 de l'article 1216 (Ed. B., t. II, p. 78).