

définitive, il n'y a pas une ombre de subrogation dans l'espèce (1).

262. L'article 2032 dit que *la caution*, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur. Faut-il conclure des termes généraux de la loi que toute caution peut user du droit que cet article consacre? La question est controversée. D'abord en ce qui concerne la caution qui s'est engagée à l'insu du débiteur. Nous croyons, avec la plupart des auteurs, que l'article 2032 est applicable à la caution qui s'est engagée comme gérant d'affaires, aussi bien qu'à celle qui a contracté en vertu d'un mandat du débiteur. Le texte du code ne laisse aucun doute, à notre avis. L'article 2032 est une suite de l'article 2028. La loi détermine les droits que la caution a contre le débiteur : elle distingue, à cet effet, le cas où la caution a payé et le cas où elle n'a pas payé. A-t-elle payé, elle a un recours contre le débiteur principal, *soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur*. N'a-t-elle pas payé, elle a une action en indemnité, dans les cas déterminés par l'article 2032. De quelle caution s'agit-il dans cet article? De celle dont il est parlé dans l'article 2028, c'est-à-dire de la caution mandataire ou gérant d'affaires. L'esprit de la loi est en harmonie avec le texte. C'est par des motifs d'équité et de faveur que l'article 2032 déroge au droit commun; or, qui mérite plus de faveur, la caution qui rend un service spontanément, sans être sollicitée, ou celle qui s'engage à la prière du débiteur (2)?

Nous en disons autant de la caution solidaire : elle est engagée par un lien plus strict et plus onéreux, elle mérite donc plus de faveur encore que la caution simple. On objecte que, d'après l'article 2021, l'engagement de la caution solidaire se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires. Nous avons déjà fait la remarque que l'on donne à cette disposition un sens qu'elle n'a point. La loi n'a pas entendu assimiler la caution solidaire à un codébiteur solidaire, elle a voulu seulement décider que la

(1) Cassation, 19 décembre 1872 (Dalloz, 1873, 1. 38)

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 691, note 20, § 427, et les auteurs cités. En sens contraire, Pon. t. II, p. 155, n° 303.

caution solidaire ne jouit pas du bénéfice de discussion. En s'obligeant solidairement, la caution peut être poursuivie pour le total de la dette, comme si elle était débiteur principal; voilà ce que dit l'article 2021. Mais, dans l'espèce, il n'est pas question des rapports qui existent entre la caution solidaire et le créancier, il s'agit des droits de la caution solidaire contre le débiteur; or, à l'égard du débiteur, la caution, quoique solidaire, reste caution. Donc elle doit avoir tous les droits que la loi accorde à la caution (1).

SECTION III. — De l'effet du cautionnement entre les cofidésjuseurs.

263. « Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion » (art. 2033). Ce principe a été emprunté à Pothier, qui l'explique comme suit. Une caution a-t-elle action contre ses cofidésjuseurs? En droit strict, non, à moins qu'en payant la dette, elle ne se soit fait subroger aux droits du créancier. Telle était la doctrine romaine : les cautions, disaient les jurisconsultes, qui cautionnent un même débiteur ne contractent entre elles aucune obligation, chacune d'elles n'a d'autre intention que de rendre service au débiteur principal, chacune ne se propose de faire l'affaire que du débiteur, et non celle de ses cofidésjuseurs. Ce principe est évident, dit Pothier, mais la conséquence que les jurisconsultes romains en ont tirée est trop dure. Pothier ne dit pas qu'elle n'est pas logique; elle blesse l'équité, qui est l'âme du droit coutumier; aussi la jurisprudence française n'a-t-elle jamais admis la doctrine romaine en ce point, elle a toujours accordé à la caution un recours contre ses cofidésjuseurs pour répéter de chacun d'eux sa part virile dans la dette. Cette action, dit Pothier, ne naît point du cautionnement, puisque le fait de caution-

1) Ponsot, p. 320, n° 276, et tous les auteurs

ner la même dette ne crée aucun lien d'obligation entre les cautions; elle naît du paiement que la caution a fait de toute la dette et de l'équité, qui ne permet pas que les cofidésusseurs, tenus de la dette aussi bien que la caution qui l'a payée, profitent à ses dépens du paiement qu'elle en a fait. Pothier a de la peine à qualifier cette action; il n'y a pas de mandat, pas même de gestion d'affaires, car le fidésusseur qui a payé la dette a payé ce qu'il devait; il s'est donc acquitté de sa propre obligation, il n'a pas fait l'affaire de ses cofidésusseurs. Pothier appelle l'action que les coutumes accordaient à la caution action *utile* de gestion d'affaires; quoique la caution, à considérer son intention, ait fait, en payant la dette, plutôt sa propre affaire que celle de ses cofidésusseurs, néanmoins, en fait, elle a en même temps fait l'affaire de ceux-ci, puisqu'elle les a libérés d'une dette qui leur était commune à tous; l'équité exige donc que tous supportent leur part dans un paiement dont ils ont profité (1).

Le rapporteur du Tribunal reproduit littéralement ces considérations, et il conclut, comme Pothier, qu'il est équitable que les cofidésusseurs, qui profitent tous du paiement, supportent chacun sa part dans la dette. Lahary, l'orateur du Tribunal, va plus loin; il dit que la doctrine des jurisconsultes romains était une de ces subtilités que l'on regrette de trouver si souvent dans les lois de Rome (2). Au point de vue législatif, le reproche était fondé: mieux vaut l'équité que la rigueur du droit, mais il faut aussi rendre justice aux jurisconsultes qui sont nos maîtres; ce qu'on appelle subtilité n'est autre chose que la rigueur logique du raisonnement; c'est un don précieux quand il s'agit d'interpréter les lois. Autre est la mission du législateur; il doit s'inspirer plutôt de l'équité: c'est l'esprit des coutumes, c'est le caractère qui distingue les nations germaniques.

264. Les auteurs modernes considèrent la disposition de l'article 2033 comme une extension du principe de la

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 445.

(2) Chabot, Rapport, n° 23 (Loché, t. VII, p. 426). Lahary, Discours, n° 25, p. 443.

subrogation légale (1). Cela ne nous paraît pas exact; le texte même du code prouve que la caution qui paye la dette n'est pas subrogée aux droits du créancier contre ses cofidésusseurs. Si elle prenait la place du créancier, elle exercerait tous ses droits; par conséquent, elle aurait toujours une action contre ses cofidésusseurs, et elle aurait une action pour le total de la dette, déduction faite de la part qu'elle y doit supporter. Or, tel n'est pas le système de la loi; aux termes de l'article 2033, le recours de la caution contre ses cofidésusseurs n'a lieu que lorsqu'elle a payé dans l'un des cas énoncés en l'article précédent, c'est-à-dire, comme Chabot l'explique, que la caution n'a de recours que si elle a payé sur les poursuites du créancier, ou lorsque le débiteur était en faillite ou en déconfiture, ou quand le débiteur s'était obligé à lui rapporter sa décharge dans un certain temps, ou lorsque la dette était devenue exigible par l'échéance du terme, enfin si elle a payé après dix ans une dette sans échéance fixe. Hors ces cas, la caution n'a point de recours, quoiqu'elle ait payé; ce n'est donc pas aux droits du créancier qu'elle succède; si elle a un recours contre ses cofidésusseurs, c'est qu'elle a payé dans des circonstances où ceux-ci auraient eu une action en indemnité contre le débiteur; par conséquent, dans des cas où ils avaient le plus grand intérêt à ce que le paiement fût fait; c'est à raison de l'intérêt que les cofidésusseurs avaient au paiement qu'ils doivent supporter une part dans la dette: question d'équité. Lorsque l'équité est hors de cause, la loi n'accorde plus de recours. Ainsi la caution paye, sans avoir été poursuivie, une dette non échue; elle n'aura pas de recours. Elle n'en aurait pas, même à l'échéance de la dette, en supposant que le débiteur n'ait point payé; car elle ne peut avoir de recours que si elle paye dans un des cas prévus par l'article 2032. La loi suppose que si la caution ne s'était pas trop pressée de payer, le débiteur l'aurait fait; ce qui aurait libéré les autres fidésusseurs.

265. Quelques auteurs restreignent le recours de la

(1) Duranton, t. XVIII, p. 398, n° 366. Pont, t. II, p. 158, n° 309.

caution aux cas prévus par les nos 1, 2 et 4 de l'article 2032; ils refusent le recours dans les deux autres cas. De quel droit dérogent-ils ainsi à un texte formel? Ils avouent que leur interprétation s'écarte *un peu* de la lettre de la loi; il faut dire plus, ils mutilent la loi. Nous ne reconnaissons pas ce droit aux interprètes; et, dans l'espèce, on ne peut pas même invoquer l'esprit contre le texte, puisque l'esprit de la loi est également certain, le rapporteur du Tribunat l'ayant expliqué comme nous venons de le faire. Inutile d'insister (1).

266. La caution qui paye a un recours contre ses cofidésseurs, parce qu'en payant elle fait leur affaire. Cela suppose que le paiement les a libérés; et pour que les cautions soient libérées, il faut que la dette soit éteinte. De là suit que le recours est subordonné à une condition, c'est que le paiement soit valable. L'orateur du gouvernement le dit, et cela résulte de la nature même des choses. Treilhard part d'un principe qui n'est pas exact en disant que la caution qui paye est subrogée aux droits du créancier, et qu'elle peut, par conséquent, exercer contre les cofidésseurs, chacun pour leur part, les droits que le créancier exercerait lui-même, s'il n'était pas payé. La conséquence témoigne contre le prétendu principe; en effet, le créancier subrogeant a une action pour le tout, tandis que la caution subrogée n'a qu'un recours divisé. Ce que l'orateur du gouvernement ajoute est plus exact : « Il est sans doute inutile de répéter qu'on suppose un paiement valable de la part de la caution; si elle avait payé sans libérer le débiteur, ou lorsque le débiteur ne devait plus rien, elle devrait supporter seule la peine de son imprudence. » Son recours est fondé sur une espèce de gestion d'affaires (n° 264); ce qui implique un paiement utile, c'est-à-dire libérateur pour les cofidésseurs; si le paiement ne leur profite pas, la caution ne peut avoir d'action contre eux (2).

267. La caution qui a payé toute la dette n'a qu'un

(1) Voyez la réfutation de Duranton et de Ponsot, dans Pont, t. II, p. 157, n° 308, et comparez les auteurs qu'il cite.
(2) Exposé des motifs, n° 20 (Loché, t. VII, p. 418). Aubry et Rau, t. IV, p. 692, § 428.

recours divisé contre ses cofidésseurs. C'est une disposition analogue à celle de l'article 1214. Les cofidésseurs ne sont point des codébiteurs solidaires, mais il y a cette analogie qu'ils sont obligés chacun pour toute la dette (art. 2025). Faut-il induire de cette analogie que l'on doit appliquer aux cofidésseurs le principe qui régit les rapports des codébiteurs solidaires entre eux? Voici l'intérêt de la question. Le codébiteur solidaire qui paye toute la dette n'a qu'un recours divisé contre ses codébiteurs, alors même qu'il se ferait subroger conventionnellement, la subrogation conventionnelle n'ayant pas plus d'effet que la subrogation légale. Nous renvoyons, quant au principe, au titre des *Obligations* (t. XVII, n° 360). Les auteurs appliquent le même principe à l'action récursoire de la caution contre ses cofidésseurs (1). Cela est très-douteux. D'abord les cofidésseurs ne sont pas des codébiteurs solidaires. Puis la caution qui paye la dette n'est pas subrogée au créancier, elle n'a qu'une action utile de gestion d'affaires contre ses cofidésseurs (n° 263). Il n'y a donc, à vrai dire, aucune analogie entre les cofidésseurs et les codébiteurs solidaires. Ainsi la base de l'application analogique fait défaut. En supposant même que la caution soit subrogée au créancier, il resterait encore un motif de douter; l'article 1214 déroge aux effets de la subrogation légale : est-il permis d'étendre une disposition exceptionnelle? A notre avis, la caution qui paye reste sous l'empire du droit commun; elle peut stipuler la subrogation, et cette subrogation est régie par les principes généraux.

(1) Duranton, t. XVIII, p. 401, n° 368. Aubry et Rau, t. IV, p. 692, note 2. § 428. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. V, p. 78, note 3. Pont, t. II, p. 262, nos 321 et 323.