

La caution n'a de recours pour les frais faits par elle que pour ceux faits depuis. Leur raison est celle-ci : si la caution n'a de recours que pour les frais faits par elle, elle devra donc rester à découvert des frais qui n'ont pas été faits par elle et que cependant elle a dû payer conformément à l'art. 2016. Or, il n'est pas possible que le législateur ait conçu une pareille idée. Une transposition est donc nécessaire dans le texte pour le mettre d'accord avec l'équité et les principes.

Quoique l'art. 2628 se comprenne suffisamment tel qu'il est rédigé, néanmoins la rédaction en serait plus parfaite si elle était amendée comme le propose M. Delvincourt. On peut donc se prêter sans inconvénient à cette inoffensive rectification.

351. Enfin le fidéjusseur a droit à obtenir, s'il y a lieu, des dommages et intérêts. Quelle iniquité n'y aurait-il pas à ce que le fidéjusseur éprouvât une perte pour avoir rendu service à autrui (1)? N'est-ce pas un principe fondamental et perpétuel que nul ne peut être victime de son office et de sa bonne foi (2)? Le dernier § de l'art. 2028 qui consacre notre proposition n'est, du reste, que le corollaire du principe posé par l'article 2000 au

(1) Hering., c. 25, n° 1.

Marsili, n° 194, d'après Balde, Arétin, Abbas, etc., etc. :  
 « *Principalis debitor tenetur ad damna et interesse...  
 etiam ad damna quæ passus est fidejussor casu fortuito.* »

(2) L. 1, § 2, D., *Ad senatusc. Treb.*;  
 L. 61, § *Quòd verò*, D., *De furtis*.

titre du *Mandat*. Il faudra recourir, en conséquence, au commentaire que nous en avons donné (1).

352. L'art. 2030 traite du recours de la caution dans le cas où il y a plusieurs débiteurs principaux solidaires. Nous y renvoyons.

353. L'action du fidéjusseur n'est soumise à aucune prescription particulière. C'est l'action *mandati contraria* qui dure trente ans.

354. Lors même que la caution n'aurait fait que payer au créancier des prestations annuelles susceptibles de la prescription de cinq ans, elle n'en aurait pas moins contre le débiteur une action *mandati*, qui ne serait soumise qu'à la prescription de trente ans. Ce qu'elle a payé forme un capital dont elle réclame le remboursement au nom du droit commun (2).

#### ARTICLE 2029.

La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur.

#### SOMMAIRE.

355. De la subrogation du fidéjusseur dans les droits du créancier, et de l'exception célèbre *cedendarum actionum*.

356. La subrogation n'avait pas lieu de plein droit dans la jurisprudence romaine. Comment on la conciliait avec les idées attachées au paiement.

(1) N° 653 et suiv.

(2) Mon com. de la *Prescription*, t. 2, n° 1034. Aux arrêts que j'indique il faut joindre : Caen, 7 août 1840 (Palais 1841, p. 122). V. aussi M. Ponsot, n° 245.

357. Suite.
358. Suite. On ne connaissait pas à Rome le mot de *subrogation*.
359. Ancienne jurisprudence sur cette matière.
360. Dumoulin aurait voulu que la subrogation eût lieu de plein droit. Mais il faussait les textes.
361. Le Code civil, faisant office de législateur, a réalisé ce vœu.
362. Le fidéjusseur est subrogé de plein droit au créancier qu'il a payé.
363. Utilité de la subrogation. Elle donne souvent plus d'avantages que l'action *mandati*.
364. Quelquefois aussi la subrogation est moins profitable que l'action *mandati*.
365. Renvoi aux art. 2033 et 2037 pour quelques règles relatives à la subrogation.
366. Le Code, en instituant la subrogation de plein droit, n'a pas voulu lui donner plus d'effet qu'à la subrogation expresse de l'ancienne jurisprudence.
367. De la règle *Creditor non videtur cessisse contra se*. Elle est consacrée par l'art. 1252 du C. c. et par la l. 2, C., *De fidej.*  
Exemples.
368. Suite.
369. Le créancier doit cependant ne rien faire qui puisse porter atteinte à la juste espérance qu'a eue le fidéjusseur d'être investi de tous ses droits.
370. Situation du fidéjusseur subrogé par rapport au débiteur.  
Il est *procurator in rem suam*. Il n'exerce que les droits du créancier, et il ne peut attribuer à cette subrogation certains avantages qu'il ne saurait tirer que de l'action *mandati*.
371. Suite. La subrogation est-elle une cession?
372. La caution ne peut rien de plus que ce que pouvait le créancier.
373. Mais elle ne peut rien de moins.
374. Le fidéjusseur peut-il prétendre une subrogation quand

le créancier lui a donné quittance par pur esprit de libéralité?

375. Suite.

376. Le fidéjusseur subrogé jouit des hypothèques attachées à la créance par un événement postérieur à la fidéjussion.

## COMMENTAIRE.

355. Outre le bénéfice de discussion et le bénéfice de division, dont nous avons traité dans la précédente section, une exception non moins célèbre avait été anciennement accordée au fidéjusseur contre le créancier : c'était l'exception *cedendarum actionum*. Le but de cette exception était de communiquer au fidéjusseur tous les droits, actions et hypothèques que le créancier avait, tant contre le débiteur dont la dette se trouvait acquittée que contre ses coobligés. Si le créancier refusait d'accorder au fidéjusseur cette équitable cession d'actions, celui-ci était dispensé de payer. Il en était de même lorsque, par son fait, le créancier s'était mis dans l'impossibilité de les lui céder (1).

356. L'utilité de cette cession expresse et formelle d'actions était manifeste au point de vue du droit romain, qui en avait transmis l'usage à notre ancienne pratique. Le paiement étant une cause radicale d'extinction des obligations, si le fidéjusseur payait purement et simplement le créancier, il arrivait qu'instantanément et par un irrésistible effet, le droit du créancier était anéanti avec tous

(1) Pothier, n<sup>o</sup> 428, 519 et 520 ; sur Orléans, t. 20, n<sup>o</sup> 42. Mon com. des *Hypothèques*, t. 3, n<sup>o</sup> 788 bis et suiv., et 807. *Infra*, n<sup>o</sup> 516.

ses accessoires à l'égard de tous (1). Dès lors le fidéjusseur qui voulait se faire rembourser par le débiteur principal n'avait plus d'espérance que dans l'action *mandati contraria*, action qui pouvait souvent manquer son but; car, n'étant que personnelle, n'ayant pas de suite sur les biens, elle exposait le fidéjusseur à ne trouver que des garanties fugitives et trompeuses. Vainement aurait-il cherché à exercer les droits réels, tels que l'hypothèque et autres, attachés à la créance par lui payée. Cette créance avait été éteinte par le paiement; il n'en restait plus ni principal, ni accessoires; il n'en restait rien qui pût être communiqué.

357. C'est pour sortir de cette impasse que les jurisconsultes romains imaginèrent le paiement avec cession d'actions; ils l'envisagèrent, non pas comme un vrai paiement (c'eût été ôter à leurs fictions toute logique et toute vraisemblance), mais comme une sorte d'achat du *nomen* du créancier: *quodammodo nomen debitoris vendidit* (2). Le fidéjusseur était censé acheter la créance avec tous ses accessoires et ses avantages; et par-là il se trouvait investi du droit de faire valoir, comme l'aurait fait le créancier lui-même, les hypothèques sur les biens du débiteur et les actions contre les coobligés.

(1) L. 76, D., *De solut.*

L. 39, D., *De fidej.*

L. 11, C., *De fidej.*

(2) Paul, l. 36, D., *De fiděj.*

*Junge* Julianus, l. 17, D., *De fidej.*

Mon com. des *Hypoth.*, t. 1, n° 353 (bis).

Que si le créancier refusait de lui faire cette cession, le fidéjusseur le repoussait par l'exception *cedendarum actionum* (1). On imposait au créancier l'obligation de déférer à la réquisition du fidéjusseur; car il n'avait aucun intérêt à le refuser. La bienveillance qui doit régner dans les rapports sociaux fait une loi naturelle d'accorder aux autres ce qui leur est utile sans nous nuire. « *Quæ sunt iis utilia qui accipiunt, dit Cicéron, danti non molesta* (2). »

358. Cette fiction ingénieuse rencontrait cependant une difficulté. Dans la subtilité du droit une créance ne peut être vendue; car celui qui s'est engagé comme débiteur envers une personne ne peut pas devenir, sans son fait, le débiteur d'une autre. On ne saurait transmettre un débiteur, comme une chose, d'un créancier à un autre créancier. Toutefois, un moyen facile se présentait pour tourner l'obstacle. Puisqu'on peut exercer ses droits par procureur (c'est encore là une lente conquête de l'équité) (3), qui empêche d'assimiler le quasi-cessionnaire de la créance à un mandataire chargé de la faire valoir? Ce ne sera pas, si l'on veut, un vrai acheteur, mais ce sera un *procurator in rem suam* (4). Voilà pourquoi le jurisconsulte

(1) L. 17, D., *De fidej.*: « *Ut compellatur vendere cæterorum nomina.* »

L. 47, D., *Loc. cond.* (Marcellus).

(2) *Offic.*, 1-16. *Infrà*, n° 532.

(3) Mon com. du *Mandat*, n° 4 et 511.

(4) Mon com. des *Hypoth.*, t. 1, n° 340;

— de la *Vente*, t. 2, n° 879.

Paul, en expliquant le mécanisme de la cession d'actions, se sert de ces mots : *quodammodo nomen debitoris vendidit*. Moins hardi que Julianus qui dit sans périphrase : *nomina vendere* (1), il n'ose pas affirmer qu'il y a vente. En effet, toute cette théorie roule sur des ressemblances, des analogies, des à peu près, mais non sur des parités. Il n'y a pas vente à proprement parler, puisque la rigueur du droit n'admet pas la vente d'une créance. Il n'y a pas vente sous un autre rapport; car la substitution de celui qui paie à celui qui est payé n'engendre pas plus les effets de la vente qu'elle n'a eu pour cause l'intention de vendre et d'acheter (2). C'est une situation *sui generis*, à laquelle manque un nom propre en droit romain; le droit des nations modernes l'a seule trouvée : c'est celui de subrogation (3).

359. Notre ancienne jurisprudence ne conçut pas de scrupules sur la possibilité de vendre une créance; elle accepta les idées romaines relativement à la nécessité d'obtenir du créancier cette sorte de cession pour que le fidéjusseur pût exercer les droits de ce dernier. En un mot, le bénéfice *cedendarum actionum* y fut en pleine vigueur; il engendra ce que l'on appela une subrogation, c'est-à-dire une transfusion d'un créancier en un autre par un

(1) L. 17, D., *De fidej.*

(2) *Infrà*, n° 426.

Mon com. des *Hypoth.*, n° 353 (*bis*).

Voyez Dumoulin, *De usuris.*, q. 89, n° 672.

(3) Mon com. des *Hypothèques*, *loc. cit.*

agissement distinct de la vente proprement dite (1). C'était beaucoup sans doute, puisque le fidéjusseur pouvait, avec de la vigilance, conserver d'utiles recours. Mais ce n'était pas assez, puisque s'il payait sans penser à requérir la cession d'actions, il était victime de cet oubli et perdait toute subrogation dans les droits du créancier.

360. Au xvi<sup>e</sup> siècle, Dumoulin (2) essaya de briser l'entrave des textes et d'arracher la pratique française aux errements serviles du droit romain. Il aurait voulu que le fait seul du paiement subrogeât le fidéjusseur dans tous les droits du créancier désintéressé par lui, et cela *ipso jure*, et sans aucune réquisition de la part du fidéjusseur.

Cette idée était excellente par sa simplicité et son utilité pratique; l'on retrouve là le sens droit, ferme, équitable du grand Dumoulin. Mais il conduisit cette tentative avec la témérité de son génie ardent. Au lieu de parler au nom de la raison et de l'équité, ces lois supérieures à toutes les lois, il entreprit de prouver que, jusqu'à lui, le sens des lois romaines avait été mal compris; qu'il n'était pas vrai que ces lois empêchassent le fidéjusseur qui avait payé de requérir, après coup, sa subrogation; qu'au contraire, elles lui accordaient une subrogation de plein droit et sans réquisition. Ainsi, c'était après avoir faussé tout le système du droit romain qu'il venait proposer au droit français de prendre pour une vérité cet audacieux oubli de

(1) *Id.*, n° 353 (*bis*).

(2) Voy. la première de ses leçons données à Dôle.

l'esprit et du texte des lois romaines. Dumoulin ne convertit personne (1). Une bonne cause fut perdue pour avoir été défendue par des moyens hasarvés.

361. Mais le Code civil, maître de choisir entre les systèmes, sans se préoccuper des textes, est venu donner satisfaction à un vœu conforme à la raison naturelle. L'art. 2029, d'accord avec l'art. 1251 du C. c., concède au fidéjusseur une subrogation de plein droit. La loi suppose que le fidéjusseur n'a payé qu'à la charge d'être subrogé, nul n'étant censé renoncer à ses droits; elle présume que telle a été la condition tacite du paiement (2).

362. Cette subrogation légale appartient au fidéjusseur, soit qu'il ait cautionné sur l'ordre du débiteur, soit qu'il ait cautionné à son insu, soit même qu'il ait cautionné contre son gré. L'art. 2029 est tellement général qu'il ne permet pas que l'on élève, à l'égard de celui qui a cautionné le débiteur malgré lui, les doutes qui règnent dans quelques esprits quand il demande à exercer l'action *mandati contrarii* (3). D'ailleurs, ne viendrait-il pas, à défaut de l'art. 2029, se placer sous l'égide de l'art. 1251?

Bien entendu que nous supposons ici, ainsi

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 280.

(2) M. Toullier (t. 7, n° 163 et suiv.) donne pour base à la subrogation légale, non pas cette convention présumée, mais une créance de gestion d'affaires née du paiement. C'est, à mon sens, une erreur fondamentale. *Infrà*, n° 401.

(3) *Suprà*, n° 329, 330.

que nous l'avons fait au n° 329 ci-dessus, que le fidéjusseur qui a acquitté la dette du débiteur principal malgré lui n'a pas voulu lui faire une donation.

363. La subrogation est d'une grande utilité au fidéjusseur. Elle lui communique le bénéfice des hypothèques dont était muni le créancier; elle lui permet d'en tirer parti à son lieu et place contre le débiteur (1); elle lui donne aussi le moyen de faire contribuer avec lui son cofidéjusseur, conformément à l'art. 1251, n° 3, du Code civil, et dans la mesure et sous les conditions énoncées par l'art. 2033 ci-après (2). Souvent, sans la subrogation, le fidéjusseur n'aurait trouvé dans l'action *mandati* qu'un remède impuissant.

364. D'un autre côté, cependant, l'action *mandati* est parfois plus profitable au fidéjusseur que la subrogation. J'en ai donné un exemple dans mon commentaire de la *Prescription* (3). Un fidéjusseur paie au créancier des prestations susceptibles de se prescrire par cinq ans. S'il n'avait à sa disposition que l'exercice des actions du créancier, il devrait agir avec promptitude contre le débiteur principal, afin de ne pas se laisser surprendre par la prescription abrégée de l'art. 2277. Mais si, au lieu de se prévaloir de la subrogation, il exerce de son chef

(1) *Infrà*, n° 431. *Quid* contre le tiers détenteur? *Infrà*, n° 428.

(2) Voy. *infrà*, n° 411.

(3) T. 2, n° 1034.

l'action *mandati*, il a trente ans pour son recours. Il a donc plus de droits, ici, comme mandataire ou *negotiorum gestor*, que comme subrogé au créancier.

365. Nous verrons dans les articles 2033 et 2037 les règles qui se rattachent à la matière de la subrogation du fidéjusseur. Ne voulant pas anticiper sur l'ordre du Code civil, nous renvoyons à notre commentaire de ces articles.

366. Nous nous bornerons à dire ici que la subrogation légale ne donne pas plus de droit au fidéjusseur que la cession forcément consentie par le créancier n'en donnait dans l'ancien droit. Celle-là est calquée sur celle-ci ; la loi n'a voulu que substituer un remplacement tacite au remplacement expressément stipulé (1).

Or, quelle situation la subrogation expresse de l'ancien droit faisait-elle au fidéjusseur tant à l'égard du créancier qu'à l'égard du débiteur ?

367. En ce qui concerne le premier, la subrogation n'avait pas pour but de mettre aux prises le créancier et le fidéjusseur, ou de faire naître entre eux des sujets de rivalité. Simple concession d'équité, elle ne pouvait pas se rétorquer contre le créancier qui n'était pas censé l'avoir accordée pour se faire tort, mais seulement pour empêcher qu'il ne fût fait tort au fidéjusseur.

*Istud jus non fundatur nec debetur stricto jure, sed ex æquitate; et specialiter ex illâ æquitate, ut saltem is qui*

(1) *Infrà*, n° 437.

*petiit cessionem consequatur quod, SINE DISPENDIO cedentis, futurum est (1).*

De là cette règle : *Creditor non videtur cessisse contra se*. Elle est consacrée par l'art. 1252 du Code civil ; elle l'avait été auparavant par la loi 2 au C., *De fidejussoribus*.

L'exemple suivant va le faire toucher au doigt :

J'ai loué ma ferme à Pierre, qui m'a donné pour caution François. Ce dernier paie pour Pierre qui se trouve en retard, et m'est par conséquent subrogé ; mais pourra-t-il demander contre Pierre, qui ne le rembourse pas, la résiliation du bail ? Non assurément. Ce droit de résolution m'appartient, et François ne peut l'exercer à mon préjudice, sans ma permission. Je peux avoir intérêt à ce que le bail continue : *Nemo videtur cedere contra se*.

Autre exemple :

Titius doit à Sempronius 20,000, pour sûreté desquels il lui a donné une hypothèque. D'un autre côté, Mævius et Caius ont cautionné Titius. Actionné par Sempronius, Caius use du bénéfice de division et paie 10,000 seulement. Le voilà subrogé dans l'hypothèque de Sempronius. Mais qu'il ne se flatte pas que, dans l'exercice de cette hypothèque, il pourra partager ou balancer les droits de Sempronius ! Non. Il n'y aura pas de concours ; il faudra que Sempronius soit payé par préférence de ce qui lui reste dû (2).

(1) Dumoulin, *De usuris*, q. 89, n° 672.

(2) Renusson, ch. 15, n° 29.