

C'est ce que nous enseigne Casaregis dans une espèce qui mérite d'être citée (1) :

Le duc de Massa, débiteur de sommes considérables envers Cosme del Sera, lui délégua les fermages d'un pacage loué par lui aux sieurs Vitalis. Il remit également entre ses mains une souscription de 5,500 pièces, cautionnée par Ant. Suard. Suard, actionné par del Sera, lui opposa l'exception *cedend. act.*, prétendant être subrogé dans les droits de del Sera à la délégation passée à ce dernier des fermages des pacages. Mais ces conclusions ne furent pas admises (2).

368. Notez cependant que cette préférence ne peut être réclamée pour des créances autres que la portion restant due. Elle ne s'étend pas à d'autres créances contre le même débiteur, résultant d'autres titres et conférant d'autres hypothèques. Tel était l'ancien droit (3); tel est aussi le nouveau; et c'est dans ce sens que l'art. 1252 a été interprété, avec raison, par un arrêt de la Cour de cassation du 27 novembre 1832.

Ainsi, Sempronius prête à Titius 10,000 le 1^{er} janvier, sous le cautionnement de Mævius et moyennant une hypothèque inscrite le même jour sur l'immeuble A appartenant au débiteur.

Le 1^{er} mars, Titius a encore besoin d'argent et emprunte une seconde somme de 10,000 à Sem-

(1) *Disc.* 151.

(2) Nos 14, 15, 16, 17.

(3) Renusson, *loc. cit.*

pronius, avec autre hypothèque inscrite sur A le même jour.

Mævius paie les 10,000, et, se trouvant subrogé à l'hypothèque de Sempronius inscrite le 1^{er} janvier, il fait vendre l'immeuble et veut être payé avant l'inscription du 1^{er} mars. Le pourra-t-il? Sempronius sera-t-il fondé à lui opposer la maxime : *Nemo videtur cessisse contra se?* Non ! Cette vérité n'est pas applicable ici. La préférence assurée au créancier n'a lieu que quand il s'agit d'un restant de créance, mais non lorsqu'il est question d'une créance différente, engendrant une hypothèque distincte. Dans ce dernier cas, le créancier est censé avoir cédé tous ses droits, même contre lui-même (1).

369. Quoique la subrogation légale n'ait pas été introduite pour porter atteinte aux légitimes droits du créancier, cependant il suffit qu'elle ait été pour la caution un juste sujet d'espérance pour que le créancier ne puisse rien faire qui la rende inefficace. Si, par son fait, il en privait le créancier, le fidéjusseur pourrait s'en faire une exception pour ne pas payer. C'est ce que nous développerons dans le commentaire de l'art. 2037.

370. Voyons maintenant la situation du fidéjusseur subrogé, par rapport au débiteur. En deux mots on peut la caractériser : c'est celle d'un *procurator in rem suam* (2). Il représente le créancier et agit à sa place au défaut du débiteur ; il exerce

(1) Casaregis, *disc.* 151, n° 15.

(2) Pothier, n° 522.

les droits du créancier comme aurait pu le faire le créancier lui-même.

Telle est la règle.

On l'a quelquefois perdue de vue.

Par exemple, je lis dans l'ouvrage de M. Zacchariaë cette proposition :

« La caution subrogée aux droits du créancier » peut, en vertu de cette subrogation, répéter » contre le débiteur principal *tout ce qu'elle a payé* » en capital, intérêts, dommages et intérêts et frais faits » contre le débiteur (1). »

C'est là une erreur manifeste. L'auteur confond l'action *mandati* avec la subrogation ; il attribue à celle-ci les effets de celle-là.

On le sait, le fidéjusseur peut souvent avoir contre le débiteur une créance plus étendue que celle du créancier. Outre ce qu'il a payé à ce dernier pour le désintéresser, il peut avoir à se faire indemniser par le débiteur principal de frais avancés, de dommages soufferts.

Or, que résulte-t-il de l'opinion de M. Zacchariaë ? Que, pour ce surplus, le fidéjusseur pourra se prévaloir des hypothèques attachées à la créance dans laquelle il est subrogé, c'est-à-dire les communiquer et les étendre à celle qui lui est propre. Ainsi, le fidéjusseur fera passer les prérogatives de ce qu'il a payé à ce qu'il n'a pas payé. Il fera une confusion de ses droits avec ceux du créancier, et nous trouverons en lui autre chose qu'un *procurator in rem suam* !!!

(1) T. 3, p. 161, § 427.

La vérité est que le fidéjusseur ne peut qu'exercer les actions du créancier, et qu'il ne peut rien réclamer de plus que ce qu'aurait réclamé le créancier lui-même. Ainsi, le fidéjusseur qui, en sus de ce qu'il a payé au créancier, a droit à des dommages et intérêts, ne pourra pas se les faire payer par le moyen de la subrogation. Il n'aura que l'action *mandati*. Comment pourrait-il se mettre au lieu et place du créancier pour un chef de demande que le créancier n'aurait pas été fondé à intenter ? Il ne peut appliquer à ce chef les privilèges et hypothèques qui n'étaient affectés qu'à d'autres chefs et point à celui-là.

371. Cette erreur du judicieux jurisconsulte d'Heidelberg vient d'une autre erreur accréditée par quelques auteurs qui, dans des parallèles plus ingénieux que solides, ont prétendu que la subrogation diffère de la cession en ce que celle-ci transfère la créance même, tandis que celle-là n'en transmet que quelques prérogatives. J'ai signalé ailleurs le vice de cette distinction (1). Et quoique M. Merlin lui ait prêté son autorité, elle est fautive dans sa généralité et contraire à la doctrine de tous les auteurs accrédités.

372. Il faut donc dire que la caution ne fait qu'entrer dans le droit du créancier ; c'est déjà bien assez : *In jus eorum succedit* (2). Elle est subrogée à tous les droits du créancier, dit notre article (3) ;

(1) V. mon com. des *Hypothèques*, n° 349.

(2) L. 3, C., *De his qui potior.*

(3) *Junge* art. 1249, 1250.

Pothier, *Oblig.*, n° 522.

elle prend sa place : « *Cedere est quasi discedere et alterum in sui locum ponere et collocare* (1). » Elle peut tout ce qu'il pouvait, mais elle ne peut rien de plus, et elle ne saurait se servir de la subrogation pour communiquer à une créance qui lui est propre des privilèges qui doivent être renfermés dans ce qui était dû au créancier.

373. Si le fidéjusseur subrogé ne peut rien de plus que le créancier dont il prend la place, il ne peut non plus rien de moins.

Par-là se résout facilement la question de savoir si la caution de l'acquéreur qui paie le vendeur succède non pas seulement à son privilège, mais encore à son droit de demander la résolution du contrat (2). La Cour royale d'Amiens a décidé l'affirmative (3), et rien n'est plus juridique et plus conforme aux principes de la subrogation (4).

374. On demande si le fidéjusseur peut se prévaloir de la subrogation lorsque le créancier a consenti à lui donner une quittance par pur esprit de libéralité et sans avoir rien reçu.

Cette question, touchée par M. Ponsot (5), ne me semble pas devoir être tranchée, comme il le propose, par la négative. Je la résous par la distinction que j'ai émise *suprà*, nos 334, 335, 336.

Si le créancier n'a pas libéré le débiteur prin-

(1) Maur., p. 618, n° 1.

(2) Mon com. des *Hypoth.*, t. 1, n° 349.

(3) 9 nov. 1825 (D., 26, 2, 156).

(4) *Junge* Bourges, 8 juin 1812.

(5) N° 257.

cipal en libérant le fidéjusseur, nul doute que la remise faite à ce dernier ne saurait être le principe d'une subrogation. Le fidéjusseur n'a pas fait son affaire; et puis, *nihil abesse videtur*.

Mais si le fidéjusseur a reçu une quittance qui libère tout à la fois et lui-même et le débiteur, la subrogation lui est acquise; et cela par plusieurs raisons.

La première, c'est que la remise ainsi opérée renferme en soi divers agissements au moyen desquels le fidéjusseur est censé avoir payé réellement, puis avoir reçu en don de la part du créancier ce qu'il avait soldé à ce dernier. Cette première raison, que je puise dans la doctrine des meilleurs auteurs, de Favre par exemple, répond à l'argument que l'on pourrait tirer du texte de notre article; elle fait incliner ce texte du côté de notre opinion.

La seconde, c'est que le créancier, qui pouvait expressément transférer son droit à qui bon lui semblait, a pu le communiquer par un acte légal renfermant virtuellement en soi une cession d'actions. En gratifiant le fidéjusseur, il a voulu que celui-ci eût tout autant de droits que lui-même contre le débiteur principal. Il l'a voulu nécessairement, puisqu'il a choisi, pour exercer sa libéralité, une forme qui entraîne inévitablement la subrogation. Il a fait par ce moyen indirect ce qu'il aurait fait directement en disant au fidéjusseur en termes exprès : « Je vous donne tous mes droits à exercer contre tel, mon débiteur et votre co-obligé. »

Enfin une troisième raison se présente pour donner à notre opinion la sanction de l'équité. Si le fidéjusseur n'avait pas la subrogation légale, à qui profiterait la libéralité? Serait-ce au fidéjusseur? Ne serait-ce pas plutôt au débiteur que le donateur n'a nullement entendu gratifier?

375. De là suit la solution d'une difficulté que voici:

Le créancier d'une rente non encore remboursable permet, par faveur spéciale, au fidéjusseur d'en opérer le remboursement anticipé. Ce dernier, subrogé aux droits du créancier, pourra-t-il refuser au débiteur principal la même faveur, ou sera-t-il tenu de la lui accorder?

À mon avis, il n'y a pas à hésiter. Non! le débiteur principal n'aura aucun prétexte pour contraindre le fidéjusseur à lui communiquer un bénéfice qui n'a été accordé qu'à ce fidéjusseur seul et à sa considération. Le débiteur subira la loi de son contrat; il attendra l'époque fixée par la convention pour le remboursement; il continuera à servir la rente comme si le fidéjusseur n'avait pas pris la place du créancier. C'est ce que décidait Dumoulin; et, quoi qu'en dise M. Ponsot(1), on ne saurait arriver, sous le Code civil, à un résultat différent.

376. La subrogation investit le fidéjusseur de tous les droits que le créancier avait contre le débiteur. Le texte de notre article le décide expressément, et les termes en sont remarquables. Il s'ensuit que si le créancier s'était fait constituer des

(1) N° 258.

hypothèques et donner des sûretés postérieures au contrat de cautionnement, le fidéjusseur en profiterait. Dumoulin n'était pas de ce sentiment (1), et voici comment il motive son opinion: « Creditor mutuavit mille sub fidejussore; postea ex promissores accepit. Novissimè fidejussor solvit totum. Tenetur creditor ei cedere actiones contra principalem, sed non contra expromissores; quia hæ postea quæsitæ sunt, nec earum contemplatione fidejussor intercessit... » Undè obligatio cedendi non debet extendi ultra limites qui erant tempore contractûs. »

On le voit: l'unique raison du célèbre jurisconsulte, c'est que le fidéjusseur en donnant sa garantie n'a pu être influencé par la contemplation de garanties non encore existantes au moment du contrat. Mais n'est-ce pas là une pétition de principes? Et ne peut-on pas répondre que le fidéjusseur a facilement prévu que le créancier pourrait augmenter ses sûretés, soit par de nouvelles hypothèques, soit par de nouvelles cautions, soit enfin par des jugements ayant pour sanction des hypothèques judiciaires; et que dès lors il a été fondé à espérer que le créancier lui communiquerait le bénéfice de ces sûretés?

Maintenant, suit-il de là que le créancier qui, par son fait, aurait laissé perdre ces garanties nouvelles et postérieures, serait dans le cas d'être repoussé par l'exception *cedendarum actionum* d'après l'art. 2037? C'est ce que nous examinerons dans mon

(1) *Prima lectio dolaria*, n° 35 et 36.

commentaire de cet article (1). Nous verrons les opinions varier sur cette question et les arrêts s'arrêter à des motifs qui sont loin de satisfaire la raison des jurisconsultes. Mais n'anticipons pas sur ce sujet, et hâtons-nous d'arriver à l'art. 2030 du C. c., qui traite du recours de la caution contre plusieurs débiteurs solidaires.

ARTICLE 2030.

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.

SOMMAIRE.

377. La caution de plusieurs débiteurs solidaires a contre chacun d'eux une action pour le total.
 378. Mais si les débiteurs n'étaient pas solidaires, le fidéjusseur n'aurait pas l'action *mandati contraria* pour le tout; il n'aurait pas non plus la subrogation pour le tout dans les droits du créancier.
 379. Du recours du fidéjusseur qui n'a cautionné qu'un des débiteurs solidaires et qui a payé le tout au créancier.

COMMENTAIRE.

377. Nous avons vu par l'art. 2002 du C. c., au titre du mandat, que lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat.

(1) *Infrà*, n° 570.

L'art. 2030 étend le bénéfice de cette règle au fidéjusseur qui a payé la dette de plusieurs débiteurs principaux solidaires qu'il avait cautionnés. Il y a ici même raison de décider que dans le cas de mandat. D'une part, le cautionnement n'est bien souvent de la part du fidéjusseur que l'accomplissement d'un mandat qu'il tient du débiteur. D'autre part, l'affaire pour laquelle il a prêté son cautionnement est commune, au premier chef, entre tous les débiteurs, puisqu'ils sont solidaires. Chacun de ces débiteurs est censé avoir donné l'ordre de faire pour soi et pour le tout la chose promise par le cautionnement. Ils ont reçu un service commun à tous. Ils doivent chacun le reconnaître pour le tout (1).

378. Si les débiteurs n'étaient pas solidaires, l'affaire ne serait pas commune, dans le sens de l'art. 2002; car il y aurait autant de dettes distinctes que de débiteurs partiaires.

D'un autre côté, si, laissant à l'écart l'action *mandati*, l'on se rejetait sur la subrogation dans les droits du créancier, on arriverait à un résultat identique. Le créancier n'ayant d'action contre les débiteurs que pour leur part et portion, la subrogation dans ses droits ne pourrait nécessairement avoir lieu que pour ces parts et portions.

379. Lorsque le fidéjusseur n'a cautionné que l'un des débiteurs solidaires et n'a pas cautionné les autres, on demande si le paiement qu'il a fait au créancier pour le total lui donne le droit d'agir

(1) Voyez mon commentaire du *Mandat*, nos 685 et suiv.