

qui est le lien principal, l'enchaîne invinciblement, tandis que le tiers détenteur, n'étant pas obligé personnel, n'est jamais tenu qu'à titre d'accessoire (1). Je ne répéterai pas ici les citations que j'ai faites dans mon commentaire des *Hypothèques* pour prouver cette vérité. Elles sont nombreuses; elles sont textuelles et tranchantes. J'en rappellerai une seule, parce qu'elle sert à fixer le sens des mots. « *Fidejussores conveniendi sunt* (dit Huberus) (2), *qui scilicet ut principales debitores sunt obligati et actionem principalem participant.* » Voilà bien l'étendue des expressions « *obligés principaux* » définie; voilà bien les cautions rangées dans la classe des obligés principaux comparativement au tiers détenteur. Et notez bien qu'Huberus n'est que l'écho de la rubrique de la nouvelle 4, telle que la donne le savant Godefroy : « *Ut creditores primo loco conveniant PRINCIPALEM.* » Vous voyez le mot *principalem* employé tout exprès pour résumer les dispositions d'une loi qui déclare qu'il faut passer sur le corps des fidéjusseurs avant d'arriver au tiers détenteur. Eh bien! lorsque l'article 2170 se sert de cette locution usuelle et consacrée, on prétend lui enlever sa véritable portée, sous prétexte que, dans ses rapports avec le débiteur principal, le fidéjusseur est un obligé accessoire! Véritablement, c'est oublier la signification des mots, et parler une langue à sa guise.

430. Loin donc que le fidéjusseur ait aucune

(1) *Suprà*, n° 22.

(2) *Prælect.*, *De pignoris et hypoth.*

action à exercer contre le tiers détenteur, c'est le tiers détenteur, au contraire, qui, lorsqu'il a été dépossédé et exproprié, est subrogé aux droits du créancier désintéressé avec le prix de sa chose (art. 1252), et a, par cette subrogation, une action entière contre tous les obligés personnels, au nombre desquels se trouve le fidéjusseur. Je dis « *entière*, » parce que le tiers détenteur, n'étant pas obligé personnel, n'a pas de part virile à supporter, et qu'on ne peut lui imposer aucun retranchement personnel.

Au reste, les adversaires de cette opinion sont eux-mêmes obligés de convenir qu'elle est la plus générale (1). Et non-seulement elle est la plus générale, mais elle a encore pour elle l'autorité des noms les plus vénérés, les Favre (2) et les Loyseau (3), les Pothier (4).

431. Ceci n'infirme pas ce que nous avons dit *suprà* (5), savoir : que la subrogation fait passer au fidéjusseur le bénéfice de l'hypothèque appartenant au créancier. Elle le lui communique, en effet, toutes les fois que l'hypothèque n'est pas assise sur un immeuble qui est passé dans les mains de détenteurs préférables au fidéjusseur.

Ce serait donc bien vainement qu'on opposerait

(1) M. Mourlon, *loc. cit.*, p. 741, n° 2.

(2) *Code*, lib. 8, t. 6; déf. 32.

(3) N° 3, ch. 8, n° 6, 7, 8.

(4) *Intród.* à la cout. d'Orléans, t. 20, ch. 4, art. *prélim.*, sect. 3, art. 1, § 2, n° 34, et § 5, n° 42.

(5) N° 353.

à notre interprétation de l'art. 2170 (1) l'art. 2037, qui décharge le fidéjusseur de son obligation lorsque la subrogation à l'hypothèque ne peut plus s'opérer à son profit, par le fait ou la faute du créancier; car l'hypothèque dont il est question dans cet article n'est pas une hypothèque quelconque; c'est seulement l'hypothèque sans tiers détenteur qui puisse se prémunir en faisant valoir un droit préférable au fidéjusseur.

J'avoue cependant que, dans l'ancien droit romain, la subrogation expresse requise par la caution qui avait payé lui donnait droit d'agir contre les hypothécaires (2). Mais la jurisprudence justinienne a changé cet état de choses; elle a préféré les tiers détenteurs aux obligés personnels; elle a, avec raison, reporté sur ceux-ci le poids de la dette. Telles sont aussi les idées du droit français.

432. Maintenant, voyons quelles sont les parts pour lesquelles le fidéjusseur qui a payé peut exiger que ses cofidéjusseurs contribuent avec lui.

D'après l'art. 2033 (et c'était aussi la doctrine de Pothier) (3), le fidéjusseur payant n'a de recours contre chacune des autres cautions que pour sa part et portion. La raison en est simple. Veut-on que ce fidéjusseur soit considéré comme

(1) Comme le fait M. Mourlon, *loc. cit.*, p. 742.

(2) Gordian., l. 14, C., *De fidej.*

Et Doneau sur cette loi, n° 1.

Mon com. des *Hyp.*, t. 3, n° 790.

(3) N° 523.

ayant été le *negotiorum gestor* des autres fidéjusseurs? Évidemment, alors, son action ne peut tendre qu'à exiger d'eux leur part et portion respective. Veut-on, au contraire, qu'il soit considéré comme subrogé aux droits du créancier qui a été payé par lui? Mais alors viennent à la fois et l'art. 1214 du C. c., et la nécessité d'éviter le circuit d'actions signalé par moi au numéro 369 ci-dessus (1).

433. En est-il de même lorsque le fidéjusseur qui a payé, ne se contentant pas de la subrogation légale, s'est fait expressément subroger aux droits du créancier? Dans ce cas, a-t-il contre les autres cautions l'action solidaire qu'avait le créancier cédant (sous la déduction de sa part, bien entendu)?

Cette question ne serait pas controversable si M. Toullier (2) n'avait cherché à faire revivre sous le C. c. une opinion vaincue dans l'ancien droit, et qui consiste à soutenir qu'il faut accorder à la caution, qui paie avec subrogation expresse, l'action solidaire du créancier. Il me semble que cette opinion est encore moins soutenable sous le C. c. que dans l'ancienne jurisprudence (3).

434. Autrefois il y avait eu là-dessus de grandes hésitations et de nombreuses controverses. Cependant on avait fini par arriver à une opinion commune, respectée par les arrêts et par les meilleurs auteurs. Lorsque le codébiteur solidaire avait payé

(1) Pothier, nos 523 et 281. Ancien Journal du Palais, t. 1^{er}, p. 615.

(2) *Droit civil*, t. 7, n° 1635.

(3) *Junge M. Ponsot*, n° 290.

le total de la dette avec subrogation expresse, lorsque l'une des cautions avait payé le total avec la même précaution, on tenait pour constant que cette subrogation ne donnait à ces personnes qu'un recours partiel et non pas un recours solidaire. Pour quelle raison? Parce qu'autrement il se serait fait un circuit d'actions. « *Diceret iste Secundo conventus : « CEDAS MIHI ACTIONES IN SOLIDUM CONTRA » ALIOS. » Et sic necesse haberet cedere contra seipsum; et sic petere pro parte sua quod redditurus esset. »* Ainsi parle Bartole (1).

Et ceci est frappant de justesse et d'équité, quoique dans d'autres parties de son commentaire ce célèbre interprète ait quelque peu embrouillé la question. Il est clair, en effet, que tous étant tenus également d'une action solidaire, leur condition doit être égale (2).

Cette doctrine était professée par Renusson (3) et par Pothier (4). La dernière jurisprudence du parlement de Paris, rétractant d'anciens arrêts rapportés par Louet (5), Charondas (6), etc., y était conforme (7). En droit, les circuits d'action doivent toujours être évités. Cette raison était la

(1) Sur la loi *Modestinus*, 76, D., *De solut.*, n° 9.

(2) Renusson, ch. 8.

(3) *Loc. cit.*

(4) *Oblig.*, n° 281 et 523.

(5) Lett. R, som. xi.

(6) Rép., liv. 6; rép. xi.

(7) Journal du Palais, t. 1, p. 615. Les nouveaux arrêts sont des 22 février 1650 et 5 sept. 1674; Renusson les rapporte.

base de ce notable changement de jurisprudence.

435. Ce ne sont assurément pas les errements des vieux arrêts que le C. c. a suivis. Sa pensée se dévoile dans les articles 1214 et 2033. En substituant la subrogation légale à la subrogation expresse requise par l'ancien droit, il règle les effets de celle-là sur les effets que l'opinion des docteurs, de Renusson, de Pothier, et les nouveaux arrêts du parlement de Paris attribuaient à celle-ci. Il proscribit l'opinion qui accordait le recours solidaire, et fait prévaloir celle du recours divisé. Le recours *pro parte* lui paraît l'état normal. Il l'adopte, et en fait la conséquence de la subrogation légale.

436. Les articles 1214 et 2033 paraissent donc tranchants. Cependant M. Toullier les repousse. Ils ne s'occupent, dit-il, que de la subrogation légale, tandis que la question posée a en vue une subrogation expresse. Or, la subrogation légale et la subrogation expresse diffèrent profondément, et les différences de leur nature expliquent la différence de leurs effets.

Ici M. Toullier est conduit, par la nécessité de son système, à outrer la parité de la subrogation expresse avec la cession et le transport. Je lui ai reproché ailleurs l'erreur de cette assimilation exagérée (1). Je persiste plus que jamais dans ma critique. Non, il n'est pas vrai que la subrogation expresse soit un transport dans l'exactitude des

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

mots et des choses (1). Elle n'a ni la cause ni les effets de la vente. Elle est une situation *sui generis*, à laquelle le droit des nations modernes a donné le nom de subrogation, pour la distinguer de la cession et d'autres agissements avec lesquels elle a des rapports de ressemblance et non pas des rapports d'identité (2).

437. Ceci posé, qu'est-ce que la subrogation légale, sinon une cession d'actions faite par la loi pour dispenser les parties de la précaution et de la rigueur d'une cession d'actions expresse? Quelle différence y a-t-il, dès lors, entre la subrogation expresse et la subrogation légale, si ce n'est que l'une némane de la convention, l'autre de la loi (3)? Et lorsque le C. c. a trouvé si juste, si rationnel, si équitable, le recours divisé attribué jadis à la subrogation expresse, qu'il en a fait la condition de la subrogation légale, comment peut-on croire que, sous ce même Code, la subrogation expresse doit aspirer à des effets différents et plus étendus? Est-il possible que, lorsque le législateur a ratifié ces effets en en faisant le lot de la cession légale, la cession expresse ne veuille plus aujourd'hui s'en contenter, elle qui jadis avait été amenée par les progrès de la jurisprudence à les trouver satisfaisants et logiques?

438. M. Toullier invoque cependant l'art. 1209 du

(1) Mon com. des *Hyp.*, t. 1, n^{os} 349 et 353 (*bis*).

Suprà, n^o 347.

(2) *Suprà*, n^o 348.

(3) *Suprà*, n^{os} 356 et 368.

C. c. pour mettre les textes de son côté. Mais comment n'a-t-il pas vu que les articles 1214 et 2033 sont bien plus directement applicables que l'art. 1209? Comment a-t-il laissé échapper surtout l'analogie que présente l'art. 875, analogie d'autant plus frappante que cet article a en vue le cas d'une subrogation expresse?

439. Enfin, est-il vrai, comme le pense M. Toullier, que la crainte d'un circuit d'actions soit chimérique et qu'elle ne découle que de vaines subtilités?

Le créancier, dit-il, peut recevoir sa part divisément. C'est son droit. Quand il l'a reçue, et qu'il a donné quittance à la caution qui l'a payée, celle-ci est dégagée; elle devient désormais *penitus extranea*. Or, si le créancier lui cède ses droits solidaires contre les autres cofidéjusseurs, qu'ont à dire ces derniers? Quelle exception ont-ils à opposer à ce cessionnaire qui a cessé d'être obligé avec eux, qui n'est plus qu'un étranger? Est-ce qu'il ne peut pas exercer l'action de son auteur, comme ce dernier le ferait lui-même, et comme le ferait tout autre cessionnaire, étranger *ab initio* à l'agissement?

Voilà bien, on en conviendra, une de ces subtilités que M. Toullier reproche à ses adversaires!! Mais un peu de réflexion en prévient le danger. Notre ingénieux auteur suppose que le fidéjusseur a fait un paiement divisé, et pas du tout, il a payé le total!! Il suppose qu'il a fait un achat de créance, et pas du tout, il n'a fait qu'effectuer un paiement et se libérer. Je sais bien que lorsque le paiement s'effectue avec subrogation, cette subrogation

donne à l'agissement certains effets du transport. Mais est-elle un vrai transport? N'en est-ce pas plutôt une imitation imparfaite (1)? Et d'ailleurs, en supposant qu'il y ait cession, est-ce que le créancier a pu céder plus de droits qu'il n'en avait lui-même? Est-ce qu'il a pu céder ses droits, en se mettant au-dessus de l'art. 2037 et en oubliant que chacun des cofidėjusseurs a un droit égal à être subrogé?

Ne dénaturons donc pas les situations, n'altérons pas l'état des faits. Si les jurisconsultes romains furent forcés, par les lacunes et les imperfections du droit ancien, à colorer leurs innovations par des analogies dont ils reconnaissent eux-mêmes les côtés faibles (2), notre droit nous dispense de ces efforts d'esprit. La subrogation a, dans la jurisprudence moderne, des caractères certains et consacrés; c'est marcher en arrière que de la confondre avec le transport; c'est méconnaître le progrès des idées qui ont su l'en distinguer et lui donner son rang légitime. Il ne faut pas surtout renouveler des discussions épuisées par la science d'autrefois; il ne faut pas faire renaître des questions sagement résolues par elle.

440. Lorsque l'un des cofidėjusseurs contre lesquels le fidėjusneur payant a son recours est devenu insolvable, l'art. 1214, avec lequel l'art. 2033 doit être combiné, veut que la perte se répartisse par

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 523.

(2) *Quodammodo vendidit* (*suprà*, n° 348).

contribution entre les solvables et celui qui a fait le paiement (1).

441. Il reste à faire une observation.

L'art. 2033 a été fait pour le cas où, plusieurs fidėjusseurs ayant cautionné le même débiteur, l'un d'eux acquitte toute la dette. Le recours qu'il accorde est renfermé dans cette hypothèse; et le texte de l'art. 2033 exige, pour ce recours, que la fidėjussion de plusieurs couvre l'obligation d'un seul.

Mais que devrait-on décider s'il y avait, non pas un seul débiteur, mais plusieurs débiteurs solidaires de la même dette, et que chacun de ces débiteurs fût personnellement et isolément garanti par un fidėjusneur qui ne serait pas le fidėjusneur des autres (2)? Quelle sera la situation de celui de ces divers fidėjusseurs qui aura payé le total pour celui des débiteurs qu'il a cautionné?

Je n'y vois pas de différence avec le cas prévu par l'art. 2033, et je résous cette question par cette observation que Pothier a faite à un autre propos, mais qui a ici une grande justesse :

« On peut même dire que celui qui s'est rendu » caution pour l'un de plusieurs débiteurs solidaires est aussi en quelque façon caution des » autres. Car l'obligation de tous ces débiteurs n'é-

(1) *Junge* M. Duranton, t. 18, n° 369.

M. Ponsot, n° 290.

(2) V. cette espèce, *suprà*, n° 270, 306 et 369 ;

Et Pothier, n° 413 et 420.

Elle est posée par les lois romaines.

» tant qu'une même obligation, en accédant à l'obligation de celui pour qui il s'est rendu caution, il a accédé à celle de tous (1). »

Eh bien ! si chaque caution est nécessairement caution de chacun et de tous les débiteurs, tous les fidéjusseurs sont censés avoir cautionné les mêmes débiteurs pour la même dette ; et par-là on rentre forcément sous l'empire de l'art. 2033 (2).

442. Maintenant, qu'arrivera-t-il si le créancier, en laissant perdre ses droits par sa faute, se trouve dans l'impuissance de céder au fidéjusseur actionné ses actions contre les autres cofidéjusseurs ou contre l'un d'eux ? Ce point se rattache au commentaire de l'art. 2037. Nous le traiterons au n° 553, en exposant et les principes généraux et les phases particulières de cette question spéciale.

(1) N° 413.

(2) M. Duranton donne d'autres raisons, n° 369.

CHAPITRE III.

DE L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT.

ARTICLE 2034.

L'obligation qui résulte du cautionnement s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations.

SOMMAIRE.

443. Division des causes d'extinction du cautionnement. Causes propres à ce contrat ; causes découlant de l'extinction de l'obligation principale.
444. Les premières s'appellent *personnelles* ; les secondes sont *réelles*.
445. L'usage de cette distinction n'est pas exempt de difficultés.
Règle qui sert à le diriger.
446. *Du serment*. Le serment prêté par le fidéjusseur profite au débiteur principal.
447. En quel sens faut-il entendre cette règle prise de l'art. 1365 et empruntée au droit romain ?
448. Le refus fait par le fidéjusseur de prêter serment ne peut être opposé au débiteur. Raison de ce point de droit.
449. *De la chose jugée* en faveur de la caution sur le fond du droit.
Le jugement qui décharge la caution, en déclarant qu'il n'est rien dû par le débiteur principal, profite à ce dernier.