

l'antinomie existe. Pothier le reconnaît (1). Paul et Furius Anthianus sont évidemment en opposition. Il s'agit de savoir lequel des deux l'emportera, et je crois, avec Pothier (2), que c'est le second. Au surplus, dans la pratique, l'opinion commune a toujours été conforme à la doctrine de Furius Anthianus (3).

510. La chose jugée en faveur du débiteur est aussi une exception dont le fidéjusseur peut argumenter contre le créancier (4). La sentence qui décide que le débiteur est libéré, ou que l'obligation est radicalement nulle, portée sur la chose même (*non in personam, sed in rem*); et elle profite au fidéjusseur sans qu'il ait été appelé au procès.

511. Mais que dirons-nous de la chose jugée contre le débiteur principal? Le créancier peut-il la tourner contre la caution?

Les docteurs ont beaucoup controversé cette question. *In quo jura et doctores videntur varii*, dit Marsili (5). Bartole (6), qui l'examine, fait une distinction entre celui qui a cautionné un contrat et celui qui a cautionné les effets d'un jugement. Le fidéjusseur d'une convention, dit-il, ne peut être

(1) N° 381.

(2) *Loc. cit.*

(3) Hering., *loc. cit.*

(4) L. 7, § 1, D., *De except.*

Pothier, n° 381.

Hering., c. 27, § 4, n° 16.

(5) N° 347.

(6) Sur la loi 1, D., *Judic. sol.*, n° 1 et 2.

poursuivi en vertu de la chose jugée avec le débiteur principal; il peut la remettre en question.

« *Undè teneo hoc pro vero quòd in fidejussore contractus non fit executio sine novo processu.* » Quant à celui qui a cautionné les suites d'un jugement, Bartole croit que la sentence rendue contre le débiteur principal est de plein droit exécutoire contre le fidéjusseur.

512. Mais nous pensons, avec Henrys (1) et Merlin (2), que le jugement rendu contre l'obligé principal réagit contre la caution. J'ai donné un exemple de cette vérité dans mon commentaire de la *Vente* (3). Le fidéjusseur a une obligation dépendante de celle du débiteur. *Totum pendet*, dit Doneau, *ex obligatione principalis rei* (4). Et celui-ci est souvent plus capable que lui pour défendre à la demande; il est mieux instruit des moyens et des faits, et le fidéjusseur est censé lui avoir donné mandat pour soutenir les intérêts communs (5). Au surplus, cette opinion est expressément consacrée par la loi 7, au C., *De evict.* (6).

En cela, la transaction diffère de la chose jugée

(1) C. 27, part. 4, n° 16.

(2) M. Merlin (*Quest. de droit, v° Chose jugée, § 18, n° 5, et v° Acquiescement*).

(3) T. 1, n° 442.

(4) Sur la loi 7, C., *De evict.*

(5) Arg. d'un arrêt de cassat. du 27 nov. 1811.

Devill., 3, 1, 429.

Dalloz, *Caution*, p. 406.

(6) *Junge* Pothier, *Vente*, n° 112;

Et Brunemau sur la loi 7, C., *De evict.*

à laquelle elle est souvent comparée. Un fidéjusseur n'est pas censé prévoir les transactions par lesquelles il plaît au débiteur de modifier ses obligations; mais il est censé savoir que ce débiteur aura des procès et qu'il en sera le défenseur le meilleur et le plus zélé.

513. Le serment prêté par le débiteur libère la caution (1). Par contre, le refus que fait le débiteur de prêter le serment qui lui est déféré peut-il être opposé par le créancier à la caution? Peut-on aussi lui opposer le serment déféré par le débiteur au créancier, et prêté par ce dernier, sur le fait du paiement de la dette principale? L'affirmative n'est pas douteuse; car, dans tous ces cas, un jugement intervient pour condamner le débiteur, et nous venons de dire que la chose jugée contre le débiteur tourne contre la caution (2).

514. La caution peut appeler du jugement rendu en premier ressort contre le débiteur principal. L'appel est un moyen qui lui compète, même quand le débiteur condamné ne voudrait pas en user.

515. Il suit de là que l'acquiescement du débiteur ne lui fermerait pas la voie de l'appel. Tout moyen de défense appartient au fidéjusseur, *etiam invito reo* (3). C'est ce que décide expressément

(1) Pomp., l. 42, D., *De jurej.*

Pothier, n° 381, art. 1365.

(2) M. Ponsot, n° 560.

Contrà, M. Duranton, t. 13, n° 607.

(3) *Suprà*, n° 494.

Hering., c. 27, part. 4, n° 11.

Marcianus (1) : *Item fidejussores pro eo pro quo inter-
venerunt. Igitur et venditoris fidejussor appellabit licet
emptor et venditor adquiescant* (2).

516. Mais elle ne pourrait pas appeler si le délai de l'appel était écoulé (3). Il importerait peu qu'on ne lui eût pas signifié personnellement le jugement; il suffirait qu'il eût été signifié au débiteur; car le fidéjusseur a été représenté par le débiteur (4), et la signification faite au débiteur est censée faite au fidéjusseur.

Voilà pour ce qui concerne l'appel.

A l'égard de la tierce opposition, elle ne saurait appartenir à la caution. En effet, le fidéjusseur a été représenté dans l'instance par le débiteur principal. Notre proposition s'appuie sur un arrêt de la Cour de cassation du 27 novembre 1811 portant cassation d'un arrêt de Lyon du 8 octobre 1809 (5). Je m'étonne qu'une opinion contraire ait été enseignée par MM. Duranton (6) et Zacchariæ (7).

517. Lorsque le débiteur est libéré par la compensation, le fidéjusseur acquiert aussi par-là sa

(1) L. 5, D., *De appellat.*

(2) M. Merlin, Q. de droit, v° *Acquiescement.*

(3) Grenoble, 18 janvier 1832.

M. Ponsot, n° 566.

Contrà M. Merlin, Q. de droit, *Appel.*, § 8.

(4) Arg. d'un arrêt de cassat. du 27 nov. 1811.

Deville., 3, 1, 429.

Dalloz, *Caution*, p. 406.

(5) *Loc. cit.*

(6) T. 43, n° 517.

(7) T. 3, p. 160.

libération (1). Nous verrons tout à l'heure si cette proposition s'applique au fidéjusseur solidaire.

518. La confusion nous a occupés dans le commentaire de l'art. 2035. Nous y renvoyons.

519. La prescription, qui éteint la dette principale, éteint aussi le cautionnement. C'est pourquoi nous avons enseigné, dans notre commentaire de la *Prescription* (2), que le débiteur ne peut renoncer à la prescription acquise malgré la caution, et que celle-ci n'est pas liée par l'abandon qu'il plairait au débiteur de faire d'une exception qui s'étend jusqu'à elle.

520. Nous avons déjà vu, dans le commentaire de l'art. 2012, l'influence que les moyens de nullité, lésion et rescision qui affectent le contrat, peuvent avoir sur le cautionnement. Nous y renvoyons.

521. Nous ajoutons ici que lorsque la résolution d'un contrat a lieu pour raison d'inexécution, la caution qui y est intervenue pour en garantir les effets ne peut argumenter de cette résolution pour se prétendre libérée. C'est ce dont nous voyons un exemple dans la matière des faillites (3). La résolution du concordat ne libère pas les cautions qui y sont intervenues pour en garantir l'exécution. Tandis que l'annulation du concordat, soit pour dol, soit pour autre cause analogue, libère de plein

(1) Pothier, n° 378, art. 1294 C. c.

(2) T. 1, n° 103.

(3) Art. 520 C. de com.

droit les cautions (1), l'inexécution des conditions du concordat et la résolution qui s'ensuit laissent la caution sous le poids de ses obligations. La raison en est que c'est précisément afin de se prémunir contre cet événement que le cautionnement a été stipulé. Il serait donc absurde de libérer la caution alors que se réalise le fait qui met en évidence l'utilité de son intervention.

522. C'est une question controversée que de savoir si le bénéfice de notre article est limité au fidéjusseur simple, ou bien s'il s'étend aussi au fidéjusseur solidaire. Notez bien que je ne parle pas de celui qui s'est obligé comme *débiteur principal*, et que notre question ne roule que sur le cas où le fidéjusseur a simplement promis la solidarité.

M. Zacchariæ (2) et M. Ponsot (3) pensent que l'art. 2036 est général et qu'il embrasse les cautions solidaires autant que les cautions simples. Au contraire, un arrêt de la Cour de Colmar, du 16 juin 1821 (4), a décidé, par argument des articles 1294, § 3, et 1208, que la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal ne peut être opposée par la caution solidaire; et l'on pourrait joindre à cette décision l'enseignement de

(1) Même article.

(2) T. 3, p. 158, note (10).

(3) N° 568.

(4) Palais, t. 46, p. 676.

Devill., 6, 2, 433.

Dalloz, t. 2, p. 415.

M. Duranton, qui ne veut pas qu'on mette de différence entre le fidéjusseur solidaire et le débiteur solidaire (1).

Dans le fait, Lossaint, adjudicataire d'une pièce de terre appartenant aux époux Gsell, paie à la veuve Conrad la somme de 1092 fr., montant d'une obligation souscrite au profit de cette dernière par les vendeurs et cautionnée solidairement par F. Gsell. Au moyen de ce paiement, Lossaint est subrogé dans tous les droits de la veuve Conrad. Mais ces droits étaient insuffisants pour protéger Lossaint contre les conséquences du paiement qu'il avait fait imprudemment à la veuve Conrad; menacé de payer deux fois une partie de son prix, Lossaint actionna F. Gsell en remboursement de la somme de 1092 francs; se prévalant de sa subrogation dans les droits de la veuve Conrad. F. Gsell lui répond : Vous étiez tout à la fois débiteur de votre prix envers les époux Gsell, et créancier de ceux-ci comme subrogé à la veuve Conrad. Il y a donc eu compensation. Votre titre s'est éteint, par conséquent, jusqu'à due concurrence, et comme je puis profiter des exceptions du débiteur principal, je vous oppose cette exception de compensation, de même qu'il aurait pu le faire lui-même.

Est-il bien vrai, cependant, qu'il y eût compensation? Le prix étant affecté aux créances hypothécaires, pouvait-on dire que Lossaint était débi-

(1) T. 18, n° 332.

teur des époux Gsell, et que ceux-ci avaient pu compenser avec lui?

La Cour de Colmar décida en premier ordre que la compensation n'avait, dans ce cas, aucune valeur, et, à mon sens, elle avait pleinement raison. Mais, pour donner à son arrêt plus de force, elle crut devoir se placer dans l'hypothèse même de la compensation; et là, s'autorisant de l'art. 1294 du C. c., et de la circonstance que F. Gsell était caution solidaire, elle déclare qu'aucune compensation ne peut être opposée par ce dernier.

Cette solution est grave. Je la déclare sur-le-champ dangereuse et mauvaise. Il n'y a de vraie que l'autre opinion, celle qui consiste à dire que l'art. 2036 profite à la caution solidaire comme à la caution simple (1). Non-seulement le fidéjusseur solidaire peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal, bien que le codébiteur solidaire ne le puisse pas, mais même il peut argumenter de tous les vices de consentement qui affectent l'obligation principale, bien que le codébiteur solidaire ne puisse tirer une exception de ces vices lorsqu'ils sont particuliers à son codébiteur (2).

Pour le prouver, il y a un point fondamental à éclaircir. Le fidéjusseur solidaire n'a-t-il le rôle de fidéjusseur que dans ses rapports avec le débiteur principal? Est-il lui-même un vrai débiteur princi-

(1) M. Toullier, t. 7, n° 376.

M. Dalloz, t. 2, p. 416, note.

(2) Art. 1208.

pal à l'égard du créancier (1)? Poser cette question, c'est, ce me semble, la résoudre. Celui qui déclare s'engager comme caution exclut, par cela même et nécessairement, la qualité de débiteur principal. La solidarité promise ne change rien à cette situation tirée de la nature des choses et proclamée par la puissance des mots.

Nous avons dit ci-dessus que le cautionnement est par son essence un contrat accessoire (2), qu'il ne fait qu'étendre au fidéjusseur l'obligation même du débiteur principal (3). Tout cela est-il détruit parce que le fidéjusseur s'oblige solidairement? Dès l'instant qu'il retient la qualité de fidéjusseur, ne retient-il pas en même temps ce qui est de l'essence du cautionnement? N'est-il pas vrai qu'il n'a voulu qu'intervenir pour autrui? N'est-il pas vrai, en se reportant à la cause et à l'origine de son agissement, que ce n'est pas comme débiteur principal qu'il a entendu s'obliger, mais seulement comme intercesseur pour autrui (4)? Et, dès lors, si son obligation reste obligation accessoire à l'obligation principale, peut-on dire qu'à l'égard du créancier avec qui il a stipulé et réservé sa qualité de fidéjusseur, il est un vrai débiteur principal (5)? N'associe-t-on pas deux qualités inconciliables

(1) *Suprà*, n° 241.

(2) N° 22.

(3) N°s 22, 29, 45.

(4) *Hering.*, c. 27, part. 1, n° 74.

(5) *Suprà*, n° 241.

quand on veut que le fidéjusseur solidaire soit un débiteur principal?

Il est vrai que l'art. 2021 du C. c. dit que lorsque le fidéjusseur s'est obligé solidairement, son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires. Mais ceci ne doit s'entendre que *secundum subjectam materiam*. Le législateur avait en vue le bénéfice de discussion auquel la clause de solidarité est une renonciation; il avait en vue le droit de poursuivre la caution de prime abord, comme dans le cas de l'art. 1203, et, sous ce rapport, le fidéjusseur solidaire est comparable au codébiteur solidaire. Mais, de ce qu'il lui est comparable dans ce cas particulier, il ne s'ensuit pas qu'il lui soit semblable dans tous les autres. Rien n'est plus dangereux que de généraliser les analogies; car l'on risque à chaque instant de tomber dans la confusion. Or, ce serait sortir du point de vue que le législateur avait sous les yeux quand il édictait l'article 2021, que d'étendre cet article à une situation différente, à une situation que le législateur traite dans une autre section. Le droit de se servir des exceptions propres au débiteur découle d'une autre source que le bénéfice de discussion. Il ne faut donc pas faire peser sur le premier les présomptions de renonciation particulières au second. Il ne faut pas amoindrir un droit substantiel, légitime, inné, avec la même facilité qu'on amoindrit une faveur exorbitante du droit commun. Si la stipulation de solidarité est une preuve manifeste et directe que le fidéjusseur a renoncé au bénéfice de discussion,

elle ne prouve pas le moins du monde qu'il ait renoncé à son rôle de débiteur accessoire et aux privilèges qui en découlent naturellement.

523. Au reste, toute difficulté disparaîtrait si le fidéjusseur s'était obligé comme débiteur principal. Il est clair qu'il ne pourrait opposer les exceptions *ex personâ debitoris*, car il serait lui-même débiteur direct, principal, solidaire (1).

524. Ces distinctions nous conduisent à examiner si le donneur d'aval peut se prévaloir du bénéfice de notre article.

La raison de douter vient de ce qu'en règle générale, ceux qui apposent leur signature sur une lettre de change ou billet de commerce sont censés vouloir s'obliger comme débiteurs principaux ; Scaccia nous apprend même qu'à Gènes le texte du statut, assimilant pleinement les cautions d'une lettre de change à des débiteurs principaux, ne leur permettait pas de se prévaloir des exceptions *ex personâ ipsius principalis* (2).

Mais, en supposant que le statut de Gènes tienne le donneur d'aval pour débiteur principal, ce qui ne m'est pas entièrement démontré, je répons que notre Code de commerce est loin de conduire à un résultat aussi dur. L'art. 141 voit dans le donneur d'aval un garant (le mot s'y trouve écrit), et c'est assez dire qu'il ne faut pas le mettre dans la classe

(1) Scaccia, § 1, *quæst.* 7, part. 3, nunt. 17, n^{os} 8 et 9.

Statut Genuæ, iv, c. 12, § ult.

Turri, *De cambio*, disp. 1, *quæst.* 17, n^{os} 21, 22.

(2) *Loc. cit.*

des débiteurs principaux. L'article 142 complète cette conséquence en ajoutant qu'il est tenu *solidairement et par les mêmes voies* que les tireurs ou endosseurs. *Solidairement ! Je l'accorde !* mais une caution solidaire n'est pas un débiteur principal, et l'on a de tout temps distingué celui qui cautionne solidairement et celui qui entre dans un contrat comme codébiteur principal. *Par les mêmes voies !!* Donc, s'il y a des moyens qui exonèrent le débiteur principal, des moyens qui font qu'il n'est pas tenu, le donneur d'aval, qui n'est tenu que par *les mêmes voies*, peut s'en prévaloir comme il s'en prévaudrait lui-même. Caution, véritable caution, et non pas débiteur principal, il jouit du droit écrit dans notre article. Obligé quand le débiteur principal est obligé, il est libéré quand le débiteur principal est libéré par quelque moyen de droit ou par quelque exception réelle (1).

525. Lorsque le fidéjusseur n'a pas usé contre le créancier des exceptions qui compétaient au débiteur principal, et qu'ensuite il exerce son recours contre ce dernier, le débiteur peut-il lui opposer qu'il s'est mal défendu ? Voyez ce que nous avons dit aux n^{os} 383 et 384.

(1) M. Merlin, Q. de droit, v^o *Aval*, § 2, p. 664, col. 2, et § 3, p. 665, col. 2.

M. Ponsot, n^o 423.

M. Nougier, *Lettres de change*, t. 1, p. 322, 323.