

la caution judiciaire ne peut demander la discussion du débiteur principal et de la caution. C'est une disposition traditionnelle qu'il est très-difficile de justifier. Domat invoque la faveur des dettes pour lesquelles la caution judiciaire est exigée; motif très-vague, et que l'on pourrait faire valoir pour bien d'autres dettes. La seule raison que l'on puisse donner est celle que Domat ajoute, c'est que l'autorité de la justice le demande ainsi, puisque le débiteur contracte avec la justice. A vrai dire, le débiteur ne contracte pas plus avec la justice qu'avec la loi; le législateur ordonne et le juge condamne, ni l'un ni l'autre ne contractent. Reste la garantie du créancier, qui devrait toujours être la même.

202. L'article 2041 contient une disposition commune à la caution judiciaire et à la caution légale; le débiteur est reçu à donner en sa place un *gage en nantissement*. Dans le projet soumis au conseil d'Etat, on lisait : « Un gage ou nantissement suffisant. » Les auteurs s'en tiennent à la rédaction primitive (1); Troplong va même jusqu'à mettre le mot *ou* dans le texte de la loi, au lieu du mot *en*. Nous ne reconnaissons pas à l'interprète le droit de changer le texte du code, à moins que l'on ne prouve qu'il y a une erreur; il faut donc s'en tenir au texte. Il y a deux nantissements, le gage et l'antichrèse; la loi ne parle que du gage, donc le gage seul est admis en place du cautionnement. Cela se comprend, le gage offre des facilités de réalisation que ne présente pas l'antichrèse.

L'article 2041 donne lieu à une autre difficulté. On demande si le débiteur serait admis à fournir une hypothèque. La question est controversée, les uns disent oui, les autres non. Troplong a trouvé moyen de dire oui et non. A notre avis, la solution négative n'est point douteuse; c'est à la loi et à la loi seule de décider quelle garantie peut remplacer celle qu'elle prescrit : est-ce le gage? est-ce l'hypothèque? est-ce l'antichrèse? De quel droit l'interprète dirait-il : C'est l'hypothèque, alors que la loi a dit que c'est le gage? L'opinion générale est que le débiteur ne peut pas

(1) Pont, t. II, p. 217, n° 443.

offrir une hypothèque. C'est aussi l'opinion que Troplong enseigne dans son *Commentaire des hypothèques*, à propos de la caution du surenchérisseur; et il en donne une bonne raison, c'est que les inconvénients et les formalités de l'hypothèque en font une garantie moins sûre que le gage. Dans son *Commentaire sur le cautionnement*, Troplong ajoute : « Je ne voudrais cependant pas décider d'une manière absolue que l'offre d'une hypothèque n'est jamais acceptable. L'article 2041 n'est pas rédigé d'une manière limitative, et le mot *gage* peut s'entendre *lato sensu* de l'hypothèque. Le juge doit consulter les circonstances et se décider d'après la nuance des cas particuliers, en faisant entrer en ligne de compte la moralité du débiteur, sa bonne foi, son crédit (1). » Ainsi, à la question de droit, Troplong commence par répondre *non*; puis il dit *oui*, en abandonnant la décision au juge. Nous repoussons de toutes nos forces une pareille manière de traiter les questions de droit. Si c'est une question de droit, il faut laisser de côté les considérations de fait, car elles aboutissent à donner au juge un pouvoir discrétionnaire : est-ce pour cela que le législateur a remplacé l'arbitraire des parlements par un code de lois destiné à enchaîner le juge? Et quelles considérations met-on à la place de la loi? Le débiteur doit une caution; il présente une hypothèque. De quoi s'agit-il? De discuter si l'hypothèque vaut une caution ou un gage? Non, c'est au législateur de peser ces considérations. Et s'il était permis à l'interprète de les invoquer, pourrait-il dire que le débiteur présente des garanties pour lui permettre de remplacer la caution ou le gage par une hypothèque? C'est précisément parce que la loi n'a pas confiance dans la garantie personnelle du débiteur qu'elle l'oblige à donner caution ou à fournir un gage. Et l'on vient se prévaloir des garanties que présente la personne du débiteur contre la loi qui les déclare insuffisantes! Que dire de l'interprétation que Troplong donne de l'article 2041? Il prétend que la loi n'est pas restrictive. Est-ce que toute disposition qu'il

(1) Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Aubry et Rau, t. IV, p. 680, note 12, § 425.

n'appartient qu'au législateur d'établir n'est pas restrictive de son essence? Le mot *gage* peut s'entendre de l'hypothèque! Quoi! il est question de garanties qui toutes ont un nom technique, cautionnement, gage, antichrèse, hypothèque; il s'agit de décider laquelle de ces garanties le débiteur peut et doit offrir; et le législateur se servirait, pour décider la question, d'un mot qui comprend toutes les garanties réelles!

CHAPITRE II.

DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT.

SECTION I. — De l'effet du cautionnement entre le créancier et la caution.

§ I^{er}. Du bénéfice de discussion.

no 1. QU'EST-CE QUE LE BÉNÉFICE DE DISCUSSION?

203. L'article 2021 porte : « La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens. » Il faut rattacher à cette disposition celle de l'article 2011, aux termes de laquelle la caution se soumet envers le créancier à l'obligation principale, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. Si l'on s'en tient à la lettre de ces articles, on pourrait croire que la caution n'est pas tenue directement, que le créancier doit d'abord s'adresser au débiteur principal, et que c'est seulement lorsque celui-ci ne paye pas, que la caution peut être actionnée. Cette interprétation conduirait à la conséquence que le créancier doit constituer le débiteur en demeure avant de pouvoir poursuivre la caution. C'est l'opinion de Delvincourt, suivie par Duranton et par Zachariæ (1).

(1) Duranton la développe longuement (t. XVIII, p. 341, no 331). Tous les traducteurs de Zachariæ se sont prononcés contre lui. Aubry et Rau, t. IV, p. 681, note 6, § 426; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. V, p. 67, note 3.

Cette opinion n'a pas trouvé faveur (1). On fait dire à la loi ce qu'elle ne dit point. L'article 2011 dispose que la caution s'oblige à satisfaire à l'obligation si le débiteur n'y satisfait pas; cela signifie qu'il y a un débiteur principal dont la caution garantit l'obligation, en d'autres termes, que le cautionnement est une obligation accessoire. Régulièrement le créancier s'adresse au débiteur principal, et il ne recourt contre la caution que si le débiteur ne paye pas. Mais l'article 2011 ne lui en fait pas une obligation, il ne parle pas de l'action du créancier contre la caution; il est donc impossible qu'il la subordonne à une mise en demeure. Quant à l'article 2021, il ne dit pas non plus que le créancier doit constituer le débiteur en demeure avant d'agir contre la caution; il définit le bénéfice de discussion, et il décide que lorsque le créancier agit contre la caution, celle-ci peut lui opposer ce bénéfice; ce qui implique que le créancier a le droit d'agir avant d'avoir discuté les biens du débiteur, et aussi avant de l'avoir mis en demeure. Tout ce qui résulte de l'article 2021, c'est que la caution peut forcer le créancier à discuter les biens du débiteur principal. En ce sens, elle n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur (2).

Cette interprétation du texte est aussi en harmonie avec l'esprit de la loi et avec l'intention des parties contractantes. Le créancier qui stipule une caution veut assurer le paiement de sa créance; ce qui implique qu'il peut s'adresser à la caution dès que le débiteur ne paye pas. On ne peut donc pas le forcer à poursuivre le débiteur, ni, par conséquent, à le mettre en demeure; dès qu'à l'échéance le débiteur ne paye pas, le créancier doit avoir le droit d'actionner la caution. L'obliger à faire des poursuites contre le débiteur, c'est manquer le but que le créancier a eu en vue, celui de s'assurer son paiement à l'échéance, soit contre le débiteur, soit contre la caution. Vainement la caution dirait-elle que son obligation n'est qu'accessoire. Sans

(1) On cite, en faveur de cette opinion, un arrêt de la cour de Bruxelles du 18 octobre 1821 (*Pasicriste*, 1821, p. 476). L'arrêt ne décide pas la question de principe, il concerne plutôt la disposition de l'article 1912.

(2) Pont, t. II, p. 82, nos 154 et 155, et la plupart des auteurs.