

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<sup>er</sup>. 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.

doute; mais cela ne prouve qu'une chose, c'est que la dette doit être supportée en définitive par le débiteur principal; aussi la loi donne-t-elle à la caution qui paye un recours contre le débiteur, et elle la subroge à tous les droits du créancier; cette subrogation est de l'essence du cautionnement, parce qu'il est de son essence que le débiteur supporte la dette, et non la caution, qui n'intervient que par amitié et complaisance (art. 2028, 2029 et 2037). Autre est la question de savoir quels sont les droits du créancier contre la caution. Celle-ci doit payer dès que le débiteur ne paye pas : tel est le principe.

**204.** On dira que, s'il en est ainsi, la caution ne devrait pas avoir le bénéfice de discussion, puisque, par l'effet de ce bénéfice, on force le créancier à poursuivre le débiteur et à vendre ses biens; ce qui est précisément contraire au but que le créancier a eu en vue en stipulant une caution. L'objection est très-fondée si l'on s'en tient à la rigueur des principes. Dans l'ancien droit romain, la caution ne pouvait pas opposer au créancier l'exception de discussion; c'est Justinien qui l'introduisit, et sa novelle devint le droit commun de la France et de la Belgique (1). Mais le mot même que l'exception porte prouve que c'est une dérogation à la rigueur des principes; on l'appelle un *bénéfice*, c'est-à-dire une faveur, parce qu'elle déroge au droit strict du créancier. Chabot l'avoue dans son rapport au Tribunal : « D'après la rigueur du droit, dit-il, la caution pourrait être poursuivie par le créancier dès l'instant où le débiteur serait en retard de payer, puisqu'elle s'est engagée à exécuter l'obligation principale, dans le cas où le débiteur ne l'exécuterait pas lui-même. » Quand le législateur déroge au droit strict, c'est toujours par des considérations d'équité. Ce sont, en effet, des raisons d'équité que Chabot allègue pour justifier le bénéfice de discussion. D'abord le bénéfice suppose que le débiteur présente des moyens de solvabilité, et qu'il serait facile au créancier de le contraindre à l'exécution : pourquoi, dans ces circon-

(1) Il y avait cependant une coutume, celle de Luxembourg, qui n'admettait pas le bénéfice de discussion. Cela a été jugé ainsi par le conseil d'Etat, décret du 8 mai 1813 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 172).

stances, imposerait-on cette exécution à la caution? n'est-il pas naturel et équitable que le créancier, le seul intéressé, fasse les poursuites, plutôt que la caution, qui n'a aucun intérêt dans la transaction? L'intention des parties contractantes, dit-on, est d'accord avec l'équité : la caution ne s'oblige à payer que dans la supposition que le débiteur ne soit pas en état de le faire; tout ce qu'elle entend garantir, c'est le paiement. Ceci n'est pas tout à fait exact; il ne s'agit pas seulement de ce que la caution pense, il s'agit de savoir quelle est l'intention des deux parties contractantes; or, si leur intention était réellement que la caution ne fût tenue de payer que dans le cas où le débiteur principal serait hors d'état de payer lui-même, la caution aurait pour elle un droit contractuel, et il serait inutile de parler d'équité. Aussi Chabot ne parle-t-il que de l'intention de la caution, et il se hâte d'ajouter une nouvelle considération d'équité. Ne faut-il pas, dit-il, traiter avec quelque faveur le cautionnement, qui est un acte de bienfaisance, pourvu qu'en définitive le créancier trouve sûreté entière (1)? Tel est aussi le seul motif que l'orateur du gouvernement fait valoir contre la rigueur romaine. « C'était une rigueur bien grande, dit Treilhard, contre des personnes qui souvent ne s'étaient obligées que par un sentiment de bienfaisance et de générosité (2). » Enfin l'orateur du Tribunal dit également qu'il est juste de venir au secours de ceux qui, en s'obligeant pour autrui, n'entendent point que cet acte de bienfaisance puisse leur devenir nuisible (3). Le motif d'équité est incontestable, seulement il suppose que le cautionnement est gratuit, et la loi ne le déclare pas gratuit de son essence; il peut donc se faire à titre onéreux, et, dans ce cas, toutes les considérations que l'on a invoquées en faveur du bénéfice de discussion viennent à tomber; ce qui n'empêche pas que la caution ne puisse l'opposer. Il y a là une véritable anomalie.

**205.** Y a-t-il des cas dans lesquels la caution ne jouit pas du bénéfice de discussion? Les auteurs en énumèrent

(1) Chabot, Rapport, n° 12 (Loché, t. VII, p. 424).

(2) Treilhard, Exposé des motifs, n° 11 (Loché, t. VII, p. 417).

(3) Lahary, Discours, n° 16 (Loché, t. VII, p. 441).

un assez grand nombre (1). Ce seraient autant d'exceptions à une règle générale, car le bénéfice de discussion est une règle que la loi établit, quelque contestables que soient les motifs sur lesquels elle est fondée. « *La caution*, dit l'article 2021, n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens. » Donc toute caution jouit du bénéfice de discussion. S'il y a des exceptions à cette règle, elles doivent être établies par la loi, car il n'y a que le législateur qui puisse créer des exceptions aux règles qu'il consacre. De là suit qu'il ne peut y avoir d'autres exceptions au bénéfice de discussion que celles qui résultent de la loi. Nous avons déjà rencontré une de ces exceptions : la caution judiciaire, dit l'article 2042, ne peut point demander la discussion du débiteur principal. Cette exception confirme la règle; il s'ensuit que toute caution légale ou conventionnelle peut opposer au créancier le bénéfice de discussion.

**206.** La loi permet à la caution de renoncer à ce bénéfice (art. 2021). C'est l'application d'un principe général : chacun peut renoncer à un droit qui n'est établi qu'en sa faveur; or, la discussion du débiteur principal est essentiellement une faveur que le législateur a accordée à la caution (n° 204). La renonciation peut être expresse; il est devenu presque de style que la caution renonce au bénéfice de discussion dans l'acte même par lequel elle s'oblige; de sorte que les parties contractantes rétablissent le droit strict, auquel le législateur a dérogé par un motif d'équité (2). La renonciation peut aussi être tacite : c'est le droit commun, auquel la loi ne déroge point. Quand la renonciation est-elle tacite? C'est une question de fait dont la solution dépend de l'intention des parties contractantes, intention qui se manifeste par des faits, au lieu de se manifester par des paroles. Pothier discute des exemples dans lesquels la volonté de la caution est plus ou moins douteuse (3); nous croyons inutile d'entrer dans ce débat, tout dépendant des termes de la convention et des circonstances de la cause,

(1) Troplong, *Du cautionnement*, nos 233-239.  
 (2) Pont, *Des petits contrats*, t. II, p. 87, n° 160.  
 (3) Pothier, *Les obligations*, n° 408.

c'est-à-dire d'éléments qui varient d'une espèce à l'autre; et il est très-difficile de discuter et de critiquer des décisions de fait, puisque tout dépend de l'impression que font sur l'esprit du juge des circonstances qu'il est mieux à même d'apprécier que l'interprète, qui n'a sous les yeux qu'un recueil d'arrêts (1).

L'article 2021 donne un exemple de renonciation tacite: « Quand la caution s'oblige solidairement avec le débiteur, l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis sur les dettes solidaires. » Ces derniers termes sont trop absolus; la caution solidaire ne devient pas en tout un débiteur solidaire, il y a des différences sur lesquelles nous reviendrons. Un point est certain, c'est que la caution solidaire renonce au bénéfice de discussion; car l'effet essentiel de l'engagement solidaire contracté par la caution est de la faire considérer comme débiteur principal à l'égard du créancier, en ce sens que le créancier peut poursuivre la caution comme si elle était tenue seule au paiement de la dette (art. 1200) (2).

**207.** La solidarité a donné lieu à une difficulté. Un commerçant souscrit des billets à ordre sous la caution solidaire de son père. Un tiers garantit la solvabilité de la caution, et mit, à cet effet, son aval sur les billets. Celui-ci, actionné en paiement des billets, prétendit qu'il était un simple certificateur de caution; et, à ce titre, il opposa l'exception de discussion. Le demandeur soutint que le donneur d'aval était débiteur solidaire, et qu'à ce titre il ne pouvait se prévaloir du bénéfice de discussion. Il a été jugé par la cour de Paris que l'exception de discussion pouvait être invoquée par le donneur d'aval quand il n'est que certificateur de caution. Pourvoi en cassation. La chambre des requêtes décida que c'était une question d'intention: celui qui a mis son aval entendait-il s'obliger non-seulement comme certificateur de caution, mais encore comme débiteur solidaire? La cour d'appel s'était bornée à reconnaître l'intention du donneur d'aval de n'être tenu que comme

(1) Comparez Rejet, 16 mars 1852 (Daloz, 1852. 1, 102).  
 (2) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. V, p. 70, note 14.

certificateur de caution, en interprétant les termes de l'acte par lui souscrit, et cette interprétation est souveraine. Restait à savoir si le certificateur de caution avait renoncé au bénéfice de discussion en donnant un aval qui le rend débiteur solidaire. La cour de cassation dit que celui qui promet la solvabilité de la caution s'engage à payer, si celle-ci n'est pas solvable; c'est dire qu'il stipule virtuellement et nécessairement que la caution sera poursuivie avant lui (1).

**208.** Il y a des cas où, en vertu des principes généraux de droit, la caution ne peut plus opposer le bénéfice de discussion (2). Si elle succède au débiteur principal; et si elle est actionnée par le créancier, elle ne jouit plus des bénéfices de la caution, car le cautionnement est éteint par la confusion des qualités de débiteur et de caution dans la même personne; devenue débiteur principal comme héritier, la caution cesse d'être caution, puisque le débiteur ne peut pas être caution de lui-même.

La caution d'un vendeur forme contre l'acheteur une action en revendication; l'acheteur la repousse par l'exception de garantie, celui qui doit garantie ne pouvant pas évincer. Est-ce que, dans ce cas, la caution pourra invoquer le bénéfice de discussion et forcer l'acheteur d'exercer son recours avant tout contre le vendeur? Non, dit Pothier, car l'exception de discussion implique que le débiteur principal peut payer la dette; or, dans l'espèce, le vendeur ne pourrait pas satisfaire à la garantie en défendant l'acheteur contre la revendication de la caution, celle-ci seule peut défendre l'acheteur; elle le doit comme garantie; donc il n'y a pas lieu de discuter les biens du débiteur principal (3).

L'insolvabilité du débiteur principal est notoire: la caution pourra-t-elle néanmoins opposer au créancier le bénéfice de discussion? Non, quoique la loi ne le dise pas en termes formels, cela résulte implicitement des conditions qu'elle prescrit pour que la caution puisse jouir du bénéfice

(1) Rejet, 4 mars 1851 (Dalloz, 1851, 1. 123).

(2) Pont, *Des petits contrats*, t. II, p. 85, n° 158.

(3) Pothier, *De la vente*, n° 177.

de discussion; elle doit indiquer les biens du débiteur principal que le créancier puisse discuter utilement; or, si le débiteur n'a pas de biens, ou si ses biens sont saisis par des créanciers hypothécaires, toute discussion devient impossible (1).

**209.** Peut-on admettre des exceptions au bénéfice de discussion qui ne résultent pas des principes généraux? Non (n° 205). Telle est l'exception que quelques auteurs admettent en matière commerciale. Les règles établies sur le cautionnement par le code civil sont applicables en matière de commerce, à moins que le code de commerce n'y déroge; or, aucun texte de ce code ne parle du bénéfice de discussion, il ne peut donc y avoir de dérogation. Cela est décisif (2).

On est étonné de lire dans le Commentaire de Troplong sur le cautionnement que tous les auteurs s'accordent à reconnaître qu'entre marchands il n'y a pas lieu au bénéfice de discussion. Et quand même tous les auteurs le diraient, il faudrait encore voir s'ils ont raison: ont-ils le droit de créer une exception que la loi ignore? Voilà une de ces questions qu'il suffit de poser pour les résoudre. Il n'y a pas d'argument qui puisse donner à l'interprète le pouvoir de faire la loi. Et ceux que Troplong allègue ne sont certes pas faits pour justifier une pareille usurpation. Dire que « dans les matières commerciales la confiance, le crédit, la bonne foi doivent être exubérants », c'est faire une phrase. Ajouter que « cette exception n'y serait qu'une entrave à la marche des affaires, qui doivent arriver promptement à conclusion », est une raison à l'adresse du législateur; or, l'interprète n'a pas à voir ce que le législateur aurait dû faire, il doit se borner à voir ce qu'il a fait. Troplong ajoute « que, dans les opérations de commerce, le cautionnement n'est *pas toujours* gratuit; et comment alors le fidéjusseur pourrait-il s'abriter derrière une exception introduite pour celui qui se charge généreusement de la dette d'autrui? » Les mauvais arguments

(1) Paris, 21 avril 1806 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 370, 2°).

(2) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 69, note 13, et les auteurs qu'ils citent. Pont, t. II, p. 85, n° 158.

trahissent les mauvaises causes. De ce que le cautionnement n'est *pas toujours* gratuit, peut-on conclure que la caution commerciale ne jouit *jamais* du bénéfice de discussion? Il faudrait au moins limiter l'exception au cas où le cautionnement est intéressé, et, par suite, il faudrait admettre la même exception en matière civile. Et, en procédant ainsi, l'interprète ne ferait-il pas la loi (1)?

N° 2. DES CONDITIONS REQUISES POUR LE BÉNÉFICE DE DISCUSSION.

**210.** Le rapporteur du Tribunal établit le principe que le code suit en cette matière. La loi prescrit des conditions rigoureuses pour l'exercice du droit qu'elle accorde à la caution : pourquoi se montre-t-elle si sévère alors qu'il s'agit d'un bénéfice? La loi veut, dit Chabot, que la discussion réclamée soit de nature à être courte et facile, qu'elle n'expose pas le créancier à des retards considérables ou à des contestations pénibles; et, enfin, que le créancier ne soit pas tenu d'en avancer les frais (2). Ces conditions ont été critiquées, au sein du Tribunal, par Goupil-Préfeln. Il considère le bénéfice de discussion comme un droit inhérent au cautionnement; et, à ce point de vue, il n'a pas tort de dire que le bénéfice doit être organisé de façon que la rigueur des conditions auxquelles on le soumet ne le rende pas illusoire. Mais le point de départ est-il exact? Est-il vrai de dire que l'engagement de la caution se réduit à garantir, au profit du créancier, le paiement de la dette, après que celui-ci aura inutilement discuté le débiteur dans ses biens (3)? Chabot rétablit les vrais principes; nous transcrivons ses paroles, c'est le meilleur commentaire de la loi.

« Le cautionnement a pour objet d'assurer l'exécution de l'obligation principale; mais pour que l'obligation principale soit exécutée *comme elle doit l'être*, il faut que la dette soit acquittée à son échéance; la caution est donc te-

(1) Troplong, *Du cautionnement*, n° 233.

(2) Le principe est emprunté à Pothier, *Des obligations*, n° 412.

(3) Discours de Goupil-Préfeln, dans la séance du 21 pluviôse an XII (Loché, t. VII, p. 429-432).

nue, non pas seulement de payer la dette lorsque le débiteur n'y satisfait point lui-même, mais encore de la payer à l'échéance du terme fixé par la convention. Il en résulte qu'à l'instant de l'échéance du terme, si le débiteur ne paye pas, le créancier devrait avoir le droit de contraindre la caution au paiement. »

Tel est le droit strict. La loi y déroge en accordant à la caution le *bénéfice* de discussion; c'est une faveur considérable, puisque la caution obtient un délai que n'a pas le débiteur, et se trouve ainsi dégagée de l'une des obligations principales du débiteur, le paiement à l'échéance du terme. Puisque c'est un bénéfice, la loi qui l'accorde peut y mettre telles conditions qu'elle juge convenables; elle doit veiller surtout à ce que la dérogation au droit du créancier se concilie avec l'équité (1).

**211.** « Le créancier n'est obligé de discuter le débiteur principal que lorsque la caution le requiert, sur les premières poursuites dirigées contre elle » (art. 2022). Cela veut-il dire, comme l'a jugé la cour de Paris, que l'exception de discussion doit être opposée *dès l'entrée de la cause*, ou, comme on dit, *in limine litis* (2)? On peut citer à l'appui de cette interprétation le rapport de Chabot : « Le créancier n'est tenu de discuter le débiteur principal que lorsque la caution le requiert expressément, et il faut même qu'elle le requière sur les premières poursuites exercées contre elle; elle serait non recevable, si elle avait défendu au fond, c'est une *exception dilatoire* qui doit être opposée *in limine litis*. Il serait trop pénible pour le créancier que la caution qui l'aurait fatigué par de longues chicanes pût encore éloigner le paiement de la dette en demandant la discussion du débiteur. » Il est vrai que l'exception de discussion n'est que *dilatoire*, et ces exceptions doivent, en général, être opposées de suite. Mais le bénéfice de discussion est une exception toute spéciale, et c'est pour des motifs spéciaux que le législateur a voulu qu'elle fût opposée sur les premières poursuites. Dans l'ancien droit, il y avait

(1) Réponse de Chabot, dans la séance du 23 pluviôse an XII (Loché, t. VII, p. 433 et suiv.).

(2) Paris, 21 avril 1810 (Daloz, au mot *Cautionnement*, n° 370, 2°).

controverse sur la nature de l'exception de discussion. Beaucoup d'auteurs soutenaient qu'elle était péremptoire, et ils en concluaient qu'elle pouvait être opposée en tout état de cause; un arrêt du parlement de Toulouse l'avait jugé ainsi. Pothier, au contraire, enseignait que l'exception était dilatoire, puisqu'elle tendait à différer l'action du créancier contre la caution, et non à l'exclure entièrement. Dans cette opinion, l'on appliquait la règle générale qui veut que toute exception dilatoire soit opposée avant la contestation en cause (1).

Le projet de code civil portait simplement que le créancier n'est obligé de discuter le débiteur que lorsque la caution le requiert, ce qui semblait permettre à la caution d'opposer l'exception en tout état de cause. Cette rédaction a été changée sur la proposition du Tribunal; il importe de constater quel a été le but du changement. On lit dans les Observations de la section de législation : « La section propose d'ajouter ces mots : *sur les premières poursuites dirigées contre elle*. Si, en effet, différentes poursuites ont eu lieu contre la caution, sans qu'elle ait requis la discussion des biens du débiteur, *elle est censée avoir renoncé* à la faculté que la loi lui donne. Le créancier ne doit pas être le jouet du caprice de la caution; il doit pouvoir achever la route dans laquelle le silence de la caution l'a laissé avancer (2). » Le Tribunal ne dit pas que le bénéfice de discussion est une exception dilatoire; si la caution ne peut plus opposer le bénéfice après les premières poursuites, c'est parce que son silence implique une renonciation; il faut donc voir si réellement le silence de la caution a cette signification; partant, la question se résout en une difficulté de fait. C'est la remarque de Merlin : « Il ne résulte pas, dit-il, de l'addition proposée par le Tribunal, que le code civil refuse la discussion au fidéjusseur lorsqu'il ne l'a pas proposée à l'entrée de cause; on doit seulement en conclure qu'il ne peut pas en exciper lorsqu'il a élevé des contestations propres à faire présumer qu'il a renoncé à

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Caution*, § IV, n° 1 (t. III, p. 470). Pothier, *Des obligations*, n° 410. Pont, t. II, p. 89, n° 167.

(2) Observations du Tribunal, n° 5 (Loché, t. VII, p. 412).

cette exception. » Merlin ajoute que le texte du code n'implique pas que le bénéfice de discussion doive être opposé *in limine litis*; les mots *sur les premières poursuites* ne sont pas synonymes de l'expression *entrée de cause*. C'est donc une question de fait. Généralement il y aura renonciation au bénéfice si la caution intéressée à l'opposer de suite, ne le fait point. Toutefois il se peut qu'elle n'ait pas entendu renoncer à un bénéfice que, dans les circonstances de la cause, elle ne pouvait pas même faire valoir. Merlin donne cet exemple. La caution prétend que le cautionnement est nul, elle plaide et succombe. Peut-elle encore opposer l'exception de discussion? Merlin répond que cela n'est pas douteux. En effet, la caution qui soutient que le cautionnement est nul, se trouve dans l'impossibilité d'opposer le bénéfice de discussion, puisque en l'opposant elle reconnaîtrait qu'elle est caution, tandis qu'elle prétend qu'elle ne l'est point (1).

**212.** « La caution qui requiert la discussion doit avancer les deniers suffisants pour la faire » (art. 2023). Cette condition est une de celles qui ont été vivement attaquées au sein du Tribunal : assujettir la caution, disait le tribun Goupil-Préfeln, à faire l'avance des frais qu'exigera la discussion, c'est lui accorder d'une part un bénéfice, et de l'autre le lui enlever implicitement. Chabot lui répondit, et la réponse est péremptoire : « En faveur de qui est faite la discussion des biens du débiteur? Ce n'est pas en faveur du créancier, puisqu'elle le force à des poursuites désagréables et qu'elle éloigne le paiement de la dette lorsqu'il pourrait, à l'instant même, contraindre la caution au paiement. La discussion n'est donc faite que pour le fidéjusseur; elle n'a d'autre objet que de l'exempter du paiement; elle ne profite qu'à lui, puisqu'elle lui procure sa décharge, ou au moins un délai. N'est-il pas juste qu'il avance les fonds nécessaires pour une discussion qui n'est admise que dans son intérêt? »

On demande si la caution doit offrir d'avance les frais

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Caution*, § IV, n° 1. Duranton, t. XVIII, p. 347, n° 334. L'opinion de Merlin est suivie par tous les auteurs.