

## CHAPITRE I.

## DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT.

## SECTION PREMIÈRE.

*De l'effet du cautionnement entre le créancier et la caution.*

## ARTICLE 2021.

La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur; auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires.

## SOMMAIRE.

224. En droit strict, le créancier ne devrait avoir aucune exception à redouter lorsqu'il lui plaît d'actionner le fidéjusseur plutôt que le débiteur principal.  
 225. Introduction du bénéfice de discussion par Justinien.  
 226. Suite.

227. Il n'est pas accordé aux argentiers fidéjusseurs.  
 228. Mais Justinien permet aux argentiers de stipuler que ceux qui cautionnaient leurs débiteurs renonceraient au bénéfice de discussion.  
 229. Le droit français admet le bénéfice de discussion, mais il permet d'y renoncer. Plusieurs jurisconsultes le considèrent comme *de apicibus juris civilis*.  
 230. Le Code civil l'a admis; il est conforme à l'équité; c'est un procédé humain.  
 231. Néanmoins la discussion du débiteur n'est pas un préalable qui rende le créancier absolument non recevable lorsqu'il agit *primâ fronte* contre la caution. — La preuve, c'est que le fidéjusseur doit demander la discussion *in limine litis*.  
 Le bénéfice de discussion est moins un droit qu'une faveur.  
 L'obligation du fidéjusseur n'en reste pas moins pure et simple.  
 232. Il n'est pas vrai que le créancier ne puisse poursuivre le fidéjusseur qu'autant qu'il a mis le débiteur en demeure.  
 233. Le bénéfice de discussion n'a pas lieu dans les matières de commerce entre commerçants.  
 234. Le bénéfice de discussion n'a pas lieu quand il est notoire que le débiteur est insolvable.  
 Renvoi à l'art. 2023.  
 235. Autre cas où cesse le bénéfice de discussion.  
 236. Autre.  
 237. Autre.  
 238. Autre.  
 239. De la renonciation au bénéfice de discussion.  
 240. Des renonciations virtuelles et tacites.  
 Du fidéjusseur qui s'oblige *comme débiteur principal*.  
 De quelques clauses de style.  
 241. Le fidéjusseur qui s'oblige *solidairement* renonce au bénéfice de discussion.  
 242. Le certificateur de caution qui s'oblige pour une caution

qui a renoncé au bénéfice de discussion n'est pas censé y avoir renoncé pour lui-même.

243. Des conditions auxquelles est surbordonné le bénéfice de discussion.

244. But de la discussion.

245. Le créancier qui prétend que la discussion a été insuffisante doit le prouver.

Le fidéjusseur peut lui opposer qu'il a échoué par sa faute, et qu'il s'est mis par son propre fait dans l'impossibilité d'exercer utilement ses actions.

Renvoi pour ce dernier point.

246. Comment s'imputent les paiements partiels faits par le débiteur, alors que le créancier veut agir contre le fidéjusseur qui a prêté un cautionnement partiel.

247. Suite.

#### COMMENTAIRE.

224. Si le législateur avait voulu obéir à une logique inflexible, il aurait fait le raisonnement suivant. Le cautionnement a pour but d'étendre au fidéjusseur l'obligation principale. « *Idem fide tuâ esse jubes ? — Idem fide meâ esse jubeo.* » Il a donc pour résultat nécessaire de permettre au créancier de s'adresser au fidéjusseur tout aussi directement qu'il a le droit de s'adresser au débiteur lui-même. Le cautionnement a mis deux obligés sous la main du créancier. Il est maître de choisir celui des deux qu'il lui est le plus commode ou le plus utile d'atteindre (1).

Ces idées, justes, rationnelles, conformes au but du cautionnement, ont longtemps inspiré le droit

(1) V. un passage de Pothier, n° 413.

*Infra*, n° 534.

romain. Nous les trouvons en pleine vigueur à l'époque des Antonins, et, par exemple, on voit, en 209, Alexandre Sévère désapprouver la décision de ses procureurs qui avaient ordonné à un créancier d'actionner le débiteur principal avant de recourir aux fidéjusseurs (1). « *Jure nostro, dit Caracalla, est potestas creditori, relicto reo, eligendi fidejussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur* (2). » Cette jurisprudence se soutient du temps de Dioclétien : *Habeat creditor liberam electionem* (3). Aussi les fidéjusseurs qui voulaient se mettre à l'abri d'un recours direct et en premier ordre avaient-ils la précaution de ne s'engager que par la formule suivante : *Quantò minùs servari potuerit, fide tuâ jubes ? — Fide meâ jubeo* (4). Ou bien : *Si reus quadraginta, quæ ei credidi, non solverit, fide tuâ esse jubes* (5). C'est ce que les interprètes ont appelé *fidejussio indemnitalis* (6). Alors la discussion préalable était de droit ; elle était la condition formelle sous laquelle le fidéjusseur s'était engagé.

225. Mais sous Justinien il s'opéra un changement considérable. Ce prince, par une nouvelle cé-

(1) L. 4, C., *De fidejussoribus*.

(2) L. 5, C., *De fidejussorib.*

(3) L. 49, C., *De fidejussorib.*

*Junge* l. 23 (*loc. cit.*).

(4) Papinien, l. 52, D., *De fidej.*, et 116, D., *De verb. oblig.*  
V. aussi Scævola, l. 63, D., *De fidej.*

(5) L. 16, § 6 (Julianus), D., *De fidej.*

(6) Voët., *De fidej.*, n° 38.

lèbre (1), voulut que le créancier modérât son droit d'inquiéter la caution (elle qui n'avait rien reçu), plutôt que le débiteur principal, c'est-à-dire celui qui a profité de l'obligation et dans l'intérêt duquel le contrat a été passé : « *Sed veniat primum ad eum qui aurum accepit, debitumque contraxit.* » Cette exception accordée à la caution est connue dans la jurisprudence sous le nom de *bénéfice de discussion*. Justinien, dans la préface de sa nouvelle, prétend qu'il ne fait que remettre en vigueur, en l'améliorant, une ancienne loi (2) tombée, on ne sait comment, en désuétude (3). Quelle est cette loi? N'était-elle pas en vigueur du temps de Quintilien, et n'est-ce pas à elle que cet auteur fait allusion lorsque, après avoir fait ressortir la générosité de la caution et son obligation si pénible de payer les dettes d'autrui, il ajoute : *Non aliter, salvo pudore, ad sponsorem venit creditor quam si recipere à debitore non possit* (4)? Il est certain, du reste, qu'il n'en existe pas de trace dans les écrits des jurisconsultes romains qui sont parvenus jusqu'à nous. Cujas croit qu'elle est très ancienne et qu'il faut peut-être la reporter aux douze tables (5). Il en trouve des vestiges dans la correspondance

(1) Nouvelle 4, c. 1.

*Infrà*, n° 523.

(2) *Legem antiquam positam quidam olim.*

(3) *Usu verò, nescimus quemadmodum, non approbatum.*

(4) *Declam.* 273.

(5) Exposition de la novel. 4 : « *Vetusissima enim est et forsitan XII tabularum.* »

de Cicéron avec Atticus, et particulièrement dans la lettre 14 du livre 12, où le grand orateur dit à son ami : « Vous m'écrivez que vous avez été appelé en justice par Junius comme mon procureur. » Je ne sais si je suis caution de Cornificius père ou de son fils. Consultez là-dessus les gens d'affaires de Cornificius. Du reste, il n'y a rien à craindre, » *Cornificius est riche.* » *Quod scribis, à Junio te appellatum; omninò Cornificius locuples est. Sed tamen scire velim, quandò dicar spondisse et pro patre, an pro filio; neque eò minùs, ut scribis, procuratores Cornificii videbis* (1). »

Quoi qu'il en soit, Justinien nous apprend que cette antique loi était insuffisante en certains points; que, par exemple, en cas d'absence du débiteur principal, elle n'avait pas pourvu au droit du créancier en lui permettant d'agir avec assez de promptitude contre le fidéjusseur; que Papinien (*Papinianus Maximus*), frappé sans doute des inconvénients qu'avait la longue procédure nécessaire pour discuter un absent (2), fut le premier à introduire l'usage de poursuivre en pareil cas, sans procédure préalable, les *sponsores*, les *intercesseurs* et les *fidéjusseurs* (3). Le nom de Papinien prononcé ici ne nous reporte-t-il pas à l'année 209 et à la loi 5 au C., *De fidejussorib.*? Serait-ce cette loi 5 qui

(1) Cicéron revient là-dessus, *epist.* 17 et 19 du livre 12 (édit. Panck., t. 23, p. 230, 241 et 242).

(2) Pothier, n° 410.

(3) Cap. 1 de la nouvelle 4.

aurait été préparée par Papinien et aurait hâté l'abrogation de la loi plus ancienne restaurée par Justinien ?

Quoi qu'il en soit, cette abrogation laissa toujours subsister l'ancien droit à l'égard du fisc. Cujas en fait la remarque, et il la corrobore par des textes nombreux (1).

226. Voilà donc le bénéfice d'ordre ou de discussion consacré par Justinien (2). Tout fidéjusseur inquiété par le créancier peut exiger que celui-ci discute d'abord le débiteur principal, de telle sorte qu'il n'ait d'action que pour ce qu'il n'aura pu recevoir de ce débiteur. En cas d'absence du débiteur, il ne faudra pas (comme le voulait Papinien) procéder avec une si grande promptitude contre le fidéjusseur. Il y a un milieu à prendre. Le juge accordera au fidéjusseur un délai raisonnable pour appeler en cause le débiteur défaillant et le faire comparaître. Passé ce délai, l'action suivra son cours contre le fidéjusseur.

227. Les argentiers cependant sont exceptés de cette concession faite à la cause si favorable des fidéjusseurs. Les argentiers fidéjusseurs continueront à pouvoir être actionnés en premier ordre

(1) L. Moschus, D., *De jure fisci*.

L. 4, C., *De conv. fisci debitor.*; l. 5, C., *De sent. et interl. jul.*

(2) Il y revient dans la préface de sa nouvelle 136. V. mon com. des *Hypothèques*, t. 3, n° 796.

suivant le choix du créancier (1). Cette exception était commandée par la nature des services que les argentiers étaient appelés à rendre, et par la confiance qui devait s'attacher à leur intervention (2).

228. Mais ce corps puissant et âpre au gain ne put longtemps supporter sans réclamation une situation qui constituait les argentiers fidéjusseurs actuellement et directement responsables, tandis que si leurs emprunteurs leur donnaient des cautions, celles-ci pouvaient opposer l'exception de discussion. Ils portèrent leur doléance à l'empereur, qui pour les satisfaire leur permit de stipuler, dans les contrats de cautionnement qui seraient passés à leur profit, que le fidéjusseur renoncerait au bénéfice de discussion et consentirait à être recherché, « *non expectato constitutionis gradu.* » Justinien considère qu'il est permis à chacun de renoncer à un droit introduit en sa faveur. « *Non videtur contra legem esse, propterea quod unicuique integrum est his, quæ ipsi à lege data et concessa sunt, renuntiare* (3). » On pense bien que les argentiers profitèrent de cette permission et qu'ils firent subir à tous les fidéjusseurs de leurs débiteurs la condition de renoncer à la nouvelle.

229. Le droit français reçut assez tardivement

(1) Nouvelle 4, c. 3, § 1, *in fine*, et préface de la nouvelle 136. V. Pothier, *Pandect.*, t. 3, p. 336, n° 44.

(2) Marsili, n° 8.

*Infrà*, n° 233.

(3) Novel. 136, c. 1.

Et Pothier, *l.c. cit.*

le bénéfice de discussion et on n'en trouve pas de trace dans Beaumanoir. En l'adoptant, il permit d'en atténuer la gêne pour le crédit, et généralisa le droit de renoncer à ce bénéfice (1). Les renonciations à la nouvelle, ou à l'authentique *Præsente* qui résume la nouvelle (2), furent extrêmement fréquentes (3). La coutume de Bourgogne crut même devoir abolir le bénéfice de discussion, tant il était devenu d'usage d'y renoncer dans les contrats (4). Il fut cependant conservé dans notre ancienne jurisprudence, sauf le droit d'y renoncer, et les auteurs ne manquent pas d'avertir que les clauses de renonciation, quoique presque de style, ont une importance sur laquelle il ne faut pas se faire illusion (5). Le bénéfice de discussion resta donc dans notre ancienne jurisprudence à titre de pure exception dilatoire (6), soumise à certaines conditions, médiocrement favorable (7) et placée au rang des moyens que l'on appelait *de apicibus juris* (8). La preuve de ce peu de faveur, c'est que lorsque la discussion était opposée à l'action du créan-

(1) Pothier, n° 409.

Coquille sur Nivernais, ch. 32, art. 10.

V. Bourbonnais, art. 114.

(2) Au C., *De fidej.*

(3) Dumoulin, *De usuris*, q. 7.

Marsil., n° 7.

(4) Art. 3 du tit. 5. Voy. la note de Dumoulin sur cet article.

(5) Pothier, n° 411.

(6) Marsil., n° 7.

(7) V. mon com. de l'art. 2170, *Hyp.*, t. 3, n° 796.

(8) Plumb., *De disc.*, n° 25, d'après Balde.

cier, celui-ci pouvait exiger que le fidéjusseur fournît les deniers nécessaires pour la faire. Le commerce ne l'admit pas, comme nous le verrons bientôt. Le droit canonique persista à le repousser (1).

230. Venons au Code civil.

Il n'a pas cru pouvoir refuser à la caution le bénéfice de discussion. Il lui a semblé que ce bénéfice n'était pas exempt de faveur et que peut-être il y avait quelque exagération à le placer au nombre des pointilles du droit civil. Il s'est rangé à l'opinion des juristes qui le défendaient comme conforme à l'équité (2), et des moralistes qui le conseillaient comme un procédé humain (3). Le bénéfice de discussion a été environné, d'ailleurs, de précautions qui en préviennent les abus. En indiquant au créancier que le principal débiteur doit être le premier objet de ses poursuites, il tend à simplifier la marche des affaires, à prévenir les recours de la caution contre celui qu'elle a cautionné, à éviter les complications de litiges et les procès (4).

231. Du reste, hâtons-nous de prévenir une erreur dangereuse en cette matière.

En rattachant l'art. 2021, qui consacre le bénéfice de discussion, à l'art. 2011 qui définit le cautionnement, il semblerait que le créancier, ne pou-

(1) Maur., p. 576, n° 81.

(2) Rot. gen., *décis.* 90, n° 10 : « *Imò excussio habet in se summam æquitatem et opponi potest quando de æquitate proceditur.* »

*Infra*, n° 531.

(3) Quintilien.

(4) Favre, C., 7, 28, 1.

vant agir contre la caution que sous la condition que le débiteur principal n'a pas satisfait lui-même à l'obligation, est dans la nécessité absolue de discuter le débiteur avant de rechercher la caution, attendu que la discussion est la seule preuve radicale que le débiteur est impuissant à payer.

Mais ce raisonnement serait vicieux. L'art. 2011 ne dit pas que le fidéjusseur ne se soumet à payer qu'autant que le débiteur ne satisfait pas, ne peut pas satisfaire et ne satisfera pas à son obligation. Il n'exige que la circonstance seule et unique que le débiteur ne satisfasse pas actuellement à ce qu'il doit. Or, la discussion n'est nécessaire que pour prouver que le débiteur ne peut satisfaire et ne satisfera pas à l'obligation; elle est inutile pour établir qu'il n'a pas payé. Le défaut de paiement actuel est un fait qui n'a pas besoin d'une procédure aussi dispendieuse que celle de la discussion d'un patrimoine pour être mis en lumière.

Aussi l'art. 2022 déclare-t-il que la discussion du débiteur principal n'est pas un préliminaire dont l'omission rende non recevable l'action du créancier contre le fidéjusseur. Cet article établit en termes exprès que cette action est parfaitement recevable, tellement que si le fidéjusseur ne demande pas *in limine litis* la discussion du débiteur, l'action doit suivre son cours. Il suit de là que l'exception de discussion est moins un droit qu'une faveur, et qu'on a raison de l'appeler bénéfice de discussion (1). Elle ne découle pas de l'essence de la

(1) *Suprà*, n° 23; *infra*, n° 534.

fidéjussion. C'est pourquoi il ne faut pas confondre l'obligation pure et simple du fidéjusseur (1) avec les clauses suivantes dont le droit romain nous donne des exemples : *Quantò minùs servari potuerit fide tuà jubes* (2). Par de telles stipulations, le créancier était obligé de droit à discuter le débiteur. La caution n'était tenue que sous cette condition : *si à Titio exigi non poterit* (3). Il ne suffisait pas que le débiteur principal ne payât pas; il fallait qu'il fût constant qu'il ne pouvait pas payer; il fallait, en un mot, une discussion en forme, sans quoi l'action du créancier était mal intentée et non recevable. *Ante Titium excussum non rectè petetur* (4).

Le cautionnement, dans son état normal, ne contient pas en soi une condition pareille (5). Le fidéjusseur ne dit pas : « *Je paierai si Titius, débiteur principal, ne peut payer.* » Si donc le bénéfice de discussion lui est accordé, ce n'est pas à titre de droit; ce n'est qu'à titre d'humanité, de faveur pour une personne qui s'est engagée à payer la dette d'autrui.

232. Mais du moins ne faudra-t-il pas que le créancier, pour poursuivre dûment la caution, jus-

(1) Pothier, n° 413.

(2) Papinien, l. 52, D., *De fidejuss.*

Le même, l. 116, D., *De verb. obligat.*

Scævola, l. 63, D., *De fidejuss.*

(3) Papin., l. 116, D., *De verb. oblig.*

(4) *Id.*

(5) *Suprà*, n° 23.

tifie qu'il a constitué le débiteur principal en demeure de satisfaire à son obligation? Sans quoi la caution ne pourra-t-elle faire déclarer le créancier non recevable quant à présent?

L'affirmative est enseignée par M. Delvincourt. Cet estimable professeur veut que le créancier soit repoussé dans son action s'il n'administre pas la preuve de la mise en demeure du débiteur. Il se fonde sur les dernières expressions de l'art. 2011 du C. c., et sur la loi 16, § 6, au D., *De fidejussoribus* (1). M. Zacchariæ (2) et M. Ponsot (3) estiment au contraire que cette opinion, presque universellement condamnée par la pratique, prête à l'art. 2011 un sens qu'il n'a pas, et ajoute à la loi des formalités inutiles.

Que dit donc la loi romaine invoquée par M. Delvincourt? Julianus s'occupe d'un fidéjusseur ainsi engagé : *Si reus quadraginta quæ ei credidi, non solverit, fide tuâ esse jubes?* Et il se demande si la demeure du débiteur nuit ou non à la caution. Sa réponse est celle-ci : « *Verisimile id actum, ut cum appellatus reus non solvisset, fidejussor teneretur.* » Et c'est là la reproduction du principe écrit dans la loi 88, D., *De verb. oblig.* (4) : « *Mora rei fidejussori quoque nocet* (5). » Il suffit donc que le débiteur

(1) T. 3, suivi par M. Duranton, t. 18, n° 331.

(2) T. 3, p. 156.

(3) N° 33.

(4) Paul (lib. 6, ad Plautum).

(5) *Junge* Paul, l. 49, D., *De verb. oblig.*  
Et *Sævola*, l. 44, D., *De operis libert.*

soit en demeure pour que le fidéjusseur y soit aussi par un contre-coup nécessaire. Mais quand la mise en demeure du débiteur n'est pas une circonstance préalable nécessaire pour établir qu'il n'a pas payé, une interpellation à sa personne devra-t-elle être faite pour que le fidéjusseur soit obligé? Nullement, et, par exemple, si le débiteur vient à mourir avant d'avoir été interpellé, le fidéjusseur n'en sera pas moins tenu. La condition de la fidéjussion doit s'entendre ici en ce sens : « si le débiteur n'a pas payé pendant sa vie. » Et puisque le débiteur est décédé sous le poids de sa dette, il est certain dès lors que le fidéjusseur doit répondre à sa place. « *Quia hoc quoque casu verum est reum non solvisse.* »

Ainsi, de quelque manière qu'il résulte que le débiteur n'a pas payé, l'action du créancier est bien fondée. La seule condition à laquelle le cautionnement est subordonné est celle-ci : Le débiteur a-t-il, oui ou non, payé comme il le devait? S'il n'a pas payé, l'action contre le fidéjusseur est bien intentée.

L'article 2011 n'a pas un autre sens.

Il est vrai que si le débiteur n'était tenu de payer qu'après une mise en demeure, la caution, qui peut se prévaloir de toutes les exceptions propres au débiteur (1), dirait au créancier qui n'a pas rempli cette formalité : *Mettez-vous en règle*, etc. En ce point, l'opinion de M. Delvincourt est excellente. Mais si la nature de l'obligation princi-

(1) Art. 2036.