

préférence aux intérêts, si le créancier n'y consentait pas? Or, la caution, qui n'a à cet égard que ses exceptions, peut-elle être investie de droits plus étendus (1)?

247. Ceci nous conduit à cette autre question :

Pierre doit 10,000 : Jacques le cautionne pour 5,000. On discute les biens de Pierre, qui ne produisent que 5,000. Le créancier aura-t-il recours contre Jacques pour les 5,000 qui restent? L'affirmative est certaine. Il serait sans doute commode pour le fidéjusseur d'échapper, par une imputation, aux obligations qu'il a acceptées. Mais où serait l'équité? On l'a pris pour fidéjusseur précisément afin que son cautionnement partiel garantisse, dans le total de la dette, la partie qui jusqu'à due concurrence ne serait pas payée; et lorsqu'il a renvoyé le créancier à une discussion préalable, il est censé avoir contracté l'obligation de payer *quantò minus servari potuerit* (2). Pourvu donc qu'on ne lui demande pas plus que ce qu'il a promis, il doit être prêt à satisfaire le créancier.

Le contraire a cependant été jugé par arrêt du parlement de Paris du 3 août 1709 (3), sous prétexte que le paiement doit s'imputer sur la

(1) M. Ponsot aussi combat Basnage, nos 115 et 544. *Infrà*, n° 490.

(2) Arg. de la loi 52, D., *De fidej.*
Suprà, n° 224.

(3) Brillouin, v° *Caution*, n° 253.
Augeard, t. 2, ch. 89.

dette la plus onéreuse (1), et que l'obligation contractée sous un cautionnement est plus onéreuse que celle qui est contractée purement et simplement. Mais cette règle est ici fort mal appliquée, et cet arrêt ne vaut rien. Il méconnaît l'intention qui a présidé au cautionnement, l'utilité que le créancier a voulu en retirer, les garanties que le fidéjusseur lui a assurées. Une convention a plus de droit au respect des magistrats que des règles générales faites pour d'autres cas et détournées de leur véritable but (2).

ARTICLE 2022.

Le créancier n'est obligé de discuter le débiteur principal que lorsque la caution le requiert sur les premières poursuites dirigées contre elle.

SOMMAIRE.

248. Le créancier a, de droit, une action principale contre le fidéjusseur. Il faut que ce dernier déclare vouloir se prévaloir du bénéfice de discussion.
249. L'exception de discussion ne peut être suppléée.
250. Cette exception doit être proposée sur les premières poursuites.
251. Suite.
252. Suite.
253. Suite.
254. Suite.
255. Suite.
256. Suite.

(1) L. 3, D., *De solut.*

(2) *Junge* M. Ponsot, n° 545

COMMENTAIRE.

248. Le bénéfice de discussion est une faveur. Le fidéjusseur doit faire connaître s'il a l'intention d'en user. Le créancier n'est pas dans l'obligation précise d'arranger sa poursuite de manière à actionner d'abord le débiteur principal, puis, subordonné et *in subsidium*, le fidéjusseur. Il a action directe et principale contre le fidéjusseur, et ce n'est que par l'effet d'un privilège que ce dernier peut lui dire : « Allez épuiser les facultés du débiteur avant de recourir sur moi. »

249. L'exception de discussion est donc une de ces exceptions que le juge ne peut suppléer. Elle doit être formellement invoquée par la partie dans l'intérêt particulier de laquelle elle a été établie (1).

250. Mais peut-elle être invoquée en tout état de cause ? Ou bien faut-il que le fidéjusseur s'en prévale lors des premières poursuites ?

Les opinions étaient divergentes dans l'ancien droit.

Les uns voulaient qu'elle pût être proposée en tout état de cause, même en appel (2) ; d'autres

(1) Arrêt du parlement de Paris du 1^{er} sept. 1705, rapporté par Bretonnier sur Henrys.

Pothier, n° 410.

Favre, *Code*, 6, 35, 8.

Contrà Plumb., *De disc.*, n° 21.

(2) D'Olive, iv, 22.

Plumb., *De disc.*, n° 18.

Loyseau, ch. 8, liv. 3, n° 26.

Casaregis, *disc.* 171, n° 29.

qu'elle fût considérée comme exception dilatoire et que, par conséquent, le fidéjusseur qui aurait plaidé au fond sans l'avoir opposée fût censé y avoir renoncé (1).

Cette seconde opinion est celle que notre article a préférée. L'exception de discussion n'étant pas péremptoire, puisqu'elle ne détruit pas l'action, est couverte si elle n'est pas proposée sur *les premières poursuites*. Ce sont les expressions de la loi. Elles ont été introduites par suite d'un amendement du Tribunat (2). On a pensé qu'il ne fallait pas que le créancier fût le jouet de la caution ; le silence de la caution lors des premières poursuites a laissé le créancier se tracer sa voie ; serait-il raisonnable qu'elle vint après coup la lui fermer ?

251. Ainsi, lorsque la procédure a suivi son cours en première instance, et qu'un appel le porte ensuite devant la cour royale, le fidéjusseur n'est pas recevable à exciper pour la première fois du bénéfice de discussion (3). Il y a évidemment renoncé, aimant mieux se défendre par d'autres moyens.

252. Ainsi encore, si la caution a laissé prononcer la validité d'une saisie-arrêt faite sur elle ; si, sur une

(1) Guy-Pape, q. 50, et autres docteurs par lui cités.

Pothier, n° 410, et sur *Orléans* (t. 20, n° 34).

Arg. de la loi 12, C., *De except.*

Mon com. des *Hyp.*, t. 3, n° 801.

(2) Fenet, t. 15, p. 28.

M. Merlin, *Répert.*, v° *Caution*, § 4, n° 1.

(3) Cassat., 27 janvier 1839.

Toulouse, 30 avril 1836.

saisie de biens fonds, elle a laissé faire la notification; si elle a laissé vendre les meubles sur saisie-exécution ou sur saisie-brandon, dans tous ces cas, l'exception de discussion est perdue. Il y a renonciation tacite à s'en prévaloir (1).

253. Ainsi encore, si le fidéjusseur, au lieu d'exciper de la discussion, soutient que le créancier demande plus qu'il ne lui est dû, il est censé y renoncer. Il a préféré se défendre au fond, et, comme le disait M. Treilhard (2), « toute exception est couverte par une demande au fond. »

254. Mais en sera-t-il de même si le fidéjusseur commence par nier sa qualité de fidéjusseur ou l'existence même de la dette principale? A-t-il omis de se prévaloir de son exception sur les premières poursuites?

Bartole, Balde (3), Angelus, Alexandre, suivis par Marsili (4), enseignent l'affirmative; et c'est aussi la doctrine de Hering (5); M. Pigeau, sans les citer, professe, sous le C. c., une opinion conforme. Mais cette doctrine est trop rigoureuse, et voici pourquoi :

S'il n'y a pas de débiteur principal, il n'y a pas de caution; s'il n'y a pas de caution, il n'y a pas de bénéfice de discussion à invoquer. Avant tout donc, il faut savoir s'il y a une dette principale; et le

(1) M. Pigeau, l. 2, p. 5, t. 1, ch. 8, § 11.

(2) Fenet, t. 15, p. 40.

(3) Sur l'auth. *Contra qui, C., De non numerali pecun.*

(4) N° 19.

(5) C. 27, n° 210.

fidéjusseur qui soutient qu'il n'en existe pas n'est pas censé renoncer à son droit (1).

Lors même qu'il est reconnu qu'une dette principale existe, ne faut-il pas, avant de parler du bénéfice de discussion, de ce privilège particulier à la caution, savoir s'il y a une caution (2)? Et comment dès lors la caution qui nie sa qualité de caution pourrait-elle être censée avoir renoncé à un bénéfice qu'elle ne sera tenue d'invoquer que lorsqu'il sera certain qu'elle est investie de la qualité qui en est le principe?

255. De même, le fidéjusseur ne serait pas forclos s'il opposait au créancier un défaut de qualité, ou bien s'il soutenait que l'assignation est nulle (3).

256. A la règle que l'exception de discussion ne peut être proposée qu'*in limine litis*, Pothier, à la suite de nombreux docteurs (4), veut qu'on apporte une limitation pour le cas où les biens dont le fidéjusseur demande la discussion ne sont échus au débiteur principal que depuis la contestation en cause. Dans ce cas, Pothier pense qu'il ne saurait y avoir de forclusion, attendu que le fidéjusseur ne peut pas être censé avoir renoncé à une exception qui n'était pas encore née (5).

(1) M. Merlin, *loc. cit.*

(2) *Id.*

(3) Mon com. des *Hyp.*, t. 3, n° 801.

(4) Marsili les cite, n° 24 : ce sont Balde, Paul de Castro, Alexandre, etc., etc. V. aussi Favre, *Code*, 8, 6, 28.

(5) N° 411.

Cette opinion, combattue par M. Duranton (1) et M. Ponsot (2), me paraît cependant si équitable que je l'admets sans hésiter (3) avec MM. Merlin (4) et Zacchariæ (5). L'art. 2022 n'a pas voulu l'impossible, et on ne doit pas lui prêter une rigueur aveugle.

ARTICLE 2023.

La caution qui requiert la discussion doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, et avancer les deniers suffisants pour faire la discussion.

Elle ne doit indiquer ni des biens du débiteur principal situés hors de l'arrondissement de la cour royale du lieu où le paiement doit être fait, ni des biens litigieux, ni ceux hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur.

SOMMAIRE.

257. Il ne faut pas que le bénéfice de discussion dégénère en cause de perte pour le créancier.
 258. Précautions sages que le législateur a prises et qu'il devait prendre pour protéger le créancier.
 259. Le fidéjusseur doit indiquer les biens sur lesquels il entend faire porter la discussion.

(1) T. 18, n° 337.

(2) N° 191.

(3) Mon com. des *Hypothèques*, t. 3, n° 802 (bis).

(4) Répert., v° *Caution*, § 4, n° 1.

(5) T. 3, p. 157, et note.

260. Il doit avancer les deniers suffisants pour faire la discussion.
 261. Autre condition imposée par Justinien et non suivie dans le droit français.
 262. De l'indication des biens. Cette indication peut comprendre des biens meubles ou immeubles.
 263. Elle doit se faire en une fois.
 264. Suite et limitation.
 265. Ils ne doivent pas être d'une discussion trop difficile.
 266. Ils ne faut pas qu'ils soient litigieux ou trop fragiles.
 267. Il faut qu'ils soient dans la possession du débiteur.
 268. Erreur du tribun Goupil de Préfeln à cet égard.
 Réponse de M. Chabot.
 269. Différence entre l'art. 2023 et l'art. 2171.
 270. Lorsque plusieurs se sont engagés solidairement et qu'un seul fidéjusseur a cautionné l'un d'eux, ce fidéjusseur peut-il demander que tous les débiteurs soient préalablement discutés?
 271. De l'avance des frais. Fondement de cette obligation. L'ancien droit l'imposait comme le nouveau.
 272. Mais il ne l'imposait que pour la discussion des immeubles. La loi nouvelle l'impose pour la discussion des immeubles et des meubles.
 273. Du reste, l'avance des frais ne doit pas nécessairement être offerte par le fidéjusseur; il suffit qu'il offre l'avance lorsque le créancier le requiert.
 274. Entre les mains de qui doivent être déposés les frais avancés?
 275. C'est au tribunal à fixer le montant des avances si les parties sont en désaccord.

COMMENTAIRE.

257. L'exception de discussion n'est pas une entrave capricieuse que la loi permette de jeter sur les pas du créancier. Elle n'est octroyée que sur la confiance que le créancier, en détournant ses