



**HAL**  
open science

## La réforme du cautionnement civil par l'ordonnance du 15 septembre 2021 à l'aune des anciens droits

Romain Broussais

### ► To cite this version:

Romain Broussais. La réforme du cautionnement civil par l'ordonnance du 15 septembre 2021 à l'aune des anciens droits. Le droit du cautionnement depuis l'ordonnance du 15 septembre 2021, CEPRISCA, pp.9-41, 2023, 979-10-97323-11-0. <hal-04067055>

**HAL Id: hal-04067055**

**<https://hal.science/hal-04067055v1>**

Submitted on 29 Jan 2025

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0 - Attribution - Non-commercial use - No Derivative Works - International License

# LA RÉFORME DU CAUTIONNEMENT CIVIL PAR L'ORDONNANCE DU 15 SEPTEMBRE 2021 À L'AUNE DES ANCIENS DROITS

Romain Broussais

*Historien du droit de l'université de Rouen*

ἐγγύη πυχρά δ'άτη<sup>1</sup>

*Celui qui cautionne au profit d'autrui ira mal (Proverbes, 11, 15)<sup>2</sup>*

## Introduction

1. *Définition actuelle.* Le cautionnement est une « sûreté personnelle-type » qui recouvre historiquement une variété de garanties : le cautionnement judiciaire où la caution s'engage pour une partie au procès<sup>3</sup>, le cautionnement des offices publics, le cautionnement commercial – inhérente à la pratique des affaires<sup>4</sup>, et enfin le cautionnement civil pour les dettes non commerciales<sup>5</sup>. Il ne sera ici question que de ce dernier type de cautionnement codifié depuis 1804<sup>6</sup>. Réformé par l'ordonnance du 15 septembre 2021, il est désormais défini comme « le contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci »<sup>7</sup>. Le changement est mineur comparativement à l'ancienne définition issue du code Napoléon : « Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. »<sup>8</sup>. La pratique, l'identification, la définition et la conceptualisation du cautionnement civil sont cependant bien plus anciennes.

2. *Pratique cunéiforme et identification grecque.* Historiquement, la pratique, attestée en Mésopotamie, dès le XIX<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle avant J.-C.<sup>9</sup>, ne fait l'objet d'aucun effort de

---

<sup>1</sup> Proverbe grec : « si tu cautionnes, il t'arrivera bientôt malheur. » ou selon une autre traduction : « si tu cautionnes, tu perdras bientôt ton argent. », cf. L. BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la République athénienne*, t. 4 : *Le droit des obligations*, Chevalier-Marescq, 1897, p. 476 dont n. 4.

<sup>2</sup> Bible, Proverbes, 11, 15. La bible réprovoque le cautionnement et le gage qui s'exercent sur la personne du débiteur devenu otage ou esclave. Elle cherche à en adoucir les conséquences, v. H. M. WEIL, « Gage et cautionnement dans la Bible », *AHDO*, t. 2, 1938, p. 171-172, 222 sq.

<sup>3</sup> Courant au Moyen Âge, il se rattache à la pratique romaine de la fidéjussion *sistendi causi*, cf. J. MACQUERON, *Histoire des obligations. Le droit romain*, Faculté de Droit et de Science Politique, 1971, p. 384-385.

<sup>4</sup> Ne sera pas évoqué le *receptum argentarii* des cautionnements bancaires, cf. J. MACQUERON, *op. cit.*, p. 197 sq.

<sup>5</sup> J.-P. LÉVY, « Sûretés », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS dir., PUF, 2003, p. 1456-1457.

<sup>6</sup> Outre les références citées *infra*, v. J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010, p. 1086 sq. et P. OURLIAC, J. de MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. 1 : *Les obligations*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, p. 337 sq.

<sup>7</sup> Art. 2288 (nouv.) du c. civ.

<sup>8</sup> Art. 2288 anc. = art. 2011 du c. de 1804, cf. *Code Napoléon*, Imprimerie nationale, 1807.

<sup>9</sup> À Larsa (actuel Irak), sous les règnes de deux rois de la cité : Sin-Iribam (-1842/-1840) et Rim-Sin (-1822/-1763), cf. E. SZLECHTZER, « Le cautionnement à Larsa », *RHDFE*, t. 33, 1956, p. 1-24, 181-195.

définition, y compris dans les droits cunéiformes des périodes ultérieures<sup>10</sup>. Le terme dédié apparaît postérieurement en Grèce antique. Dans l'*Odyssée* d'Homère († ca. VIII<sup>e</sup> siècle avant J.-C.), ces garanties sont désignées au pluriel par le mot ἐγγύαι (ἐγγύη au singulier)<sup>11</sup>. Durant cette époque archaïque (-800/-480), loin d'être toujours accessoire, le cautionnement peut parfois être identifié comme le contrat par lequel un tiers intervient pour créer entre deux personnes le lien d'obligation : l'un ou l'autre supporte seul l'exécution de toute l'obligation, comme dans le cas de la vente<sup>12</sup>. Usité ensuite au singulier à l'époque classique (-480/-323), dans l'*Éthique à Nicomaque* d'Aristote († 322 avant J.-C.) par exemple<sup>13</sup>, ce contrat bénéficie d'une nouvelle acception. Tous les contrats, même la vente, pouvant désormais être conclus sans intermédiaire. La pratique atteste toujours de la présence de la caution mais elle n'est là désormais que pour renforcer le lien d'obligation, non le créer, en engageant, outre ses biens, sa réputation. La caution n'intervient désormais qu'en cas de défaillance du débiteur<sup>14</sup>. Le cautionnement est ainsi pensé, à l'époque classique, comme l'accessoire de l'obligation principale<sup>15</sup>. Ce renforcement accessoire n'est cependant que déduit des actes de la pratique et des lois ; aucun auteur grec classique ne semble avoir formulé une définition du cautionnement<sup>16</sup> à la différence des Romains<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> En effet, les droits cunéiformes n'ont fait l'objet d'aucune systématisation, cf. J. GAUDEMET, *Les naissances du droit*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, p. 28.

<sup>11</sup> Sur « eggûè », v. *Odyssée*, VIII, 344 sq. (éd. V. BÉRARD, S. MILANEZI, *Odyssée. Chants VIII à XV*, LBL, 2001, p. 28-29). Sur l'interprétation de ce passage, v. L. GERNET, « Hypothèses sur le contrat primitif en Grèce », *REG*, t. 30/139, 1917, p. 249-293, t. 30/140, p. 363-383.

<sup>12</sup> L. BEAUCHET, *op. cit.*, p. 460-461. Mais cette interprétation semble se restreindre aux ventes immobilières, cf. T. W. BEASLEY, *Le cautionnement dans l'ancien droit grec*, Bouillon, 1902, p. 2-3.

<sup>13</sup> *Éthique à Nicomaque*, V, 2, 13. Pour le texte grec et sa traduction française, v. J. VOILQUIN éd. et trad., *Éthique de Nicomaque*, Garnier, 1940 et pour la seule traduction, v. J. TRICOT éd., *Éthique à Nicomaque*, Vrin, 2007. Démosthène († 384-322 avant J.-C.), dans son plaidoyer *Contre Apaturios* fait également référence longuement au cautionnement, cf. L. GERNET éd., *Plaidoyers civils*, t. I, LBL, 1954, réimpr. 2002, n° XXIII. Il suit en cela le chemin tracé par son maître Isée († ca. 420-340 avant J.-C.), qui évoque cette sûreté dans son plaidoyer *Sur la succession de Dicéogène* (éd. et trad. it. P. COBETTO GHIGGIA, *Orazioni*, Edizioni Dell'Orso, 2012, éd. et trad. ang. E. S. FORSTER, *Isaeus with an english translation*, HUP, 1983, p. 152 sq.).

<sup>14</sup> L. BEAUCHET, *op. cit.*, p. 462, T. W. BEASLEY, *op. cit.*, p. 2-3.

<sup>15</sup> Toutes les cités n'ont pas connu une évolution aussi franche, en particulier hors de l'Attique. L'île cycladique de Ténos connaît une position intermédiaire. Alors même que la caution ne crée plus le lien d'obligation comme à l'époque archaïque, elle reste tout de même, encore à l'époque classique, la seule à s'exécuter l'obligation. Concrètement, pour reprendre l'exemple de la vente immobilière, en cas de vice rédhibitoire ou de revendication du bien par un tiers, l'acheteur ne se tourne pas vers le vendeur, mais uniquement vers la caution, car une fois que le vendeur a rempli son obligation de délivrance, il n'existe plus de lien entre lui et l'acheteur. Intermédiaire entre le contrat tripartite primitif et le duo contrat principal/contrat accessoire athénien, il existe donc un duo de contrats égaux à Ténos, cf. L. BEAUCHET, *op. cit.*, p. 145-150, 462-463.

<sup>16</sup> La définition la plus ancienne pour l'Attique remonte à Hésychius d'Alexandrie au VI<sup>e</sup> siècle après J.-C., un millénaire après les anciennes législations et l'époque des philosophes classiques, cf. T. W. BEASLEY, *op. cit.*, p. 1.

<sup>17</sup> Pour parfaire le tableau des droits proche-orientaux, il convient de signaler que la pratique du cautionnement n'est connue en Égypte qu'à partir de l'époque des Ptolémées (-323/-30) marquée par l'influence grecque. Le droit pharaonique n'est donc pas une source concernant le cautionnement pour les civilisations grecques puis romaines qui occupent l'Égypte jusqu'à la conquête arabe au VII<sup>e</sup> siècle après J.-

**3. Définition et conceptualisation romaines.** À Rome, l'histoire du cautionnement connaît quelques similarités avec celle de l'ἔγγυη grec. En effet, durant la période royale (-753/-509), la caution est un débiteur corréal (co-débiteur), qui stipule au côté du débiteur principal. Si sa présence n'est pas nécessaire à la création de l'obligation, la caution n'est pas initialement pensée comme engagée dans un contrat accessoire<sup>18</sup>. En droit romain primitif, le cautionnement se définit donc comme le contrat par lequel un tiers intervient pour renforcer, entre deux parties, le lien d'obligation, dont il supporte seul le poids de la dette<sup>19</sup>. Dans le très ancien droit romain (VI<sup>e</sup>-III<sup>e</sup> siècle avant J.-C.), le cautionnement gagne son accessoirité dès le VI<sup>e</sup>-V<sup>e</sup> siècle avant J.-C. En effet, la distinction désormais faite entre le débiteur corréal et le garant permet à ce dernier de n'intervenir qu'en cas de défaillance du débiteur<sup>20</sup>. La simplification du régime des cautionnements sous Justinien dans les années 530 entraîne une dernière évolution de la définition. Désormais, tout type de cautionnement, en plus d'être accessoire, est subsidiaire : le garant ne satisfait le créancier que si le débiteur est défaillant et seulement si le créancier a discuté le débiteur<sup>21</sup>. Pour autant, le droit romain de l'Antiquité tardive n'a jamais connu de système unifié<sup>22</sup>. Fidéjussion, constitut et mandat, entre lesquels persistent des différences, coexistent dans le *Corpus juris civilis*, transmis de manière partielle et simplifiée après le VI<sup>e</sup> siècle, mais surtout redécouvert textuellement au XI<sup>e</sup> siècle. Les juristes du Moyen Âge central assurent finalement l'unification des anciens modes de cautionnement dans la fidéjussion<sup>23</sup>.

**4. Rupture du Premier Moyen Âge.** Jusqu'au réusage du droit justinien au XIII<sup>e</sup> siècle<sup>24</sup>, la première période médiévale ne connaît pas de mécanismes hérités des

---

C., cf. G. CARDASCIA, « Les droits cunéiformes. Le droit égyptien. Le droit hébraïque », *Histoire des institutions et des faits sociaux*, R. MONIER, G. CARDASCIA, J. IMBERT dir., Montchrestien, 1955, p. 80-81.

<sup>18</sup> A. E. GIFFARD, R. VILLERS, *Droit romain et ancien droit français : les obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, p. 366-368. Mais cela posait des difficultés, notamment en termes de novation, cf. J. MACQUERON, *op. cit.*, p. 421.

<sup>19</sup> Cette définition est un intermédiaire entre celles des deux époques grecques. Dès lors, ce que J. MACQUERON voit une comme une « anomalie », cf. *op. cit.*, p. 467, ne constituerait-elle pas simplement une influence des droits antérieurs ? En effet, le *vindex* romain, garant à l'époque royale romaine, est rapproché par H. M. WEIL des droits orientaux (grecs, babyloniens, égyptiens), cf. *loc. cit.*, p. 230-232 dont notes.

<sup>20</sup> Comme à l'époque classique athénienne donc. La *corréalité* persiste en droit romain aux époques ultérieures, mais dans des cas strictement limités, et ne forme donc plus, sauf rares exceptions, l'obligation du cautionnement, cf. A. E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, p. 368, n. 2.

<sup>21</sup> J. MACQUERON, *op. cit.*, p. 482, A. E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, p. 382-383.

<sup>22</sup> M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 2<sup>e</sup> éd., t. II, Beck, p. 457-461, F. ROUMY, « Le droit canonique au service des affaires : le développement d'une doctrine canonique du cautionnement au Moyen Âge central », *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, t. 5, D. von MAYENBURG et al. dir., Böhlau Verlag, 2016, p. 334.

<sup>23</sup> F. ROUMY, *loc. cit.*, p. 334.

<sup>24</sup> Ce siècle semble être un *terminus a quo* pour la France, outre les exemples déjà cités, en Bourgogne, la fidéjussion comme cautionnement civil ne se détache de la caution-otage qu'à cette époque, cf. J. GAY, « Les sûretés personnelles dans le comté de Bourgogne pendant le Moyen Âge (1100-1450) », *RSJB*, t. 29, p. 103 *sq.* Seule l'Italie du Nord semble plus précoce et voir ses premières formes romanisées du cautionnement dès la seconde moitié du XII<sup>e</sup> siècle, cf. J. J. LEU, *Le cautionnement dans le pays de Vaud (XII<sup>e</sup>-XVI<sup>e</sup> siècle)*, Jaunin, 1958, p. 92.

cautionnements romains<sup>25</sup>. Les termes génériques utilisés<sup>26</sup> : *fidejussor*<sup>27</sup>, *plègerie*, *plévine* renvoient à des pratiques multiples<sup>28</sup>. La plègerie-influence<sup>29</sup> s'entend comme le mécanisme par lequel le garant s'engage à faire pression sur le débiteur, en cas de défaillance de ce dernier<sup>30</sup>. Mais la caution ne s'engage jamais à satisfaire le créancier, en lieu et place du débiteur<sup>31</sup>. La plègerie-prison voit le plège-otage « tenir prison », le temps de la défaillance du débiteur, là aussi sans satisfaction du créancier par la caution<sup>32</sup>. La plègerie-pécuniaire, plus proche du seul cautionnement civil ne semble, elle, être attestée, au plus tôt, qu'au XIII<sup>e</sup> siècle<sup>33</sup>. Cette pratique est cependant loin du droit justinien redécouvert puisque le plège libère le débiteur en se substituant à lui<sup>34</sup> par une sorte de novation<sup>35</sup>. Ce

---

<sup>25</sup> En droit franc, le *fidejussor* relève d'un régime nouveau et non du droit justinien, oublié, quand bien même le terme est conservé, cf. J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 1096.

<sup>26</sup> On trouve d'autres termes, plus localisés, comme celui d'*obside* en Bourgogne, cf. J. GAY, *loc. cit.*, p. 94.

<sup>27</sup> Sur cette fidéjussion alti-médiéval, v. A. VANDENBOSSCHE, « Le cautionnement en Gaule dans les droits franc et burgonde », *RSJB*, t. 29, p. 27-33.

<sup>28</sup> Sur ces cautionnements médiévaux, v. également, J. GLISSEN, « L'évolution de la plévine dans le droit flamand aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles », *Annales du 30<sup>e</sup> Congrès de la Fédération archéologique et historique de Belgique*, 1936, p. 173 *sq.* à compléter avec P. GODDING, « Les sûretés personnelles dans les Pays-Bas méridionaux du XI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle », *RSJB*, t. 29, p. 263-364, J. J. LEU, *loc. cit.*, p. 34 *sq.* (v. aussi le panorama comparatif, p. 92-96), J.-F. POUDRET, « Les sûretés personnelles d'après les sources suisses du Moyen Âge », *RSJB*, t. 29, p. 483-652.

<sup>29</sup> Eg. en Normandie, v. J. YVER, « Les sûretés personnelles en Normandie », *RSJB*, t. 29, p. 225-232.

<sup>30</sup> Une forme de plègerie qui persiste parfois jusqu'au seuil du Bas Moyen Âge dans certaines régions, comme en Lorraine, cf. J. COUDERT, « Les sûretés personnelles en Lorraine du XIII<sup>e</sup> siècle à la fin du Moyen Âge », *Droit, coutumes et juristes dans la Lorraine médiévale et moderne*, A. ASTAING, F. LORMANT dir., PUN, 2010, p. 274-276.

<sup>31</sup> J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 1094-1095. On retrouve ici un mécanisme inconnu du droit grec, mais proche de l'*appelatio sponsores* du très ancien droit romain, hérité de la conception primitive du garant-*vindex*, comme une personne de réputation, cf. J. MACQUERON, *op. cit.*, p. 467 et, dans le détail, voir du même, « Le cautionnement moyen de pression », *Annales de la Faculté de Droit*, t. 50, 1958, p. 5-36.

<sup>32</sup> Il s'agit d'une résidence surveillée et non une peine, cf. J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 1095-1096. On retrouve là le cautionnement biblique usité à l'époque néo-babylonienne, cf. H. M. WEIL, *loc. cit.*, p. 215 *sq.* Dans les deux cas, le mécanisme est proche sinon similaire au cautionnement judiciaire où le garant use de son influence pour que le « débiteur-partie » (qui a une dette envers la société) se présente à son procès (à l'image du *vindex* romain) quitte à tenir prison pour lui dans l'attente de son arrivée, cf. J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 1095, P. OURLIAC, J. de MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 338. L'exécution de ce cautionnement sur la personne explique la prohibition canonique de tels procédés pour les clercs dans un premier temps, cf. F. ROUMY, *loc. cit.*, p. 335-339. La similarité ou confusion est d'autant plus probable que la distinction entre les plèges ne semble relever en premier lieu que d'une analyse doctrinale, la pratique médiévale ne connaissant initialement que le plège/la fidéjussion, cf. A. E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, p. 384. En Normandie et en terres royales, la distinction de la plévine simple accessoire et de la plévine *debitum retinens* (novation) est d'abord le fait de sommes, traités et coutumiers, cf. J. YVER, *loc. cit.*, p. 237-239. C'est d'ailleurs cette doctrine qui pousse, sous influence romaine, pour l'abandon de la plévine novatoire au profit de la plévine-caution, cf. *ibid.*, p. 240 *sq.*

<sup>33</sup> Dans les pays méridionaux, quelques actes attestent cependant d'une telle pratique avant le XIII<sup>e</sup> siècle, comme à Toulouse fin XI<sup>e</sup>-début XII<sup>e</sup> siècle. Pour autant ils ne sont que des atténuations des plègeries otage et influence. La situation des *fidejussores* ne se précise qu'avec les interprétations doctrinales de l'*utrumque jus* après 1150, cf. M. CASTAING-SICARD, *Les contrats dans le très ancien droit toulousain (X<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècle)*, Espic, 1959, p. 382-383.

<sup>34</sup> *Idem* en Normandie, où cette pratique se substitue à la plègerie-influence, cf. J. YVER, *loc. cit.*, p. 233-236.

<sup>35</sup> Même au XIV<sup>e</sup> siècle, on trouve plusieurs exemples qui attestent de la persistance de cette pratique d'une sorte de novation, où le débiteur éteint sa dette en se servant d'une créance qu'il a sur un tiers pour

cautionnement pécuniaire renforce l'obligation dont il supporte seul l'exécution, mais il n'est ni accessoire ni subsidiaire<sup>36</sup>. Par ailleurs, la plègerie souffre parfois, d'une certaine confusion avec d'autres mécanismes comme la laudation – approbation d'un engagement – qui souvent conduit à un cautionnement et qui n'est pas sans rappeler les pratiques grecques et romaines archaïques ; un même raisonnement peut être fait concernant la persistance de la non-subsidiarité<sup>37</sup>. Ces éléments expliquent, sans doute, que l'usage de la plègerie se raréfie à partir de la seconde moitié du XIII<sup>e</sup> siècle<sup>38</sup> au bénéfice de la fidéjussion justinienne (identifiée comme telle ou incorporée à l'ancienne plègerie qui, bien que gardant son nom, voit son régime se « justinianniser »)<sup>39</sup>.

**5. Redécouverte médiévale des cautionnements justiniens.** En effet, dès le XII<sup>e</sup> siècle, la diffusion du droit justinien, redécouvert en Italie au siècle précédent, conduit à un retour des conceptions romaines<sup>40</sup>. Mais la pluralité des modes de cautionnement (fidéjussion, mandat et constitut) fait obstacle, avant le début du XIII<sup>e</sup> siècle, à une conceptualisation unitaire du procédé par les premiers glossateurs civilistes<sup>41</sup>. Pour autant, brique par brique, ces mêmes glossateurs construisent la définition générique du cautionnement en commençant par la fin, grâce à l'unification progressive du régime. Si le caractère accessoire transparaît dans la codification justinienne ne pose aucun problème, il faut attendre la seconde moitié du XII<sup>e</sup> siècle pour voir progressivement admise la subsidiarité<sup>42</sup> par l'application du bénéfice de discussion à tous les types de cautionnement<sup>43</sup>. À la toute fin du XII<sup>e</sup> siècle et

---

exemple, v. M. PETTJEAN, « Le crédit dans la société dijonnaise (du XIII<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècle) », *MSHDB*, t. 62, 2005, p. 54.

<sup>36</sup> Le plège se substitue totalement au débiteur principal en le déchargeant ; le créancier peut se tourner directement vers le plège. La subsidiarité permise par le bénéfice de discussion est progressive et éparse s'étalant de la seconde moitié du XIII<sup>e</sup> siècle à la seconde moitié du XV<sup>e</sup> siècle, cf. J. GLISSEN, *loc. cit.*, p. 180, 184-186. Cette amélioration du sort du plège s'est faite sous l'influence du droit romain redécouvert qui remédie aux besoins de l'époque avec le bénéfice de discussion, sous la forme d'une plègerie-simple, cf. *ibid.*, p. 186-187.

<sup>37</sup> Comme en Lorraine, cf. J. COUDERT, *loc. cit.*, p. 248, 270-272. L'utilisation des témoins comme garants se retrouve ailleurs, comme en pays de Vaud. Il semblerait que la seule qualité de témoin n'emporte pas celle de garant, mais qu'en revanche, comme en Lorraine, l'un et l'autre sont souvent confondus dans la même personne, en particulier pour la période alti-médiévale, cf. J. J. LEU, *op. cit.*, p. 38. Cette proximité se retrouve dans les chartes bourguignonnes, cf. J. FRICAUDET, *Essai sur la fidéjussion dans l'ancienne Bourgogne*, Jobard, 1907, p. 21 *sq.*

<sup>38</sup> En Normandie par exemple, cf. J. YVER, *loc. cit.*, p. 224.

<sup>39</sup> J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 1096. Ainsi dans la France centrale à partir du XIII<sup>e</sup> siècle, cf. P.-C. TIMBAL, « Les sûretés personnelles dans la France centrale », *RSJB*, t. 29, p. 41-42 *sq.*

<sup>40</sup> Tout en conduisant à lever progressivement l'interdiction de l'usage du cautionnement au clerc, qui n'est pas reprise dans le Décret de Gratien (*ca.* 1140), cf. F. ROUMY, *loc. cit.*, p. 339. Au XIV<sup>e</sup> siècle, un prêtre peut se porter caution d'un lépreux sans risquer de sanctions de la part de sa hiérarchie, cf. M. PETTJEAN, *loc. cit.*, 2005, p. 54.

<sup>41</sup> Des décrétales de Lucius III en 1181 valident des cautionnements de clercs, cf. F. ROUMY, *loc. cit.*, p. 339-342.

<sup>42</sup> En Normandie, le *Tractatus* de Glanville, *ca.* 1188, semble admettre cette subsidiarité, pas la *Summa de legibus Normannie* postérieure, cf. J. YVER, *loc. cit.*, p. 245-246.

<sup>43</sup> F. ROUMY, *loc. cit.*, p. 345. Parfois, la subsidiarité est encore en cours de formation, la charte des coutumes de Toulouse (1286) permet au créancier de citer débiteur et caution devant la justice, mais le

jusqu'aux premières décennies du XIII<sup>e</sup> siècle, les canonistes évoquent pour la première fois le cautionnement de manière unitaire sous le nom de la fidéjussion<sup>44</sup>. L'obstacle de la pluralité dénomminative issue de la codification justinienne est surmonté par cet activisme terminologique.

6. *Unification médiévale des cautionnements justiniens.* Glossateurs romanistes et décrétistes canonistes marchent ensuite de concert pour élaborer une définition unitaire et générale du cautionnement. Le canoniste Bernard de Pavie précise à la fin du XII<sup>e</sup> siècle que « le fidéjusseur est celui qui garantit, par sa foi, l'obligation demeurant celle d'un autre ». S'il évoque encore constitut et mandat, il considère la fidéjussion, comme la forme de cautionnement, en quelque sorte supérieure aux deux autres, en ce qu'elle ne conduit ni à un transfert ni à une modification des obligations initiales du garant. Suivant Bernard de Pavie, le civiliste Azon († avant 1233) ajoute que « le nom de fidéjusseur est général ». Général et supérieur, et déjà considéré comme accessoire et subsidiaire, le cautionnement ainsi défini dépasse définitivement la pluralité justinienne au XIII<sup>e</sup> siècle – même si la diversité lexicale persiste dans un premier temps<sup>45</sup>. L'unité de la définition conduit à l'unification terminologique dans un second temps. La traduction du terme de *fidejussor* en « caution » au XIV<sup>e</sup> siècle<sup>46</sup> précède la présence du terme de cautionnement attesté dans les sources du XVI<sup>e</sup> siècle<sup>47</sup>. Désormais, tant doctrinalement que dans les textes, la définition n'évolue plus.

7. *Cristallisation moderne de la définition.* C'est sous cette double dénomination (caution/fidéjusseur, cautionnement/fidéjussion) que Pothier († 1772) donne, en 1761 dans son *Traité des obligations*, la définition qui survivra à la codification napoléonienne : « [le cautionnement est] le contrat par lequel quelqu'un s'oblige pour un débiteur envers le créancier, à lui payer tout ou en partie ce que ce débiteur lui doit, en accédant à son obligation. [...] On appelle caution, ou fidéjusseur, celui qui contracte une telle obligation. »<sup>48</sup>. L'acception est reprise lors des travaux préparatoires relatifs à l'article 2011 du code Napoléon : « celui qui se rend caution d'une obligation s'oblige envers le créancier à lui payer, au défaut du débiteur, ce que celui-ci lui doit. »<sup>49</sup>. Cette définition ne fait l'objet d'aucun débat et est adoptée sans discussion<sup>50</sup>. La rédaction finale est très légèrement différente, mais elle ne se distingue, quant au fond, ni du propos de Pothier ni du contenu des travaux préparatoires : « Celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. »<sup>51</sup>.

---

débiteur devra répondre le premier (biens examinés avant ceux de la caution), cf. M. CASTAING-SICARD, *op. cit.*, p. 394.

<sup>44</sup> Cela afin de pouvoir appliquer aux clercs un droit canonique unifié, cf. F. ROUMY, *loc. cit.*, p. 353-359.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 360.

<sup>46</sup> P. OURLIAC, J. de MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 346.

<sup>47</sup> Ctm. de la châtellenie d'Ypres (éd. C. A. BOURDOT de RICHEBOURG, *NCG*, t. 1, Brunet, 1724, p. 851).

<sup>48</sup> R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, rééd. Dalloz, 2011, §. 365.

<sup>49</sup> A. FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, t. 15, Videcoq, 1856, p. 4.

<sup>50</sup> « M. Bigot-Préameneu fait lecture du chapitre I<sup>er</sup>, de la Nature et de l'Étendue du cautionnement. Les articles 1 et 2 [2011 et 2012] sont adoptés. », cf. A. FENET, *op. cit.*, p. 9.

<sup>51</sup> *Code*, *op. cit.*, p. 515.

La définition réformée du cautionnement en 2021 revient donc à la conception des travaux préparatoires par la resubstitution du terme « payer » en lieu et place de celui de « satisfaire ».

8. La réforme de 2021 a aussi conduit à des changements substantiels d'une bonne partie du régime du cautionnement<sup>52</sup>. Ces changements réclament un éclairage de l'ancien droit afin de ne pas faire accroire que la réforme – de dispositions qui pour certaines étaient inchangées depuis 1804<sup>53</sup> – n'a qu'une inspiration contemporaine, ou pire, actuelle. Certains éléments du nouveau régime du cautionnement n'ont, en effet, simplement fait que retrouver ou s'inspirer d'une forme ancienne qu'il convient d'analyser. Tous les domaines réformés ne peuvent faire ici l'objet d'une étude historique<sup>54</sup>, mais il convient d'insister sur les thèmes qui ont intéressé certains juristes anciens concernant la formation et l'étendue de ce contrat : la nature, la forme et les mentions du cautionnement d'une part, la question de la proportion entre le patrimoine de la caution et la dette ainsi que les exceptions que peut opposer la caution d'autre part ; sans que soit laissés de côté les effets et l'extinction de ce contrat, c'est-à-dire l'information de la caution et les recours dont elle bénéficie, sauf en cas de perte de son bénéficiaire de subrogation ou en cas de résiliation, de son fait, de tout ou partie d'un cautionnement de dettes futures pour une durée indéterminée.

9. Par commodité de présentation, l'historien du droit, homme de son temps, chaussera les lunettes du juriste contemporain<sup>55</sup> en regroupant ces thèmes, relatifs pour les premiers à la formation et l'étendue (I) et pour les seconds aux effets et à l'extinction du cautionnement (II).

## I. La formation et l'étendue du cautionnement

10. Si la question de la formation du cautionnement a intéressé les juristes de presque tous les anciens droits (A), l'étendue de la garantie n'a été traitée que dans les sociétés où la pratique civile est la plus développée (B).

---

<sup>52</sup> J.-D. PELLIER, « Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Épisode 1) : le cautionnement (dispositions générales) », *D. actu.*, 20 sept. 2021, L. BOUGEROL, « Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Épisode 2) : formation et étendue du cautionnement », *D. actu.*, 19 sept. 2021, J.-D. PELLIER, « Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Épisode 3) : les effets du cautionnement », *D. actu.*, 21 sept. 2021, L. BOUGEROL, « Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Épisode 4) : l'extinction du cautionnement », *D. actu.*, 21 sept. 2021.

<sup>53</sup> *Eg.*, le consentement, v. art. 2294 : « Le cautionnement doit être exprès. Il ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté. » = art. 2012 du code 1804 : « Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté. », *cf. Code, op. cit.*

<sup>54</sup> Pour une vision d'ensemble à toutes les époques, v. Société Jean Bodin, *RSJB*, t. 28-30 : *Les sûretés personnelles*.

<sup>55</sup> Non sans quelques précautions. Sur l'analyse des droits historiques au prisme des catégories contemporaines, v. *Penser l'ancien droit privé*, X. PRÉVOST ; N. LAURENT-BONNE dir., LGDJ, 2018.

## A. La formation du cautionnement

11. L'article 2297 du code civil précise qu'« à peine de nullité de son engagement, la caution personne physique appose elle-même la mention qu'elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme écrite en toutes lettres. ». Le contrat souscrit par une personne physique est donc solennel, les mentions étant requises à peine de nullité alors qu'antérieurement le cautionnement civil était par principe consensualiste depuis 1804<sup>56</sup>. De nombreuses exceptions relevant du droit de la consommation ont cependant fait du cautionnement récent un contrat « rituel », les mentions étant requises à peine de nullité par écrit et suivant une formule dont il n'était, en principe, pas possible de s'écarter depuis la loi « Dutreil » de 2003<sup>57</sup> (à la manière de certains droits antiques ou altimédiévaux qui ne distinguent pas ou peu sacré et droit)<sup>58</sup>. C'est la jurisprudence postérieure à la loi qui a nuancé le fait qu'on ne puisse pas s'en écarter<sup>59</sup>. L'article actuel pose donc trois questions au regard de l'histoire du droit, celle de la forme du cautionnement, celle des mentions requises à peine de nullité et celle de la nature du contrat : rituelle (s'il existe des formules types auxquelles on ne peut déroger), solennelle (si des mentions sont obligatoires) ou consensuelle (si aucune mention n'est requise).

12. *Forme*. Au deuxième millénaire avant notre ère et dans les droits cunéiformes des périodes postérieures, rien n'indique que l'écrit était obligatoire<sup>60</sup>. Dans l'Athènes classique, le cautionnement n'a d'ailleurs pas besoin d'être écrit pour être formé<sup>61</sup>. Une situation que regrette Platon († 348/347 avant J.-C.) qui exprime le souhait dans *Les Lois* que le cautionnement soit systématiquement contenu dans un écrit<sup>62</sup>. En pratique, cette garantie peut donc naître indistinctement de l'oral ou de l'écrit. À Rome, le cautionnement est conclu verbalement, par les *adpromissiones* : la *sponsio*, réservée aux citoyens et apparue au plus tard à l'époque de la loi des Douze Tables (-451/-449), et la *fidepromissio*, ouverte aux pérégrins et née au III<sup>e</sup> siècle avant J.-C. La *fidejussio*, qui émerge au I<sup>er</sup> siècle avant J.-C., se forme de la même façon<sup>63</sup>. Le mandat de crédit appliqué au cautionnement (le garant mande le créancier de

---

<sup>56</sup> L'art. 2015 précise que le cautionnement ne se présume point, mais il n'impose aucune forme concernant l'expression du consentement, renvoyant implicitement aux articles 1108 *sq.*, *cf. Code, op. cit.*

<sup>57</sup> Art. 11 de la L. 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003.

<sup>58</sup> Sur ces droits, *cf. infra*, §. *Nature*.

<sup>59</sup> Concernant le droit actuel et les jurisprudences antérieures sur cette question, v. J. DELAYEN, « La réforme du droit de la mention manuscrite, entre entêtement et prise de conscience du législateur », *infra*.

<sup>60</sup> E. SZLECHTZER, *op. cit., passim*, v. G. CARDASCIA, *loc. cit.*, p. 65. Dans la Bible, il est oral, *cf.* H. M. WEIL, *loc. cit.*, p. 231.

<sup>61</sup> L. BEAUCHET, *op. cit.*, p. 470. L'écrit n'a qu'une valeur probatoire, *cf.* DÉMOSTHÈNE, *Contre Apaturios*, *loc. cit.*, §. 36, p. 145, v. T. W. BEASLEY, *op. cit.*, p. 3.

<sup>62</sup> PLATON, *Les Lois*, XII, 953e-954a (éd. A. DIÈS, É. DES PLACES, *Œuvres*, t. XII, LBL, 1956, p. 63-64).

<sup>63</sup> Même si un écrit est souvent requis à titre probatoire, *cf.* P. OURLIAC, J. de MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 49-50.

prêter au débiteur)<sup>64</sup> et reconnu depuis le I<sup>er</sup> siècle, laisse, lui, le choix de l'oral ou de l'écrit aux contractants. L'édit du préteur, qui ouvre dès 131 l'action *pecunia constituta* pour le pacte de constitut (promesse de payer à une date déterminée la dette d'autrui), offre la même liberté<sup>65</sup>.

**13.** De leur côté, les plègeries médiévales connaissent jusqu'au IX<sup>e</sup> siècle une multitude de formes. Par une confusion entre validité et preuve, le souvenir vulgaire du droit romain peut conduire à ne former le contrat que par l'écrit. Ailleurs, l'oral peut suffire. Mais le plus souvent, les cautionnements naissent symboliquement par l'échange d'une chose de peu de valeur appelée *wadium* puis *festuca* au VI<sup>e</sup>-VIII<sup>e</sup> siècle. Ce symbolisme évolue à l'époque carolingienne pour être remplacé majoritairement par la *paumée*, aussi appelée *fiance*, qui coïncide avec un échange de serments (à l'oral ou à l'écrit). La pratique carolingienne se pérennise à l'époque féodale (IX<sup>e</sup>-XII<sup>e</sup> siècle) et côtoie l'usage de l'écrit dont la valeur reste le plus souvent double : *ad validitatem* et *ad probationem*<sup>66</sup>. Cette double valeur de l'écrit persiste, là où l'influence du droit justinien se fait moins sentir à l'époque médiévale<sup>67</sup>.

**14.** À partir du XIII<sup>e</sup> siècle ailleurs, sous l'influence du droit justinien, ce n'est plus l'échange d'une chose qui forme la plègerie mais les seules paroles, orales ou couchées sur le papier<sup>68</sup>. C'est le même esprit consensualiste qui guide la doctrine savante et la pratique médiévale concernant les cautionnements justiniens redécouverts au XI<sup>e</sup>-XII<sup>e</sup> siècle<sup>69</sup>. Par exception, à l'époque moderne, la doctrine emmenée par Charles Dumoulin († 1566) suivie par certains Parlements (Toulouse en 1574, Bordeaux en 1670, Rouen en 1690) considère que la renonciation aux bénéfices (de discussion et de division) de la part du débiteur ne peut figurer que dans un écrit. Suivant Charles Dumoulin, Pothier ajoute au XVIII<sup>e</sup> siècle que les biens à discuter doivent être détaillés dans l'écrit. Épousant la pratique notariale moderne, l'écrit est donc encore considéré comme impérieux par une partie de la doctrine et des juges<sup>70</sup>.

**15. Mentions.** Historiquement, pour les droits cunéiformes, rien ne permet d'affirmer que des mentions étaient obligatoires, mais en pratique la similitude des formules laisse penser que l'usage (à titre de preuve *a minima*) conduisait à indiquer sur la

---

<sup>64</sup> Le mandat romain est une représentation imparfaite : les tiers ne connaissent que le mandataire. Dans un second temps, des actions réciproques sont permises entre le mandant et le mandataire, cf. J. MACQUERON, *op. cit.*, p. p. 177. Cela explique, la facilité avec laquelle les juristes romains ont pu construire des analogies juridiques entre mandat et cautionnement et donc appliqué le régime du premier au second.

<sup>65</sup> A. E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, p. 369, 373, 379-380, J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, « La législation romaine sur le cautionnement », *RHDFE*, t. 39, 1961, p. 501.

<sup>66</sup> J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 803-808. En Lorraine en 1228, cf. J. COUDERT, *loc. cit.*, p. 246-247.

<sup>67</sup> Comme en Lorraine, cf. J. COUDERT, *loc. cit.*, p. 267.

<sup>68</sup> L'écrit est progressivement cantonné à un rôle probatoire, cf. A.-E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, p. 384, P. OURLIAC, J. de MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 70-74, J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 803-808.

<sup>69</sup> F. ROUMY, *loc. cit.*, p. 342, J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 808 *sq.* Le serment persiste jusqu'au XVI<sup>e</sup> siècle à titre de preuve, eg. en pays de Vaud, cf. J. J. LEU, *op. cit.*, p. 39-42.

<sup>70</sup> P. OURLIAC, J. de MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 346-347, J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 1097 *sq.*

tablette d'argile la nature (somme d'argent), la portée de l'engagement (durée) et, en toutes lettres, le montant garanti par la caution<sup>71</sup>. De même, dans l'Athènes classique, le cautionnement ne requiert le prononcé d'aucune formule et l'écrit d'aucune mention particulière pour rendre valide le contrat<sup>72</sup>. Platon s'érige contre cette permissivité. Dans *Les Lois*, il souhaite que la caution exprime sa volonté de manière expresse et que toutes les conditions auxquelles elle s'engage soient mentionnées dans l'écrit, probablement pour des questions de preuve. Ainsi, outre la mention d'un engagement expresse, on peut supposer que l'acte contienne *a minima* la nature de la garantie (généralement une somme d'argent), son étendue (la durée pendant laquelle la caution reste tenue par exemple) et enfin sa quotité (soit le montant de la somme d'argent)<sup>73</sup>.

**16.** Le très ancien droit romain prévoit quant à lui le prononcé obligatoire de paroles par un jeu de questions-réponses pour former les *adpromissiones* et la *fidejussio*. Depuis la loi *Cicereia* du II<sup>e</sup> siècle avant J.-C., le créancier d'une *adpromissio* est en plus obligé de préciser le montant de la dette et le nombre exact de cautions par une *praedictio* (proclamation orale)<sup>74</sup>. Le constitut mentionne lui, la nature, la portée, le montant de l'engagement et la date à partir de laquelle le défaut de paiement du débiteur permet au créancier de réclamer son dû à la caution<sup>75</sup>. Les plègeries et fidejussions médiévales ne semblent, quant à elles, ne comporter aucune mention obligatoire, mais seulement l'expression du consentement des parties à s'engager ; que cette expression soit orale, écrite ou symbolique<sup>76</sup>. En effet, la diversité des modes de formation avant la redécouverte du droit justinien et la territorialisation du droit conduit à une pluralité de pratiques juridiques et de formules orales ou écrites<sup>77</sup>.

**17. Nature.** Historiquement, dans les droits cunéiformes, les seuls actes de la pratique ne permettent pas de trancher la question de la nature du contrat. Tous les

---

<sup>71</sup> E. SZLECHTZER, *loc. cit.*, p. 1-2, 5 *sq.* Si cette assertion se fonde sur des écrits, il est possible d'imaginer le prononcé oral des mentions ; devant témoin et/ou à titre de preuve ?, v. G. CARDASCIA, *loc. cit.*, p. 51 *sq.*

<sup>72</sup> L. BEAUCHET, *op. cit.*, p. 470.

<sup>73</sup> PLATON, *op. cit.*, p. 63-64. Cette volonté platonicienne aurait pu s'épanouir également à l'oral par le prononcé de paroles libres dans leur forme, mais contenant l'expression de la volonté de la caution et les conditions auxquelles elle est soumise ; une proposition compréhensible lorsque l'on sait que la quotité est parfois supérieure au montant garanti. Ainsi, à Andanie dans l'Attique, lorsque le débiteur qui s'est engagé à fournir les victimes de la célébration des mystères ne remplit pas les conditions du marché, ses garants doivent payer une fois et demie la valeur des victimes, cf. L. BEAUCHET, *op. cit.*, p. 469. Sur les cultes à mystère, v. M.-J. MARTÍN-VELASCO, M.-J. GARCÍA BLANCO dir., *Greek philosophy and mystery cults*, Cambridge Scholars Publishing, 2016.

<sup>74</sup> Après une première stipulation avec le débiteur principal, le créancier d'une *sponsio* demande à la caution : *Idem dari spondes ?* Qui répond : *Spondeo*. Pour une *fidepromissio*, le créancier demande : *Idem fide promittisne ?* et le garant pérégrin lui répond : *Fide promitto*. Pour une *fidejussio*, il demande : *Id[em] fide tua jubes ?* et la caution répond : *Fidejubeo*, cf. A. E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, p. 369-370, 373.

<sup>75</sup> A. E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.* p. 379, législation similaire aux réflexions de Platon, cf. J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, *loc. cit.*, p. 509 *sq.*

<sup>76</sup> A.-E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, p. 384, P. OURLIAC, J. de MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 70-74.

<sup>77</sup> J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 803-808. Pour des exemples, v. aussi J. J. LEU, *op. cit.*, p. 42-49.

cas de figure sont possibles : consensualisme, solennité et ritualisme<sup>78</sup> ; et si, jusqu'à la période néo-babylonienne (VI<sup>e</sup> siècle avant J.-C.), aucune généralisation ne peut être faite, le consensualisme semble majoritaire dans les droits cunéiformes<sup>79</sup>. Chez les Athéniens, le cautionnement se forme également par l'expression du consentement des parties sans l'accomplissement d'aucune formalité<sup>80</sup>. Ce consensualisme est critiqué par Platon, dans *Les Lois*, qui aurait souhaité un contrat solennel écrit mentionnant obligatoirement la présence de témoins<sup>81</sup>.

**18.** Le très ancien droit romain se distingue du droit grec puisque les mentions prononcées répondent à des formules types dont la rectitude du prononcé est une condition de validité. La *sponsio* a ainsi un caractère juridique et religieux qui fait du cautionnement d'alors un contrat dont les formules sont non seulement rituelles, mais également sacramentelles, puisqu'empruntées de religion ; ce qui n'est pas forcément le cas des mentions rituelles. À partir de l'ancien droit romain (III<sup>e</sup>-II<sup>e</sup> siècle avant J.-C.), ce caractère sacramentel disparaît et le ritualisme se diversifie. Les parties peuvent utiliser d'autres formules que celles initialement prévues : le verbe *spondeo* peut être remplacé par *promitto* ou *do* (accorder). Le contrat reste initialement rituel puisque les formules doivent être correctement prononcées (et rédigées), mais glisse vers la solennité puisque progressivement la seule présence de ces formules interrogatives suffit à former le contrat<sup>82</sup>. Le constitut et le mandat de crédit, qui apparaissent postérieurement, sont, eux, des contrats consensuels<sup>83</sup>. Pour autant, l'ensemble des cautionnements à l'époque romaine n'est jamais purement consensuel<sup>84</sup> ; et cela même à l'époque de Justinien puisque l'Empereur conserve lors de sa codification, aux côtés du constitut et du mandat de crédit, la fidéjussion qui reste, elle, un contrat solennel<sup>85</sup>.

**19.** Les plègeries médiévales forment elles d'abord un ensemble de contrats rituels marqués par l'échange d'une chose ou de serments formulaires. Le XII<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècle atteste ensuite d'un glissement de la nature du contrat vers une forme de solennité : le contenu du serment se diversifiant au-delà de formules-types. Ce n'est qu'au XIII<sup>e</sup> siècle, sous influence romaine, que le seul consentement exprimé oralement ou à

---

<sup>78</sup> E. SZLECHTZER, *loc. cit.*, *passim*.

<sup>79</sup> G. CARDASCIA, *loc. cit.*, p. 65.

<sup>80</sup> L. BEAUCHET, *op. cit.*, p. 468, 470.

<sup>81</sup> Trois témoins pour une obligation de moins de 1000 drachmes, cinq, au-delà, *cf.* PLATON, *op. cit.*, p. 63-64.

<sup>82</sup> P. OURLIAC, J. de MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 31.

<sup>83</sup> Ce glissement du rituel au consensuel est facilitée par la généralisation dès le 1<sup>er</sup> siècle de la pratique de l'écrit probatoire, ce dernier mentionnant les témoins présents si la passation du contrat est orale, *cf.* A. E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, p. 369, 373, 379-380 et P. OURLIAC, J. de MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 49-50. Validité orale et preuve écrite étaient bien distinguées en droit romain, *cf.* J. MACQUERON, *op. cit.*, p. 61.

<sup>84</sup> Les réponses des formules interrogatives continuent de déterminer le type de contrat, cautionnement ou novation, pour les *adpromissores* et la fidéjussion, *cf.* J. MACQUERON, *op. cit.*, p. 426-427.

<sup>85</sup> J. MACQUERON, *op. cit.*, p. 481-482.

l'écrit suffit pour conclure des plègeries<sup>86</sup>. Les cautionnements justiniens réusités à cette époque obéissent à la même logique de formation *solus consensus*<sup>87</sup>.

20. Les juristes de l'ancien droit, qui se sont beaucoup attachés à la forme du cautionnement, ont aussi évoqué ponctuellement son étendue en essayant de déterminer dans quelle mesure la caution reste tenue de son engagement.

## B. L'étendue du cautionnement

21. *Solvabilité et proportionnalité*. L'article 2300 du code civil précise désormais que : « Si le cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, il est réduit au montant à hauteur duquel elle pouvait s'engager à cette date. ». Suivant la même logique qu'en matière de formation du cautionnement, la législation était muette depuis 1804 sur la proportionnalité, le principe restant la suffisance du patrimoine de la caution examinée, lors de la conclusion du contrat, au regard des propriétés foncières<sup>88</sup>. Par exception, une loi de 1989 relative au droit de la consommation intègre pour la première fois la notion de proportionnalité en matière de cautionnement<sup>89</sup>, désormais codifié civilement.

22. Historiquement, l'idée de proportionnalité entre le patrimoine de la caution et la dette garantie ne semble pas intégrer la notion de risque. Les Grecs optent d'ailleurs plutôt pour la notion de solvabilité, entendue comme la qualité de celui qui est réputé avoir la capacité de payer sans comparer le patrimoine de la caution et l'obligation garantie<sup>90</sup>. L'examen de cette dernière est assuré à Athènes par une institution de citoyens : la Boulè qui déclare tel individu être capable de payer et permet donc aux futurs contractants de faire appel à lui pour lui demander d'être caution. Cette solvabilité est appréciée par la Boulè au regard des biens (et non des revenus) de la caution et préférentiellement sur les immeubles puisque, par un jeu de garanties en cascades, en droit grec, le créancier peut exiger de la caution la constitution d'une hypothèque au moment de la conclusion du contrat de

---

<sup>86</sup> A.-E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, p. 384, P. OURLIAC, J. de MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 70-74. Le cautionnement romain connaît deux formes non formalistes : constitut et mandat de crédit naissent *solus consensus*.

<sup>87</sup> F. ROUMY, *loc. cit.*, p. 342-343.

<sup>88</sup> Art. 2018, 2019, *cf. Code, op. cit.*

<sup>89</sup> Art. 19 de la L. 89-1010 du 31 déc. 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles. La jurisprudence civile appliquera cette notion au cautionnement civil, *cf. infra* M. HOYER, « La réforme de l'exigence de proportionnalité du cautionnement ». Cette loi précède le code de la matière né dans les années 1990.

<sup>90</sup> L. BEAUCHET, *op. cit.*, p. 477, T. W. BEASLEY, *op. cit.*, p. 9. De ce choix découle une proportionnalité inférieure à un qui annihile le risque : la valeur du patrimoine de la caution doit être supérieure/égale au montant de la dette. Si ce risque est nul à la conclusion du contrat, il peut apparaître à tout moment puisque la valeur fluctue jusqu'à l'exigibilité de la garantie ou l'extinction du cautionnement. La solvabilité apparaît donc comme une tentative de minimisation du risque, une recherche de l'inexistence du risque au moment de la conclusion du contrat, mais non comme une suppression totale du risque entre la conclusion et l'extinction de la garantie.

cautionnement. L'exécution de cette sous garantie intervient, quant à elle, souvent au moment où il est demandé à la caution de payer<sup>91</sup>.

**23.** À Rome, la *Lex Cornelia* du dictateur Sylla († 78 avant J.-C.) interdisait tout cautionnement individuel de dette pour une somme supérieure à 20 000 sesterces. Cette mesure était dictée par le désir de freiner les cautionnements inconsidérés que contractaient les hommes politiques pour satisfaire leur clientèle populaire<sup>92</sup>. En cas de cautionnement individuel supérieur à cette somme, le créancier ne pourrait pas récupérer davantage<sup>93</sup>. Mais ici l'idée de rapport avec le patrimoine de la caution n'intervient pas : la dette est plafonnée par un maximum légal. À l'époque médiévale, seul le droit canon se préoccupe du sort de la caution.

**24.** Une décrétale du pape Grégoire IX († 1241) prescrit l'interdiction de fixer un montant qui conduirait à réduire la caution à la misère. Dans trois cas, le cautionnement est jugé comme nul car considéré, *a posteriori*, comme insoutenable : la caution a cessé de payer depuis longtemps, car elle est dans l'incapacité de payer ou elle doit commencer à vendre ses biens pour pouvoir payer ou enfin elle a déjà été condamnée par la justice, justement car elle étant dans l'incapacité de payer<sup>94</sup>. Il revient alors aux juges de l'officialité d'apprécier souverainement la situation de la caution<sup>95</sup>. Dans le premier cas, il leur incombe d'apprécier la durée minimale nécessaire de non-paiement pour considérer le cautionnement comme insoutenable. Dans les autres cas, les juges ont simplement à constater l'existence d'une vente de biens ou d'une condamnation en justice ; même s'il semble possible de discuter de la nature et de la valeur des biens vendus. Sont-ils des biens dont l'absence plongerait la caution dans la misère ? Une sorte d'évocation, en négatif, de la notion de reste à vivre<sup>96</sup>.

**25.** Cette dernière idée, bien que novatrice, ne se retrouvera ni dans l'ancien droit séculier ni dans le *Corpus juris canonici* achevé à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle. Seule la notion de solvabilité/suffisance se retrouve à l'époque moderne et contemporaine, avant qu'au seuil du XXI<sup>e</sup> siècle le souhait d'un équilibre entre protection de la caution et

---

<sup>91</sup> À Délos, île des Cyclades, ce sont les hiéropes, officiers du temple qui s'en chargent tandis qu'à Héraclée, autre île des Cyclades, ce sont les magistrats de la cité, appelés *polianomoi* qui procède à cet examen. Ces derniers se rapprochent des *astynomoi* et *agronomoi* de Sicile et de Grèce à la même époque qui ont la charge de la surveillance et des travaux sur les biens communs publics et religieux : voirie et terrains sacrés, cf. A. UGUZZONI, F. GHINATII, *Le Tabole greche di Eraclea*, L'Erna di Bretschneider, 1968 [cr. : R. CHEVALLIER, *REG*, t. 82/389-390, 1969, p. 178-182]. Sur cette procédure et sur les biens des fermiers des terrains sacrés, cf. L. BEAUCHET, *op. cit.*, p. 477-478. On peut imaginer que le créancier ne subit pas la concurrence d'autres créanciers sur les biens hypothéqués en sa faveur.

<sup>92</sup> Cette loi n'empêche cependant pas, pour une dette supérieure à ce montant, de recourir à plusieurs cautions, cf. A. E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, p. 372, J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, *loc. cit.*, p. 515 *sq.*

<sup>93</sup> J. MACQUERON, *op. cit.*, p. 470.

<sup>94</sup> X, 3, 22, 5 : « Ponit tres casus, in quibus fideiussor contra debitorem agit, antequam solvat, ut a fideiussione liberetur : "Gregorius IX. Eum pro quo te fideiussorem obligasti, si diu in debiti solutione condemnatus fuisti, iure poteris convenire, ut te a fideiussione debeat liberare". » (éd. E. FRIEDBERG, *Corpus juris canonici*, 2<sup>e</sup> éd., t. 2, Akademische Druck- u. Verlagsanstalt).

<sup>95</sup> Une appréciation qui ne se fait pas au moment de la conclusion du contrat, une différence majeure avec le droit positif. Sur ce dernier, v. M. HOYER, *loc. cit.*

<sup>96</sup> Sur ce dernier, dans le cas du cautionnement, v. *ibid.*

efficacité de la garantie ne fasse naître l'idée d'appliquer la notion de proportionnalité aux cautionnements.

**26.** L'étendue du cautionnement s'examine également à travers la question de l'opposabilité des exceptions.

**27.** *Opposabilité des exceptions.* L'article 2298 nouveau du code civil précise notamment que : « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur, sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article 2293 [l'incapacité]. »<sup>97</sup>. Antérieurement et depuis 1804, il n'était pas possible d'opposer toutes les exceptions. Les exceptions permises par le caractère accessoire du contrat étaient toujours discriminées suivant qu'elles étaient inhérentes à la dette ou qu'elles étaient purement personnelles, c'est-à-dire propres à la personne du débiteur – et ne pouvaient donc pas être opposées<sup>98</sup>.

**28.** Historiquement, ce n'est qu'avec le très ancien droit romain que naît la possibilité d'opposer des exceptions *rei coherentes* et *personae coherentes*<sup>99</sup>. Gaius précise au II<sup>e</sup> siècle que la folie du débiteur ne peut, par exemple, pas être opposée par la caution. Position doctrinale, elle est intégrée au Digeste de Justinien, lui donnant, en 533, force de loi<sup>100</sup>. En revanche, la caution peut opposer la prescription. *Les adpromissores* sont libérés par la loi *Furia* au plus tard deux ans après la conclusion du contrat<sup>101</sup> même si avec la codification justinienne du VI<sup>e</sup> siècle, la prescription de toutes les cautions passe à trente ans<sup>102</sup>.

**29.** À partir du XIV<sup>e</sup> siècle, lors du réusage courant du droit romain, la doctrine et la pratique ont recours à l'idée d'accessoirité du cautionnement pour affirmer que la violence, ou le dol exercé sur le débiteur libère aussi la caution de son obligation de satisfaire le créancier. À l'inverse, la minorité du débiteur ne semble jamais pouvoir être opposée, que le garant en ait eu ou non connaissance au moment de la conclusion du contrat<sup>103</sup>.

**30.** Si le cautionnement est correctement formé, le contrat peut produire ses pleins effets et s'éteindre lorsqu'il devient sans objet.

---

<sup>97</sup> Art. 2293.

<sup>98</sup> Art. 2036, cf. *Code, op. cit.* Cette situation confuse entre les exceptions appartenant à la personne du débiteur (dont l'opposabilité est permise) et celles purement personnelles au débiteur (où l'opposabilité est prohibée) entraîna initialement une interprétation jurisprudentielle stricte des exceptions purement personnelles. Suivant cette lecture, était inopposable la seule incapacité du débiteur. Un revirement récent de la Cour de cassation assouplissant cette interprétation obligea à repenser légalement cette catégorisation devenue partiellement sans objet. Sur ce point, v. *infra*, E. PETITPREZ, « L'opposabilité des exceptions et l'extinction du cautionnement ».

<sup>99</sup> A. E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, p. 372.

<sup>100</sup> *D.*, 46, 1, 70, §. 4 : « Si a furioso stipulatus fueris, non posse te fideiussorem accipere certum est, quia non solum ipsa stipulatio nulla intercessisset, sed ne negotium quidem ullum gestum intellegitur. Quod si pro furioso iure obligato fideiussorem accepero, tenetur fideiussor. », (éd. P. KRUEGER, T. MOMMSEN, *Corpus juris civilis*, t. 1, 16<sup>e</sup> éd., Apud Weidmannos).

<sup>101</sup> A. E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, p. 379-380, J. MACQUERON, *op. cit.*, p. 439, 472.

<sup>102</sup> J. MACQUERON, *op. cit.*, p. 482.

<sup>103</sup> P. OURLIAC, J. de MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 346.

## II. Les effets et l'extinction du cautionnement

31. Si la formation et l'étendue du cautionnement ont intéressé plus précocement, les effets (A) et l'extinction du cautionnement (B) ont suscité l'intérêt dès l'Antiquité lorsque le cautionnement a commencé à être conceptualisé.

### A. Les effets

32. *Information.* L'article 2303 nouveau du code civil précise notamment que : « Le créancier professionnel est tenu d'informer toute caution-personne physique de la défaillance du débiteur principal. ». Antérieurement le code était muet sur ce point depuis 1804 ; ce devoir d'information relevant plutôt d'une innovation jurisprudentielle<sup>104</sup>.

33. Historiquement, il n'existe pas de devoir de mise en garde, en revanche l'idée d'informer la caution existe mais uniquement avec l'exécution de la sûreté. En effet, le créancier athénien somme parfois le débiteur de payer<sup>105</sup>. Il est possible de considérer que cette action constitue une sorte de précaution que la caution peut exiger avant toute demande du créancier envers elle en cas de non-réponse par le débiteur à la sommation du créancier (une sorte de bénéfice de discussion/d'ordre). Cependant rien n'indique que ce procédé soit obligatoire à Athènes<sup>106</sup>. Au contraire, l'on trouve des affaires où certains usages permettent une réclamation directe envers la caution. Elle ne se fait, là aussi, qu'après une sommation de cette dernière devant témoins<sup>107</sup>. Cette action du créancier constitue, en négatif, une sorte de devoir, à tout le moins de diligence, d'information puisque la sommation renseigne la caution sur le retard du paiement du débiteur et par suite si ce retard persiste de son obligation de satisfaire le créancier en lieu et place du débiteur. La procédure est la même que le créancier se tourne vers le débiteur ou la caution<sup>108</sup>. En pratique, dans les garanties d'argent, il est probable que le créancier se tourne vers son débiteur, ou *a minima* concurremment vers la caution<sup>109</sup>.

34. Dans l'ancien droit romain, en l'absence de subsidiarité, le créancier peut tout à fait agir directement contre le *fidejussor*. Mais, en vertu de la règle *bis de eadem re ne sit actio* et de l'effet extinctif de la *litis contestatio*, le créancier qui se tournerait directement vers la caution ne pourrait plus se retourner vers le débiteur et inversement. Si l'individu poursuivi est insolvable, le créancier est donc sans

---

<sup>104</sup> Sur ce point, v. *infra* V. RAMBOUR, « Les devoirs de mise en garde et d'information ».

<sup>105</sup> ISÉE, *loc. cit.*, §. 1, p. 159 *sq.*

<sup>106</sup> L. BEAUCHET, p. 472-473.

<sup>107</sup> DÉMOSTHÈNE, *loc. cit.*, §. 25-26, v. L. BEAUCHET, *op. cit.*, p. 473, ISÉE, §. 1, §. 1, p. 159 *sq.*, v. T. W. BEASLEY, *op. cit.*, p. 8.

<sup>108</sup> L. BEAUCHET, *op. cit.*, p. 472-473. Héritage d'une époque où le garant était envisagé comme un co-débiteur ?

<sup>109</sup> L'hypothèse de la simultanéité est renforcée par le témoignage de divers actes de la pratique qui font état de poursuites immédiates de la caution par le créancier qui engendrent la similarité et simultanéité des peines de la caution et du débiteur en cas de retard ou de non-paiement, cf. L. BEAUCHET, *op. cit.*, p. 473-476.

recours. C'est alors qu'intervient un devoir d'information. Le créancier qui informe la caution de ses doutes sur la solvabilité du débiteur peut agir contre elle. Celle-ci peut, avant son action, lui proposer de lui donner mandat de poursuite – en appliquant la théorie du mandat de crédit – et s'il n'obtient paiement, il se retournera contre la caution par l'action *mandati contraria*<sup>110</sup>. L'ancienne créance éteinte par l'infructuosité du premier recours est remplacée par une nouvelle créance : la possibilité pour le créancier d'exercer un recours contre le garant-mandant<sup>111</sup>. Une sorte de bénéfice de subrogation anticipé et inversé dans lequel le créancier se subroge, par anticipation, dans les droits de la caution d'un recours en paiement.

**35.** Seul l'engagement initial de la caution d'une *fidejussio* subsidiaire, dite *indemnitas* permet de se passer de ce devoir d'information<sup>112</sup>. Dans ce cadre, le créancier qui se tournant vers le débiteur constate son insolvabilité totale ou partielle peut obtenir de la caution, qui ne s'est engagée qu'à hauteur de ce que le créancier n'aura pas pu obtenir du débiteur, une indemnité égale au montant de sa créance restante<sup>113</sup>. Sous Justinien, le cautionnement civil est subsidiaire dans tous les cas puisque toutes les cautions bénéficient légalement d'un bénéfice d'ordre, les informant indirectement de l'insolvabilité des débiteurs en cas d'action du créancier contre elles<sup>114</sup>.

**36.** La question de l'information est donc, par conséquent, toujours en lien avec les problématiques relatives aux recours.

**37. Recours.** L'article 2310 du code civil précise désormais que : « lorsqu'il y a plusieurs débiteurs principaux solidaires d'une même dette, la caution dispose contre chacun d'eux des recours prévus aux articles précédents [recours en paiement contre le débiteur et bénéfice de subrogation] »<sup>115</sup>. Auparavant et sans changement depuis 1804, la caution ne disposait d'un recours que contre les débiteurs auprès desquels elle s'était personnellement engagée<sup>116</sup>.

**38.** Historiquement, l'ancien droit cunéiforme ne semble pas prévoir de recours pour la caution envers le débiteur eu égard à la nature même des cautionnements connus où l'objet de l'obligation principale est le débiteur lui-même (un esclave). Dans ce cas, la soustraction de l'esclave au créancier n'ouvre un recours que pour ce dernier envers la caution, mais aucun recours n'est possible en direction du

---

<sup>110</sup> Selon Cicéron († 43 avant J.-C.), avant cela, existait une action (*appellare sponsores*) sommant la caution de faire pression sur le débiteur (plus qu'à payer elle-même), cf. J. MACQUERON, *op. cit.*, p. 467, 476.

<sup>111</sup> A. E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, p. 374.

<sup>112</sup> Au risque de s'exposer dans les autres cas à une action en diffamation, ne pas se tourner en premier vers son débiteur fait peser sur lui un soupçon d'insolvabilité atteignant sa *fama*, cf. J. MACQUERON, *op. cit.*, p. 280-281.

<sup>113</sup> Même si l'effet est identique au résultat d'un bénéfice de discussion (qui n'existe pas encore), il ne s'agit pas de la satisfaction de la créance en vertu de la règle *bis de eadem re ne sit actio* et de l'effet extinctif de la *litis contestatio*, mais d'une indemnité née de la *fidejussio indemnitas*. Une constitution de Caracalla en 215 ouvre la possibilité de prévoir par contrat que le créancier discute le débiteur avant de se tourner vers la caution, impliquant la fin de la règle *bis de eadem* et de l'effet extinctif de la *litis*, cf. A. E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, p. 375.

<sup>114</sup> J. MACQUERON, *op. cit.*, p. 482.

<sup>115</sup> Art. 2308, 2309.

<sup>116</sup> Art. 2037 anc.

débiteur-objet<sup>117</sup>. Par la suite, pour les cautionnements dont l'objet ne porte pas sur la personne du débiteur, une telle différence entre débiteur et caution n'est pas faite dans le droit néo-babylonien du VII<sup>e</sup>-VI<sup>e</sup> siècle avant J.-C., sous le règne de Nabuchodonosor II († 562 avant J.-C.). Au contraire, il semble que les cautions soient traitées de la même manière qu'un débiteur<sup>118</sup>.

**39.** En droit grec, la situation initiale est identique comme l'illustre la sommation<sup>119</sup>. Le recours de la caution (par un bénéfice de subrogation sans le nom ?) contre les différents débiteurs ou autres cautions – puisque cela revient au même en droit grec – est possible que la responsabilité soit divisée entre chacun à hauteur de son engagement ou solidaire. Dans les législations citadines, aucune option n'est préférée. Conséquemment, cette liberté laissée aux parties engendre des contrats où certains garants s'engagent solidairement tandis que d'autres ne s'engagent que personnellement. Cela est même possible dans un unique contrat, une caution peut s'engager pour une fraction de la dette, les co-garants stipulant solidairement pour le reste. Il est probable, en revanche, qu'en cas de mutisme législatif ou contractuel, la solidarité soit la règle eu égard au fait que la caution est traitée comme un co-débiteur<sup>120</sup>.

**40.** Une fois cela dit, il est remarquable d'observer que la caution athénienne ayant payé le créancier dispose de recours proches de ceux de la caution actuelle en droit français comme prévu par la réforme. Elle peut obtenir le remboursement des sommes versées au créancier d'une part et dispose d'un second recours qui a pour cause l'inexécution de l'obligation principale. Ce dernier, plus restrictif que celui de l'article 2308, permet parfois à la caution d'obtenir un montant supérieur à la quotité de sa garantie. En effet, à Délos, au sein d'un recours unique, la loi urbaine oblige le débiteur à rembourser la caution à hauteur de 150%. Toute clause contraire n'est pas réputée non écrite, mais ne peut pas être moins disant, sous peine d'être *contra legem*. Pour se prémunir du défaut de paiement du débiteur, certains garants demandent à ce dernier un bien gagé ou un dépôt d'argent qu'ils conservent jusqu'au remboursement de la somme par le porteur de la dette<sup>121</sup>.

---

<sup>117</sup> E. SZLECHTZER, *op. cit.*, p. 193 *sq.* Sur ce cautionnement sur la personne dans les autres droits cunéiformes, v. du même, « Les sûretés personnelles dans le droit suméro-akkadien », *RSJB*, t. 28, *op. cit.*, p. 201 *sq.*

<sup>118</sup> É. CUQ, « Le cautionnement en Chaldée », *Journal des savants*, 16<sup>e</sup> an., 1918, p. 176-184, du même, *Études sur le droit babylonien*, Geuthner, 1929, p. 297-309. La conception de la caution d'un débiteur-objet persiste et explique que, dans la Bible (I<sup>er</sup> millénaire avant J.-C.), cautionnement et gage soient confondus, cf. H. M. WEIL, *loc. cit.*, p. 171-172, 217-218. Le débiteur peut s'autocautionner en offrant sa personne en gage, cf. *ibid.*, p. 228-229.

<sup>119</sup> L. BEAUCHET, *op. cit.*, p. 479. Un devoir réglé par l'usage qui a varié entre les cités, cf. *supra*, §. *Information*.

<sup>120</sup> À Olymos (Anatolie) pour l'engagement à hauteur d'une quote-part non solidaire et dans l'Attique à Épidaure, à Delphes et à Athènes pour la solidarité, cf. L. BEAUCHET, *op. cit.*, p. 479-480.

<sup>121</sup> L. BEAUCHET, *op. cit.*, p. 483-484. Pour une interprétation différente, v. T. W. BEASLEY, *op. cit.*, p. 10-11. Cette situation donne lieu à des obligations multiples entre créancier, caution et débiteur. Même dans le simple schéma tripartite, le créancier peut se servir au choix sur les biens ou la personne du débiteur ou de la caution ; biens qui peuvent être hypothéqués et pour lesquels la levée de l'hypothèque ne peut parfois intervenir qu'après la vente du gage du débiteur donné à la caution et conservé par une institution de dépôt (banque).

L'actualité du droit grec antique ne s'arrête pas là puisqu'il existe un véritable bénéfice de subrogation dans certains cas, notamment les contrats faisant intervenir la réalisation de travaux et peut-être aussi pour des contrats de baux<sup>122</sup>.

**41.** À Rome, la loi *Publilia*, du IV<sup>e</sup> siècle avant J.-C., ouvre un recours en paiement au *sponsor* – caution d'un *sponsio*, contre le débiteur, qui, dans les six mois après satisfaction du créancier, ne l'a pas remboursé. La loi *Apuleia*, du III<sup>e</sup> siècle avant J.-C., élargit ce recours en ce qu'il peut être dirigé contre les co-cautions, considérées dès lors comme solidaires, et s'exercer dans le cadre d'une *sponsio* ou d'une *fidepromissio*<sup>123</sup>. Dans l'ancien droit romain, le fidéjusseur dispose d'une action *mandati contraria*, contre le débiteur, permise par la théorie du mandat – ce dernier aurait donné mandat à la caution de payer pour lui – et d'un bénéfice de cession des actions du créancier (proche de l'idée de bénéfice de subrogation mais qui ne se confond avec ce dernier puisque s'exerçant dans le cadre d'un mandat)<sup>124</sup>. Même après l'élargissement par l'empereur Hadrien († 138)<sup>125</sup> du bénéfice de division aux cautionnements par fidéjussions, la caution, qui, bien qu'engagée personnellement, aurait déchargé le créancier au-delà de sa *parte virili*, peut toujours agir contre ses co-garants par la voie de la cession d'actions<sup>126</sup>. La caution dispose donc, dans les trois types de cautionnement, d'un recours en paiement et d'un recours subrogatoire (par cession d'actions)<sup>127</sup>. Sous Justinien, la cession d'action est accordée à tous légalement sans distinction du type de cautionnement et s'applique donc aussi au constitut<sup>128</sup>.

**42.** La loi Gombette des Burgondes imagine ensuite dès le VI<sup>e</sup> siècle une « clause pénale » de 200 ou 300%, actionnable contre le débiteur, par le créancier, mais aussi par la caution<sup>129</sup>. Par la suite, le *fidejussor* altimédiéval peut lui exercer une saisie privée sur les biens du débiteur, avant même qu'il ne satisfasse le créancier<sup>130</sup>.

---

<sup>122</sup> L'hypothèse des baux est posée pour Délos, cf. L. BEAUCHET, *op. cit.*, p. 485.

<sup>123</sup> A. E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, p. 369-370, J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, *loc. cit.*, p. 502-503 *sq.*

<sup>124</sup> Ce bénéfice n'est pas de plein droit, la caution poursuivie en paiement doit expressément le demander au procès. La caution peut refuser de payer tant que le créancier n'a pas autorisé la cession. Une fois autorisée, elle doit payer, mais pourra se retourner contre le débiteur, cf. A. E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, p. 376-377.

<sup>125</sup> Au moyen d'une *epistula* que l'on trouvera transcrite sous divers noms : épîtres, constitutions ou rescrit.

<sup>126</sup> A. E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, p. 377-378. Elle permet même de faire valoir les sûretés réelles dont pouvait disposer le créancier, cf. J. MACQUERON, *op. cit.*, p. 477.

<sup>127</sup> En 138, les jurisprudents obtiennent aussi l'extension du bénéfice aux *adpromissiones*, cf. J. MACQUERON, *op. cit.*, p. 475.

<sup>128</sup> J. MACQUERON, *op. cit.*, p. 482.

<sup>129</sup> J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 1098-1099. Rappelant le droit grec, il est possible qu'en droit canon, subrogeant aux droits du créancier, la caution bénéficie de la clause pénale que le créancier tient du débiteur et donc *in fine* obtenir une restitution supérieure à l'engagement, v. F. ROUMY, *loc. cit.*, p. 344 *sq.*

<sup>130</sup> A. E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, p. 385, P. OURLIAC, J. de MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 344. Cela rappelle le gage grec. Dans la Loi salique, la saisie privée est subordonnée à l'autorisation judiciaire, cf. A. VANDENBOSSCHE, *loc. cit.*, p. 32. Ensuite, la saisie est organisée par le créancier sur les biens du plège, c'est l'*obligatio bonorum*, cf. A. ESMEIN, *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, Larose, 1883, p. 109 *sq.* Mais elle n'est pas générale (absente en droit normand), cf. J. YVER, *loc. cit.*, p. 243-245. Sur cette *obligatio bonorum*, v. J. GAY, « Aux origines de l'*obligatio omnium bonorum* dans le comté de

Appelée dans le droit coutumier ultérieur « exception de garantie » et s'apparentant à un bénéfice de discussion ; en cas de pluralité de cautions, cette saisie se rapproche du bénéfice de division. Dans ce dernier cas en droit coutumier, la caution poursuivie peut appeler en justice les co-garants pour ne pas payer plus que sa quote-part ; et cela encore à l'époque moderne<sup>131</sup>. En l'absence de bénéfice de discussion reconnu, les plèges médiévaux, jusqu'au réusage du droit romain, ont surtout un recours indemnitaire – et non en paiement<sup>132</sup>. Certaines régions retardent l'accord du double bénéfice : ce n'est qu'au XV<sup>e</sup> siècle que le droit justinien y est admis<sup>133</sup>.

**43.** D'autres admettent *a minima*, le recours indemnitaire contre le débiteur, mais la pratique prévoit surtout la constitution d'un gage préalable. Ce gage permet à la caution de se rembourser directement, sans avoir à saisir le juge en effectuant une saisie privée immédiate (ou médiate si le gage est constitué lui-même d'obligations)<sup>134</sup>. Parfois même, la constitution du gage préalable est organisée dans l'optique de satisfaire directement le créancier et non de se rembourser *a posteriori* en cas de défaillance du débiteur vis-à-vis du créancier<sup>135</sup>.

**44.** Enfin, dans d'autres cas, la caution peut parfois se retourner judiciairement en paiement contre ses co-garants en faisant reconnaître l'existence d'une forme de solidarité entre elle et eux<sup>136</sup> ; action apparentée, après le réusage du droit justinien, à la cession d'actions/bénéfice de subrogation<sup>137</sup>.

**45.** Il faut en effet attendre les gloses du droit justinien au milieu du XII<sup>e</sup> siècle pour observer une présomption de solidarité et donc un usage du bénéfice de subrogation/cession d'actions, notamment en cas de pluralité de débiteurs. La solidarité, moins protectrice de la caution, lui ouvre en contrepartie, envers ses co-garants, les recours dont elle dispose déjà contre le débiteur<sup>138</sup>. La cession d'actions

---

Bourgogne », *Mél. Yver*, PURH, 1976, p. 285-303. Sur la saisie privée, v. P. COLLINET, *La saisie privée*, Larose, 1898.

<sup>131</sup> A. E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, p. 386, F. ROUMY, *loc. cit.*, p. 346.

<sup>132</sup> A. E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, p. 385. À charge pour eux de convaincre le juge du juste caractère de l'auto-évaluation de leurs préjudices (perte de réputation, de temps en « prison », d'argent). Mais dans certaines régions, comme à Toulouse, la caution est crue sur parole, à charge pour le débiteur d'apporter la preuve contraire s'il souhaite réduire le montant de l'indemnité, cf. M. CASTAING-SICARD, *op. cit.*, p. 400.

<sup>133</sup> Comme à Metz en Lorraine, cf. J. COUDERT, *loc. cit.*, p. 269-270, 276-277. On observe une même résistance envers le droit justinien en Bourgogne à partir du XIV<sup>e</sup> siècle ; résistance qui persiste sur certains aspects jusqu'au code de 1804, cf. J. FRICAUDET, *op. cit.*, p. 48-54, 59-63.

<sup>134</sup> Comme en Normandie au XIII<sup>e</sup> siècle, cf. J. YVER, *loc. cit.*, p. 252-253, mais aussi à Toulouse où les sûretés réelles sont usitées au surplus du contrat de cautionnement, cf. M. CASTAING-SICARD, *op. cit.*, p. 390.

<sup>135</sup> C'est le cas à Toulouse, cf. M. CASTAING-SICARD, *op. cit.*, p. 401.

<sup>136</sup> A. E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, p. 385, P. OURLIAC, J. de MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 345. Dans le même esprit que le recours indemnitaire du créancier romain qui a contracté une *fidejussio indemnitis*.

<sup>137</sup> Mais sans le secours du droit justinien, c'est plutôt le gage entre débiteur et caution, appelée *contre-plège*, qui permet au garant de se retourner rapidement contre le débiteur, cf. J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 1098-1099. Ce qui n'est pas sans rappeler le droit grec et le droit biblique où les deux idées sont liées.

<sup>138</sup> Il existe des solutions intermédiaires en cas de pluralité de plèges. Dans la *Summa de legibus Normannie* du XIII<sup>e</sup> siècle, sans précision contractuelle, la solidarité est présumée, mais le texte ne précise pas si le

est admise, sauf renonciation contractuelle<sup>139</sup>. Ce bénéfice de subrogation (sans le nom) est même considéré comme automatique par le pape à la fin du XII<sup>e</sup> siècle pour le droit canon, appliqué positivement aux clercs<sup>140</sup>. De la même façon, il faut attendre les écrits de Dumoulin au XVI<sup>e</sup> siècle, suivi par certains Parlements, pour que la pratique notariale concède la même automaticité (à défaut donc de renonciation expresse)<sup>141</sup>. L'auteur use pour cela de la théorie de la subrogation qu'il lègue à notre droit contemporain. Auparavant, la cession d'actions devait être demandée par la caution<sup>142</sup>.

**46.** Pour autant, même après le XVI<sup>e</sup> siècle, dans la pratique notariale moderne, de même que pour le bénéfice de division, les créanciers réclament souvent aux garants qu'ils renoncent à leur bénéfice de cession d'actions pour revenir à une solidarité générale telle que conçue à l'époque médiévale ; solidarité permettant au créancier de demander le paiement de toute la dette à une seule caution<sup>143</sup>. Dès lors, l'époque moderne, dont la doctrine inspire le code de 1804, lègue plutôt une présomption de solidarité<sup>144</sup>. Elle transmet seulement les recours anciens qu'elle a pu rattacher au droit romain : exception de garantie/bénéfice de division-bénéfice de discussion et cession d'actions/bénéfice de subrogation (le recours indemnitaire propre à l'exécution sur la personne n'est pas repris).

**47.** Liant information et recours, la caution qui n'informe pas son débiteur s'expose à perdre toute possibilité de recours contre ce dernier.

**48.** *Déchéance du recours.* L'article 2311 du code civil précise désormais que : « La caution n'a pas de recours si elle a payé la dette sans en avertir le débiteur et si celui-ci l'a acquittée ultérieurement ou disposait, au moment du paiement, des moyens de la faire déclarer éteinte. Toutefois, elle peut agir en restitution contre le créancier. ». Sans changement de fond avec le texte de 1804<sup>145</sup>.

---

créancier peut être entièrement satisfait auprès d'une fraction seulement des cautionnements, cf. J. YVER, *loc. cit.*, p. 249-250.

<sup>139</sup> A. E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, p. 386-387, eg. : J.-F. POUDRET, « Justice et droit privé au Val de Morteau au début du XIV<sup>e</sup> siècle », *MSHDB*, t. 66, 2009, p. 47-48. La renonciation contractuelle ouvre deux possibilités : responsabilité à sa quote-part ou responsabilité solidaire, cf. J. J. LEU, *op. cit.*, p. 57-59. À Toulouse, où les sûretés réelles doublent la sûreté personnelle, cette cession permet à la caution d'user de l'hypothèque générale ou du gage privilégié pour commencer à se rembourser, cf. M. CASTAING-SICARD, *op. cit.*, p. 399.

<sup>140</sup> F. ROUMY, *loc. cit.*, p. 351-352.

<sup>141</sup> Au Moyen Âge, c'est conventionnellement que l'on prévoit la possibilité pour la caution d'être bénéficiaire d'une cession d'actions de la part du créancier, eg. Toulouse, cf. M. CASTAING-SICARD, *op. cit.*, p. 398.

<sup>142</sup> P. OURLIAC, J. de MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 346-347, J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 1097-1099. Pour un exemple en Lorraine, v. J. COUDERT, *loc. cit.*, p. 277.

<sup>143</sup> Dans les terres de notariat dans le Midi, ces pressions à la renonciation datent de l'époque médiévale. Dans la région toulousaine, les conventions de la première moitié du XIII<sup>e</sup> siècle sont plus strictes que la coutume de 1286, cf. M. CASTAING-SICARD, *op. cit.*, p. 397. Exemple qui atteste que le cycle de durcissement, atténuation, durcissement de la situation de la caution n'est pas de l'époque moderne et préexiste dans certaines régions.

<sup>144</sup> A. E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, p. 386.

<sup>145</sup> Art. 2031, cf. Code, *op. cit.*

49. Historiquement, le garant grec qui aurait seul pris l'initiative de régler une partie de la dette se voit inscrit publiquement comme co-débiteur solidaire à concurrence de ce qu'il reste à payer par la Boulè de la cité de Délos<sup>146</sup>. À partir de la loi *Furia* du III<sup>e</sup>-II<sup>e</sup> siècle avant J.-C., la division des cautions italiennes met fin au recours contre les co-cautions, permis par la loi *Apuleia* antérieure, qui n'est plus ouvert. Cependant, le *sponsor* ayant payé plus que sa part, bénéficie toujours d'une *manus injectio pro judicato*, qui dans notre droit actuel se rapproche de l'action en restitution contre le créancier prévu par l'article 2311<sup>147</sup>.

50. La perte de ce recours, dans le cas de figure évoqué par l'article 2311 nouveau, a déjà été pensée dans un cas proche par la doctrine canoniste du XIII<sup>e</sup> siècle : la caution qui a libéré le créancier avant le terme prévu et ceci – mais c'est logique puisque le terme n'est pas échu – sans aucune poursuite de la part du créancier contre son débiteur ou sa garantie n'a plus de recours contre le débiteur principal<sup>148</sup>.

51. De la même façon, Philippe de Beaumanoir en 1283 laisse entendre que la caution ne peut être « libérante » et libérée qu'après en avoir informé le créancier. Il précise tout d'abord que celui qui se déclare plège et qui ne l'est pas, s'il paie la dette, nul ne l'en doit délivrer, car il est couramment admis que cette pratique est considérée comme une volonté du plège de faire du débiteur principal son propre débiteur. Par la suite, il ajoute qu'en conséquence nulle caution ne doit se hâter de satisfaire le créancier, car il semblerait (*sic*) « gréver » le débiteur. Il n'offre pas, au débiteur, la possibilité de se libérer lui-même et le rend débiteur de sa caution. Le raisonnement de l'auteur est clair : la caution qui aurait payé, sans en avertir le débiteur, ne doit pas/plus être considérée comme une caution. Pour Beaumanoir la raison en est simple : on doit cautionner de bonne foi, c'est-à-dire pour aider le débiteur défaillant. Celui qui agit à l'inverse n'agit pas en tant que caution. Ce ne semble être au vu des précautions prises par l'auteur qu'une expression de son opinion puisque les autres sources médiévales n'attestent pas d'une telle sévérité à l'égard de la caution indélicate. L'auteur lui-même nuance cette position de principe au paragraphe suivant en précisant que s'il sera difficile de faire aboutir un recours indemnitaire, « du principal de la dette le [débiteur] devoit il [le garant] delivrer »<sup>149</sup>.

52. Mais ces cas doctrinaux ne sont repris ni dans le droit laïc ni dans les codifications modernes postérieures et ces solutions tombent en désuétude jusqu'en 1804<sup>150</sup>. Au contraire, dans certaines hypothèses, il n'y a pas de déchéance,

---

<sup>146</sup> Le créancier ne peut plus réclamer l'entière de la somme à la caution et le débiteur ne peut plus se défausser sur la caution pour l'entière de la garantie, il en doit la moitié à la caution. Le fait pour le débiteur de ne pas avoir été informé du paiement par la caution ne peut pas être soulevé par lui ; eu égard au caractère public de l'inscription, cf. T. W. BEASLEY, *op. cit.*, p. 10 dont n. 5.

<sup>147</sup> A. E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, p. 371, J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, *loc. cit.*, p. 503 sq.

<sup>148</sup> F. ROUMY, *loc. cit.*, p. 370.

<sup>149</sup> PHILIPPE de BEAUMANOIR, §. 1327-1329, *Coutumes du Beauvaisis* (éd. A. SALMON, t. 2, Picard, 1900, p. 181).

<sup>150</sup> Certains arrêts du Parlement n'acceptent pas le recours indemnitaire, mais sans jamais aller jusqu'à la non-libération de la caution (pas d'action en restitution auprès du créancier), cf. P. C. TIMBAL, *loc. cit.*, p. 52-53.

la caution qui a satisfait le créancier, même en l'absence du débiteur, continue de pouvoir se retourner en indemnisation contre ce dernier<sup>151</sup>.

**53.** Finalement, une fois le créancier satisfait par le débiteur ou la caution et les recours épuisés, le cautionnement disparaît avec, ou sans, l'obligation principale dont il est l'accessoire.

## **B. L'extinction**

**54.** *Perte du bénéfice de subrogation.* L'article 2314 du code civil précise désormais que : « lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par la faute de celui-ci, s'opérer en sa faveur, la caution est déchargée à concurrence du préjudice qu'elle subit. Toute clause contraire est réputée non écrite. La caution ne peut reprocher au créancier son choix du mode de réalisation d'une sûreté. ». Antérieurement et depuis 1804, il était fait référence aux droits, hypothèques et privilèges du créancier<sup>152</sup>, même si une interprétation jurisprudentielle récente était venue assouplir ce triptyque. Le créancier ne disposait pas d'une liberté de choix quant au mode de réalisation d'une sûreté même si, là encore, un assouplissement de la jurisprudence a permis que seule la faute – et non plus, tout fait – du créancier ne restreigne sa liberté<sup>153</sup>.

**55.** Historiquement, la « faute » du créancier est envisagée dès la loi *Cicerèia* puisque, sans parler encore d'un bénéfice perdu, l'oubli de la *praedictio*<sup>154</sup>, libère les cautions, laissant le créancier seul face à son débiteur. De plus, dans le mandat de crédit, si le créancier laisse périr l'obligation principale et que le mandant garant ne peut plus obtenir la cession d'actions, il est libéré à l'égard du créancier, à l'image ce qu'il est prévu actuellement par l'article 2314<sup>155</sup>.

**56.** L'article suivant du code fait lui référence à la résiliation unilatérale qui provoque également l'extinction du cautionnement.

**57.** *Résiliation unilatérale.* L'article 2315 du code civil dispose lui que : « lorsqu'un cautionnement de dettes futures est à durée indéterminée, la caution peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable. »<sup>156</sup>.

**58.** Historiquement, la garantie sans délai n'a pas été la règle en Grèce, les actes de la pratique évoquant plutôt une garantie à terme de cinq ou dix ans. Le cautionnement des baux emphytéotiques nécessite donc le renouvellement de la garantie pour une durée généralement identique. Les législations citadines n'évoquent pas de durée maximale<sup>157</sup>. De plus, sans indétermination, il n'y a pas de

---

<sup>151</sup> Comme en Bourgogne à l'époque médiévale, cf. J. FRICAUDET, *op. cit.*, p. 47-48.

<sup>152</sup> Art. 2037, cf. Code, *op. cit.*

<sup>153</sup> Sur ces éléments, v. E. PETITPREZ, *loc. cit.*

<sup>154</sup> Sur sa définition, cf. *supra*.

<sup>155</sup> A. E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, p. 370, 380-381, J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, *loc. cit.*, p. 509 *sq.*

<sup>156</sup> Il est complété par l'art. 2316.

<sup>157</sup> *Eg.* baux emphytéotiques (Héraclée), cf. L. BEAUCHET, *op. cit.*, p. 486, T. W. BEASLEY, *op. cit.*, p. 11-12.

faculté de résiliation unilatérale même si la caution peut refuser de renouveler son engagement. Mais c'est un cas d'école puisque l'ἔγγυη grec n'est possible que pour des dettes existantes et donc *a contrario* ne l'est pas pour les dettes futures<sup>158</sup>.

**59.** À Rome, le cautionnement pour des dettes à venir est possible par fidéjussion et mandat de crédit, mais la durée n'est pas évoquée. Les *adpromissores* sont libérés par la loi *Furia* au bout de deux ans, écartant l'hypothèse de cautionnements de dettes à durée indéterminée<sup>159</sup>. C'est seulement dans la codification justinienne que la garantie est « perpétuelle »<sup>160</sup>.

**60.** Si les plègeries ne semblent guère évoquer les dettes futures, les glossateurs du droit justinien redécouvrent l'admettent bien volontiers. Les docteurs de *l'utrumque jus* précisent, dès le début du XIII<sup>e</sup> siècle, que la caution peut s'engager sans limitation de durée (pas même une prescription trentenaire)<sup>161</sup>. Une solution que l'on retrouve dans la pratique contractuelle méridionale dès ce même début de XIII<sup>e</sup> siècle<sup>162</sup>.

**61.** La liaison possible, entre dette future et durée indéterminée de notre droit contemporain, semble donc être une innovation du droit savant médiéval (même si la question de la résiliation ne semble pas avoir été évoquée).

## Conclusion

**62.** Le cautionnement civil, tel qu'on le conçoit aujourd'hui, ne peut être rattaché aux garanties qui s'exécutent sur la personne (droit [néo-]babylonien et droit médiéval avant la redécouverte du droit justinien). Elles font partie d'un droit qui organise des petites communautés aux solidarités familiales fortes qui n'ont pas les mêmes besoins que les communautés urbaines à l'organisation économique et sociale plus complexe.

**63.** En revanche, les droits antiques, le droit canon et l'ancien droit français depuis le XII<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècle ont pensé des éléments de la réforme de 2021 sans en avoir été les prédécesseurs. Plusieurs enseignements peuvent donc être tirés concernant le cautionnement civil.

**64.** Son histoire n'est pas linéaire. Cette sûreté n'a pas fait l'objet d'un « progrès continu » : la dégradation des structures romaines durant l'Antiquité tardive a conduit à la perte d'une partie du droit romain qui la régissait jusqu'au Moyen Âge central.

**65.** Cette histoire n'est pas non plus uniquement romaine. La pratique cunéiforme précède les usages romains et la Grèce pratiquait une forme consensuelle de cautionnement que notre droit a connue jusqu'en 2003 tandis que la solennité était déjà imaginée par Platon. Le devoir/la diligence d'information est aussi à mettre au crédit du droit attique. Sans les réflexions de la doctrine canonique, l'unité de

---

<sup>158</sup> L. BEAUCHET, *op. cit.*, p. 524-525.

<sup>159</sup> A. E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, p. 379-380, J. MACQUERON, *op. cit.*, p. 439, 472.

<sup>160</sup> Sous réserve d'une prescription de 30 ans, *cf.* J. MACQUERON, *op. cit.*, p. 482.

<sup>161</sup> F. ROUMY, *loc. cit.*, p. 343, 365.

<sup>162</sup> Comme dans la région toulousaine, *cf.* M. CASTAING-SICARD, *op. cit.*, p. 391.

définition et par suite de régime, ne serait peut-être pas arrivée si tôt après la redécouverte du droit justinien. L'activisme papal à la recherche d'un droit unifié et juste pour ses clercs a aussi produit des réflexions sur le sort de la caution et donc, d'une certaine manière, sur la proportion entre la dette et son patrimoine.

**66.** Il n'en reste pas moins vrai que le droit romain, pensé par les actions qu'il offre aux contractants, a développé et légué à notre droit actuel les recours de la caution (sans en avoir la primeur puisque le droit grec en prévoyait déjà certains) et imaginé les cas d'extinction.

**67.** Notre regard se tourne encore vers le droit romain parce qu'il a connu au cours de sa longue histoire, de l'Antiquité à la période moderne, des questionnements que l'on retrouve en droit contemporain : la protection de la caution, faible au départ, ne cesse de croître avant d'être tempérée (pour ne pas détourner totalement les contractants de cette sûreté personnelle). Les vicissitudes de la conception de l'idée de caution l'illustrent parfaitement : co-débitrice ou garante, principale ou accessoire, parallèle ou subsidiaire, plurielle ou unique. Si bien que l'on a pu, encore récemment, s'enthousiasmer de l'intérêt du droit romain pour l'avenir du droit contemporain<sup>163</sup>.

**68.** Enfin, si l'ordonnance n'a pas consacré l'idée d'un cautionnement réel, défendue par une partie de la doctrine contemporaine<sup>164</sup>, l'histoire interroge notre dualisme rigide entre sûretés personnelles et sûretés réelles<sup>165</sup>, en atteste le recours à l'hypothèque sur le patrimoine de la caution en Grèce<sup>166</sup>. Finalement, que le créancier antique s'en prenne au corps de la caution ou à ses biens, il ne recherche que l'exécution la plus satisfaisante de sa garantie, sans considération typologique<sup>167</sup>.

**69.** Alors qu'une catégorisation trop étanche des différents cautionnements fut historiquement un frein à l'usage de ces garanties, l'avenir nous dira si la conservation de la typologie du code Napoléon restera adaptée aux futures pratiques contractuelles.

---

<sup>163</sup> Un colloque organisé par l'Institut d'histoire du droit Jean Gaudemet de l'université Paris Panthéon-Assas et la Cour de cassation en 2017 portait à cet égard un titre évocateur : *Le droit romain, un droit pour demain ?*

<sup>164</sup> *Infra* D. GRIMAUD, « Le "cautionnement réel" : être ou ne pas être, telle est la question ».

<sup>165</sup> Certains ont déjà proposé de nouvelles distinctions, cf. J. CASTRE, *La summa divisio des sûretés pour soi et des sûretés pour autrui*, th. droit, univ. Panthéon-Sorbonne, 2020.

<sup>166</sup> C'est le même esprit qui explique l'usage limité du cautionnement à Toulouse : « Mieux valait une hypothèque qu'un procès quasi certain contre les fidéjusseurs. », cf. M. CASTAING-SICARD, *op. cit.*, p. 402.

<sup>167</sup> Auquel il faut ajouter le bien gagé du débiteur donné à la caution, cf. L. BEAUCHET, *op. cit.*, p. 480 *sq.* Cette situation témoigne de la souplesse des législations anciennes, permise par une conception holiste de l'idée de garantie. Cette même conception se fait jour en Lorraine au XIII<sup>e</sup> siècle : le cautionnement est toujours prétexte à aller chercher le bien derrière la personne, cf. J. COUDERT, *loc. cit.*, p. 248. Un détour par le cautionnement personnel qui s'explique par la nature féodale de la propriété qui fait obstacle à un « cautionnement réel » direct, cf. *ibid.*, p. 249-250. J. COUDERT le dit lui-même : « Reconnaissons la vanité de nos classifications », cf. *ibid.*, p. 273. Un exemple encore à Toulouse où le débiteur présente un garant à sa caution ou lui donne des sûretés réelles, cf. M. CASTAING-SICARD, *op. cit.*, p. 401.

## **Plan**

### **Introduction**

*Définition actuelle*

*Pratique cunéiforme et identification grecque*

*Définition et conceptualisation romaines*

*Rupture du Premier Moyen Âge*

*Redécouverte médiévale des cautionnements justiniens*

*Cristallisation moderne de la définition*

### **I. La formation et l'étendue du cautionnement**

#### **A. La formation du cautionnement**

*Forme*

*Mentions*

*Nature*

#### **B. L'étendue du cautionnement**

*Solvabilité et proportionnalité*

*Opposabilité des exceptions*

### **II. Les effets et l'extinction du cautionnement**

#### **A. Les effets**

*Information*

*Recours*

*Déchéance du recours*

#### **B. L'extinction**

*Perte du bénéfice de subrogation*

*Résiliation unilatérale*

### **Conclusion**