

ARTICLE 2037.

La caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution.

SOMMAIRE.

526. De l'extinction du cautionnement par la faute du créancier. Le créancier perd le bénéfice du cautionnement si par son fait il se met dans l'impossibilité de céder au fidéjusseur les actions qu'il avait contre le débiteur.
527. Ancien droit romain. Le créancier ne contractait pas avec le fidéjusseur l'obligation de lui *conserver* ses actions. Il était censé faire assez en cédant ses actions telles quelles.
528. Preuve tirée de la loi 22, D., *De pactis*.
529. Et de la loi 15, § 2, D., *De fidej.*
530. Raison de cette jurisprudence.
531. Suite. La cession d'actions manquant, le fidéjusseur devait se contenter de l'action *mandati contraria*.
532. Il en était autrement cependant dans le cas où il y avait *mandatum pecuniæ credendæ*.
Raison de cette différence entre le cautionnement et le *mandatum pecuniæ credendæ*.
533. Résumé du droit des Pandectes. Il est certain que le créancier devait céder ses actions telles quelles et sans être garant.
Changement sous Justinien. Introduction du bénéfice de discussion. Le résultat en est que le créancier doit *conserver* au fidéjusseur les actions au moyen desquelles la discussion peut être fructueuse.
534. Cette obligation du créancier n'a pas d'autre source que le bénéfice de discussion.
535. Pothier n'a pas traité ce point convenablement.

536. Il ne donne aucune bonne raison pour expliquer cette obligation du créancier de conserver ses droits intacts au fidéjusseur. Au contraire, il en donne qui seraient excellentes pour prouver que le créancier ne doit pas de garantie.
537. Suite. Auteurs qui ont mis le doigt sur la difficulté.
538. Le Code civil a aussi voulu que le créancier fût tenu de conserver ses actions au fidéjusseur?
Mais quel en est le motif? N'est-ce pas à cause du bénéfice de discussion?
539. L'art. 1251, à lui seul, ne saurait être un argument pour décider que le créancier doit conserver ses actions au fidéjusseur.
On ne peut expliquer ce point de droit que par le bénéfice de discussion.
540. Réponse aux auteurs qui ont nié la liaison de l'art. 2037 avec le bénéfice de discussion.
541. Suite.
542. Suite. L'introduction du bénéfice de discussion a permis aux interprètes d'argumenter de la loi 95, § 11, D., *De solut.*, qui, sans ce bénéfice, aurait été inapplicable.
543. Preuve que le bénéfice de discussion a exercé une influence nécessaire sur la cession d'actions et a amplifié les obligations du créancier.
544. Le bénéfice de discussion, quoique introduit à titre de grâce, a limité cependant le droit du créancier.
545. Suite.
546. Suite. Une de ces limites c'est de l'obliger à ne pas perdre ses droits contre le débiteur.
547. C'est le sentiment de Voët. Solidité de son opinion.
548. Explication des lois romaines qui la fortifient. Réponse à quelques objections.
549. Suite.
550. Nouvelle preuve de la liaison du bénéfice de discussion avec l'obligation du créancier de conserver les actions intacts.

551. Suite.
552. Quelles personnes peuvent se prévaloir de notre article.
Embarras de cette question pour plusieurs.
553. Le créancier ne peut décharger une caution sans nuire à l'autre caution. Celle-ci peut lui opposer l'art. 2037.
554. Lois romaines contraires à cette solution. C'est l'introduction du bénéfice de discussion qui a fait qu'elles n'ont pas été suivies depuis.
555. Interprétation de Cujas. Raison solide donnée par lui après quelques contradictions.
556. Suite.
557. Le fidéjusseur solidaire peut-il invoquer l'art. 2037 de même que le fidéjusseur simple?
558. Arrêt de la Cour de cassation qui décide l'affirmative, par la seule raison que l'art. 2037 ne distingue pas.
Insuffisance d'un tel modé d'interprétation.
559. Arrêts contraires.
560. Ce sont ces derniers qui sont les seuls juridiques.
561. L'art. 2037 s'applique-t-il à celui qui, sans être proprement caution, a hypothéqué son bien à la sûreté de l'engagement?
562. *Quid* à l'égard du tiers détenteur?
563. L'art. 2037 ne doit pas être étendu à deux débiteurs principaux qui ont contracté solidairement.
564. Des faits qui constituent la *faute* du créancier et qu'on peut lui reprocher.
565. Des omissions, des négligences.
566. Suite.
567. Suite.
568. Le créancier est-il responsable de l'insolvabilité du débiteur, sous prétexte qu'il aurait pu le poursuivre plus tôt et alors qu'il était *in bonis*?
569. Est-il responsable de cette insolvabilité quand il y a *fidejussio indemnitalis*?
570. D'après l'art. 2037, le fidéjusseur a-t-il droit à ce que le créancier lui conserve, non-seulement les recours

et actions existant à l'époque du contrat, mais encore les droits et actions que ce même créancier a acquis postérieurement?

571. Suite.

572. Quand la subrogation aux droits du créancier n'est devenue impossible que pour partie, la caution n'est libérée que dans la même proportion.

COMMENTAIRE.

526. L'article 2037 signale une nouvelle cause d'extinction du cautionnement, et cette cause provient de la faute du créancier. Lorsque le créancier s'est mis, par son fait, dans l'impossibilité de subroger le fidéjusseur à qui il demande paiement, dans ses droits, hypothèques et privilèges, le fidéjusseur est déchargé, et le créancier succombe sous l'exception *cedendarum actionum*. Cette disposition est le complément, mais non pas la conséquence, de la subrogation que la loi assure au fidéjusseur (1). Par l'effet de notre article, le fidéjusseur a dû compter, pour se faire indemniser, non-seulement sur l'action *mandati contraria*, mais encore sur le droit d'user des privilèges, sûretés et garanties dont est investi le créancier. Le créancier qui trompe cette légitime espérance est répréhensible; il occasionne un dommage, il doit le réparer (2).

Tel est le résumé des doctrines sur lesquelles

(1) Art. 2029.

Suprà, n° 345.

(2) *Suprà*, nos 345, 347.

Pothier, nos 428, 519, 520.

notre article est fondé; mais, pour en bien approfondir le sens et la portée, il est de la plus haute importance d'en rechercher l'origine et la raison première.

527. D'après l'ancien droit romain, le créancier ne contractait avec le fidéjusseur aucune obligation de lui conserver ses actions contre le débiteur principal (1). C'est une très importante observation de Cujas; on la retrouve dans le président Favre et dans Pothier. Les jurisconsultes romains pensaient que c'était assez donner à l'équité que d'empêcher le créancier de refuser au fidéjusseur la cession de ses actions; ils jugeaient donc que le créancier faisait tout ce que cette même équité l'obligeait à faire en cédant ses actions telles qu'il les avait au moment du paiement (2).

Cette vérité ressort de plusieurs textes.

528. Et d'abord la loi 22, D., *De pactis*, empruntée aux écrits d'Ulpien, porte ce qui suit (3): Un créancier avait fait avec le débiteur un traité par lequel il s'engageait à ne pas le poursuivre, par égard pour sa personne, et à concentrer toutes ses actions sur le fidéjusseur. Par cette convention, il se mettait évidemment dans l'impossibilité de céder au fidéjusseur une action profitable contre le débiteur

(1) Cujas, récit. solenn., sur la loi 22, D., *De pactis*.

Favre sur cette loi.

Pothier, n° 381 (*Oblig.*), 520.

(2) L. 17, D., *De fidej.*

L. 2, C., *De fidej.*

(3) Je le cite *suprà*, n° 495.

principal, puisqu'il avait renoncé à cette action. Néanmoins, Ulpien décide que la convention est valable; que, dictée par un motif tout personnel au débiteur, elle ne profite pas au fidéjusseur, et que ce dernier peut être poursuivi (1); qu'il faut qu'il se contente, pour exercer son recours, de l'action *mandati contraria* contre le débiteur dont il aura payé la dette; mais qu'il n'a pas droit de se plaindre de n'être pas investi, en outre, des actions que le créancier avait contre ce même débiteur. Le créancier a renoncé à son droit, il le pouvait; le fidéjusseur ne saurait critiquer cet exercice de sa liberté de créancier.

529. La loi 15, § 2, D., *De fidejussorib.*, qui est de Julianus, est conçue dans les mêmes idées. Un créancier a deux fidéjusseurs; il fait remise expresse à l'un, et agit contre l'autre. Bien qu'il se soit mis hors d'état de céder au second son action contre le premier (2), il ne sera arrêté par aucune exception; *nullâ exceptione summovens* (3). Car rien ne l'oblige à conserver ses actions pour en faire ensuite une cession profitable au fidéjusseur. Créancier

(1) Cujas sur cette loi dans son com. du tit. *De pactis*.

Favre, *Rationalia* sur cette loi.

(2) « Adde etiam (dit Cujas sur cette loi, lib. 51, DIG. SALVI JULIANI) Secundo à quo 15 petis, non competere hanc exceptionem: quòd adversus fidejussorem quem pacto liberasti, actionem cedere non possis efficacem, etc., etc. » Voyez aussi ce qu'il dit dans son com. sur la loi 22, D., *De pactis*, in fine.

Voy. *infra*, n° 553.

(3) Favre, *Conject.*, lib. XI, c. 15.

légitime, il fait de son droit l'usage que lui dictent ses intérêts et ses sentiments, sans porter atteinte à la bonne foi.

530. Cette jurisprudence s'explique par les meilleures raisons. Pourquoi le créancier était-il tenu de céder au fidéjusseur ses actions? C'est parce qu'on avait considéré que le créancier n'ayant aucun intérêt de les refuser au fidéjusseur qui avait intérêt de les avoir, l'équité, l'humanité, l'amour du prochain commandaient au créancier un acte qui, sans avoir aucun inconvénient pour lui, pouvait avoir pour le fidéjusseur des avantages considérables (1). Mais cette obligation, par cela même qu'elle était toute d'équité et de bienfaisance, ne devait pas devenir une arme contre le créancier et servir de prétexte à des exigences dommageables. « *Nemini debet esse damnosum beneficium suum.* » D'ailleurs, le cautionnement n'est-il pas un contrat unilatéral? Le fidéjusseur n'est-il pas le seul qui s'oblige? Quelle obligation formelle le créancier a-t-il donc contractée avec lui de lui céder ses actions (2)?

Ainsi donc, le fidéjusseur devait se contenter de recevoir les actions du créancier telles que ce dernier les avait faites en usant de son droit. Le rendre responsable des conventions par lesquelles il en avait diminué l'efficacité, c'eût été lui faire payer chèrement une cession toute bénévole de sa part

(1) Favre, *Ration.*, sur la loi 22, D., *De pactis*, et *Conject.*, *loc. cit.*, n° 11.

(2) *Suprà*, n° 19.

et convertir une libéralité en une obligation onéreuse (1).

531. D'ailleurs le fidéjusseur aurait été d'autant moins reçu à se plaindre qu'il avait contre le débiteur l'action *mandati*; il n'avait donc pas absolument besoin de la cession des actions du créancier (2); cession toute gratuite, dès lors, qui ne devait pas devenir une source d'inquiétudes pour ce dernier.

532. Il en était autrement, d'après Papinien, dans le cas où, au lieu d'une fidéjussion, il y avait *mandatum pecuniæ credendæ* (3). Cujas en a fait la remarque (4) et Favre l'approuve (5) aussi bien que Pothier (6). Je vous ai donné l'ordre de prêter 1,000 à Titius, et vous, vous laissez perdre l'action que ce prêt vous donnait contre Titius. J'avoue que, par le contrat de mandat intervenu entre nous deux, je suis obligé de vous rendre cette somme. Mais vous, qui de votre côté, et aussi par l'effet de notre contrat de mandat (7), avez contracté l'obligation de me céder votre action contre Titius et qui ne le pouvez plus par votre faute (*culpâ tuâ*), vous êtes non recevable à mon égard.

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 519.

Favre, *loc. cit.*

(2) Cujas et Favre sur la loi 22, D., *De pactis*.

(3) L. 95, § 11, D., *De solut.* (lib. 28 *Quæst.* Papin.).
V. *suprà*, n° 28, ce que je dis de ce contrat.

(4) Sur la loi 22, D., *De pactis*.

(5) Sur cette loi.

(6) *Obligat.*, nos 381 et 580.

(7) Voyez mon commentaire du *Mandat*, n° 511.

Cette solution de Papinien est aussi logique, ici, que la solution contraire l'est dans le cas de cautionnement. Nous l'avons dit ailleurs (1) : dans le droit romain, le mandant n'a pas d'action directe contre les tiers avec lesquels son mandataire a contracté. Il faut, pour qu'il puisse se diriger contre eux, que ce dernier lui cède ses actions. Or, si par son fait le mandataire s'est mis hors d'état de faire cette cession, il est responsable envers le mandant.

Mais dans le cautionnement rien de pareil n'existe. Le créancier qui a prêté ses fonds n'a pas contracté, envers la caution qui répond du remboursement, l'obligation de lui céder ses actions contre le débiteur principal. Le créancier n'est pas le mandataire du fidéjusseur; il n'y a pas de l'un à l'autre d'action *mandati*, comme dans le cas du *mandatum pecuniæ credendæ*. On ne saurait trop le redire : le cautionnement est un contrat unilatéral qui n'oblige que le fidéjusseur seul (2). Au contraire, le mandat, quoique imparfaitement synallagmatique (3), ne conduit pas moins à des obligations indirectes qui produisent un lien du mandataire au mandant. Si le créancier doit céder ses actions au fidéjusseur, et il le doit humainement (4), c'est parce qu'il n'a pas d'intérêt à le refuser, et que l'équité veut qu'on donne

(1) *Mandat* (*loc. cit.*).

(2) *Suprà*, n° 49.

(3) Mon com. du *Mandat*, n° 41.

(4) Paul, l. 17, D., *De fidej.*

L. 2, C., *De fidej.*

sans perte ce que le donataire reçoit avec profit : *Quæ sunt iis utilia qui accipiunt*, dit Cicéron, *danti non molesta* (1). Mais le créancier n'est pas du tout obligé à cette cession par une raison de droit; car le droit, pris dans sa portée naturelle, y résiste plutôt qu'il ne la commande. C'est la remarque judicieuse de Doneau (2). « *Undè hoc jus petitum, cum*
» *REPUGNET NATURE OBLIGATIONIS? Non sanè ex com-*
» *muni jure et potestate obligationis: sed ex æquo et*
» *bono... æquum est, creditorem, cum illi pecunia*
» *solvitur à fidejussore, actiones suas fidejussori cedere.*
» *Id enim fidejussori prodest, et cedenti nihil nocet* (3). »
L'humanité est donc le seul fondement de cette cession; on a pensé que le créancier aurait mauvaise grâce à se prévaloir du silence de la convention pour refuser ce bénéfice à la caution. Le droit ne doit pas être poussé jusqu'à une subtilité si rigoureuse.

Voilà donc la différence bien marquée entre le cautionnement et le *mandatum pecuniæ credendæ*. Les esprits studieux doivent se garder de confondre deux situations si nettement tranchées et gouvernées par des idées si dissemblables.

Je ne dois pas laisser ignorer cependant que Cujas, qui a si bien fait ressortir cette différence, attestée du reste par tout le droit, a varié sur la conciliation de la loi 95, § 11, D., *De solut.*, avec la

(1) *Offic.*, 1, 16.

Mon com. de la *Prescript.*, t. 1, n° 144.

(2) Sur la loi 2, au C., *De fidej.*

(3) V. la loi 2, § *Quantum*, D., *De aq. et aq. pluv.*

loi 15, § 1, D., *De fidej.*, et qu'il lui est même échappé de dire, dans d'autres parties de ses ouvrages, que la décision de Papinien est applicable au fidéjusseur aussi bien qu'au *mandator pecunie credendæ* (1). Adresserons-nous à ce grand esprit le reproche d'incohérence et de versatilité? L'aurions-nous cru par hasard à l'abri des faiblesses qui font faillir les plus fermes jugements? Et puis, ces variations sont-elles l'effet de la distraction, ou le résultat d'un progrès? Ce qui paraît certain, c'est que Cujas a longtemps hésité avant d'arriver à la connaissance de cette vérité dont nous lui devons la révélation, savoir, qu'il est impossible de trouver dans les lois romaines aucun texte qui oblige le créancier à céder au fidéjusseur autre chose que ses actions telles quelles. Tout ce qu'il a dit de contraire se trouve dans ses œuvres posthumes. En est-il responsable envers le public? Sa véritable et définitive opinion ne se trouve-t-elle pas consignée dans ce qu'il a publié lui-même, c'est-à-dire dans son commentaire de la loi 22, D., *De pactis*? Cujas est un de ces génies progressifs dont on peut dire : « *Vires acquirit eundo.* » Bien souvent les changements d'opinion qui lui ont été reprochés sont des perfectionnements dont la science lui doit être reconnaissante (2).

(1) Sur la loi 95, § 11, D., *De solut.* (au liv. 28 des *Quest. de Papin.*).

Sur la loi 15, § 1, D., *De fidej.* (sur le livre 51, *Digest.*, *Salvii Juliani*).

(2) Je reviens sur ceci *infra*, nos 543, 544, 545.

Je dirai la même chose de Pothier : ce jurisconsulte applique, dans ses *Pandectes* (1), au fidéjusseur, la loi 95, § 11, D., *De solut.* Entraîné, pour le moment, par l'interprétation de Cujas, sans se souvenir que Cujas lui-même a détruit ailleurs les bases de cette application, il confond les deux positions si diverses de la fidéjussion et du *mandatum pecunie credendæ*. Mais suivez-le dans ses ouvrages postérieurs, et vous le verrez, dans son traité des *Obligations*, déclarer que la loi 95, § 11, D., *De solut.*, n'est pas décisive pour le fidéjusseur (2). La vérité se trouve dans cette opinion qui est la dernière et qui réforme manifestement la précédente. Non! la loi 95, § 11, D., *De solutionibus*, n'est pas décisive. Elle est si peu décisive qu'elle concerne une hypothèse fondamentalement différente; et la confusion serait grande si on la considérait comme la règle du cautionnement!!

J'ai cru essentiel d'insister sur ces détails. Dans une matière aussi grave que celle dont s'occupe notre article, la tradition historique est de la plus grande importance. On ne peut la conserver pure et vraie qu'en ne déplaçant pas les textes de leur cadre et de leur point de vue.

533. Voilà donc le droit romain, tel que l'ont pratiqué les jurisconsultes de l'époque classique, et tel qu'il s'est continué jusqu'à Justinien. Il en résulte que s'il y a, en jurisprudence, beaucoup de circonstances où la cession d'actions doit être

(1) *De fidej.*, n° 47.

(2) N° 557.

faite par le cédant avec garantie des fautes par lesquelles il a amoindri ou perdu ces actions (1), il en est d'autres où le cédant n'est tenu de céder ses actions que telles qu'il les a. Or, le créancier est, à l'égard du fidéjusseur, dans cette position, d'après le droit antérieur à Justinien (2). Les contradictions que nous avons relevées sur ce point dans les ouvrages de Cujas et de Pothier, ne servent qu'à mettre cette vérité dans un jour plus frappant. Elles montrent qu'après avoir tâtonné, ces deux hommes éminents se sont réformés eux-mêmes, et que leur dernier mot, celui auquel nous nous arrêtons, a été le fruit de la méditation des textes.

Sous Justinien, un grand changement fut introduit. Le fidéjusseur fut investi de l'exception de discussion (3). Poursuivi par le créancier, il eut le droit de lui dire : « Je veux qu'avant de recourir sur moi vous discutiez le débiteur principal. » Et ce droit eut pour conséquence nécessaire de mettre le créancier dans l'obligation de ne rien faire qui fût de nature à en priver le fidéjusseur directement ou indirectement. Si un créancier eût pu, par des conventions passées avec son débiteur, se mettre dans l'impossibilité de lui rien demander, que serait devenu l'utilité de l'exception de discussion?

(1) L. 95, § 11, D., *De solut.*

45, D., *De ad. tutor.*

35, § 4, D., *De cont. empt., etc., etc.*

(2) Junge Favre, *Ration.*, sur la loi 35, § 4, D., *De cont. empt.*

(3) *Suprà*, n° 225.

n'aurait-elle pas été illusoire? Pouvait-il dépendre d'un créancier de priver, par son fait, le fidéjusseur du bénéfice de la loi? Supposons qu'un créancier eût passé avec son débiteur cette convention : « Je promets, par égard pour votre personne, de ne pas vous demander ce que je dois, mais je me réserve de le demander à votre fidéjusseur (1); » convention valable dans l'ancien droit (2); que serait-il arrivé lorsque ce même créancier aurait intenté son action contre le fidéjusseur? Le fidéjusseur, armé de la nouvelle, l'aurait renvoyé à la discussion du débiteur principal, et lui, il aurait été obligé d'avouer qu'il avait rendu cette discussion impossible par ses arrangements particuliers avec le débiteur! Mais le fidéjusseur ne lui aurait-il pas répondu victorieusement : « Il ne dépend pas de vous de me priver de ma sauvegarde!! vous n'êtes pas maître de vous placer au-dessus de la nouvelle, au-dessus de ce droit nouveau qui, à la différence du droit ancien, ne me fait porter le poids de l'obligation principale, à moi qui ai opposé l'exception de discussion, qu'autant que le débiteur principal est insolvable? Vous ne pouvez à votre gré augmenter ma responsabilité hors de ce cas, et substituer à la force majeure, qui vous met dans l'impossibilité de vous faire payer, un fait volontaire émané de vous qui s'oppose à ce que vous vous fassiez payer par lui (3)? Ce langage,

(1) Ulp., l. 22, D., *De pactis.*

(2) *Suprà*, n° 505.

(3) Cujas sur la loi 22, D., *De pactis.*

Pothier, *Oblig.*, n° 331. *Suprà*, n° 506.

je le répète, serait triomphant; il ne le serait pas moins si le créancier avait laissé perdre son droit contre le débiteur principal par quelque autre cause que ce soit, imputable à sa volonté, à sa faute, à sa négligence. Car, comme le dit Favre, on irait droit à l'absurde si l'on admettait que le fait du créancier peut priver le fidéjusseur du bénéfice de la loi (1).

Or, dès l'instant que le créancier est tenu, par l'effet irrésistible de la nouvelle, de conserver son droit intact contre le débiteur principal, il s'ensuit que lorsqu'arrive la cession d'actions, il ne lui suffit plus de céder ses actions telles quelles; il faut qu'il les cède intactes, afin que le fidéjusseur, mis à sa place par cette cession, trouve dans la discussion qu'il fait lui-même des facultés du débiteur les ressources que le créancier y aurait trouvées s'il l'avait renvoyé à faire cette discussion. Le fidéjusseur qui consent à payer sans opposer le bénéfice de discussion, mais avec la réserve implicite de la cession des actions, ne saurait être de plus mauvaise condition quand il se contente de cette cession que lorsqu'il renvoie le créancier à discuter le débiteur principal. De plus, le créancier à qui le fidéjusseur fait la grâce de ne pas le retarder par l'exception dilatoire de discussion ne doit pas vouloir que le fidéjusseur soit plus maltraité par la cession d'actions qu'il ne le serait par le bénéfice de discussion.

534. Voilà quelle est la véritable source du point

(1) *Loc. cit.*

de droit déposé dans notre article. Il n'est pas le pur corollaire de l'obligation où est le créancier de céder ses actions contre le débiteur principal. Car nous venons de le voir : avant Justinien cette obligation existait (1), et cependant il suffisait au créancier de céder ses actions telles quelles; le créancier la remplissait, cette obligation, en investissant le fidéjusseur de ses droits tels qu'il lui avait plu de les faire, tels qu'ils existaient au moment de la cession. Ce n'est que depuis l'introduction du bénéfice de discussion, et par l'effet de cette innovation, qu'il en a été autrement. Comme la nouvelle de Justinien a établi un ordre de poursuites favorable au fidéjusseur, un ordre de poursuites qui exige l'épuisement des facultés du débiteur avant d'arriver au fidéjusseur, on a été naturellement conduit à cette conclusion, savoir : que la volonté du créancier ne peut rendre impossible la discussion du patrimoine qui doit répondre en premier ordre et sauvegarder le fidéjusseur; que le créancier n'est plus le maître d'abdiquer ou de négliger des droits dans lesquels la loi a entendu que le fidéjusseur trouverait un rempart; qu'il doit, au contraire, les conserver intacts, moins pour lui-même qui, après tout, pourrait y renoncer s'il était seul, que pour le fidéjusseur dont autrement il sacrifierait la position. Et, dès lors, la cession d'actions, influencée par ce droit nouveau, a perdu une partie de son caractère primitif. Elle n'a plus été un simple acte

(1) L. 17, D., *De fidejussorib.* (Paul).
Favre sur la loi 22, D., *De pactis.*

de bienfaisance et d'humanité, une de ces libéralités sans conséquence qu'on accorde parce qu'on n'a pas d'intérêt à les refuser. A l'obligation de céder ses actions, déjà consacrée par le droit ancien, est venue se joindre, de par le droit nouveau, l'obligation de les céder entières et conservées.

535. J'appuie sur cette origine de notre article et du droit qu'il sanctionne, car l'importance en est grande, et c'est par elle qu'on trouve la clé de beaucoup de points difficiles en cette matière. Dans son chapitre de la *cession d'actions*, Pothier a eu le tort, non pas seulement de ne la point mettre en lumière, mais même de ne pas expliquer du tout pourquoi les lois du Digeste, qui se contentent d'une cession telle quelle, ne sont pas suivies (1). Cette raison (qu'il connaissait à merveille du reste), il faut aller la chercher dans une autre partie de son *Traité des obligations*, où on la trouve comme perdue et jetée par hasard (2). Il semble même que Pothier ne s'en soit plus souvenu quand il en est arrivé à traiter *ex professo* la cession d'actions; et cet oubli, reflet des fausses idées qui dans ses *Pandectes* défigurent la cession d'actions (3), répand une fâcheuse obscurité sur cette partie de l'incomparable *Traité des obligations*. On va en juger.

536. Quand, en effet, Pothier veut montrer le fondement de la cession d'actions, il dit avec sa

(1) *Oblig.*, n° 520.

(2) N° 381.

(3) *De fidej.*, n° 47 et 50.

bonhomie charmante de simplicité : « Cette obligation du créancier de céder ses actions est fondée sur cette règle d'équité, qu'étant obligés d'aimer tous les hommes, nous sommes obligés de leur accorder toutes les choses qu'ils ont intérêt d'avoir, lorsque nous pouvons les leur accorder sans qu'il nous en coûte rien (1). »

C'est très bien! et je comprends parfaitement l'opportunité de cette morale quand on entend la cession d'actions à la manière d'Ulpien et de Julianus. Mais, je l'avoue, mon esprit est bientôt dérouté quand on la fait servir de préambule à la condamnation du créancier dont on exige, non plus une cession de ce qu'il a, mais une cession de ce qu'il devrait avoir. Comment Pothier peut-il dire qu'il n'en coûte rien à ce créancier lorsqu'il le constitue le procureur du fidéjusseur, lorsqu'il lui commande une vigilance plus grande que pour ses propres affaires, lorsqu'il le punit, par la perte de son droit, de ce qu'il a usé de ce droit sans penser à conserver les intérêts du fidéjusseur!!!

Favre était bien mieux entré dans le fond des choses quand il faisait cette observation : *Atque noceret creditori remedium de quo agimus (cedendarum actionum) si, quoniam nullâ actione cedere posset, SUAS QUOQUE AMITTERET* (2).

537. D'où vient cette incohérence dans la doctrine d'un auteur ordinairement si clair et d'un esprit si juste? Elle vient de ce qu'il a oublié les

(1) N° 519.

(2) *Conject.*, lib. XI, c. 15, n° 11.