

changements introduits par Justinien dans la jurisprudence classique, et qu'il raisonne de la cession d'actions, telle que l'a laissée le droit de la nouvelle 4, comme on en aurait raisonné avant la naissance du bénéfice de discussion. L'anachronisme est grave, et Pothier aurait dû voir que si la cession d'actions n'était plus cette cession telle quelle d'autrefois, c'est qu'il y avait eu une cause qui avait modifié la raison première de son établissement. Et cette cause, c'est le bénéfice de discussion, lequel, en investissant le fidéjusseur du droit de dire au créancier : « Vous ne pouvez » me priver par votre fait d'une concession que la » loi m'a accordée, » oblige nécessairement le créancier à conserver l'intégrité de ses actions contre le débiteur.

Au surplus, Pothier n'est pas le seul auquel un pareil reproche peut être adressé. Beaucoup d'auteurs l'ont encouru, Doneau (1) par exemple ; ne faisant pas attention qu'en rattachant l'exception *cedendarum* à des motifs d'humanité (2), ils expliquent tout autre chose que la cession d'actions accompagnée de la responsabilité du créancier.

Néanmoins, d'autres jurisconsultes ne s'y sont pas trompés. Ils ont vu à merveille que, depuis l'introduction du bénéfice de discussion, le créancier a été soumis à l'obligation de ne rien faire qui altère la puissance et l'énergie de ses ac-

(1) Sur la loi 2, C., *De fidej.*, n° 2.

(2) « *Id fidejussori prodest et cedenti nihil nocet.* » (Doneau, *loc. cit.*)

tions ; et sous ce rapport ils ont très bien comparé le fidéjusseur simple au fidéjusseur *indemnitalis* (1) dont nous avons parlé *suprà* (2), lequel était fondé à rendre le créancier responsable d'avoir laissé perdre par sa faute les sûretés qui pouvaient procurer une discussion efficace des biens du débiteur (3).

Quoi qu'il en soit de ces explications diverses de l'effet de la cession d'actions, il est certain qu'au fond tous les auteurs étaient d'accord pour que le créancier ne se bornât pas à céder ses actions telles quelles (4). Il n'y a pas de point de jurisprudence mieux constaté et plus gé-

---

(1) Voët (*De fid.*, 38) : après avoir parlé du fidéjusseur *indemnitalis*, qui était celui qui cautionnait ce que le créancier ne pouvait retirer de la discussion des biens du débiteur et des gages par lui donnés, il dit que le créancier est responsable de sa négligence : « *Cùm verum sit, creditorem potuisse aliudè, » quàm à fidejussore indemnitalis, suum creditum salvum habere, » adeoque et si per negligentiam suam salvum non habet, tamen » perindè est, ac si salvum habuisset, dùm quod quis ex suâ » culpâ damnum sentit, non intelligitur damnum sentire. » (L. 41, D., *hoc tit.*)*

Puis il ajoute : « *Quod de fidejussore indemnitalis dictum, ad » alios simpliciter alienam obligationem suâ fide esse subditum, » PRODUCENDUM QUOQUE ESSE VIDETUR, SI ILLI BENEFICIO ORDINIS » SEU EXCUSSIONIS HAUD RENUNTIaverint, eò quòd post inductam » à Justiniano hanc ordinis exceptionem fidejussores... non alio » videntur loco habendi, quàm quo olim accepti in id quod à de- » bitore vel ex pignore acquiri non posset. »*

(2) Nos 224 et 231.

(3) Arg. de la l. 41, D., *De fidej.* Modest.

(4) Aux auteurs indiqués joignez Heringius, c. 27, n° 13 ; Deluca (*De credito, disc.* 145, n° 7).



néralement établi. Il est vrai que le président Favre avait tenté de l'ébranler (1); mais il n'avait pas fait attention que ses arguments, tirés des textes antérieurs à Justinien, étaient sans aucune valeur depuis l'introduction du bénéfice de discussion. D'ailleurs cette opinion était rejetée par les jurisconsultes pratiques dans le nombre des thèses d'école, et le cardinal Deluca reproche sévèrement à Favre cette tentative pour renverser des usages établis dans tous les tribunaux (2).

538. Le Code civil a marché sur les traces de cet ancien droit; il ne pouvait s'en séparer. Mais le Code ne dit pas ses motifs. Il ordonne et ne raisonne pas. C'est au bon sens de l'interprète à trouver la philosophie de la loi. Or, on ne peut pas dire que l'art. 2037 se soit inspiré des raisons de Pothier, comme on a souvent coutume de le répéter; car il est remarquable que Pothier n'a cherché à en donner aucune pour justifier l'abandon de la jurisprudence classique et la rigueur de l'obligation imposée au créancier par le droit nouveau. Il arrête constamment ses explications au bénéfice de cession tel que les anciens jurisconsultes de Rome l'avaient compris. Or, ces explications ne sont plus suffisantes, nous l'avons vu, pour remonter au principe des effets attribués par le droit nouveau à la cession d'actions. Au surplus, Pothier a touché ailleurs la raison fonda-

(1) *Conject.*, lib. xi, c. 45.

(2) *De credito*, disc. 145, n° 7.

mentale du point de droit qui nous occupe, et c'est son autorité même que nous pouvons invoquer.

Quant aux orateurs du gouvernement et du Tribunal qui se sont occupés de l'art. 2037 du C. c., il n'est pas possible de tirer de leurs discours la moindre lumière. Le tribun Chabot et le tribun Lehary se sont bornés à une paraphrase banale du texte, et M. Treilhard, en faisant découler l'article 2037 de l'obligation légale de subroger (1), n'a pas mis le doigt sur sa source la plus reculée; car, de ce que la subrogation se fait, sous le C. c., par la puissance de la loi, il ne s'ensuit pas qu'elle doive produire des effets plus étendus que la subrogation nécessairement expresse de l'ancien droit. Or, avant l'introduction du bénéfice de discussion, la cession d'actions, par sa propre puissance, n'était accompagnée d'aucune obligation de conserver, imposée au créancier. Donc, elle ne devrait pas avoir sous le C. c. une plus grande vertu, si le bénéfice de discussion ne conduisait virtuellement à lui attribuer un supplément de force dont elle manquait auparavant.

539. C'est ce que reconnaît M. Dupret dans une savante dissertation sur le bénéfice *cedendarum actionum* (2); dissertation dont nous nous emparons ici, quoique nous ayons à la combattre tout à l'heure.

(1) Fenet, t. 15, p. 45.

(2) *Revue étrangère* de M. Fœlix, juin 1845 (t. 2, p. 401 et 505).



M. Dupret établit à merveille (1) (et cette vérité ne saurait être douteuse pour aucun de ceux qui ont étudié ce sujet historiquement) que l'art. 1251, qui accorde la subrogation légale dans les droits du créancier, ne conduit pas nécessairement à obliger ce créancier à conserver ses actions entières; il suffit qu'il ne les perde pas frauduleusement. L'art. 1251, par sa propre énergie, n'empêche pas le créancier d'user de son droit et de disposer de ce qui lui appartient. *Qui jure suo utitur neminem lædit*. Si l'art. 1251 n'avait pas un complément, il ne porterait pas dans sa formule cette conséquence grave : que le créancier ne remplit pas le vœu de la loi quand il cède les actions qu'il a, et qu'il faut encore qu'il cède celles qu'il avait *ab initio* !!! L'article 1251 n'a fait qu'accorder une cession légale qui dans l'ancien droit devait être formelle et expresse. Or, cette cession expresse et formelle n'aurait jamais pu conduire logiquement à la responsabilité qui pèse sur le créancier (l'ancien droit romain en est la preuve éclatante), si, à l'obligation de céder, n'était venue se joindre, par l'effet d'une grave innovation, l'obligation de conserver. Cette innovation, nous l'avons expliquée. C'est le bénéfice de discussion. M. Treilhard a partagé l'oubli de beaucoup d'autres; il est resté incomplet dans son exposé.

540. Ne nous abusons-nous pas cependant quand nous attribuons au bénéfice de discussion cette aggravation de l'obligation du créancier ?

(1) P. 519, n° 53, et *passim*.

Oui, si nous en croyons M. Dupret dans la dissertation remarquable que nous venons de citer. Suivant cet estimable et savant professeur, l'introduction du bénéfice de discussion n'a exercé aucune influence sur l'exception *cedendarum actionum* (1), et l'art. 2037 n'est nullement un corollaire de ce même bénéfice. Mais cette opinion, qui est aussi celle de M. Ponsot (2), ne nous paraît pas admissible.

541. Et d'abord nous accordons à M. Dupret qu'il n'y a pas dans les Pandectes un seul texte qui accorde au fidéjusseur l'exception *cedendarum*, lorsque, sans fraude, mais par son propre fait, il avait rendu la cession impossible. Ce silence des Pandectes, loin d'être une objection contre nous, est, au contraire, l'une des plus solides bases de notre opinion. Il prouve bien que l'exception *cedendarum*, telle qu'elle a été entendue après Justinien, ne provient pas des principes déposés dans la jurisprudence classique; qu'il a fallu un élément nouveau pour lui donner une plus grande portée; que, sans cet élément, elle ne l'aurait jamais acquise et serait restée sous l'influence de cette idée, savoir, que la subrogation dans les droits du créancier n'est autre chose qu'un bienfait qu'on ne saurait sans ingratitude retourner contre le créancier.

Quel est cet élément nouveau? Suivant moi, c'est la nouvelle 4, et la raison est ici d'accord avec l'histoire; car l'exception de discussion a néces-

(1) Nos 20, 22, 29, 49.

(2) P. 411.



sairement imposé au créancier le droit de conserver ses actions; et, dès lors, elle a ajouté à l'obligation de céder l'obligation de garder et surveiller la conservation de ses garanties.

542. Suivant M. Dupret, au contraire, il semble que la nouvelle manière de comprendre le bénéfice *cedendarum* n'ait été que le résultat d'une mauvaise intelligence des lois, et une extension arbitraire des interprètes (1). On a appliqué aux fidéjusseurs (Voët en offre un exemple) (2) la loi 95, § 11, D., *De solut.*, qui ne concerne que le *mandatum pecuniæ credendæ* (3)!!

Mais d'abord, entre deux opinions dont l'une trouve à la loi une origine réfléchie, et dont l'autre lui donne pour base une méprise, je pense qu'il n'y a pas à hésiter. Sans croire à l'infaillibilité du législateur, j'aime mieux supposer qu'il s'est laissé conduire par la raison.

Et puis, où donc est l'erreur reprochée à Voët et autres interprètes par M. Dupret, et qui consisterait à avoir donné pour règle de la position du fidéjusseur la loi 95, § 11, D., *De solut.*, qui n'a été faite que pour les *mandatores pecuniæ credendæ*? Sans doute, au point de vue du droit des Pandectes, la confusion serait inexcusable (4); mais, depuis l'introduction du bénéfice de discussion, le fidéjusseur, plus protégé, mieux garanti, a pu argumenter de

(1) N° 25.

(2) *De fidej.*, n° 29.

(3) *Id.*, nos 15, 25, 30, 39, n 4.

(4) *Suprà*, n° 532.

la loi 95, § 11, parce que sa position a été rapprochée de celle du *mandator pecuniæ credendæ*!!

543. Maintenant, voyons par quelles raisons M. Dupret refuse à l'exception de discussion l'influence que nous lui attribuons sur le bénéfice *cedendarum*.

L'exception de discussion, dit-il, n'est qu'une grâce accordée au fidéjusseur. Basée sur la règle *Quod tibi non nocet et alteri prodest*, etc. (1), elle ne doit pas être le prétexte d'un dommage pour le créancier. On ne peut donc pas en tirer la conséquence que le créancier est responsable des renonciations, abandons, remises qu'il a faits de bonne foi en usant de son droit.

544. Que le bénéfice de discussion soit le résultat d'une faveur accordée au fidéjusseur contre la rigueur du droit, c'est ce que nous avons enseigné nous-même ci-dessus (2), et ce que nous ratifions ici sans restriction. Mais il n'en est pas moins vrai que cette faveur, conseillée et excusée peut-être par la pitié dont est digne celui qui est recherché pour les dettes d'autrui, a modéré et limité le droit du créancier (3). Ne disons pas que lorsqu'on exige du créancier qu'il discute préalablement les biens du débiteur, on ne fait que lui demander une chose utile pour le fidéjusseur sans avoir rien de dommageable pour lui; car on lui impose l'obligation gênante de souffrir un retard dans le recouvrement

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 413.

(2) Nos 224, 230, 231, et n° 23.

(3) *Suprà*, n° 225.



de son dû. De plus, on met des entraves à ses affaires (1), et l'article 2024 est témoin de quelle responsabilité il est chargé s'il laisse tomber par sa faute le débiteur dans l'insolvabilité (2). Ce serait donc une grande erreur que d'assimiler l'obligation de discuter le débiteur à l'obligation de céder au fidéjusseur les obligations, telles quelles, de l'ancien droit romain. Dans ce dernier cas, il était vrai de dire que l'on ne faisait que demander au créancier une chose utile au fidéjusseur sans avoir rien de dommageable pour lui. Mais il en est tout autrement de l'obligation de discuter le débiteur, obligation qui prive le créancier d'un droit acquis, qui paralyse le mouvement de ses affaires et la rentrée de ses fonds, et engage sa responsabilité. M. Dupret n'est donc pas dans le vrai quand il applique au bénéfice de discussion la maxime *Quod tibi non nocet*, etc. Il est certain, au contraire, que la discussion du débiteur a été considérée de tout temps comme une dérogation à la convention, comme une entrave à la célérité des négociations, comme une gêne pour le crédit, comme une rigueur dommageable pour le créancier. Et c'est à ce titre que ce bénéfice a été proscrit des relations commerciales (3); c'est à ce titre qu'on a toujours accueilli avec faveur les renonciations du fidéjusseur à ce privilège gênant; c'est à ce titre

(1) *Suprà*, n° 271.

(2) *Suprà*, n° 277.

(3) *Suprà*, n° 233.

que la loi en a fait une exception dilatoire qu'on est censé avoir répudiée si l'on n'en use pas *in limine litis*.

Nous ne lui appliquerons donc pas les raisonnements par lesquels nous avons essayé, au n° 536, de montrer l'insuffisance des explications de Pothier sur la base de la cession d'actions. M. Dupret, en essayant de les étendre au bénéfice de discussion, méconnaît le caractère de cette exception, dont il est impossible de dire: *Quod tibi non nocet*, etc.; car elle est toujours une obligation pesante pour le créancier.

545. Rappelons, en effet, l'article 2024 que nous venons de toucher. Comment, en présence de cet article, serait-il possible de soutenir que l'exception de discussion *ne nuit pas grandement aux intérêts du créancier, et que tout ce qui en peut résulter de plus fâcheux, ce n'est qu'un léger retard* (1)?

Comment! voilà le créancier qui, contre toutes les règles défendues par Pothier et autres (2), va devenir responsable, dans certains cas, de l'insolvabilité du débiteur, que l'on renvoie à discuter; et on prétendrait que l'exception de discussion n'est que l'application sans conséquence de la règle *Quod tibi non nocet*!

546. Eh bien! cette gêne n'est pas la seule. Non-seulement le créancier est responsable de l'insolvabilité du débiteur survenue, par sa faute, depuis qu'il a été requis de discuter le débiteur et que les fonds nécessaires pour la discussion ont été avancés

(1) M. Dupret, n° 20.

(2) *Suprà*, nos 276, 277.



ou consignés par le fidéjusseur; mais il est encore responsable de l'impossibilité où il s'est mis de discuter le débiteur par des abandons, renonciations et remises antérieurs à la réquisition de discussion. Car il serait absurde (je me sers des expressions de Favre) (1) de vouloir que le fait du créancier privat le fidéjusseur du bénéfice de la loi. Aussi avons-nous vu, par la comparaison de la loi 22, D., *De pactis*, avec la nouvelle 4, que le bénéfice de discussion a eu pour effet nécessaire de renverser tous ces pactes par lesquels le créancier renonçait à ses garanties ou à ses actions contre le débiteur; pactes que l'ancien droit respectait (2), mais dont Cujas, Favre et Pothier ont montré l'incompatibilité avec le bénéfice de discussion (3).

Sans doute, nous ne dirons pas que le simple fait de l'insolvabilité du débiteur, survenue avant la réquisition de discussion, peut servir d'objection au fidéjusseur aussi bien que lorsqu'elle est survenue après la réquisition de discussion et l'avance des frais. Une telle rigueur n'est ni dans le texte, ni dans l'esprit de la loi, et nous verrons plus bas qu'il ne faut pas confondre la simple insolvabilité du débiteur, arrivant à la suite de ménagements gardés par le créancier, avec la perte de garanties formelles occasionnée par sa faute, par son fait, sa volonté (4). Ce que nous soutenons ici, c'est que le

(1) *Suprà*, n° 533.

(2) *Suprà*, n° 528.

(3) N° 533, *suprà*.

(4) *Infrà*, n° 569.

créancier n'a pas besoin d'être requis de discuter les biens du débiteur pour être responsable de l'impossibilité où il s'est mis de faire une discussion utile par ses renonciations ou par son fait. S'il a des hypothèques, des inscriptions, des garanties, il doit garder et conserver tout cela; il ne peut y renoncer au préjudice du fidéjusseur sans lui enlever les avantages d'une discussion qui est sa sauvegarde, et sans heurter, par conséquent, la volonté du législateur.

547. C'est ce qu'a très bien aperçu Voët lorsque, depuis le rétablissement du bénéfice de discussion, il compare le fidéjusseur simple au fidéjusseur *indemnitas*. L'obligation de discuter le débiteur, imposée au créancier, a nécessairement conduit l'esprit logique et judicieux de cet auteur à conclure que, lors même que le fidéjusseur est une caution pure et simple, le créancier ne peut pas plus lui enlever le bénéfice de la loi qu'il ne peut lui enlever le bénéfice de la convention lorsque le cautionnement est celui d'un fidéjusseur *indemnitas*.

M. Dupret croit réfuter Voët avec avantage en établissant que le fidéjusseur pur et simple diffère beaucoup du fidéjusseur *indemnitas* (1). Rien n'est plus vrai, et j'ai moi-même insisté ailleurs (2) sur les différences capitales qui existent entre le cautionnement pur et simple et le cautionnement *indemnitas*. Le cautionnement est un contrat non conditionnel, le cautionnement *indemnitas* est

(1) N° 21.

(2) *Suprà*, n° 224, 231.



conditionnel (1); et comme l'obligation de discuter le débiteur, alors qu'elle est imposée par forme de condition suspensive, *sine qua non*, et substantielle, est plus étroite que lorsque le fidéjusseur n'en a pas fait l'objet d'une stipulation aussi énergique, s'en rapportant aux prévisions de la loi, se réservant la faculté d'en user ou de n'en user pas, il s'ensuit que le créancier est tenu, dans le premier cas, d'une diligence plus grande que dans le second. Aussi verrons-nous tout-à-l'heure que lorsque le fidéjusseur n'est qu'un fidéjusseur *indemnitatis*, le créancier doit tellement veiller sur le débiteur qu'il répond de son insolvabilité si, par trop de lenteur à le poursuivre, il a attendu qu'il dissipât ses ressources et ses moyens de payer (2); tandis qu'il n'en saurait être ainsi toutes les fois que le fidéjusseur s'est obligé purement et simplement (3). Mais de ce que l'obligation de discuter, stipulée par forme de condition suspensive, assujétit le créancier à des devoirs très rigoureux auxquels ne conduit pas le simple bénéfice de discussion, il ne serait pas rationnel de conclure que ce bénéfice laisse le créancier libre de faire ce qu'il veut des garanties sur lesquelles il peut, en premier ordre, assurer son paiement. Le bon sens indique que la faculté du créancier d'user de son droit est sur-le-

(1) *Suprà*, n° 23.

Vinnius, *Quæst. elect.*, 2, 42.

(2) *Infrà*, n°s 558 et 559.

(3) *Infrà*, n°s 568, 569.

Vinnius, *Q. selectæ*, 2, 42.

champ limitée par le droit du fidéjusseur de n'être pas privé du bénéfice de discussion par le fait de ce même créancier.

548. La preuve en est (je ne saurais trop le répéter) dans la conciliation de la loi 22, D., *De pactis*, avec la nouvelle 4. M. Dupret ne veut pas cependant qu'on y trouve cette démonstration, et voici comment se traduit son argumentation :

Lorsque, dans l'ancien droit romain, le créancier avait promis au débiteur de ne pas l'inquiéter et de concentrer ses poursuites sur le fidéjusseur, ce dernier ne pouvait sans aucun doute se prévaloir de ce pacte, tout personnel au débiteur. Mais, par un moyen détourné, il ne lui était cependant pas impossible d'en recueillir le bénéfice; il pouvait appeler en cause le débiteur principal afin que celui-ci proposât lui-même l'exception (1). C'est ce qu'enseigne Voët (2).

Plus tard, Justinien a établi ou rétabli le bénéfice de discussion. Qu'est-il arrivé? que le fidéjusseur a pu argumenter de cette innovation pour opposer l'exception *cedendarum*? Pas du tout. Le fidéjusseur, à qui le pacte *de non petendo* ne profitait ni ne nuisait, a été fondé à dire au créancier : *Discutez le débiteur principal avant de venir jusqu'à moi*; et alors, le créancier s'est trouvé acculé dans une impasse, ne pouvant pas agir contre le fidéjusseur à cause de l'exception *ordinis*, ne pouvant pas agir

(1) L'exception née du pacte.

(2) *Ad Pand.*, *De pactis* (liv. 2, t. 14, n° 14). Mais ce n'est pas tout-à-fait ce que dit Voët.



contre le débiteur à cause du pacte *de non petendo* (1).

Voici ma réponse :

D'abord, il ne faut pas perdre de vue la thèse qui nous occupe depuis le n° 543, savoir, que le bénéfice de discussion n'est pas une simple grâce dont le droit du créancier ne doit jamais souffrir, ainsi que M. Dupret l'a avancé. Or, il suffit d'un instant de réflexion pour apercevoir que les observations de M. Dupret sur la loi 22, D., *De pactis*, combinée avec la nouvelle, sont la meilleure démonstration de la restriction marquée que le bénéfice de discussion a fait subir au droit du créancier.

Je veux cependant faire un petit amendement à son commentaire, et cela pour l'honneur des textes plutôt que pour le besoin de ma réfutation. Il dit que le fidéjusseur aurait appelé le débiteur pour qu'il opposât lui-même l'exception. Mais, en supposant que le fidéjusseur poursuivi aurait eu le temps et le droit d'exiger que le débiteur principal fût mis en cause pour opposer lui-même l'exception née du pacte *de non petendo*, il est clair que ce pacte n'aurait pas eu la moindre influence sur le débat. En effet, le créancier a une action contre le fidéjusseur ; il se l'est réservée par le pacte *de non petendo*. Il reste dans son droit en poursuivant le fidéjusseur, et il faut dire avec Cujas : *Itaque recte petet creditor à fidejussore, quamvis à reo petere non possit* (2). Comment, en effet, cet état des choses

(1) N° 24.

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

pourrait-il changer par la mise en cause du débiteur et par son exception ? A ce dernier le créancier répondrait : « Que vous ai-je promis ? de ne » vous rien demander ? Aussi ne vous demandé- » je rien ! C'est votre fidéjusseur que je poursuis, » et je m'en suis réservé le droit par ce pacte que » vous m'opposez. Vous n'avez donc pas à exciper, » dans ce débat, de notre convention ; vous n'y » pouvez intervenir que comme tenu, à l'égard de » votre fidéjusseur, par les obligations du man- » dat. »

Ce langage serait irrésistible. Aussi Voët, cité par M. Dupret, n'a-t-il rien enseigné qui le contraire. Tout ce que dit Voët, c'est que le débiteur aurait pu être forcé de prendre la défense du fidéjusseur en sa qualité de mandant (1). Mais ceci ne regarde pas le créancier. Que le débiteur intervienne pour payer à la place du fidéjusseur, peu importe au créancier qui n'en aura pas moins procédé régulièrement et obtenu les fins de sa demande. Et, loin que le fidéjusseur et le débiteur puissent tirer quelque exception contre lui du pacte *de non petendo*, c'est le débiteur au contraire qui, par son intervention à titre de mandant du fidéjusseur, par son offre de prendre son fait et cause, renonce à son exception. En un mot, le fidéjusseur a été bien poursuivi ; il ne se sauve que par le recours de l'action *mandati contraria* qu'il n'a jamais été dans la pensée de personne de lui enlever.

(1) L. 40, § pénult., D., *Mandati*.



Ainsi donc, d'après l'ancien droit, la poursuite du créancier contre le fidéjusseur ne peut être arrêtée par aucun moyen direct ou indirect tiré du pacte *de non petendo*. Voët, loin de me contredire, ne fait que confirmer ce que je dis ici.

Arrive, avec Justinien, le bénéfice de discussion. Dès ce moment, les choses changent, et le fidéjusseur, en opposant cette exception, en mettant le créancier dans cette impasse dont parle très bien M. Dupret, l'avertit, par la rude épreuve de la perte de son droit, qu'il ne lui est plus permis d'en user comme par le passé, en maître absolu qui se retranche dans la maxime : *Nemo damnus dat qui jure suo utitur*.

549. Il est donc établi par ces développements, il est démontré par les textes et par la raison, que le bénéfice de discussion n'est pas une de ces faveurs sans conséquence fondée sur cette règle de morale : *Quod tibi non nocet et alteri prodest* (1), etc. Il est clair pour tous que cette innovation de Justinien a limité le droit du créancier dans la juste mesure nécessaire pour ne pas nuire au droit du fidéjusseur.

550. Ceci étant constant, il n'y a qu'un pas à faire pour arriver à cette autre vérité qui découle de celle-là, savoir, que la cession d'actions, qui dans l'ancien droit était satisfaisante, quand même elle ne transmettait au fidéjusseur que des actions telles quelles (2), a dû être désormais une cession

(1) *Suprà*, n° 533.

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

d'actions non amoindries par le fait du créancier. Nous ne répéterons pas ici les raisonnements que nous avons présentés ci-dessus pour faire toucher au doigt cet enchaînement (1). L'évidence n'a pas besoin d'arguments géminés.

Au surplus, on n'a qu'à parcourir les interprètes qui se sont occupés de la loi 22, D., *De pactis*. Tous ont senti que cette décision d'Ulpian engageait tout de suite la question de l'étendue de la cession d'actions. Prenons Favre, par exemple (2). Après avoir exposé le sens de la loi 22, il ne tarde pas à se demander, comme l'avait fait Cujas, si le fidéjusseur actionné par le créancier ne pourra pas trouver un refuge dans la cession d'actions; et, comme Cujas, il répond négativement, parce qu'alors la cession d'actions devait être une cession telle quelle. La question de la cession d'actions est donc inhérente à ce sujet; elle en est inséparable. Et comme l'introduction du bénéfice de discussion a obligé le créancier à conserver intactes les actions propres à opérer cette discussion, il s'ensuit que la nouvelle 4 a permis au fidéjusseur actionné de dire au créancier : « Je veux bien ne pas » vous renvoyer à la discussion des biens du débi- » teur; je vais vous payer, mais à la condition que » vous me céderez vos actions, non pas vos actions » telles quelles, mais vos actions telles que le bé- » néfice de discussion vous oblige à les conserver. » Ne le voulez-vous pas? Eh bien! discutez le dé-

(1) N° 533.

(2) Sans compter Pothier, *Oblig.*, n° 381.