

» biteur, et, quand vous reviendrez me trouver
 » après une discussion que vous avez rendue in-
 » fructueuse, je ferai admettre les reproches que
 » vous méritez pour la perte de vos actions et dont
 » vous ne voulez pas tenir compte aujourd'hui. »

Et par-là le créancier se trouverait encore dans cette impasse signalée par M. Dupret, impasse dans laquelle il retombe toujours s'il compromet par sa faute des sûretés qui font aussi la sûreté du fidéjusseur.

551. Tout ceci explique pourquoi notre article a érigé en obligation de droit civil ce que Pothier a eu le tort de signaler comme un simple devoir d'équité naturelle. Notre article ne repose pas sur des méprises; il a sa racine dans la force des choses et dans la raison. Ce n'est pas sans de graves motifs qu'il a donné à la cession d'actions une étendue qu'elle n'avait pas dans l'ancien droit romain. L'introduction du bénéfice de discussion conduisait le législateur droit à cette extension; après avoir consacré le principe, il n'a fait que déduire la conséquence.

552. Ceci posé, il nous reste à examiner à quelles personnes l'art. 2037 est applicable, et dans quels cas le créancier a encouru la responsabilité portée par cet article. Le premier de ces points n'est pas sans embarras dans la jurisprudence. Mais ces embarras ne sont sérieux que pour ceux qui, prenant l'art. 2037 comme texte écrit, sans remonter à sa source, ne se font pas des idées justes sur le principe qui lui sert de base. Il n'y a pas de plus dangereuse méthode d'interprétation que celle qui

se contente de la lettre sans l'animer par un principe supérieur. C'est pervertir un code, c'est lui enlever son esprit vivifiant, c'est abaisser à la fois et la loi et la jurisprudence. J'ajoute que c'est se préparer des difficultés pratiques insurmontables, quoique, au premier coup d'œil, rien ne semble plus commode et plus simple que cette soumission au texte matériel. Tandis que d'autres errent à l'aventure sur notre question, n'ayant ni guide ni boussole; ceux qui, comme nous, ont puisé dans la lecture des maîtres une doctrine raisonnée, arrivent sans peine aux résultats les plus simples, les plus homogènes, les plus satisfaisants.

553. Une première question se présente :

Lorsqu'il y a deux fidéjusseurs et que le créancier en a déchargé un, le fidéjusseur poursuivi peut-il objecter que, ne pouvant avoir de recours contre son co-obligé, il doit être déchargé?

Aujourd'hui, cette question n'est plus propo-
 sable; notre article la résout dans le sens du fidé-
 jusseur. Je n'en parle ici que parce qu'elle était
 controversée dans l'ancien droit, où, dans l'absence
 de disposition législative, on cherchait parmi les
 textes du droit romain des autorités et des argu-
 ments.

Or, rappelons-nous le passage de Julianus que nous avons cité *suprà*, n° 529, et dans lequel ce jurisconsulte décide que le créancier qui a fait remise à l'un n'est empêché d'agir contre l'autre par aucune exception. Par exemple, Primus et Secundus ont cautionné un débiteur pour la somme de

20 (*in viginti*) (1). Le créancier donne décharge à Primus, puis il actionne Secundus. Secundus doit payer et il ne peut trouver aucun secours dans la convention par suite de laquelle le créancier ne peut lui céder ses actions contre Primus.

Cette loi s'explique facilement par l'état où se trouvait la jurisprudence romaine à l'époque de Julianus. Alors le bénéfice de discussion n'avait pas été introduit. Le fidéjusseur ne pouvait exiger que la cession telle quelle des actions du créancier; et, lorsque le créancier n'en avait pas à céder, le fidéjusseur n'avait rien à exiger, encore bien que ce fût par son propre fait que le créancier eût rendu cette cession impossible, pourvu toutefois qu'il fût exempt de fraude.

Mais, faute de faire cette réflexion, les interprètes crurent trouver une grave objection à cette solution de Julianus dans la loi 95, § 11, D., *De solut.*, tirée des écrits de Papinien, et dont nous avons fait connaître, au numéro 532, le véritable esprit. Accurse, troublé par ce rapprochement, s'étonnait de voir le créancier repoussé dans le cas de la loi 95, § 11, D., *De solut.*, et protégé dans celui de la loi 15, § 1, D., *De fidej.*, cas qui lui semblaient identiques; et il se livrait à des explications que Cujas appelle *varia, incerta et improabilia* (2).

554. Cujas lui-même, qui alors n'avait pas réfléchi avec assez de maturité à la diversité des

(1) Et Cujas remarque qu'ils sont cautions *ejusdem pecunie*.

(2) Sur la loi 15, § 1, D., *De fidej.*

Dans son com. du livre 51 des Dig. de Julianus.

espèces de ces deux lois, n'était pas plus heureux dans sa conciliation. Veut-on savoir, disait-il, pourquoi Papinien traite le créancier avec tant de sévérité? c'est parce que ce créancier a commis une faute: *Vitio creditoris acciderit, ut cedere mandatori non possit actionibus suis apud debitorem principalem*. Au contraire, dans l'hypothèse que Julianus s'est faite, le créancier n'est pas en faute; il a voulu être libéral envers Primus; il l'a pu. Rien ne l'obligeait à l'être envers Secundus. Sa libéralité n'est pas une faute. *Liberalitas vel affectio propensior in unum, quam in alterum, nemini vitio verti debet. Liberalitas non est vitium et culpa*.

Dans son commentaire sur Papinien, Cujas revient une seconde fois sur la conciliation de la loi 95, § 11, D., *De solut.*, avec la loi 15, § ult., D., *De fidejussorib.* (1), et là, il insiste sur des raisons nouvelles qui pourraient lui mériter le reproche qu'il adressait à Accurse (2).

555. Mais hâtons-nous de faire une remarque importante. Les deux ouvrages dans lesquels nous voyons Cujas tâtonner et se contredire ont été publiés après sa mort. Ils ne contiennent pas son dernier mot. Sa véritable pensée, celle dont il répond envers le public à qui il l'a donnée pour bonne, se trouve dans son commentaire de la loi 22, D., *De pactis*, édité de son vivant et par ses soins (3). Là, Cujas fait une réflexion profonde,

(1) Lib. 28 *Quaest. Papin.*

(2) Ces raisons sont reproduites et approuvées par Ferrière (sur Paris, art. 108, § 4, n° 43, 44).

(3) Com. sur le Digeste.

décisive, et à laquelle il n'était pas encore parvenu dans son commentaire de Julianus et de Papinien : c'est que, dans tout le droit romain antérieur à Justinien, on ne trouve pas un seul texte qui oblige le créancier à céder au fidéjusseur autre chose que ses actions telles quelles ; c'est que la loi 95, § 11, D. *De solution.*, qui exige une cession plus ample et plus utile, est faite pour le cas d'un mandat *pecuniæ credendæ*, cas bien différent du cas d'un cautionnement ; c'est que par conséquent il n'y a pas à argumenter d'une loi à l'autre (1). Voilà un de ces traits de lumière qui dissipent toutes les ténèbres ; voilà où se reconnaît le génie du grand jurisconsulte.

556. Ainsi, il faut écarter tous les textes du droit romain ; la saine critique ne permet plus qu'on s'en préoccupe ; ils sont modifiés par l'introduction du bénéfice de discussion, dont l'effet a été d'obliger le créancier à une cession d'actions pareille à celle que Papinien exigeait dans l'espèce de la loi 95, § 11, D. *De solut.* Le fidéjusseur a donc été fondé à dire au créancier : Cédez-moi vos actions non-seulement contre le débiteur, mais encore contre mes cofidéjusseurs ; sinon, je vous fais déclarer non recevable jusqu'à concurrence du tort que vous m'avez fait par l'abandon de votre droit contre mes co-obligés.

Au reste, telle était l'opinion dominante dans l'ancien droit (2). Le Code n'a pu s'empêcher de la

(1) *Suprà*, n° 522.

(2) Pothier, *Oblig.*, nos 557 et 617.
Basnage, *Hyp.*, part. 2, ch. 16.

consacrer ; elle ne fait aucun doute aujourd'hui.

557. Mais le fidéjusseur solidaire peut-il invoquer, aussi bien que le fidéjusseur simple, le bénéfice de l'art. 2037 ? On a beaucoup disserté et disputé sur cette question.

Pour l'application de l'art. 2037, on peut citer MM. Zacchariæ (1), Ponsot (2), Duranton (3), et différents arrêts de Bordeaux (4), Pau (5), Caen (6), Agen (7), Toulouse (8), et surtout de la Cour de cassation (9). La Cour régulatrice a fréquemment manifesté son opinion ; ses arrêts sont ponctuels et tranchants ; ils s'attachent à l'art. 2037 ; ils en prennent les termes à la lettre et de la manière la plus générale. En sorte que s'il fallait s'arrêter, sans distinction, à cette jurisprudence, on devrait

(1) T. 3, p. 166, et note (4).

(2) N° 529.

(3) N° 382, t. 18.

(4) 19 août 1822 (Sir., 23, 2, 1, 133)
(Deville., 7, 2, 115).

Dalloz, v° *Caution*, p. 413.

(5) 3 janvier 1824 (S., 26, 2, 57)
(Deville., 7, 2, 284).

(6) 18 mars 1828 (Deville., 9, 2, 56).
(Sir., 28, 2, 121).

Il s'agissait d'une lettre de change.

(7) 9 juillet 1842.

(8) 19 mars 1842.

(9) 17 août 1836 (Sir., 36, 1, 632 ; 38, 1, 550).
29 mai 1838.

14 juin 1841.

20 mars 1843.

14 juin 1841 (Dev., 41, 1, 465).

20 mars 1843 (D., 43, 1, 455).

écarter toute distinction et appliquer l'art. 2037 même aux matières de commerce !!

558. Rappelons, en effet, l'arrêt de la chambre civile du 14 juin 1841, qui, sur les conclusions contraires de M. l'avocat général Laplagne-Barris, prononce la cassation d'un arrêt de la Cour royale de Bourges par ce simple considérant :

« Attendu que la loi n'établit aucune distinction » entre la caution simple et la caution solidaire, et qu'elle porte, etc., etc. »

Quelle que soit l'opinion que l'on prenne au fond sur cette question (j'expliquerai tout-à-l'heure la mienne), je ne puis m'empêcher de dire, dès à présent, que ces raisons de texte si crües et si matérielles sont désespérantes. Si la loi devait toujours être interprétée de cette façon machinale, il y aurait autant d'inconvénients que d'avantages dans les codes écrits. La jurisprudence ne serait plus un art; autant vaudrait faire comme nos simples et grossiers aïeux qui, pour terminer leurs différends, choisissaient pour leur juge le premier passant qui se présentait à eux sur la voie publique. Un point de droit n'est solidement établi dans la science qu'autant que la lettre d'un article est d'accord avec l'esprit de la loi. Citer le texte seul, sèchement et judaïquement, c'est prendre la moitié la moins décisive de l'autorité légale, et négliger la meilleure.

L'arrêt de la chambre des requêtes du 20 mars 1843, rendu dans le même sens, est mieux motivé; il s'appuie du moins sur quelques raisons. Nous

verrons bientôt si ces raisons remontent jusqu'aux principes.

559. A côté de ces arrêts favorables au fidéjusseur solidaire, n'oublions pas de rapporter les arrêts qui ont jugé que l'art. 2037 perd son application lorsque le cautionnement est donné solidairement. Plusieurs sont émanés de différentes cours royales : Limoges (1), Rennes (2), Rouen (3), Bourges (4), Colmar (5), Agen (6) et Bruxelles (7).

Je les fortifie par l'opinion de Casaregis, toujours si grave en matière de commerce.

Le duc de Massa avait souscrit au profit de Côme del Sera une lettre de change de 5,500 pièces, acceptée à découvert par Antoine Suard. Quand del Sera se présenta pour être payé, Suard lui opposa l'exception *cedendarum actionum*. Il soutint qu'il n'était qu'un simple fidéjusseur à qui cette exception ne pouvait être refusée. Que décida le tribunal dont Casaregis faisait partie? Que lors

(1) D. 35, 2, 177 (21 mai 1835).

Dev., 35, 2, 455.

(2) Dalloz, v^o *Caution*, p. 414.

19 mars 1811 (Palais).

(3) 7 mars 1818 (Dev., 3, 2, 362)

(Sir., 19, 2, 72).

Dalloz, *Caution*, p. 414.

(4) 6 juillet 1837.

(5) 16 juin 1821.

Dal., *Caution*, p. 416.

(6) 10 juillet 1837 (Deville., 39, 2, 291).

(7) 13 nov. 1818 (Dal., *Caution*, p. 416).

même qu'on voudrait considérer Suard comme un fidéjusseur solidaire, cette exception n'était pas admissible, et, entre autres raisons, parce que celui qui accepte une lettre de change ne saurait opposer l'exception *cedendarum actionum*, qui, en droit, a moins de poids que beaucoup d'autres exceptions plus favorables. *Et sic eò minus exceptio cedendarum, quæ in jure est minoris ponderis* (1).

Ainsi, Casaregis entend positivement que, dans les matières où existe la solidarité, le fidéjusseur doit se contenter des actions telles quelles qui lui sont cédées, et qu'il n'est pas fondé à exiger de la part du créancier la conservation des actions qui compétent à ce dernier.

560. De ces deux jurisprudences, quelle est la meilleure? A mon avis, c'est la seconde, et je ne conçois même pas que la première ait trouvé des partisans. Le fidéjusseur solidaire a-t-il, oui ou non, le bénéfice de discussion? Et s'il ne l'a pas, comment peut-on s'imaginer qu'il peut se prévaloir de la disposition de l'art. 2037, fondée tout entière sur le droit que le bénéfice de discussion donne au fidéjusseur?

C'est ce que faisait très bien observer la Cour de Colmar dans l'arrêt que je viens de rapporter au n° 559. Aucun des arrêts contraires ne répond à cet argument. Tous paraissent même ignorer que le bénéfice de discussion est le principe générateur de l'extension qu'a reçue l'exception *cedendarum*

(1) *Disc.* 151, n° 18, *in fine.*

actionum dans la jurisprudence postérieure à Justinien. Quelle peut donc être la valeur scientifique de pareilles décisions?

Un auteur d'une opinion opposée à la nôtre a cependant aperçu ce point de la difficulté (1). Il croit le trancher en sa faveur en posant comme règle que la déchéance prononcée contre le créancier qui, par son fait, s'est mis hors d'état de céder ses actions, est le corollaire de la subrogation légale. Il n'y a pas d'idée plus fausse. La subrogation légale n'est que l'exception *cedendarum* donnée de plein droit au fidéjusseur. Or, l'exception *cedendarum actionum* existait du temps d'Ulpien, de Julianus et de Paul; et l'on a vu que, réduite à elle-même, elle ne conduisait logiquement et rationnellement qu'à obliger le créancier à céder ses actions telles quelles. Pour l'obliger à quelque chose de plus, il a fallu l'introduction du bénéfice de discussion.

C'est pourquoi on éprouve une véritable surprise lorsqu'on lit dans l'arrêt de rejet de la chambre des requêtes du 20 mars 1843 que la solidarité n'est pas une aussi grave circonstance qu'on pourrait se l'imaginer, attendu que la caution, même solidaire, n'en est pas moins caution, qu'elle n'est pas débitrice directe, *qu'elle est seulement privée du bénéfice de discussion.* Eh oui! elle est seulement privée du bénéfice de discussion; mais il n'en faut pas davantage pour lui enlever, par voie de consé-

(1) M. Ponsot, n° 529.

quence, le bénéfice de l'art. 2037. C'est précisément parce que le bénéfice de discussion lui manque, c'est par cet unique motif, qu'il ne faut pas le faire jouir d'une disposition qui est la conséquence du bénéfice de discussion!!

L'arrêt ajoute que l'art. 2037 est général, et qu'il ne distingue pas. De tels arguments ne valent rien quand la raison fondamentale de la loi oblige à distinguer.

Enfin, l'arrêt se retranche dans le grand principe que l'on ne peut porter préjudice à autrui, principe dont il voit dans l'art. 2037 du C. c. une application conseillée par l'équité. Mais ce n'est là qu'une pétition de principe, et ce considérant, à travers un faux semblant de profondeur et d'équité, ne fait autre chose que juger la question par la question. Le créancier, en effet, ne porte préjudice au fidéjusseur que s'il est obligé de lui conserver ses actions. Mais s'il n'est pas obligé de les conserver, s'il peut en disposer en maître absolu, de quoi se plaindrait le fidéjusseur? *Nemo damnum dat qui jure suo utitur*. Or, l'équité, à elle seule, nous l'avons prouvé (1), ne fait pas peser sur le créancier l'obligation de transmettre ses actions intactes au fidéjusseur. Elle ne demande à son humanité qu'une cession telle quelle, une cession utile pour le fidéjusseur, sans pouvoir jamais être dommageable pour le créancier. *Quod tibi non nocet*, etc., etc. Ce n'est que lorsque le fidéjusseur

(1) N° 536.

est investi par la loi du bénéfice de discussion, qu'alors le créancier est tenu à quelque chose de plus. Mais lorsque le fidéjusseur n'a pas le bénéfice de discussion, il en est autrement. Cette équité dont on parle n'assujétit le créancier qu'à un de ces actes de bienfaisance qu'on ne refuse pas à autrui parce qu'on n'en éprouve pas pour soi-même de préjudice.

A la vérité, le créancier serait répréhensible s'il amoindrissait son droit par esprit de fraude ou de malveillance. Mais toutes les fois qu'il agit de bonne foi (la bonne foi se suppose toujours), il use de son droit de créancier; il fait ce qu'il est libre de faire, et nul n'est fondé à se plaindre de l'exercice qu'il fait d'une faculté légitime.

561. Nous ne sommes pas plus embarrassés sur la question de savoir si l'art. 2037 peut s'étendre à celui qui, sans être obligé personnellement comme caution, n'a fait qu'hypothéquer ses biens pour la sûreté de l'engagement du débiteur. Deux arrêts de la Cour de cassation, des 25 novembre 1812 (1) et 10 août 1814 (2), sont cités pour la négative. J'approuve ces arrêts. D'abord, en fait, la convention portait que les actes conservatoires, que l'on reprochait au créancier de n'avoir pas faits, seraient à la charge de celui qui avait hypothéqué son immeuble!! De plus, en droit, l'hypothèque était spéciale, et l'on sait qu'en pareil cas l'arti-

(1) Devill., 4, 1, 221.

(2) Sir., 15, 1, 242.

Devill., 4, 1, 603.

cle 2171 du C. c. refuse l'exception de discussion au tiers détenteur (1).

Ma raison prépondérante n'est donc pas dans le silence de l'article 2037. Si le tiers possesseur de la chose hypothéquée avait le bénéfice de discussion, je n'aurais pas besoin de l'article 2037 pour lui en appliquer la disposition. J'y serais conduit par la force des choses. Tout le droit n'est pas dans des formules. Mais celui qui a hypothéqué sa chose spécialement ne peut opposer le bénéfice de discussion au créancier. Il ne m'en faut pas davantage pour écarter l'article 2037.

562. Ceci nous conduit à fixer la situation du tiers détenteur qui possède des biens hypothéqués. Cette situation dépend de la question de savoir si le créancier a sur l'immeuble une hypothèque spéciale, ou bien s'il a une hypothèque générale. S'il n'a qu'une hypothèque spéciale, le tiers détenteur, ne pouvant lui opposer l'exception de discussion, ne pourra, par voie de conséquence, lui opposer l'article 2037. Il ne le pourra qu'autant que le créancier aura usé de moyens artificieux pour lui nuire. Mais si l'hypothèque est générale, l'art. 2037 appartiendra au tiers détenteur, puisqu'il jouit du bénéfice de discussion (2).

En ce qui touche ce dernier (nous ne parlons que de lui, l'article 2171 du C. c. nous renfermant dans le point de vue qui le concerne), les monu-

(1) Mon com. des *Hypothèques*, t. 3, n° 808.

(2) Art. 2170 C. c., et mon com. des *Hypothèques*, t. 3, n° 796.

ments les plus respectables de notre ancienne jurisprudence sont là pour attester qu'il n'y a pas de distinction à faire entre le fidéjusseur et lui, et Jean Faber (1), Dumoulin (2), Loyseau (3), Pothier (4), ont repoussé les scrupules de Bartole (5) et de son école (6), qui refusaient au tiers détenteur la même faveur qu'au fidéjusseur (7).

D'abord les textes se prononcent pour la cession d'actions (8); et, bien qu'ils ne traitent pas la question de savoir si la cession doit être utile, ou si elle doit être une cession telle quelle, néanmoins on n'aperçoit pas pour quelle raison on serait plus rigoureux à l'égard du tiers détenteur qu'à l'égard du fidéjusseur. L'un et l'autre n'ont-ils pas été investis par la même constitution du bénéfice de discussion?

N'importe, dit-on, et la différence est grande; car, dans le cautionnement, le fidéjusseur a stipulé avec le créancier, et l'on peut supposer alors que la condition tacite de son engagement a été que le créancier lui conserverait ses actions et ses gages. Mais le tiers détenteur qui a acheté du débiteur n'a

(1) Sur la loi *Jubemus*, C., *ad senatusc. Velleian.*

(2) *De usuris*, q. 89, n°s 680 et suiv.

(3) *Déguerp.*, liv. 2, ch. 8, n° 18 et suiv.

(4) *Hypoth.*, ch. 2, art. 2, § 6; et Orléans, t. 20.

(5) Sur la loi *Si stipulatus*, § 1, D., *De fidej.*

(6) *Neguzantius*, par ex., part. 5, memb. 3, n° 29.

(7) Dumoulin dit même: « *SED CERTÈ hæc communis sententia non est simpliciter vera.* »

(8) L. 19, D., *Qui potior in pignore;*

Et Papinien, l. 5, D., *De censib.* (lib. 19 *Responsor.*).

pas contracté avec le créancier. Celui-ci a pu ignorer l'achat qui a fait passer l'immeuble dans les mains d'un tiers. Le titre de ce dernier est pour lui *res inter alios acta* (1). Le tiers ne peut donc pas venir lui imposer des obligations qui modifient la situation primitive.

Cette objection est ancienne; Dumoulin convenait qu'elle n'était pas sans valeur, et que, sous ce rapport, la cause du tiers détenteur avait un argument de moins que celle des fidéjusseurs (2). Toutefois, il ne la trouvait pas assez puissante pour infirmer le droit du tiers détenteur. Elle n'est, en effet, que spécieuse, et ne touche pas à la racine de ce droit. Le tiers détenteur jouit du bénéfice de discussion. En achetant il a compté sur ce secours équitable. Le créancier ne saurait donc le lui enlever par son propre fait, en abolissant les garanties qui le rendent efficace.

Il existe, au surplus, sur cette question un arrêt de la Cour de cassation du 23 janvier 1815 (3) qui applique l'art. 2037; même dans le cas où l'hypothèque est spéciale. La question est pendante, à l'heure qu'il est, devant la chambre civile, par suite d'une admission prononcée, à mon rapport,

(1) M. Dupret, *Revue étrang.*, loc. cit., p. 519, n° 54.

(2) *Loc. cit.*, n° 680.

(3) D., *Hypoth.*, p. 358, 359.

M. Delvincourt cite un arrêt rendu en sens contraire le 14 février 1816 (t. 3, p. 265, note 6, in fine). Cet arrêt n'existe pas; l'auteur veut parler probablement de l'arrêt du 13 février 1816 qui juge la question du n° suivant.

par la chambre des requêtes le 26 mars 1845 (1). Mais elle est compliquée de quelques points de fait qui semblent toucher à la fraude.

563. Autre question. L'on demande si l'art. 2037 peut être étendu à deux débiteurs principaux qui ont contracté solidairement? Nous répondrons qu'une telle question n'est pas proposable; car le bénéfice de discussion n'appartient pas à des débiteurs solidaires.

Cependant la question a été jugée implicitement, par un arrêt de la Cour de cassation du 13 février 1816 (2), en ce sens que si le codébiteur solidaire est actionné pour le total, il faut que le créancier puisse le subroger utilement dans le droit de recouvrer les parts viriles qui excèdent la sienne; et nous devons dire tout de suite que cette décision est conforme à celle de Pothier (3), de Merlin (4), de MM. Zacchariæ (5), Duranton (6), Toullier (7). En droit, il ne faut s'étonner de rien! Néanmoins j'ai toujours été surpris que Pothier ait pris sous son patronage une si grande erreur. Il croit donner une raison péremptoire en disant: « Lorsque

(1) Affaire Maumigny.

(2) Sir., 16, 1, 327.

Devill., 5, 1, 153.

(3) *Oblig.*, n° 520,

280,

275.

(4) *Quest. de droit*, v° *Solidarité*, § 5.

(5) T. 2, p. 273, note 40.

(6) T. 18, n° 382 (note).

(7) T. 7, n° 172.

» plusieurs personnes contractent une obligation
 » solidaire, elles ne s'obligent chacune pour le to-
 » tal que dans la confiance qu'elles pourront avoir
 » recours contre les autres en payant le total.
 » C'est pourquoi, lorsque le créancier, par son fait,
 » les a privées de ce recours, en se mettant, par
 » son fait, hors d'état de pouvoir céder ses actions
 » contre l'un d'eux qu'il a déchargé, il ne doit
 » plus être recevable à agir solidairement contre
 » les autres, si ce n'est sous la déduction des por-
 » tions pour lesquelles ils auraient eu recours
 » contre celui qu'il a déchargé. »

Mais c'est juger la question par la question. Les codébiteurs solidaires n'ont pu compter sur ce droit qu'autant que ce droit existe. Or, existe-t-il? Voilà où il en faut revenir, et la Cour de cassation vient de reconnaître la négative par un arrêt de rejet de la chambre des requêtes du 5 septembre 1843 (1). Cet arrêt est d'autant plus remarquable qu'il abandonne la doctrine de l'arrêt du 13 février 1816. Je l'en approuve hautement. J'aurais voulu seulement que la rédaction en fût différente en certaines parties, et qu'elle n'eût pas inutilement reproduit et approuvé la mauvaise jurisprudence sur les fidéjusseurs solidaires.

564. Passons maintenant à un autre ordre d'idées, et voyons quels sont les faits qui, d'après notre article, peuvent être reprochés au créancier par le fidéjusseur.

(1) Devilliers, 44, 1, 71.

Dalloz, 44, 1, 58.

Le plus ouvertement répréhensible, c'est la renonciation que le créancier a faite à des garanties qu'il avait contre le débiteur. Par exemple, il est créancier hypothécaire, et il consent à abandonner son hypothèque, ou à donner mainlevée de son inscription. Le fidéjusseur, qui a compté sur cette garantie réelle et qui s'en trouve privé, peut, s'il en éprouve du dommage, demander à être déchargé. Ceci est sans difficulté, et tout le monde est d'accord à cet égard.

565. Mais la controverse commence lorsque le créancier a perdu son droit, non pas par un fait positif, mais par une omission, par exemple s'il a omis de renouveler son inscription en temps utile, s'il a négligé de faire des oppositions. Plusieurs, et à leur tête Pothier (1), suivi par M. Toullier (2), distinguent le fait positif et l'omission. Ils imputent au créancier le fait positif, et l'absolvent en cas de simple omission.

Cette distinction entre la faute *in committendo* et *in omittendo* n'est pas soutenable. Je l'ai réfutée dans mon commentaire de la *Vente* (3). Elle n'est cependant pas généralement abandonnée (4). On

(1) *Oblig.*, n° 520.

(2) T. 7, n° 172.

(3) T. 2, n° 941.

(4) Voyez sur ce point MM. Zacchariæ, t. 3, p. 165, note (3).

Duranton, t. 18, n° 382.

Duvergier, *Vente*, t. 2, n° 276.

Ponsot, n° 532. Ils repoussent les distinctions. On peut