

en son propre nom que pour soi-même, l'article 1119 entend dire que nous pouvons promettre et stipuler pour un tiers au nom de celui-ci. Ainsi le tuteur promet et stipule pour son pupille. Ce n'est pas une exception au principe; en effet, le mineur est censé contracter lui-même par le ministère de son tuteur, la loi donnant au tuteur qualité et mission de représenter le mineur dans tous les actes de la vie civile (art. 450); de là suit que le fait du tuteur devient le fait du mineur dans tous les actes qui concernent l'administration de la tutelle. Ce qui est vrai du mandataire légal l'est aussi du mandataire contractuel : le mandant est censé contracter lui-même par le ministère du mandataire (1).

La jurisprudence applique ce principe aux obligations contractées par le père dans l'intérêt de l'enfant mineur. Toullier dit que les père et mère sont considérés comme mandataires légaux de leurs enfants. Cela est trop absolu; un mandat légal suppose une loi qui le confère, et où est le texte qui constitue les père et mère mandataires de leurs enfants? L'article 935 leur donne pouvoir d'accepter une donation faite à l'enfant mineur, et l'article 389 charge le père, durant le mariage, d'administrer les biens personnels de ses enfants mineurs (2). Comme administrateur légal, le père est mandataire, mais il ne l'est pas d'une manière absolue; la loi ne dit pas de lui ce qu'elle dit du tuteur, qu'il représente ses enfants dans tous les actes civils; c'est un mandat spécial qu'elle lui confère concernant les biens des enfants.

C'est en ce sens que les tribunaux valident l'engagement contracté par le père pour le remplacement du fils mineur au service militaire; quand le père est tuteur, ou administrateur légal, son droit de contracter au nom du mineur n'est guère contestable. Parfois les père et mère interviennent dans l'acte de remplacement. La mère n'a aucune qualité pour promettre ni pour stipuler au nom de son fils, le père seul est administrateur de ses biens. Si

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 74. Duranton, t. X, p. 209, nos 210-212, p. 224, n° 223.

(2) Toullier, t. III, 2, p. 93, n° 155, et la note de Duvergier.

l'enfant n'a pas de biens, le père n'est plus mandataire, on ne peut le considérer que comme gérant d'affaires (1).

538. Il ne faut pas de mandat pour traiter au nom d'un tiers. Suivant l'article 1375, le maître dont l'affaire a été bien administrée doit remplir les engagements que le gérant a contractés au nom de celui dont il gère les intérêts. La gestion d'affaires, que le code autorise, et les promesses et stipulations pour un tiers, qu'il défend, donnent lieu à une sérieuse difficulté que nous examinerons plus loin.

Pothier ajoute que si je contracte au nom d'une personne qui ne m'avait pas donné de procuration, cette personne doit ratifier pour qu'elle soit obligée : la ratification équivaldra au mandat; si elle ne ratifie pas, elle ne sera pas obligée. Il ne faut pas confondre ce cas avec la gestion d'affaires; quand il y a gestion d'affaires, le maître est obligé par cela seul que son affaire a été utilement gérée, il n'est pas nécessaire qu'il ratifie. Ici revient la difficulté que nous venons de signaler : est-ce que promettre et stipuler pour un tiers n'est pas gérer ses affaires? Nous répondons d'avance négativement; l'adage qui dit que la ratification équivalut au mandat le suppose; dire qu'il faut une ratification pour que le tiers soit obligé, c'est bien dire qu'il n'est pas obligé comme le maître l'est par une gestion d'affaires.

ARTICLE 2. De la promesse pour un tiers.

N° 1. QUAND CETTE PROMESSE DEVIENT OBLIGATOIRE.

539. La loi dit que l'on ne peut, *en général*, s'engager en son propre nom que pour soi-même. Cela suppose qu'il y a des exceptions. L'article 1120 consacre une de ces exceptions; il porte : « Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers en promettant le fait de celui-ci. » A vrai dire, ce n'est pas une exception, car celui qui se porte fort promet son propre fait plutôt que celui du tiers. Si

(1) Voyez les arrêts rapportés par Dalloz, au mot *Obligations*, n° 246, 2°.

je vous promets que Pierre vous donnera ou fera quelque chose pour vous, en me portant fort pour lui, vous n'aurez toujours pas d'action contre Pierre, puisqu'il ne s'est pas obligé à votre égard; mais si Pierre refuse de tenir l'engagement que j'ai pris en son nom, vous aurez une action contre moi. C'est ce que dit l'article 1120 : sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort, si le tiers ne donne ou ne fait pas ce que j'avais promis en son nom. Se porter fort veut donc dire que l'on s'oblige à déterminer le tiers pour lequel on s'est porté fort à tenir l'engagement que l'on a pris en son nom; l'inaccomplissement de cette obligation aura cet effet que le porte-fort sera condamné à des dommages-intérêts. On voit maintenant pourquoi on peut promettre le fait d'un tiers en se portant fort pour lui, c'est que cette promesse contient un engagement personnel du porte-fort; or, la promesse du fait d'un tiers n'était nulle que parce que le promettant ne s'engageait à rien; dès qu'il s'oblige, la promesse est valable, d'après le droit commun (1). Lors donc que les parties veulent que la promesse du fait d'un tiers devienne obligatoire, elles doivent y ajouter la clause que le promettant se porte fort; aussi cette clause est-elle très-usuelle; nous y reviendrons plus loin.

540. La promesse du fait d'un tiers devient encore valable quand on y ajoute une clause pénale. En réalité, la clause pénale n'est autre chose que la clause de porte-fort. Qu'est-ce, en effet, que la peine? C'est, dit l'article 1229, la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre par l'inexécution de l'obligation principale. Celui qui promet le fait d'un tiers, en se soumettant à payer une peine pour le cas où le tiers ne tiendrait pas l'engagement, promet donc de l'indemniser du préjudice qu'il en souffre; or, c'est précisément là l'effet de l'obligation contractée par le porte-fort, comme le dit l'article 1120. Aussi Pothier dit-il que celui qui se soumet à une peine se fait fort du tiers, c'est-à-dire se porte fort pour lui (2). Cela répond à l'objection que l'on tire de l'ar-

(1) Demante, continué par Colmet de Santerre, t. V, p. 36, n° 31 bis I.
 (2) Pothier, *Des obligations*, n° 56.

ticle 1227, aux termes duquel la nullité de l'obligation principale entraîne la nullité de la clause pénale. On répond d'ordinaire que la clause pénale a pour effet de valider l'engagement principal. Il est plus exact de dire que la peine implique une obligation principale, celle de se porter fort pour le tiers (n° 539).

541. Y a-t-il un autre cas dans lequel la promesse du fait d'un tiers devient valable? Elle est nulle parce que le promettant ne s'engage à rien; il faut donc dire qu'elle devient valable toutes les fois que la promesse implique un engagement personnel de la part du promettant. Il en serait ainsi lorsque la promesse du fait d'un tiers est une clause ou une condition d'un contrat que le promettant fait pour lui-même. En traitant avec vous, je promets que Paul fournira mon engagement comme caution, ou qu'il vous fournira un gage ou une hypothèque; l'intervention de Paul est la condition du prêt que vous me faites; je m'oblige donc personnellement à vous procurer la garantie que je vous ai promise et sous la foi de laquelle vous avez traité avec moi. Si donc Paul refuse d'intervenir, je serai tenu de vous indemniser en vous donnant d'autres sûretés (1). En réalité, c'est encore une manière de se porter fort. Il n'y a donc, en définitive, qu'un moyen de valider la promesse du fait d'un tiers, c'est que le promettant se porte fort pour lui, quelle que soit, du reste, la forme de cet engagement.

N° 2. DU PORTE-FORT

542. Dans quels cas peut-on se porter fort pour un tiers? Le porte-fort s'engage à indemniser celui à qui il promet qu'un tiers donnera ou fera quelque chose. Une promesse de dommages-intérêts suppose une convention valable, en ce sens qu'elle eût été obligatoire si le tiers y était intervenu. On peut donc se porter fort pour l'accomplissement de toute espèce de faits, pourvu qu'ils puissent

(1) Duranton, t. X, p. 212, n° 215.