

ment était nul, dans toute hypothèse, que le traité fût radicalement nul ou seulement annulable.

Un copartageant, qui était en même temps vendeur, s'obligea à ne pas exercer l'action en rescision pour cause de lésion : une caution intervint pour garantir cet engagement. On prétendit que le cautionnement était radicalement nul, parce que la renonciation elle-même était frappée de nullité par l'article 1674 (1). Sans doute, mais de ce qu'une renonciation est déclarée nulle, peut-on dire qu'elle soit inexistante? La renonciation serait inexistante s'il y avait une cause illicite, et, dans l'espèce, on ne peut pas dire que la cause fût illicite.

Une donation déguisée est faite à un successible après que le donateur avait épuisé son disponible. Est-ce là un acte inexistant? On l'a prétendu, mais en donnant de singulières raisons pour le soutenir. La cour de Grenoble dit que la donation est sans cause; cela ne prouve qu'une chose, c'est l'ignorance qui règne sur les principes les plus élémentaires. Qu'est-ce que la cause d'une donation? L'esprit de bienfaisance, de libéralité. Or, dans l'espèce, le donateur avait certes la volonté bien décidée de gratifier le donataire, puisqu'il recourait à une donation déguisée pour l'avantager. On objectait que la donation était contraire aux principes constitutifs de la réserve légale. Eh! qu'importe? Est-ce que les donations qui entament la réserve sont radicalement nulles? La loi ne les déclare pas même nulles, elle dit seulement qu'elles sont sujettes à réduction. Dans l'espèce, la donation tombait pour le tout, parce que la réserve était déjà épuisée; le cautionnement qui garantissait la donation tombait avec la donation. Mais nous n'oserions pas conclure de là que la caution ne pourrait s'obliger en faveur du donataire, pour le mettre à l'abri de la réduction totale. Seulement ce ne serait pas un cautionnement, ce serait une obligation principale (2).

Un cautionnement est donné pour une dette de jeu. La dette est-elle inexistante ainsi que l'obligation de la cau-

(1) Pau, 12 janvier 1826 (Dalloz, 1826, 2, 114). Pont, t. II, p. 19, n° 32.
 (2) Grenoble, 4 décembre 1830 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 64). Pont, t. II, p. 19, n° 32.

tion? A notre avis, oui. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (1).

138. L'orateur du Tribunat cite comme exemple d'un cautionnement nul, c'est-à-dire annulable, le cas où l'obligation principale est viciée par l'erreur, la violence ou le dol. Treilhard, au contraire, l'orateur du gouvernement, dit, dans l'Exposé des motifs : « Une obligation contractée contre la défense de la loi, surprise par le *dol*, arrachée par la *violence*, entachée enfin de quelque *vice* de cette nature, est *absolument nulle*; l'acte qui la cautionne tombe par conséquent avec elle (2). » Voilà une de ces phrases vides de sens et embrouillant tout, comme on en trouve trop dans les discours qui, exposant les motifs de la loi, devraient être d'une rigueur mathématique. L'orateur met sur la même ligne les obligations contractées contre la défense de la loi, c'est-à-dire illicites (art. 1134), et les obligations nulles pour vices de consentement, enfin toute obligation entachée d'un *vice* analogue; or, les premières sont inexistantes en vertu d'un texte formel (art. 1131), tandis que des secondes la loi dit formellement qu'elles ne sont pas nulles de plein droit, qu'elles sont seulement annulables (art. 1117); quant aux autres obligations entachées d'un *vice*, elles sont nulles également, puisque les vices n'entraînent pas l'inexistence de l'obligation, mais la rendent seulement nulle. Ce que Treilhard ajoute, que le cautionnement tombe avec l'obligation principale, s'applique aux obligations nulles et aux obligations inexistantes, avec cette différence que, dans le premier cas, le cautionnement subsiste tant que l'obligation n'est pas annulée, tandis que, dans le second cas, le cautionnement n'a jamais existé et ne peut pas même être validé. Notre conclusion est, et il n'y a aucun doute sur ce point, que l'obligation, nulle pour vice de consentement, peut être cautionnée; mais le cautionnement, comme le dit Chabot, participe de la nature de l'engagement; quand l'obligation principale est nulle, l'obligation accessoire l'est aussi, de sorte que si

(1) Voyez le t. XXVII de mes *Principes*, nos 216 et 219, p. 241 et 243.
 (2) Treilhard, Exposé des motifs n° 4 (Loché, t. VII, p. 416).

l'obligation est annulée pour vice de consentement, le cautionnement tombe avec elle.

139. Cependant l'opinion contraire est soutenue dans un ouvrage élémentaire qui jouit d'une certaine réputation et qui la mérite. Mourlon enseigne que l'on peut *valablement* cautionner une dette annulable pour cause de violence, de dol ou d'erreur (1). Cette doctrine est en opposition avec le texte de la loi, tel qu'il a été interprété par les auteurs mêmes du code; et nous devons la combattre, précisément parce que l'ouvrage de Mourlon se trouve dans les mains de la plupart des élèves. Le cautionnement, dit l'article 2012, ne peut exister que sur une *obligation valable*. Qu'entend-on par obligation *valable*? Le rapporteur et l'orateur du Tribunat ont répondu à la question (nos 133-135) : une obligation inexistante ne peut être cautionnée, une obligation nulle peut l'être, mais le cautionnement tombe si l'obligation principale est annulée; il n'y a d'exception à cette règle que lorsque l'obligation est nulle pour cause d'incapacité. Mourlon ne tient aucun compte de cette interprétation de la loi, donnée par ceux qui ont concouru à la faire; il ne cite pas même le rapport et le discours de Chabot et de Lahary. S'attachant à la lettre de l'article 2012, il dit que l'obligation viciée par l'erreur, la violence ou le dol n'est point nulle de plein droit (art. 1117); donc elle est valable, en ce sens qu'elle produit ses effets tant qu'elle n'est pas annulée; partant, elle peut être cautionnée. Sans doute, elle peut l'être; l'orateur du Tribunat le dit en toutes lettres, et c'est là la différence entre une obligation inexistante et une obligation annulable. Mais que devient le cautionnement quand la dette principale est annulée? Telle est la vraie difficulté. Elle est résolue implicitement par le deuxième alinéa de l'article 2012, tel qu'il est interprété par le Tribunat. En règle générale, la nullité de l'obligation principale entraîne la nullité du cautionnement; il n'y a d'exception que lorsque la nullité provient de l'incapacité du débiteur; la loi considère cette exception comme purement personnelle au débiteur, en ce

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 452, n° 1125.

sens que lui seul peut l'opposer, la caution n'a point ce droit. Que répond-on au texte? Que les vices de consentement sont mis par la loi sur la même ligne que l'incapacité, puisqu'ils entraînent la nullité dans l'intérêt de celui dont le consentement est vicié, de même que l'incapacité est une cause de nullité au profit de l'incapable; on doit donc appliquer aux vices de consentement ce que l'article 2012 dit de la minorité : c'est aussi une exception purement personnelle à celui qui a été dans l'erreur, dont le consentement a été surpris par le dol, ou extorqué par la violence. Nous répondons qu'en théorie cela pourrait se soutenir; mais il ne s'agit pas de théorie, il s'agit de ce que le législateur a voulu; or, il a expliqué lui-même ce qu'il entend par exception purement personnelle, en donnant l'exemple de la minorité. Il a donc limité la disposition de l'article 2012 à certaines exceptions résultant de l'incapacité; telle est l'explication donnée par Chabot et par Lahary. Telle est aussi la tradition que les auteurs du code se sont bornés à reproduire (1). Que le législateur ait eu tort ou raison, peu importe, il a statué; il a décidé implicitement par l'article 2012, et plus clairement par l'article 2036, que la caution peut se prévaloir de toutes les causes de nullité de l'obligation principale, à l'exception de certaines causes purement personnelles, et par là il entend l'incapacité. En étendant aux vices du consentement ce que les articles 2012 et 2036 disent de l'incapacité, l'on étend une disposition exceptionnelle et une exception qui est une vraie anomalie (n° 136); cela est contraire à tout principe d'interprétation.

Mourlon dit que les exceptions *réelles* dont parle l'article 2036, par opposition aux exceptions purement *personnelles*, sont celles qui résultent du défaut de formes dans les contrats solennels et celles qui résultent d'une cause illicite. Ceci, nous sommes forcé de le dire, est une confusion complète entre les causes d'inexistence des obligations et les causes de nullité. Dans le deuxième alinéa de l'article 2012, il est question d'exceptions résultant de la *nullité*

(1) Pothier, *Obligations*, n° 381.

de l'obligation principale; l'exemple que la loi donne le prouve; on n'a jamais considéré la *minorité* comme une cause d'inexistence de l'obligation que le mineur contracte; les obligations des incapables sont simplement annulables, elles produisent une action et une exception de nullité. Il en est autrement dans les cas où l'obligation est inexistante; le créancier n'a point d'action, puisque le néant ne produit aucun effet, comme le dit l'article 1131; le débiteur n'a donc pas besoin d'une exception. L'obligation principale n'a pas d'existence; dès lors, de plein droit, et sans qu'il y ait ni action, ni exception, le cautionnement d'une obligation pareille est aussi inexistante. Il en est ainsi quand un contrat a une cause illicite, ou lorsqu'un acte solennel a été fait sans l'observation des solennités légales. Donc, en parlant d'exceptions *réelles*, l'article 2036 n'a pas pu entendre des exceptions qu'un débiteur ou une caution serait dans le cas d'opposer à un créancier qui n'a aucune action. Une exception de nullité suppose une action formée par le créancier contre le débiteur ou contre la caution, donc une obligation existante dont on provoque l'annulation, soit par voie d'action, soit par voie d'exception. Ces exceptions sont-elles *réelles*, la caution peut s'en prévaloir; sont-elles personnelles, c'est-à-dire fondées sur l'état de la personne, et sur l'incapacité qui en résulte, la caution ne peut pas les opposer. Tel est le vrai système de la loi; il a pour lui le texte, les travaux préparatoires et les principes.

140. Après avoir établi comme règle que le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable, l'article 2012 ajoute une exception en ces termes : « On peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé; par exemple dans le cas de *minorité*. » La loi ne dit pas quelles sont les exceptions purement personnelles à l'obligé; mais l'exemple qu'elle donne et les rapports et discours du Tribunat ne laissent aucun doute sur la pensée du législateur : il entend parler de l'incapacité du débiteur principal. C'est une cause de nullité qui lui est personnelle, d'abord en ce sens que c'est à raison de l'état du débiteur et de l'incapacité qui en résulte que l'obligation est nulle;

elle lui est encore personnelle en ce sens que les incapables seuls peuvent demander la nullité; d'après l'article 1125, les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée avec qui elles ont contracté. A leur égard donc l'obligation est valable, et l'obligation est aussi considérée comme valable à l'égard de la caution.

L'exception s'applique à tous les incapables; et sont incapables, d'après l'article 1125, les mineurs, les interdits et les femmes mariées. Il y a une difficulté en ce qui concerne les interdits : toute obligation contractée par un interdit peut, en principe, être cautionnée en vertu de l'article 2012. Mais la caution sera admise à prouver que l'interdit était, lors du contrat, dans l'impossibilité de consentir. Si elle parvient à faire cette preuve, le cautionnement sera nul, pour mieux dire, inexistante, puisque l'obligation principale est inexistante; et là où il n'y a pas de débiteur principal, il ne saurait y avoir de caution (1).

Quel est l'effet du cautionnement d'une dette contractée par un incapable? L'incapable peut demander la nullité à raison de son incapacité; dans ce cas, le créancier aura le droit d'agir contre la caution, sans que celle-ci puisse opposer l'exception de nullité. Il est vrai qu'en règle générale la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette; mais l'article 2036, qui établit ce principe, y apporte une dérogation quant aux exceptions qui sont purement personnelles au débiteur, c'est-à-dire qui résultent de son incapacité.

N° 3. L'OBLIGATION NATURELLE PEUT-ELLE ÊTRE CAUTIONNÉE?

141. Nous avons enseigné, au titre des *Obligations*, que les dettes naturelles ne peuvent pas être cautionnées (t. XVII, n° 28). La raison en est que l'obligation naturelle n'existe, aux yeux de la loi, que lorsqu'elle est payée, c'est-à-dire que la loi n'y attache un effet civil qu'au mo-

(1) Voyez, en sens divers, Aubry et Rau, t. IV, p. 677, note 7, § 424, et les auteurs qu'ils citent.

ment où la dette est éteinte; tant qu'elle n'est pas payée, la loi l'ignore; on doit donc l'assimiler à une dette inexistante, laquelle ne peut pas être cautionnée. Le cautionnement implique qu'il y a un débiteur principal contre lequel le créancier peut agir; la caution paye pour lui, et, par suite, elle a un recours contre lui; ce recours est garanti par la subrogation que la loi établit au profit de la caution (art. 2028 et 2029). Quand la dette est naturelle, le créancier n'a aucune action contre le débiteur, la subrogation de même que l'action récursoire deviennent impossibles; légalement parlant, il n'y a ni créancier ni débiteur; donc il ne peut pas y avoir de caution.

On objecte que l'article 2012 consacre implicitement l'opinion contraire en permettant de cautionner les dettes contractées par les incapables. Pourquoi, dit-on, le cautionnement est-il valable malgré l'annulation de l'obligation principale? Parce que, après l'annulation de la dette contractée par l'incapable, il reste une obligation naturelle à charge du débiteur, et c'est cette obligation qui peut être cautionnée. Or, si les dettes naturelles contractées par des incapables peuvent être cautionnées, on doit admettre le même principe pour toutes les obligations naturelles. On a répondu que l'article 2012 établit une exception, et que les exceptions ne peuvent pas être étendues (1). Cela est décisif. Il y a une autre réponse, à notre avis, plus péremptoire encore, c'est que l'obligation des incapables n'est pas une obligation naturelle. La loi ne parle pas d'obligations naturelles dans les articles 2012 et 2036; elle considère l'exception de nullité résultant de l'incapacité comme une exception *personnelle* qui ne peut être opposée que par le débiteur, et dont la caution ne peut se prévaloir; or, une exception suppose une dette civile, annulable, mais donnant une action; tandis que la dette naturelle est une obligation inexistante, et ne donnant pas d'action. Qu'est-ce d'ailleurs qu'une obligation naturelle? C'est une obligation qui, en théorie, réunit toutes les conditions requises pour la validité d'une obligation, mais à laquelle le législateur

(1) Voyez, en sens divers, Aubry et Rau, t. IV, p. 676, note 5, § 424, et les auteurs qu'ils citent.

a refusé une action. Or, peut-on dire qu'une obligation annulée pour cause d'incapacité reste en essence une obligation susceptible d'être sanctionnée par la loi? Cela n'a point de sens. Le législateur a accordé une sanction à l'obligation contractée par un incapable, la seule qu'il pouvait lui donner; le créancier a action contre le débiteur, mais celui-ci peut lui opposer son incapacité; s'il le fait, l'obligation est annulée, et, par suite, elle est considérée comme n'ayant jamais existé. Est-ce qu'il survit une obligation naturelle à l'annulation d'une dette? Cela est inadmissible: la loi ne peut plus reconnaître aucun effet à une obligation dont elle a autorisé l'annulation. Il peut y avoir un devoir de conscience, mais un devoir de conscience n'est pas une obligation naturelle.

On a imaginé l'existence d'une obligation naturelle après l'annulation de l'obligation civile imparfaite contractée par l'incapable, pour expliquer l'article 2012. L'explication n'explique rien, car la prétendue dette naturelle ne produit aucun effet au profit de la caution; celle-ci n'aura aucun recours contre l'incapable, puisque la dette naturelle n'engendre pas d'action. Il faut ajouter que cette explication n'est pas celle des auteurs du code. Le rapporteur du Tribunat se contente de dire que la caution a dû connaître l'incapacité du débiteur, elle a dû prévoir l'annulation de la dette, et elle a pu se soumettre aux conséquences de cette nullité. Cette explication aussi est peu satisfaisante, puisqu'il est de l'essence du cautionnement que la caution ait un recours contre le débiteur. L'article 2012 reste donc une anomalie. Pourquoi ne pas l'avouer, au lieu de chercher des raisons qui ne justifient pas la loi?

Il y a également une anomalie dans le système du code en ce qui concerne les vraies dettes naturelles; nous en avons déjà fait la remarque. Si le débiteur peut payer une dette naturelle, pourquoi ne lui permet-on pas de la cautionner? Ce sont les anomalies que présente la législation qui ont conduit les auteurs à construire une théorie extralégale. Mais cette théorie est aussi pleine d'inconséquences, sans parler des incertitudes; car il n'y a pas un point qui ne soit controversé. Il nous faut entrer dans quelques détails,

puisque ce n'est que par les détails que l'on peut apprécier la théorie obscure qui admet le cautionnement des obligations naturelles.

142. On admet généralement que les dettes naturelles peuvent être cautionnées. Rien de plus faible que les motifs que les auteurs donnent à l'appui de cette doctrine. On lit dans les notes de Massé et Vergé sur Zachariæ que l'on peut cautionner une dette naturelle, parce que celui qui est obligé naturellement n'en est pas moins obligé (1). C'est donner comme motif de décider ce qu'il s'agit de prouver. Nous soutenons que le débiteur d'une obligation naturelle n'est pas obligé, car on n'est obligé que si l'on peut être forcé à remplir son obligation; or, le prétendu créancier n'a pas d'action contre celui qui est obligé naturellement; donc il n'y a ni créancier ni débiteur. Le dernier auteur qui a écrit sur le cautionnement dit que l'obligation naturelle peut être cautionnée, parce qu'elle est valable dans une certaine mesure (2). En quel sens est-elle valable? La loi n'attribue qu'un seul effet à la dette naturelle, c'est que le débiteur ne peut pas répéter ce qu'il a volontairement payé; et, chose remarquable, l'article 1235 ne qualifie pas même de débiteur celui qui acquitte une obligation naturelle. Qu'en faut-il conclure? L'orateur du gouvernement dit très-bien que l'obligation naturelle ne devient un lien civil que par induction tirée du paiement; donc, tant qu'il n'y a pas de paiement, il n'y a aucune dette aux yeux de la loi; et conçoit-on que la caution s'oblige de payer une dette qui n'existe point?

143. Dans l'application des principes généralement admis, les doutes et les controverses abondent. Peut-on cautionner une dette de conscience? Oui, dit Larombière, parce que le cautionnement opère une novation qui transforme la dette naturelle en une dette civile. C'est une très-mauvaise raison; ce qui témoigne que la cause est mauvaise. Comment un engagement accessoire qui laisse subsister la dette, sans rien changer à l'objet ni aux personnes, opérerait-il novation? C'est une novation imagi-

(1) Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. V, p. 66, note 15.

(2) Pont, *Des petits contrats*, t. II, p. 22, n° 36.

naire, sur laquelle il est inutile d'insister, parce que Larombière est resté seul de son avis. Toutefois son opinion n'est pas aussi absurde qu'on le dit. La plupart des auteurs confondent les obligations naturelles avec les devoirs de conscience, mais ils reculent devant les conséquences de leur doctrine. Larombière, plus logique, a raison de dire que, si les devoirs de conscience sont des dettes naturelles, on doit aussi admettre qu'elles peuvent être cautionnées, puisque l'on pose en principe que les dettes naturelles peuvent être cautionnées (1).

144. L'obligation des incapables est-elle une obligation naturelle? On enseigne généralement l'affirmative. Si l'obligation est annulée, dit-on, c'est uniquement parce que le législateur présume que l'incapable n'a pas donné un consentement réfléchi et éclairé; mais, en fait, l'incapable peut avoir donné un consentement éclairé et libre. Donc il survit à l'annulation une obligation naturelle (2). Logiquement il faudrait dire que l'incapable est civilement obligé, si l'on prouve qu'il était capable lors du contrat. Dire qu'il n'est tenu que naturellement, c'est déjà une inconséquence. Et à quoi sert-elle? A rien. Si l'incapable fait annuler son obligation, la caution devra payer; vainement prouverait-elle que l'incapable a donné un consentement valable, cette preuve ne serait pas même admise; et quand on l'admettrait, la caution n'en serait pas moins sans action, puisque la dette naturelle ne donne pas d'action.

Les auteurs qui enseignent que l'obligation des incapables reste une dette naturelle, malgré l'annulation, ajoutent une restriction, c'est que la caution est admise à prouver que l'incapable n'a réellement pas consenti. Cette restriction est inutile et elle embrouille les idées, car on donne comme exception une hypothèse qui n'entre pas dans la règle; en effet, autre chose est l'incapacité, autre chose est le consentement; la capacité n'est requise que pour la validité des conventions, tandis que sans consentement il n'y a pas d'obligation.

(1) Larombière, *Obligations*, article 1235, n° 10 (édition belge, t. II, p. 140). En sens contraire, Pont, t. II, p. 22, n° 38 et 39.

(2) Pont, *Des petits contrats*, t. II, p. 25, n° 42, et les auteurs qu'il cite.

145. Le mineur accepte une succession sans observer les formes prescrites par la loi; puis il se fait restituer. Reste-t-il une obligation naturelle qui puisse être cautionnée? Oui, dit M. Pont; tous les autres interprètes disent non. Dans notre opinion, il est certain qu'il n'y a pas d'obligation naturelle (nos 141 et 142). Si l'acceptation est annulée, elle est censée n'avoir jamais existé; donc le mineur n'a jamais été héritier; partant, il n'a aucune obligation. Toutefois l'article 2012 serait applicable, puisque c'est à raison de son incapacité qu'il se fait restituer (1).

146. Le tuteur fait un acte sans observer les formalités que la loi prescrit; on demande si l'obligation qu'il contracte peut être cautionnée. Oui, et sans doute aucun, dans notre opinion, puisque l'acte est simplement annulable; mais l'annulation de l'acte fera tomber le cautionnement. Il y a une opinion contraire qui considère l'acte comme inexistant, et qui en conclut que le cautionnement est nul dans son principe. Nous renvoyons à ce qui a été dit ailleurs (t. XVI, n° 36) (2).

147. Les actes passés par la femme sans autorisation peuvent-ils être cautionnés? Pothier les considère comme inexistantes, tandis que Domat enseigne qu'ils sont simplement annulables. Ni l'un ni l'autre ne parlent d'une obligation naturelle. Les auteurs modernes disent qu'il y a une obligation naturelle qui survit à l'annulation de l'obligation et qui peut servir de base au cautionnement. Obligation purement imaginaire; car, dans le système du code, l'obligation est frappée de nullité, comme conséquence de la puissance maritale: peut-il y avoir une obligation naturelle contraire à la puissance du mari, laquelle est d'ordre public (3)?

Que faut-il décider quand la femme vend un fonds dotal? Nouvelle controverse. La vente est-elle inexistante ou nulle? Il n'y a aucun motif pour la déclarer inexistante, donc elle peut être cautionnée. Y aura-t-il lieu à l'applica-

(1) Ponsot, *Du cautionnement*, nos 39 et 45. Pont, t. II, n° 43.

(2) Voyez, en sens divers, Pont, t. II, p. 26, n° 44, et les auteurs qu'il cite.

(3) En sens contraire, Pont, t. II, p. 26, n° 46, et les auteurs cités, t. XVII, n° 28.

tion de l'article 2012? Oui, si la femme a vendu sans être autorisée. Non, si elle a vendu avec autorisation maritale. Dans le premier cas, la vente est nulle pour cause d'incapacité; dans le second, l'incapacité de la femme est hors de cause; donc l'article 2012 n'est pas applicable (1).

148. On admet encore qu'il existe une obligation naturelle quand l'interdit a fait prononcer la nullité de l'acte qu'il a passé postérieurement à l'interdiction. Il y a un motif spécial, dans ce cas, pour rejeter toute espèce d'obligation. La loi établit une présomption légale d'incapacité résultant du jugement qui prononce l'interdiction. Donc on n'est jamais admis à prouver que l'interdit se trouvait dans un intervalle lucide. C'est cependant cette preuve qu'il faudrait faire pour qu'il y eût une obligation quelconque survivant à l'annulation de l'acte (2).

149. Y a-t-il une obligation naturelle qui survit au serment décisoire prêté par le débiteur? La question est controversée. Ce qu'on appelle obligation naturelle, dans ce cas, est un devoir de conscience, et ces devoirs n'ont aucun effet en droit (3).

Survit-il une obligation naturelle à la chose jugée, à la prescription? Ces questions sont également controversées. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations* (t. XVII, n° 12).

N° 4. DU CONSENTEMENT.

150. La caution s'oblige envers le créancier; il faut donc le consentement des deux parties contractantes. Quant au débiteur, il reste étranger au contrat qui intervient entre le créancier et la caution; l'article 2014 en conclut que l'on peut se rendre caution sans ordre de celui pour lequel on s'oblige, et même à son insu. Nous reviendrons sur cette disposition en traitant des rapports qui résultent du cautionnement entre la caution et le débiteur.

(1) Voyez, en sens divers, les auteurs et les arrêts cités dans le *Repertoire* de Dalloz, au mot *Cautionnement*, nos 66 et 67. Il faut ajouter Grenoble, 17 février 1847 (Dalloz, 1848, 2. 52).

(2) En sens contraire, Pont, t. II, p. 25, n° 42.

(3) Voyez, en sens divers, Pont, t. II, p. 28, n° 50.

151. La caution, en consentant, contracte une obligation personnelle, à la différence de celui qui donne un gage ou une hypothèque pour la dette d'un tiers. Le gage et l'hypothèque sont aussi des contrats qui exigent le consentement des parties contractantes; mais si je donne un gage ou une hypothèque pour la dette d'un tiers, je ne m'oblige pas personnellement; de sorte que si le gage ou l'hypothèque venaient à s'éteindre par la perte de la chose, le créancier n'aurait pas d'action contre moi, car je ne me suis pas obligé au paiement de la dette; j'ai constitué un droit réel sur une chose mobilière ou immobilière; c'est donc la chose seule qui est grevée (1).

Le principe qu'il n'y a point de cautionnement sans un engagement personnel de la caution a des conséquences très-importantes. Aux termes de l'article 2037, la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Cette exception ne peut être invoquée que par la caution; celui qui a seulement affecté ses biens comme garantie ne peut pas s'en prévaloir. La cour de cassation l'a jugé ainsi, et cela n'est pas douteux; car le bénéfice de l'article 2037, comme nous le dirons plus loin, dérive de la nature du cautionnement, il ne peut donc profiter qu'à celui qui s'est obligé comme caution (2).

L'article 2032 porte que la caution peut agir contre le débiteur pour être par lui indemnisé, même avant d'avoir payé, lorsque dix années se sont écoulées depuis que le cautionnement a été contracté. Il a été jugé que cette disposition est applicable à celui qui a hypothéqué ses biens pour sûreté d'une rente constituée par un tiers; la cour invoque l'analogie entre la caution et celui qui constitue une hypothèque pour garantie de la dette d'un tiers (3). L'analogie est une mauvaise raison quand il s'agit d'appliquer une disposition, portée pour le cautionnement, à une convention qui n'est point un cautionnement; il y a sans doute une analogie entre la caution personnelle et la cau-

(1) Duranton, t. XVIII, p. 304, n° 296.

(2) Cassation, 25 novembre 1812 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 31).

(3) Bruxelles, 2 avril 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 349).

tion dite *réelle*, mais les deux conventions n'en diffèrent pas moins dans leur essence, l'une engendrant une obligation personnelle, tandis que l'autre n'en produit point. On a encore invoqué l'équité, et, à ce propos, on a avancé cette étrange maxime : *A défaut de texte formel qui nous lie, le droit pour nous c'est l'équité* (1). Non, le droit ce n'est point l'équité, ce sont les principes qui, fondés sur la loi, sont établis par la science. Or, le plus élémentaire des principes qui président à l'interprétation des lois est que les dispositions exceptionnelles ne peuvent pas s'étendre, quand même il y aurait analogie; et l'article 2032, en permettant à la caution d'agir avant qu'elle ait payé, établit certainement une exception au droit commun; donc il est de stricte interprétation. L'équité est hors de cause ici, elle ne devient un motif de décider que lorsqu'il y a dans la loi une lacune que les principes ne peuvent pas combler.

152. Le principe que la caution s'oblige personnellement ne signifie point que l'engagement de la caution soit attaché à sa personne. Aux termes de l'article 2017, les engagements des cautions passent à leurs héritiers. C'est le droit commun (art. 1122); et l'on ne voit pas pourquoi les auteurs du code civil ont cru devoir le dire du cautionnement, alors qu'ils ne l'ont pas dit des autres contrats. L'histoire du droit nous donne l'explication de cette singularité. Dans l'ancien droit romain et dans le droit français du moyen âge, le cautionnement ne passait pas aux héritiers, peut-être parce qu'on le considérait comme un service d'ami, de même que le mandat. Il y a quelque chose de vrai dans cette doctrine, mais elle ne tient pas compte des droits du créancier qui n'aurait point contracté sans le cautionnement. Le code a donc bien fait de maintenir le droit commun (2). Toutefois il admet une exception pour l'un des effets que produit le cautionnement; quand la caution est soumise à la contrainte par corps, cette voie d'exé-

(1) Ponsot, *Du cautionnement*, n° 16. Comparez Troplong et Dalloz, qui abondent en ce sens, tout en n'admettant pas la maxime dans le sens absolu qu'elle présente.

(2) Duranton, t. XVIII, p. 328, n° 322. Pont, t. II, p. 61, n° 110.

cution ne peut pas être exercée contre les héritiers. « C'est une règle générale, dit le rapporteur du Tribunal, que les héritiers ne sont obligés par corps à l'exécution d'aucun des engagements contractés par ceux auxquels ils succèdent (1). » La règle et l'exception ne sont plus que de l'histoire, la contrainte par corps étant abolie en France et en Belgique.

153. « Le cautionnement ne se présume point, il doit être exprès » (art. 2015). Il va sans dire que le cautionnement ne se présume point, aucune obligation ne se présume. La loi pouvait se contenter de dire que le cautionnement doit être exprès, ce qui exclut le cautionnement tacite; il faut une manifestation de volonté donnée par paroles; c'est le sens du mot *exprès*, comme nous l'avons dit bien des fois. L'article 2015 déroge, sous ce rapport, aux principes généraux de droit. En règle générale, le consentement s'exprime par des faits aussi bien que par des paroles; c'est un vieil adage que le consentement tacite a la même force que le consentement exprès. Pourquoi la loi n'admet-elle pas un cautionnement tacite, comme elle admet un mandat tacite? Le cautionnement est un engagement très-dangereux; il y a un proverbe qui dit : Qui cautionne paye. Celui qui cautionne a confiance dans la solvabilité du débiteur; trop souvent cette confiance est trompée; la caution est obligée de payer, et le recours qu'elle a contre le débiteur insolvable est dérisoire. La loi a voulu garantir celui qui est disposé à se porter caution, contre l'entraînement d'un sentiment irréfléchi; on se laisse aller facilement à une promesse inspirée par l'affection et par la bienveillance; mais, quand il s'agit de s'obliger sérieusement, on y regarde à deux fois. D'ordinaire ces engagements se prennent par écrit, et l'on promet plus difficilement par écrit qu'oralement. La loi a encore voulu empêcher que l'on n'interprêtât comme une promesse ce qui n'est qu'une recommandation, par laquelle celui qui recommande n'entend pas se porter garant de la personne recommandée. La nuance est parfois délicate, car la loi n'exige point des ter-

(1) Chabot, Rapport, n° 8 (Loché, t. VII, p. 423).

mes sacramentels; c'est au juge à apprécier, et la règle de l'article 2015 lui servira de guide; il ne doit considérer comme caution que celui qui s'est obligé à ce titre.

La jurisprudence est en ce sens. Un notaire, en envoyant à son confrère l'estimation d'immeubles dont son correspondant avait demandé la valeur exacte, les immeubles devant être hypothéqués pour sûreté d'un emprunt, ajouta dans sa lettre : « Qu'il s'en rendrait toujours acquéreur au prix de cette estimation. » Était-ce se porter garant de la valeur à laquelle les immeubles avaient été estimés? Non, dit la cour de Nancy. Les paroles que nous venons de transcrire n'étaient autre chose qu'une de ces protestations que font les estimateurs pour attester l'exactitude de leur estimation. Interpréter des renseignements officiels, avec les paroles qui les accompagnent, comme un cautionnement, ce serait jeter la défiance et l'inquiétude dans les relations d'affaires, et jusque dans les rapports d'amitié. C'est précisément pour prévenir ces fausses interprétations que le législateur a écrit dans la loi cette règle d'interprétation que le cautionnement ne se présume pas, qu'il doit être exprès (1).

154. Chabot dit, dans son rapport au Tribunal, qu'une simple recommandation, ou une invitation de prêter de l'argent, ou de fournir des marchandises à une personne dont on certifie même la solvabilité, n'est pas un cautionnement (2). C'est une doctrine traditionnelle que l'ancienne jurisprudence avait consacrée. J'écrivis à mon correspondant : « Un tel doit mettre son fils en pension chez vous; c'est un homme de probité qui vous payera bien. » Il a été jugé que cette recommandation ne formait pas un cautionnement; autre chose est d'annoncer qu'on croit un homme solvable, autre chose est de se rendre caution pour lui (3).

La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi dans une affaire où les recommandations et les protestations ne manquaient point. Un commissionnaire fait marché avec une société charbonnière pour une livraison de 100,000 hectolitres de

(1) Nancy, 9 avril 1870 (Dalloz, 1872, 2, 193).

(2) Chabot, Rapport, n° 9 (Loché, t. VII, p. 423).

(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Caution*, § 1V, n° I (t. III, p. 470).