

d'assurance. On reste dans les termes d'un cautionnement. Il est évident, en effet, que le fidéjusseur n'assure pas le débiteur principal contre la chance de payer. Le débiteur reste toujours obligé au paiement; c'est sur lui que le poids de l'obligation continue à porter. Nous reviendrons bientôt sur ces nuances importantes.

17. Le cautionnement renferme ordinairement un mandat tacite. Lorsque la caution s'oblige sur la demande du débiteur, ou à son vu et su, il naît entre ces deux personnes un contrat de mandat en vertu duquel la caution a l'action *mandati contraria* pour se faire indemniser de ce qu'elle a payé au créancier (1).

Si c'est à l'insu du débiteur que le fidéjusseur a prêté son crédit, ce n'est plus un contrat de mandat qui est censé intervenir, c'est un quasi-contrat *negotiorum gestorum* (2).

18. Le cautionnement est cependant un contrat unilatéral (3), et la raison en est simple. Quels que soient les rapports particuliers qui existent entre le débiteur et celui qui le cautionne, comme ces rapports ne sont pas ce qui constitue le cautionnement, il ne faut pas les prendre en considération pour fixer le caractère de ce con-

(1) V. le commentaire de l'art. 2028.

Pothier, n° 430.

V. *infra*, n° 28.

(2) Pothier, n° 430.

(3) Pothier, *Oblig.*, n° 520.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 302.

*Infrà*, n 128.

trat. Le cautionnement, en effet, se passe principalement entre le créancier et celui qui s'oblige en qualité de fidéjusseur. Il n'a qu'un but, c'est de procurer au créancier une sûreté. La seule obligation qui se contracte est donc celle du fidéjusseur. Le créancier ne s'engage à rien, et, dès lors, le contrat est unilatéral (1).

Il est vrai que, du débiteur principal à la caution, il y a des obligations considérables à remplir (2). Mais ces obligations ne découlent pas directement et principalement du contrat de cautionnement. Elles se rattachent à un autre contrat qui est censé être tacitement intervenu; ce contrat tacite est un mandat (3).

19. Ces idées ressortent d'une manière palpable de la définition de l'art. 2011. Voyez, en effet, quelles sont les obligations que cet article fait découler du cautionnement; voyez où il les place et quelles personnes en sont affectées! Une seule obligation est signalée par lui, celle du fidéjusseur. Il n'en aperçoit pas d'autre; il n'en rattache pas d'autre au contrat de cautionnement. Le fidéjusseur s'oblige envers le créancier; mais le débiteur principal ne s'oblige pas envers lui par un effet inhérent au cautionnement. Il n'est rien dit de l'obligation de ce dernier dans la définition de l'art. 2011. On n'y voit qu'un seul débiteur placé en regard d'un seul créancier; et ce débiteur,

(1) *Infrà*, nos 531, 532.

(2) V. art. 2028 et suiv.

(3) *Suprà*, n° 17.

nous le répétons, ce n'est pas l'obligé principal, dont les causes d'obligation sont ailleurs. Le fidéjusseur seul joue le rôle d'obligé.

Il est vrai que le créancier est implicitement tenu de céder au fidéjusseur ses actions. Mais cette obligation découle de la loi plutôt que du contrat (art. 2029 C. c.). Il est vrai encore que le créancier est tenu de conserver ces mêmes actions au fidéjusseur (1). Mais cette obligation ne ressort pas directement du contrat; elle est la conséquence de concessions équitables faites au fidéjusseur plutôt par faveur que par suite d'un droit (2).

20. C'est pourquoi le contrat de cautionnement passé sous seing privé ne doit pas être nécessairement fait double. L'art. 1325 du C. c. ne le concerne pas (3).

Si l'on objectait que la caution qui a payé a intérêt à avoir dans ses mains le titre en vertu duquel elle a effectué ce paiement, afin d'exercer son recours contre le débiteur principal; qu'ainsi il doit lui être remis un original de l'acte sous seing privé qui contient son cautionnement; il serait facile de répondre: Ce n'est pas en vertu du cautionnement que le fidéjusseur a action contre le débiteur, c'est parce qu'il a payé le créancier. Il lui suffit donc, pour exercer son recours, de montrer la quittance de ce dernier. Cette quittance est son véritable titre; c'est d'elle que découle vir-

(1) *Infrà*, n° 526 et 527. Art. 2037 C. c.

(2) *Infrà*, mon com. de l'art. 2037.

(3) MM. Duranton, t. 18, n° 298; Ponsot, n° 18.

tuellement la preuve du mandat tacite qui légitime ce recours (1).

21. Le fait double est même inutile, quoique la caution accède à un contrat synallagmatique, pour la validité duquel cette mention est indispensable. Pierre prend ma terre en ferme. Le bail, que je lui fais par un écrit sous seing privé, doit être fait en double original. Mais le cautionnement que le père de Pierre me donnera pour les causes de ce bail est valable, quand même il serait consigné dans un écrit sous seing privé dont il n'aurait pas d'original.

22. Le cautionnement est, par son essence, un contrat accessoire (2). Il suppose nécessairement une obligation principale, qui s'étend au fidéjusseur, et à laquelle ce dernier vient accéder; obligation qui est la même dans le débiteur et le fidéjusseur. «*Una eademque res vertitur in obligatione* (3).» L'art. 2012, qui suit, s'occupe spécialement de ce caractère. Nous y renvoyons.

Nous ferons seulement remarquer ici que le fidéjusseur est cependant appelé quelquefois *obligé principal* dans le langage du droit (4); c'est quand la loi met des tiers détenteurs en présence des obligés

(1) Cass., 22 novembre 1825.

(2) Pothier, n° 367.

(3) Emerigon, des *Assurances*, t. 2, p. 631.

*Infrà*, nos 29 et 45, et mon com. de la *Prescript.*, t. 2, n° 633.

(4) Art. 2170 C. c.

Huberus, *De pignor.*, et *Hyp.*, n° 9.

Mon com. des *Hypoth.*, t. 3, n° 800.

personnels, tels que le débiteur principal et la caution. Elle englobe ceux-ci dans la dénomination d'obligés principaux (1).

23. Bien que notre article semble donner au cautionnement la couleur d'un contrat conditionnel, puisqu'il se sert de ces expressions : « *Si le débiteur n'y satisfait pas lui-même,* » il n'est pas vrai, cependant, que le cautionnement soit conditionnel en ce sens que le fidéjusseur n'a voulu s'obliger qu'à défaut et en cas d'insolvabilité du débiteur principal. L'obligation du fidéjusseur, dit très bien Pothier, *est pure et simple* (2). Le fidéjusseur, à moins de clauses particulières, est obligé sur-le-champ, d'une manière directe, actuelle, et le créancier peut le poursuivre *rectâ viâ*, sans attendre l'insolvabilité du débiteur principal (3). Qu'a donc voulu dire l'art. 2011 par les expressions que je viens de souligner? Il a voulu faire allusion au bénéfice de discussion, qui n'est qu'une pure grâce, et n'a lieu qu'autant que le fidéjusseur demande à en user. Ces mots ont été placés dans l'art. 2011 pour contenir en germe le bénéfice de discussion qui sera développé plus tard, et pour montrer, en outre, que l'obligation du fidéjusseur ne décharge pas l'obligé principal. C'est en quoi le fidéjusseur diffère de l'*expromissor* dont nous parlions au n° 10, lequel prend la place du débiteur principal, désormais dégagé de ses obligations.

(1) Mon com. des *Hyp.*, n° 800.

(2) N° 413.

(3) *Infra*, n° 231.

24. De tout ceci il résulte que le cautionnement est un contrat de bienfaisance, unilatéral, accessoire, pur et simple, quoique subordonné, dans son exécution, à l'obligation d'un débiteur principal.

25. Le cautionnement est très fréquent. « *Fidejussores*, disait Caius, *sapè solemus accipere* (1). » Son utilité le met en grande pratique dans les affaires civiles et commerciales; il facilite les transactions et élargit le crédit; il ouvre la carrière des affaires à des noms inconnus; il favorise des établissements nouveaux et des entreprises utiles qui avorteraient. Sous forme d'aval, il procure à la lettre de change une circulation plus prompte et plus sûre; il se mêle à l'assurance (2) et aux contrats à la grosse (3); il entretient des communications amicales et la solidarité d'intérêts. Tantôt il est conventionnel, tantôt il est légal ou judiciaire (art. 2040). En un mot, il se prête à toutes les situations où l'on a besoin de captiver la confiance des tiers.

26. Du reste, nul n'ignore les périls dont est environné le rôle de fidéjusseur (4). Qui cautionne paie, dit un proverbe; expression populaire d'une vérité d'expérience.

(1) 3, *com.* 417.

(2) Par la réassurance (Valin, t. 2, p. 66, 67).

(3) Emerigon, t. 2, p. 530.

(4) Il y a au Code de Justinien un titre *De periculo eorum qui pro magistratibus interveniunt*.

Et le mot *periculum* revient très souvent dans le Digeste quand il s'agit du fidéjusseur. V., par exemple, Papinien, l. 116, D., *De verb. oblig.*, l. 66, § 1, D., *ad senatusc. Trebellian.*

C'est ce qui fait dire à Cujas, d'après les docteurs : « *Non inscitè doctores nostri dixerunt, titulos de donationibus et fidejussoribus esse fatuorum hominum* (1) ; » et l'un des sept sages de la Grèce, Thalès, passe pour être l'auteur de cet axiome : *Sponde; noxa præsto est* (2). C'est pourquoi les Amphictyons avaient fait apposer sur le temple de Delphes l'inscription suivante : « *Donne-toi pour caution, et tu n'es pas loin de ta ruine* (3). » Notre ancien droit a reproduit, par l'organe de Loisel, ces conseils de la prudence (4).

De là il faut conclure que l'homme sage ne donne son cautionnement qu'après avoir réfléchi avec maturité aux obligations qu'il engendre et aux déceptions qui en sont la suite. Mais ce serait dépasser les limites du vrai que de condamner en lui-même le cautionnement ; car ce contrat est inspiré par l'humanité et la bienfaisance. Seulement, on peut dire de lui ce que Sénèque disait de la donation : « *Dabo egenti, sed ut ipse non egeam. Succurram perituro, sed ut ipse non peream* (5). »

Toutefois, il s'est rencontré des philosophes qui ont posé très sérieusement la question de savoir si le cautionnement est un contrat licite. Et de même que nous avons vu, de nos jours, des nova-

(1) Sur la rubriq. du C., *De precario*.

(2) Sidonius Apollinaris.

(3) Platon, *in Charmid.*, trad. de M. Cousin, t. 5, p. 304.

(4) *Instit. coutum.*, liv. 3, t. 7, n° 4. « Pleige, plaide ; gage, rend ; et bailler caution est occasion de double procès.

(5) 2, *De benef.*, 15.

teurs imprudents condamner l'hypothèque, au nom de je ne sais quelle morale, ouvrage de leur caprice (1) ; de même, autrefois, sous l'empire de la scolastique et de la théologie, des théologiens, trop portés à refaire la morale à leur idée, ont enseigné que le cautionnement est contre la raison, la conscience et la loi de Dieu. Voilà comment les mêmes extravagances se rencontrent dans les camps les plus divers !! Ces théologiens, entre autres Pellicanus (2), prétendaient donc que Salomon avait condamné le cautionnement par ces paroles : « *Noli esse cum his, qui defigunt manus suas, et qui vades se offerunt pro debito* ; » ou par celles-ci : « *Fili mi, si pro alio fidejusseris, trades manum inimico* (3). » De plus, ajoute Pellicanus, celui qui cautionne se confie dans ce qu'il y a de plus instable, c'est-à-dire dans la chair et le sang (*in carnem et sanguinem*), et il promet ce qui ne dépend pas de lui, ce qui est subordonné à des événements dont Dieu seul est le maître. C'est pourquoi, lorsque Judas eut répondu auprès de son père du retour de Benjamin, il expia par de grandes amertumes cette confiance téméraire dans les faits d'autrui (4).

Et puis, dès l'instant que l'expérience prouve,

(1) V. la préface de mon com. des *Hypothèques*.

(2) Sur le ch. 6 *Proverb. Salom.*

(3) *Proverb.*, 22, vers. 26, 27.

20, vers. 16.

27, vers. 13.

(4) *Genèse*, 42, v. 37.

43, v. 9.

44, v. 32, 32.

par de si nombreux exemples, les dangers des fidéjusseurs, peut-on dire qu'il soit permis en morale de s'abandonner à un si mauvais usage de son droit? N'est-ce pas un abus de la propriété? L'intérêt public doit-il souffrir un contrat si dommageable, si rempli de pièges et de perfidies?

C'est par de tels paradoxes que les théologiens auraient rendu impossible toute espèce de commerce, si la société se fût laissée conduire par leurs rêveries. C'est là un épisode de leur guerre contre d'autres contrats non moins utiles au mouvement social; guerre dont j'ai exposé les plus graves incidents dans la préface de mon commentaire du *Prêt*.

Et comment ces théologiens ne voyaient-ils pas que les livres saints sont la première condamnation de leur système? Quoi de plus pieux que l'engagement de Ruben et Judas pour tranquilliser leur père sur le retour de leur frère Benjamin (1)? et celui de Timothée pour garantir à Sosipatre et Dorothee la restitution des prisonniers juifs (2)? et celui du Samaritain pour le pauvre voyageur, dépouillé et blessé par les voleurs (3)? et celui de saint Paul qui, pour obtenir la grâce d'Onésime, esclave fugitif, cautionne auprès de Philémon, son maître, la restitution de tout ce qu'il lui a volé (4)?

Pellicanus n'a pas aperçu, du reste, que Salo-

(1) Genèse, 42, v. 37.

43, v. 9.

(2) 2, Machab., 12, 25.

(3) Saint Luc., c. 10, v. 30 à 35.

(4) Epist. ad Philem., vers. 19.

mon n'a voulu rien autre chose qu'éloigner les hommes sages d'engagements pris avec légèreté en faveur d'étrangers (1). Il n'a pas compris non plus (et c'est une remarque judicieuse de Dumoulin en le réfutant (2)) qu'il y a dans les saintes Écritures beaucoup de conseils de prudence et d'économie privée, qui ne doivent pas être transformés en règles de conscience. L'erreur des théologiens de cette époque est d'avoir confondu sans cesse ces deux ordres de direction, et d'avoir tantôt imposé à la conscience des conseils d'économie, tantôt asservi les intérêts extérieurs à des conseils de perfection intérieure.

Usons donc du cautionnement comme d'un contrat licite, humain, nécessaire au commerce des sociétés : *interest hominem beneficio affici* (3); mais sachons en user avec modération et au profit de personnes dignes d'être soutenues et secondées.

Au reste, par le temps qui court, et même depuis longtemps, l'abus des cautionnements est fort refroidi, si tant est qu'il ait jamais existé; et il n'est pas toujours facile, même pour les hommes les plus méritants, de rencontrer des amis généreux qui veulent donner leur foi pour autrui (4).

27. Par la définition que nous avons donnée du cautionnement, on a vu que ce contrat n'a rien de

(1) Dumoulin, *De usuris*, q. 32, n° 253.

*Junge Heringius*, c. 1.

(2) *Id.*

(3) Cicer., *Off.*, lib. 2. L. *Servus*, D., *De servis export.*

(4) De là l'art. 2041.

réel et qu'il ne ressemble pas aux contrats parfaits par la chose, tels que le gage, le dépôt et le prêt.

On a cependant coutume d'exiger pour certaines fonctions publiques et privées un mode de garantie qu'on appelle *cautionnement* (1), et qui consiste à déposer une certaine somme ou à assurer une certaine valeur immobilière qui répond de la fidélité du titulaire à remplir ses engagements. Le mot *cautionnement* n'est pas pris ici dans le sens que lui donne le titre dont nous nous occupons. S'il dérive de la même origine, c'est-à-dire du mot générique *cautio*, il ne se rattache pas au même ordre d'idées. Le cautionnement donné par ces fonctionnaires est, à l'égard des tiers dont on veut sauvegarder les intérêts, un véritable gage (2); lors même qu'une personne obligée le constitue pour le titulaire, c'est le rapport défini par l'article 2077 du Code civil, c'est-à-dire un gage donné pour le débiteur.

28. Le contrat de cautionnement a beaucoup d'analogie avec le mandat. Le fidéjusseur qui dit à un tiers : « Je vous engage à prêter telle somme à Pierre, mon ami; je le cautionne, » ce fidéjusseur se rapproche du rôle du mandant, et le tiers a quelque chose du rôle du mandataire.

A Rome, il y avait un contrat fort usuel, appelé

(1) Art. 2102, n° 7, C. c.

Mon com. des *Privilèges et Hypothèques*, t. 1, n° 208. Cassat., 25 novembre 1812 (Deville., 4, 1, 222), et 10 août 1814 (Deville., 4, 1, 603).

(2) Mon com. des *Privilèges et Hypothèques*, t. 1, n° 93.

*mandatum pecuniæ credendæ*, par lequel Primus donnait l'ordre à Secundus de prêter une somme d'argent à Tertius (1). Ce contrat est traité dans les livres du droit romain en même temps que la fidéjussion; témoignage certain de la fraternité que les jurisconsultes apercevaient entre un tel mandat et le cautionnement. En effet, dès l'instant que le prêt avait été réalisé par Secundus au profit de Tertius, Primus devenait le répondant de Tertius envers Secundus, et par-là le *mandator pecuniæ credendæ* convenait avec le fidéjusseur.

Toutefois, le *mandatum pecuniæ credendæ* était en réalité différent de la fidéjussion (2). Comment confondre, en effet, avec la fidéjussion, contrat nécessairement accessoire, un agissement où l'on voit le *mandator* prendre l'initiative, affecter la forme d'un ordre et se poser en moteur principal de l'opération? Le caractère du mandat n'est-il pas prédominant, et n'est-ce pas le nom de mandat qui doit être donné au contrat? C'est ce qu'avaient parfaitement aperçu les jurisconsultes romains. Et rien n'est plus certain que la différence du *mandatum pecuniæ credendæ* avec la fidéjussion.

Il est vrai que tout cautionnement renferme en soi un mandat, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus (3). Mais ce n'est pas du fidéjusseur au créancier qu'il y a mandat, et c'est cependant ce qui

(1) *Infrà*, n° 532.

(2) Mon com. du *Mandat*, n° 51, 52.

Pothier, *Oblig.*, n° 447.

(3) N° 17.

devrait être si le cautionnement se confondait avec le *mandatum pecuniæ credendæ*. Le mandat n'existe que du débiteur principal à la caution ; mandat tacite qu'on se gardera de confondre avec le mandat exprès du *mandator pecuniæ credendæ*.

29. Le cautionnement n'est pas non plus identique avec l'obligation du porte-fort. En voici la différence :

Celui qui se porte fort pour autrui ne contracte pas une obligation accessoire à une obligation principale antérieure ou concomitante, munie de tous les caractères de validité qui la rendent susceptible d'exécution. Bien loin de là. Son obligation suppose, au contraire, ou que le tiers pour lequel il se porte fort n'est pas encore engagé, ou que, s'il est engagé, son obligation a des défauts qui exigent une ratification ultérieure dont lui, porte-fort, se fait garant. Dans le cautionnement, le fidéjusseur s'oblige à satisfaire lui-même à l'engagement en cas que le débiteur principal n'y satisfasse pas (art. 2011). *Idem fide tuâ esse jubes ? Idem fide meâ esse jubeo* (1) !! Remarquez le mot *idem* qui rend si parfaitement l'esprit et le sens de l'article 2011 ; il est caractéristique. Sans cette identité d'obligation de la part du débiteur principal et de la caution, il n'y a pas de cautionnement (2). Or, c'est précisément cette identité qui n'existe pas dans les rapports du porte-fort avec le tiers dont il a promis le fait. Le porte-fort ne dit pas : Si le tiers

(1) *Suprà*, n° 7 ; *infra*, n° 45.

(2) *Infrà*, n° 45 ; *suprà*, n° 21.

pour lequel je stipule ne fait pas telle chose, je la ferai moi-même ; il dit : Si celui dont j'ai promis le fait refuse d'accomplir ce fait, je paierai des dommages et intérêts :

« *Si quis velit factum alienum promittere, pœnam, vel quanti ea res sit, potest promittere* (1). »

Il suit de là que l'engagement du porte-fort, bien différent de l'engagement de la caution, est un engagement principal, *sui generis* (2). L'art. 1120 du Code civil l'a défini, et l'art. 2011, que nous analysons, n'en est pas la répétition.

Cependant, tous les auteurs qui ont écrit sur cette matière n'ont pas fait cette distinction. Par exemple, Marsili donne souvent le nom de fidéjusseur à des personnes qui ne sont que des porte-fort, à celui qui promet qu'un tel se présentera à tel moment devant le juge (3), ou bien à celui qui promet, sous une peine, que telle offense ne sera plus faite à l'avenir à un tel (4), ou bien encore à celui qui s'oblige à procurer le consentement d'un tel à tel contrat (5), etc., etc. Ce ne sont pas là des fidéjusseurs ; ce sont des porte-fort (6). Il est dangereux de laisser s'accréditer une telle confusion.

(1) Ulp., l. 38, § 2, D., *De verb. oblig.*

(2) M. Zacchariæ, t. 3, p. 151.

V. aussi MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 155.

(3) N° 152.

(4) *Id.*

(5) N° 155.

(6) Voyez aussi comme arg. la loi 56, D., *De fidej.*, qui est d'Hermogénien.

30. C'est pourquoi rien n'empêche de se porter fort pour des faits qui ne sont pas susceptibles de tomber sous l'empire d'un cautionnement. Un engagement, par exemple, a été contracté par violence, et Titius, menacé et contraint, a souscrit une obligation de 10,000 fr. D'après l'art. 2012, que nous commenterons tout à l'heure, Sempronius ne pourrait cautionner cette obligation. Car, enfin, à quoi tend sa fidéjussion? à adhérer à la promesse de Titius, à la prendre pour lui telle qu'elle est : *idem esse jubeo*. Or, si l'obligation est nulle pour Titius par suite d'un vice intrinsèque, elle est également nulle pour sa caution, qui n'a accepté que cette obligation elle-même : *idem* (1).

Mais si le cautionnement ne peut exister pour une telle obligation non valable, rien n'empêche de se porter fort pour la faire ratifier. Sempronius, par exemple, pourra promettre, sous peine de dommages et intérêts, que Titius approuvera plus tard, en connaissance de cause, ce qu'il a souscrit dans un moment où il n'était pas libre : ce sera là une obligation principale parfaitement valable.

31. C'est pourquoi encore, si une femme dotée a vendu sa dot constant le mariage, quand même on admettrait qu'un cautionnement ne peut s'adapter à une telle aliénation (2), on est cependant forcé de reconnaître qu'une obligation de porte-fort sera valable. Car, que fait le porte-fort? il promet le fait d'autrui et rien de plus, et une telle

(1) *Infrà*, nos 59, 60, 61.

(2) *Infrà*, nos 87, 88.

obligation est tout-à-fait licite. Il ne promet pas, comme un fidéjusseur devrait le faire, de satisfaire à l'obligation de la femme si celle-ci n'y satisfait pas. D'abord, la femme n'a pas contracté d'obligation valable, et comment pourrait-on exiger d'une caution ce qu'il est défendu d'exiger du débiteur principal? De plus, est-ce qu'il serait possible au fidéjusseur de tenir la vente que la femme ne voudrait pas tenir? Quel moyen aurait-il de conserver l'acheteur dans la possession d'une chose qui n'est pas sienne et dans le bénéfice du contrat? Et, dès lors, où serait l'identité d'engagement (*idem esse jubeo*), indispensable dans le cautionnement? Au contraire, le porte-fort promet tout autre chose que ce que la femme avait promis. Celle-ci avait contracté les obligations d'une venderesse, c'est-à-dire de transférer à l'acheteur la propriété. Le porte-fort ne promet que la ratification de la femme pour un contrat nul, et des dommages et intérêts s'il ne la rapporte pas.

Ceci sert à expliquer deux arrêts de la Cour de cassation des 11 mars 1807 (1) et 3 août 1825 (2), dont les motifs ont paru susceptibles de critique (3); on concilie par-là les opinions de ceux qui pensent qu'on ne peut pas cautionner la vente d'un bien dotal inaliénable (4), et de ceux qui croient

(1) Devill., 2, 1, 357.

(2) Devill., 8, 1, 167.

(3) M. Merlin, Répert., v° *Dot*, § 8, n° 5.  
M. Zacchariæ, t. 3, p. 151, note (5).

(4) M. Merlin, *loc. cit.*



au contraire qu'une pareille vente est susceptible de cautionnement (1). Quand on parle de cautionnement en cette matière, on fait une confusion de choses et de mots; on se crée des difficultés graves, et l'on se place sur le champ de bataille le moins aisé à défendre. Mais qu'on se rattache à l'obligation du porte-fort, et tout devient clair, logique, rationnel. Je dis donc que la querelle élevée sur la question jugée par les arrêts de 1807 et 1825 est une dispute entre personnes qui ne s'entendent pas. Le mot de porte-fort, substitué à celui de caution, les rallierait toutes au même résultat (2).

32. Voici une dernière question qui rentre dans la nuance que nous voulons faire ressortir. On demande si celui qui garantit envers un acquéreur la vente d'un immeuble faite par un incapable est un porte fort ou un fidéjusseur.

La réponse est qu'il n'est qu'un porte-fort. Pour qu'il fût une caution, il faudrait qu'il pût remplir lui-même l'obligation du débiteur cautionné, ce qui est impossible. La seule promesse qu'il ait faite, c'est de rapporter la ratification du mineur, c'est-à-dire un fait d'autrui.

33. De tout ce qui précède il ne sera pas difficile de tirer les conséquences par lesquelles la fidéjussion et l'obligation du porte-fort achèvent de signaler leur diversité.

1° Quand on demande à un fidéjusseur l'accom-

(1) M. Tessier, de la *Dot*, n° 689.

M. Duranton, t. 5, n° 525.

(2) *Infrà*, n° 87.

plissement de sa promesse, il peut opposer l'exception de discussion. Quand on demande à un porte-fort de payer si mieux n'aime rapporter la ratification, point d'exception dilatoire de cette nature dans laquelle il lui soit permis de se réfugier.

2° Quand le fidéjusseur a payé; il a contre le débiteur principal l'action *mandati contraria*, sous-entendue dans l'agissement. Quand le porte-fort a payé, et qu'il se trouve hors le cas où la *negotiorum gestio* est autorisée, il n'a pas d'action en indemnité contre le tiers, qui, ne lui ayant pas donné de mandat, est maître de refuser sa ratification. Il supporte la peine de son imprudence.

3° L'obligation du porte-fort n'est pas accessoire, comme la fidéjussion, à une obligation principale sur laquelle elle soit obligée de se modeler; elle a toute la latitude d'une obligation principale.

Ainsi donc, je peux m'obliger, sous 20,000 fr. de dommages et intérêts, à procurer le fait de Sempronius qui n'est obligé qu'à beaucoup moins; je suis maître de me placer dans une situation plus onéreuse que la sienne.

34. Le cautionnement a des rapports et des diversités avec le pacte *constitutæ pecuniæ*, fort usité chez les Romains, et qui, quoique moins fréquent chez nous, n'y est pas sans utilité et sans exemple.

Ce pacte est celui par lequel on promet à un créancier de le payer (1). Cette promesse peut être faite :

(1) Pothier. V. son traité des *Oblig.*, qui contient, à la fin du tome 1, une dissertation sur ce pacte : n° 2.