

1° A son propre créancier, comme quand on passe un titre nouvel (1) ;

2° Au créancier d'un autre (2), comme, par exemple, quand celui sur qui une lettre de change est tirée déclare l'accepter (3).

C'est quand la promesse est faite au créancier d'un autre que le pacte *constitutæ pecuniæ* a beaucoup d'analogie avec le cautionnement. Comme le cautionnement, en effet, il suppose la préexistence d'une dette valable (4) qui en est le fondement, et en vue de l'extinction de laquelle on s'engage (5). Sous ce rapport, il a quelque chose de ce caractère d'accessoire (6) que le cautionnement possède essentiellement. De même que dans le cautionnement, on ne peut pas promettre de payer une plus grande somme que celle qui est due au créancier (7). La promesse de payer peut être faite par le tiers sans le consentement du débiteur et même malgré lui (8); ce qui a lieu aussi dans le cautionnement. Le pacte *constitutæ pecuniæ* n'opère pas plus de novation que la fidéjussion; il laisse sub-

(1) *Id.*, n° 5.

(2) L. 5, § 2, D., *De pecuniâ constit.*

Gordian., l. 1, C., *De constit. pecuniâ.*

(3) Casaregis, *disc.* 53, n° 6.

Marquardus, lib. 3, c. 11, n° 43.

Turri, disp. 1, q. 17, n° 11.

(4) Pothier, n° 6.

(5) Pothier, n° 40.

(6) Pothier, t. 1, n° 8.

(7) Ulp., l. 11, § 11, D., *De pecun. const.*, et l. 12, même titre.

(8) Ulp., l. 27, D., *De pecun. const.*

sister l'obligation préexistante, et ne fait que multiplier le nombre des débiteurs (1). Enfin, et ceci se rencontre encore dans le cautionnement, le paiement réel ou fictif de l'une des obligations éteint les deux (2).

Mais le pacte *constitutæ pecuniæ* diffère du cautionnement par les caractères suivants (3). Le cautionnement n'est qu'une adhésion à l'obligation même du débiteur principal : *susceptio in se alienæ obligationis*. Mais le pacte *constitutæ pecuniæ* est plus qu'une adhésion à cette obligation : c'est l'addition d'un nouveau débiteur tenu *nomine proprio*, distinctement et principalement, du paiement qu'il a promis de faire pour autrui (4). Son obligation subsiste par elle-même, *propriis viribus* (5). Ce qui fait dire à Casaregis : « PRINCIPALITER *in vim PROPRIÆ OBLIGATIONIS de constitutæ pecuniâ, remanent obligati* (6). » En effet, le tiers peut s'obliger, par ce pacte, à payer une chose qui n'est pas précisément la même que celle que doit payer le débiteur principal : *Potest constitui aliud quàm quod debetur* (7). Ainsi je peux m'engager à payer pour Titius, qui doit 1,000 fr., tant d'hectolitres de blé à sa décharge (8). Si le créan-

(1) Pothier, nos 22, 23, 29.

(2) Pothier, n° 29.

(3) Casaregis, *disc.* 151, n° 5, 6 et suiv.

*Mantica, De tacit.*, t. 2, lib. 16, t. 1, n° 4.

(4) Casaregis, *disc.* 53, n° 6.

(5) Pothier, nos 8 et 18.

(6) *Disc.* 151, n° 7.

(7) Ulp., l. 1, § 5, D., *De pecuniâ constit.*

(8) Pothier, n° 23.

cier consent à accepter cette promesse, il n'y a rien au monde de plus valable. Ce créancier aura deux débiteurs, le débiteur préexistant tenu à 1,000 fr., et moi tenu de tant d'hectolitres de blé; il aura deux modes distincts et principaux de procurer son paiement. Il pourra me demander tant d'hectolitres de blé, et je serai tenu de les lui payer comme débiteur direct, s'il n'a pas été payé des 1,000 fr. dus par l'autre débiteur préexistant.

Le tiers peut s'engager à des conditions différentes, et même à des conditions plus dures (1).

Ainsi il peut s'engager à payer dans un autre lieu plus éloigné (2). Par exemple, le pacte peut porter que le tiers, au lieu de payer au domicile du créancier, paiera à son correspondant qui demeure à une grande distance (3).

Ainsi encore il peut s'engager à payer le créancier dans un temps plus court (4).

Il y a plus : l'obligation qui naît du pacte *constitutæ pecuniæ* est si peu une adhésion pure et simple à l'obligation préexistante, qu'elle peut subsister même après l'extinction de celle-ci.

Ainsi, une vente ayant été faite d'un cheval ou d'un bœuf, si un tiers a promis de payer tant, dans le cas où l'animal serait atteint d'un vice rédhibi-

(1) Pothier, n° 19, 20.

(2) L. 5, D., *De pecun. constit.*

(3) Pothier, n° 24.

*Infra*, n° 101.

(4) L. 4, D., d. t. *Infra*, n° 103.

toire, il en est tenu quand même le vendeur serait libéré par l'expiration du temps déterminé pour l'exercice de l'action rédhibitoire (1). Inutile de dire qu'il n'y a plus de dette principale, et que l'obligation du tiers n'a plus de fondement. Ce serait argumenter à tort des principes du cautionnement. Quand le tiers s'est obligé, il y avait une dette préexistante de la part du vendeur. Cette condition était indispensable; mais elle suffisait. Il n'est pas nécessaire qu'elle subsiste aujourd'hui; car le tiers acquitte sa propre dette; il paie ce qu'il doit personnellement et principalement, pour une cause légitime, non acquittée.

Ainsi encore, un tiers s'oblige à vous payer 1,000 fr. à la place d'un certain cheval que je vous devais. Quoique le cheval vienne à mourir et que je sois libéré de mon obligation par la mort de cet animal, celle de ce tiers subsistera (2).

C'est pourquoi on ne peut pas dire que l'obligation du tiers qui s'oblige par le pacte *constitutæ pecuniæ* soit accessoire dans le même sens que l'obligation du fidéjusseur. Elle n'est accessoire que parce qu'elle suppose nécessairement une obligation préexistante dont elle a pour but de procurer le paiement. Mais elle n'est pas accessoire en tant qu'elle suit la nature et la condition de l'obligation préexistante (3). Elle peut avoir un autre objet,

(1) Pothier, n° 29.

Ulp., l. 18, § 1, D., *De constit. pecun.*

(2) Pothier, n° 28.

(3) Pothier, n° 8.

d'autres moyens d'exécution. Aussi de graves jurisconsultes, tels que Casaregis, ne veulent-ils pas qu'on classe le pacte *constitutæ pecuniæ* parmi les obligations véritablement accessoires : « *Generaliter constitutores, vel hujusmodi principaliter pro altero obligati, non sunt verè et propriè fidejussores, VEL ACCESSORIÈ OBLIGATI; quia non aliene obligationi accidunt, SED ALIENAM PROPRIAM FACIUNT (1).* »

Il suit de là que le tiers débiteur par le pacte *constitutæ pecuniæ* n'a pas (comme le fidéjusseur) le droit de se prévaloir de toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur préexistant. Il ne peut invoquer que certaines exceptions, par exemple celles qui appartenant à la dette lorsque le pacte *constitutæ pecuniæ* est intervenu. Ainsi, il pourra se prévaloir de ce qu'il n'y avait pas réellement de dette valable (2) : « *quia retrorsùm se actio refert (3).* » Mais, pour les évènements postérieurs (*post tempus obligationis*) (4), il ne peut pas se faire de plein droit un moyen de tout ce dont le débiteur préexistant pourrait se prévaloir s'il était assigné (5).

Et puisque le pacte *constitutæ pecuniæ* n'est pas une adhésion accessoire et subsidiaire à l'obligation d'autrui, mais l'introduction d'un nouveau débiteur principal qui se rend propre l'obligation d'autrui pour la payer à des conditions qui lui sont

(1) *Disc. 151, n° 4.*

(2) Pothier, n° 9.

(3) Ulp., l. 18, § 1, D., *De pecun. constit.*

(4) *Id.*

(5) Casaregis, *disc. 53, n° 10.*

propres, et *in vim propriæ obligationis*, il s'ensuit qu'il ne peut pas, comme le fidéjusseur, opposer le bénéfice de discussion (1). Haloander a tenu le contraire par une extension arbitraire de la nouvelle 4, ch. 1, et Pothier (2) n'aurait pas dû se borner à rappeler, sans prendre parti, cette opinion hasardée; il aurait dû en démontrer l'erreur. Si les débiteurs, par pacte *constitutæ pecuniæ*, avaient les mêmes privilèges que la caution, Justinien aurait-il jugé nécessaire de faire une constitution expresse pour étendre jusqu'à eux le bénéfice de division introduit par Adrien en faveur des fidéjusseurs (3)?

35. Le cautionnement a quelque rapport avec l'assurance : 1° en ce que le fidéjusseur se soumet à une chance périlleuse et incertaine (4) qui rapproche l'agissement des contrats aléatoires (5); 2° en ce que le créancier qui exige un cautionnement veut s'assurer contre le péril du non-remboursement par le débiteur (6).

Néanmoins, le cautionnement diffère de l'assurance par des côtés remarquables. Le cautionne-

(1) Casaregis, *loc. cit.*, n° 14, et *disc. 152, n° 7 et 8.*

Marquardus, *De jure mercat.*, lib. 3, c. 11, n° 49.

(2) N° 33.

(3) L. 3, C., *De const. pecun.*

Casaregis, *disc. 151, n° 12 et 13.*

(4) Pap., l. 116, D., *De verb. oblig.*

(5) Mon com. du *Jeu*, n° 23.

(6) L. 150, D., *De verb. signif.* (Caius).

L. 16, § 6, D., *De fidejuss.* (Julianus).

L. 4?, D., *De reb. credit.* (Celsus).

L. 116, *De verb. oblig.* (Papin.).

ment est un contrat unilatéral; l'assurance est un contrat synallagmatique. Le cautionnement est un contrat accessoire; l'assurance est un contrat principal. Le cautionnement est un contrat de bienveillance; l'assurance est un contrat intéressé de part et d'autre (1), qui le rapproche de la vente (2).

36. D'où dérivent ces différences? A quelle cause première peut-on les rattacher? Elles proviennent de ce que, dans le cautionnement, le créancier ne paie pas la sûreté qu'il se procure pour ce qui lui est dû, et que cette sûreté lui est donnée comme condition du crédit qu'il fait au débiteur.

Mais introduisez dans le cautionnement un élément qui est hors de son essence, c'est-à-dire un prix payable par le créancier, et vous aurez à l'instant un contrat d'assurance proprement dit (3); contrat aussi différent du cautionnement que le prêt simple diffère du prêt à intérêt.

Je dis un prix payable par le créancier, parce que ce n'est qu'à cette condition que la fidéjussion se transforme en assurance. Comme nous l'avons vu ci-dessus (4), elle resterait fidéjussion si c'était

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 302.

(2) Casaregis, *disc.* 1, n° 90.

*Disc.* 3, n° 1.

*Disc.* 70, n° 91.

(3) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 300.

(4) N° 16.

le débiteur qui salariat le risque couru par la caution.

Voyez, en effet, les conséquences de l'introduction dans le cautionnement d'un prix payé par le créancier. A l'instant, le contrat intervenu entre le créancier et celui qui l'assure se détache du contrat primitif dont on redoute la non-exécution, et l'assureur et l'assuré traitent d'une manière principale d'un objet entièrement distinct, à savoir, d'un risque à courir. A la vérité, leur accord sera lié à la condition que le contrat primitif ne sera pas tenu, et, en ce sens, ce contrat primitif ne demeurera pas tout-à-fait étranger au nouveau contrat. Mais le contrat primitif ne sera pris en considération que comme condition, et nullement comme une promesse principale dont la promesse de l'assureur n'est que l'accessoire. Entre l'assureur et l'assuré, on spécule d'une manière principale sur les chances d'exécution de l'obligation d'un tiers. On vend et l'on achète ces chances, comme on traite des chances de la fortune de mer ou des sinistres terrestres.

37. C'est ce qui se manifeste pleinement dans la convention *del credere*, dont nous avons eu occasion de parler dans notre commentaire du *Manlat* (1). Quelques jurisconsultes cités par Casaregis n'avaient aperçu dans cette convention qu'une simple fidéjussion; Casaregis les réfute avec l'autorité de la raison, de l'usage commercial et de la jurisprudence des tribunaux les plus éminents par leur

(1) N° 373, 374.

autorité : « *In hac enim questione, quamvis aliqui firmaverint mercatorem sic se obligantem, non induere nisi personam meri fidejussoris* (1), *verior tamen et menti mercatorum magis accommodata, usuque recepta est altera opinio contraria, sustinens OBLIGATIONEM PRINCIPALEM, sine remedio excussionis, fuisse, vigore hujusmodi verborum, contractam per mercatores... Et cum hac opinione transit rota romana, decis. 139, præcipuè n° 7, ac decis. 146, n° 3; et cum hac intelligentiâ ea verba à mercatoribus accipi testatur insignis Peri (in suo Negotiant., c. 31); et ità obtinui et nuperrimè Pisis etiam ab illustrissimo magistratu consulum maris decisum in causâ D. J. Bruni Bielati, contra D. D. Huigens et socios* (2). »

La convention *del credere* n'est donc qu'une assurance véritable, « *sicurtà ed assicurazione* (3); *periculi assumptio* (4). » Comment voudrait-on que celui qui assure, moyennant un prix, la solvabilité d'un tiers, fût assimilé à un fidéjusseur? Où est le sentiment d'obligeance pour le débiteur? Où est le désir de lui être utile et d'ajouter à son crédit? Où est, de plus, la possibilité de considérer comme accessoire à son obligation un contrat d'*emptio venditio periculi*, stipulé dans les formes entre l'assureur et l'assuré? Où est enfin l'identité d'obligation? Est-ce

(1) Hering., *De fidejuss.*, c. 2, n° 42.

Ansaldus, *disc.* 61, n° 5.

*Disc.* 98, n° 51.

(2) *Disc.* 68, n° 11, 12, 13.

(3) Casaregis, *disc.* 56, n° 20.

(4) *Id.*, *disc.* 39, n° 8.

que l'assureur s'oblige de la même manière, à la même chose et pour la même cause (1)?

38. Le cautionnement est, à l'instar de l'hypothèque et du gage, une sûreté donnée au créancier. Il convient avec l'hypothèque et le gage en ce qu'il est, comme eux, accessoire à une obligation principale. Aussi dit-on souvent qu'il est permis d'argumenter de la fidéjussion à l'hypothèque (2). Mais la différence profonde qui empêche de confondre le cautionnement avec ces contrats, c'est que la sûreté qu'il procure repose dans le crédit personnel du fidéjusseur, tandis que la sûreté de l'hypothèque et du gage se tire de la valeur de la chose hypothéquée ou mise en gage. Le cautionnement engendre des droits contre la personne; l'hypothèque et le gage n'en assurent que dans la chose elle-même. Le créancier du fidéjusseur n'a qu'une action personnelle pour forcer ce dernier à payer. Le créancier muni d'une hypothèque ou d'un gage a l'action réelle, et exerce son recours sur la chose, indépendamment de la personne (3). Et comme l'engagement de la caution est purement personnel, il s'ensuit que celui qui s'est obligé personnellement ne peut se cautionner lui-même. Car ce serait ajouter à un engagement personnel, investi de toute sa plénitude, un engagement personnel de même nature, procédant de la même cause,

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 303.

*Suprà*, n° 7, 29.

(2) Hering., c. 18, n° 67.

(3) Mon com. des *Hypothèques*, t. 1, n° 4.

ayant le même but; redondance vaine, double emploi ridicule!! Un débiteur principal ne peut donc être cautionné que par une autre personne. Il faut que le crédit du débiteur mis en suspicion se fortifie par le crédit d'un tiers plus solide.

Mais la garantie qui réside dans le gage et l'hypothèque peut être donnée par le débiteur même, au soutien de son obligation principale. C'est la sûreté de la chose que vient fortifier le crédit de la personne.

39. Chacune de ces espèces de sûretés a ses avantages et ses inconvénients.

Le créancier qui accepte une caution et qui est assez heureux pour trouver en elle bonne foi et solvabilité arrive rapidement et avec certitude au but qu'il a voulu atteindre. Partout où il y a du crédit personnel, il y a promptitude dans la solution des affaires.

Au contraire, le créancier qui n'a de sûreté que dans un gage ou une hypothèque est obligé de passer par les lenteurs, les formes et les frais qui accompagnent la conversion du gage en une somme liquide.

Ce n'est pas tout. Le créancier qui a une caution peut, en vertu de la règle « *Qui s'oblige oblige le sien*, » se faire payer sur tous les biens que cette caution possède (1).

Au contraire, le créancier qui s'est contenté d'un gage ou d'une hypothèque donné par un tiers

(1) *Id.*, n° 4.

pour sûreté de l'obligation principale doit limiter son action sur cette chose seule.

Mais, d'un autre côté, l'hypothèque ou le gage l'emportent, en ce que la caution, pouvant faire disparaître tous ses biens par des aliénations, est en quelque sorte maîtresse de rendre illusoire la sûreté du créancier.

Et non-seulement elle le peut par des aliénations, elle le peut encore en contractant des dettes et en donnant au créancier des concurrents dont le nombre absorbe les bornes de son actif.

Au contraire, le créancier nanti d'un gage ou assuré par son hypothèque, n'a pas à redouter de tels dangers; la chose lui répond de la personne. *Plus est cautionis in re quàm in personâ*, dit la sagesse romaine (1), et les docteurs ajoutent après elle : *Meliùs est pignori incumbere, quàm in personam agere* (2).

40. Il suit de là que celui qui s'est engagé à donner une hypothèque ne peut forcer le créancier à recevoir une caution (3).

Réciproquement, celui qui a stipulé une caution ne peut être contraint malgré lui à se contenter d'une hypothèque (4).

(1) L. 25, D., *De reg. juris*.

(2) Marsil., 297.

(3) Marsil., n° 297. Heringius, c. 15, n° 46.

(4) Marsil., *id.* Heringius, c. 18, n° 68.

*Infrà*, n° 202. V. l'art. 2041, qui fait exception pour les cautions légales et judiciaires.

41. Nous avons dit au n° 44 que le cautionnement ne doit pas être confondu avec la donation, et rien n'est plus évident, quoique le cautionnement soit un contrat de bienfaisance. C'est pourquoi il a été jugé, avec grande raison, qu'un père peut cautionner son fils sans pour cela être censé lui avoir fait un avantage indirect (1); et c'est l'opinion de M. Merlin (2), comme aussi celle de Basnage (3) et autres auteurs recommandables.

Toutefois, si le fidéjusseur renonçait après coup à exercer son recours contre le débiteur principal, ce serait une libéralité véritable qu'il exercerait envers ce dernier. Ce n'est pas qu'au regard du créancier, cette circonstance rendit le cautionnement réductible si cette libéralité excédait la portion disponible; car le cautionnement n'est pas, en ce qui le concerne, un acte de bienfaisance, une libéralité (4); et peu lui importe ce qui s'est passé entre le fidéjusseur et le débiteur principal, par suite d'arrangements qu'il ignore. La renonciation du premier est pour lui, qui n'a fait que recevoir son dû, *res inter alios acta*. Elle n'est pas un fait qui se rattache au contrat unilatéral (5) qui lie le fidéjusseur à lui; elle n'est qu'une renonciation à l'action *mandati contraria* (6), provenant

(1) Cass., ch. civ., 5 avril 1809 (Dev., 3, 1, 41).

(2) Q. de droit, v° *Transfert*, § 1.

(3) Su. Normandie, art. 369.

(4) *Suprà*, n° 13.

(5) *Suprà*, n° 18.

(6) *Suprà*, n° 17.

du paiement fait par le fidéjusseur dans l'intérêt du débiteur cautionné (1).

42. La promesse de cautionner quelqu'un, faite à un créancier, ne doit pas être égalée au cautionnement même; le créancier n'a pas sur-le-champ une action pour obliger le promettant à payer, de même qu'il en a une contre le vrai fidéjusseur. Pour être exposé à une condamnation comme fidéjusseur, il faut être fidéjusseur, et le promettant ne l'est pas encore. Le créancier n'a que le droit de le poursuivre pour réaliser sa promesse (2).

Et encore, si le créancier a été négligent à poursuivre le débiteur; si, de solvable qu'il était lors de la promesse, il l'a laissé devenir insolvable en ne profitant pas des occasions qu'il avait de se faire payer, il ne serait pas juste qu'il forçât le promettant à donner à un insolvable un cautionnement qui n'avait été promis que dans la vue de sa solvabilité. Le créancier a été négligent; ce n'est pas au promettant à réparer les conséquences de sa faute (3). Le créancier doit s'imputer de n'avoir pas exigé son dû quand les choses étaient entières.

43. Il ne faut pas considérer comme synonymes les mots *caution* et *garant*; le second a une signification générale que n'a pas le premier. *Garantir*

(1) Voyez M. Merlin, Q. de droit, v° *Transfert*;

Et v° *Avantages aux héritiers présomptifs*, § 7.

Arrêt de la Cour de cassat. du 5 avril 1809.

M. Ponsot, n° 25.

(2) Favre, Code, 8, 28, 86.

(3) *Id.*, 8, 28, 37.

signifie proprement *assurer* (1); il embrasse non-seulement l'assurance qu'on donne pour les faits et promesses d'autrui, mais encore l'assurance qu'on donne pour son propre fait. Au contraire, le mot caution ne s'entend que de l'assurance donnée pour les promesses d'autrui. On garantit ses propres faits; on est garant de ses promesses personnelles; on n'est jamais caution de soi-même; on ne peut être caution que d'autrui.

44. On appelle en droit caution juratoire une promesse faite sans fidéjussion, mais sous la foi du serment: « *promissio sine fidejussoribus, solo interposito jurejurando, facta* (2). » Les cautions juratoires étaient fréquentes dans l'ancien droit (3). Par exemple, le Guidon de la mer voulait que si l'assuré était notoirement solvable, l'assureur à qui il remettait les attestations de la perte fût condamné par provision à payer le sinistre et se contentât de la caution juratoire de l'assuré, sauf à faire plus tard la preuve contraire (4). Ces sortes de sûretés sont, avec raison, tombées en désuétude; on a senti qu'il ne fallait pas prodiguer les serments, et que d'ailleurs un serment n'ajoute rien

(1) Mon com. de la *Vente*, t. 1, n° 410.

(2) Justin., Inst., *De satisd.*, § *Sed hodiè*.  
Hering., c. 18, n° 88.

(3) L. ult., in fine, C., *De castrens.*  
L. ult., § *Quotiès*, C., *De privileg. scholar.*  
L. 2, C., *Quando et quib. quarta pars.*

(4) Ch. 3, art. 2. Valin sur l'art. 61 (liv. 3, t. 6) de l'ord. de la marine (t. 2, p. 144).

à une promesse faite sous le sceau de la foi publique et de la conscience.

45. Le fidéjusseur n'est pas un otage. Le fidéjusseur engage sa foi, mais il ne donne pas sa personne. L'otage, au contraire, est livré comme gage de l'observation des traités (1), et il en répond sur sa personne (2). Ce genre de sûretés est resté propre aux trêves internationales. Il est depuis longtemps inconnu dans notre jurisprudence civile; mais le droit des nations barbares en offre de fréquents exemples qui se rattachent aux conventions privées. Nous avons vu dans mon commentaire du *Mandat* (3) des marchands africains prêter leurs fonds moyennant la remise d'otages européens.

#### ARTICLE 2012.

Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable (4).

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.

#### SOMMAIRE.

46. Le fidéjusseur prend sur lui l'obligation principale, sans éteindre par cela seul l'obligation du débiteur principal.

(1) Gail., *De pace publicâ*, c. 2, n° 11.

Hering., c. 19, n° 151, et c. 10, n° 280.

(2) On trouve des exemples d'otages (*obsides*) dans Tite-Live, lib. 3, 4, 9, 10; Tacite, lib. 1 *Annal.*, et lib. 13, etc., etc.

(3) N° 669.

(4) Extrait de Pothier, n° 367.