

thèque judiciaire ne viendra pas frapper de plein droit sur tous ses biens? Supposez cependant que l'obligé principal n'ait pas d'immeubles? Ne voilà-t-il pas nécessairement, forcément, le fidéjusseur astreint sous l'hypothèque de ses biens, tandis que le débiteur principal ne doit pas d'hypothèque? Si un tel résultat peut être obtenu après coup, pourquoi la disparité ne pourrait-elle pas être établie au moment où les engagements se contractent (1)?

112. Vous voulez que l'exécution soit la même contre le fidéjusseur que contre le débiteur principal. Mais quand le débiteur principal ne possède pas d'immeubles et que le fidéjusseur en a, vous ne voulez donc pas qu'on puisse saisir réellement ce dernier?

113. Jusqu'à présent, je crois que les objections que je réfute ne sont pas de nature à produire une grande impression. On touche au doigt leur faiblesse ou leur exagération.

En ce qui touche les peines dont l'ancienne jurisprudence entendait que la caution pût être atteinte, sans qu'elles frappassent le débiteur principal, il faut s'entendre.

Il y a des clauses pénales qui se traduisent en une somme à payer. Si de telles clauses sont imposées à la caution sans l'être expressément ou implicitement à l'obligé principal, il faut les rayer ou les réduire. Par exemple, je prête ma voiture à Titius pour qu'il me la rende dans un an après son

(1) Hering., cap. 24, nos 112, 113.

voyage de Rome; sinon il me paiera 1,000 fr., et j'exige de Mævius sa caution, qu'il s'engage à me payer 2,000 fr. Cette clause pénale est excessive; elle doit subir une réduction.

En un mot, toute clause pénale qui fait entrer dans les mains du créancier quelque chose de plus que ce que l'obligé principal a promis, pèche par excès. Ce ne sont pas de telles clauses pénales que l'ancienne jurisprudence permettait d'imposer au fidéjusseur.

114. Mais il y a d'autres peines qui n'ont trait qu'à l'exécution. Telle est la contrainte par corps qui, dans le Code de tous les peuples civilisés, a été considérée autant comme une voie d'exécution que comme une peine. Le sacrifice de la liberté a toujours un caractère pénal (1). Or, la caution peut-elle être contraignable par corps lorsque le débiteur principal ne l'est pas? Sans aucun doute; et les art. 2040, 2060, nous permettent de reproduire sous le Code civil l'exemple donné dans l'ancienne jurisprudence par Pothier (2).

115. Toute la difficulté consiste à savoir si ce que les art. 2040 et 2060 ont accepté et reconnu pour les cautions judiciaires peut avoir lieu pour les autres cautions, et si le créancier peut stipuler que la caution sera passible de contrainte par corps lorsque rien de pareil n'a été exigé du débiteur principal.

Or, là-dessus il y a un texte formel, c'est l'art.

(1) *Infra*, n° 169.

(2) N° 377.

2060. Il ne permet à la caution de se soumettre par convention à la contrainte par corps qu'autant que le débiteur principal est lui-même contraignable par corps. La faveur de la liberté est assez grande pour qu'on conçoive facilement cette indulgence de l'art. 2060. Mais c'est là un cas particulier ; c'est une situation exceptionnelle dont les règles spéciales ne doivent pas servir d'argument pour restreindre l'art. 2013 du Code civil au delà de ce qui la concerne (1).

Remarquez, du reste, que Pothier n'a rien enseigné de contraire, et je ne sais si l'on peut dire que notre ancien droit se trouve ici en défaut. Pothier, en effet, ne disait pas que le fidéjusseur pouvait se soumettre volontairement à la contrainte par corps lorsque le débiteur principal n'y était pas assujéti ; il n'énonce qu'une chose : c'est que la caution *judiciaire* (il ne parle que de celle-là) est contraignable par corps quoique le débiteur principal ne le soit pas ; et les art. 2040 et 2060 du C. c. confirment (nous le répétons) cet exemple de la possibilité d'une caution, tenue dans l'exécution plus durement que le débiteur principal, et soumise à une peine dont celui-ci est exempt (2).

116. Quoi qu'il en soit, tout le monde est d'ac-

(1) M. Ponsot, n° 109.

(2) Je dois dire cependant que Hering. enseignait d'une manière générale que le fidéjusseur pouvait s'obliger à la contrainte par corps pour le débiteur simplement obligé (c. 24, n° 114.)

*Junge* Emerigon, t. 2, p. 531.

cord pour reconnaître que le cautionnement de l'obligation d'un mineur et autres personnes frappées d'une incapacité relative ne place pas le fidéjusseur *in duriolem causam*, bien que l'obligé principal puisse échapper par son privilège personnel à l'engagement qui retombe alors de tout son poids sur le fidéjusseur (1). L'obligation existe pour l'incapable et le fidéjusseur. Si l'incapable trouve moyen d'y échapper par des moyens civils qui lui sont propres, il ne s'ensuit pas que le fidéjusseur ait contracté des engagements sous des conditions plus onéreuses (2).

117. Venons maintenant à un autre point de vue dont s'est occupé notre article.

Il permet à la caution de s'obliger pour une partie de la dette seulement et sous des conditions moins onéreuses. C'est la doctrine d'Ulpien : *In leviolem planè causam accipi possunt* (3). La raison en est que la partie est comprise dans le tout, et que, partant, lors même que le fidéjusseur n'accepte l'obligation que partiellement, il adhère toujours à ce que doit le débiteur.

Ainsi, il pourra s'obliger à payer 1,000 quand

(1) Pothier, n° 377.

Marsili, n° 292.

Ulp., l. 13, *De minorib.*

L. 1, C., *De fidej. minorib.*

(2) *Suprà*, n° 52 et suiv.

(3) L. 8, § 7, D., *De fidejuss.*

Hering., c. 24, n° 109, 110.

le débiteur principal doit payer 3,000. *Propter quod in minorem summam rectè fidejussor accipitur* (1).

Ainsi, si Titius s'est obligé à me livrer un héritage, Sempronius peut le cautionner pour l'usufruit de cet héritage; car cet usufruit est une partie de ce qui doit m'être livré (2).

Ainsi encore, le débiteur principal étant obligé purement et simplement, le fidéjusseur pourra s'obliger avec un terme, sous une condition (3).

118. En un mot, si la position de la caution ne saurait être plus dure, elle peut être meilleure. Le cautionnement est en soi un contrat de bienfaisance, et l'on ne comprend pas que celui qui rend service à un autre, dans une affaire dont l'intérêt n'est pas pour lui, soit plus sévèrement tenu que le véritable intéressé; mais l'on comprend qu'il puisse être tenu plus légèrement et qu'il n'entre que pour partie ou à des conditions plus douces dans cet agissement dont il ne retire pas de profit.

119. Dans le doute sur le sens du cautionnement,

(1) Ulp., *loc. cit.*

Pomp., l. 9, D., *De fidej.*

*Infrà*, n° 247.

Caius, l. 70, § 2, D., *De fidej.*

Inst., *De fidej.*, § 5.

Caius, 111, *com.* 126.

(2) Caius, l. 70, § 2, D., *De fidej.*

Pothier, n° 370.

(3) Ulp., *loc. cit.*

Inst., *De fidej.*, § 5.

Caius, 111, 126.

ment, on ne le tient ni pour moins étendu, ni pour plus sévère que l'engagement principal. On en règle la portée sur cet engagement dont, en sa qualité d'accessoire, il est censé avoir voulu suivre la nature, le but, l'étendue et les moyens (1). C'est ce qui fait dire à Hering (2) : « *Tùm utiquè in omnem causam accessisse videtur, cùm hoc fidejussionis quasi sit proprium* (3). »

120. Nous venons de voir que le fidéjusseur ne peut s'obliger plus durement que le débiteur principal. Nous avons vu aussi qu'il s'oblige valablement à quelque chose de moins que ce que doit le débiteur principal.

Nous devons maintenant montrer qu'il ne peut s'obliger à autre chose; ce corollaire des art. 2011 et 2012 complète le commentaire de l'art. 2013.

Si le fidéjusseur s'obligeait à une chose autre que la chose promise par le débiteur principal, ce ne serait plus l'obligation de ce débiteur étendue au fidéjusseur (4), ce serait une autre obligation; l'essence du cautionnement manquerait.

121. Javolenus donne cet exemple qui montre la rigueur des jurisconsultes romains dans l'application de ce principe (5).

Titius a prêté 10 à Sempronius, et Mævius s'est

(1) *Suprà*, n° 400.

*Infrà*, n° 127.

(2) C. 24, n° 110.

(3) *Junge Casaregis, disc.* 62.

*Infrà*, n° 127.

(4) *Suprà*, n° 21, 29, 45, art. 2011.

(5) L. 42, D., *De fidej.*

obligé, comme fidéjusseur, à payer à Titius mille mesures de froment. Ce cautionnement n'est pas bon, dit Javolenus; *non obligatur fidejussor*; car le fidéjusseur ne peut s'obliger à payer une chose différente de celle qui est due par le débiteur principal. « *In aliam rem quàm quæ credita est fidejussor obligari non potest.* On estime les choses marchandes par de l'argent, mais on n'estime pas l'argent par des choses marchandes. « *NON, ut æstimatio rerum quæ merces numero habentur, in pecuniâ numeratâ fieri potest, ita pecunia quoque æstimanda est* (1). »

122. Cependant une telle obligation ne pourrait-elle pas valoir comme pacte *constitutæ pecuniæ* (2)? Oui, si l'intention des parties se prête à cette conversion. Non, si elles ont entendu faire un vrai cautionnement.

123. Autre exemple :

Titius s'est obligé à livrer un cheval. Peut-on stipuler que le fidéjusseur paiera ce cheval ou 10? Non, disent Ulpian, Julianus et Marcellus; il est obligé à autre chose (3).

124. Il en serait autrement si cette somme de 10 n'avait été stipulée dans l'obligation du fidéjusseur qu'à titre de dommages et intérêts, équitablement arbitrés dans l'intérêt de la caution (4), pour le

(1) *Junge* Pothier, n° 369.

(2) *Suprà*, n° 34.

(3) L. 8, § 8, D., *De fidej.*

(4) *Suprà*, n° 100.

cas où le cheval ne serait pas payé par la faute du débiteur principal (1).

125. Mais ce n'est pas à un cas de cette espèce que font allusion Ulpian, Julianus et Marcellus; ils supposent que les 10 ne sont pas dus à titre de dommages et intérêts; ils supposent que cette somme est due principalement et alternativement; de telle sorte que si le cheval n'est pas payé parce qu'il meurt de force majeure, la caution doit payer ces 10 auxquels le débiteur principal n'est pas engagé, puisqu'il n'a promis que le cheval et qu'il est délié de son obligation par la mort de cet animal (2).

126. Toutefois on verra si un tel pacte, nul comme cautionnement, ne peut pas valoir comme pacte *constitutæ pecuniæ*.

127. Lorsqu'il s'élève du doute sur le sens de la promesse du fidéjusseur, on ne suppose pas facilement qu'elle diffère de l'obligation principale. Au contraire. A moins qu'il ne soit prouvé clairement qu'elle porte sur une autre chose, on présume qu'elle a été conçue dans une pensée de conformité à l'obligation principale.

C'est ce qu'enseigne doctement Casaregis (3), en rapportant l'espèce que voici :

Bernard Seniè et compagnie avaient prêté, à intérêt maritime de 14 p. 100, 2,000 pièces au capitaine Laurent Martinengo, pour un voyage de

(1) *Suprà*, n° 50.

(3) Marsili, n° 294.

(3) *Disc.* 62 et 63.

Livourne à Cagliari et à Amsterdam, et retour; Martinengo promet de rendre cette somme avec les intérêts dans les dix jours de son heureux retour à Livourne, et il obligea spécialement à la sûreté de son obligation ses marchandises à charger. De plus, il donna les sieurs Filiberti pour caution au sieur Bernard Seniè et compagnie. Les Filiberti s'obligèrent dans la même journée par un écrit particulier, dans lequel ils déclarèrent garantir les 2,000 pièces prêtées à grosse aventure à Martinengo sur son bâtiment : *sopra sua nave*.

A son retour de Hollande, pendant qu'il faisait voile vers Livourne, le navire naufragea sur les côtes de France, par la faute des gens de l'équipage. Il n'était chargé que d'une petite quantité de fromage d'une valeur bien inférieure aux 2,000 pièces que le capitaine avait reçues de la maison Seniè.

En fait, il était constant que le capitaine Martinengo ne s'était pas servi des 2,000 pièces. Il disait qu'il les avait laissées aux sieurs Filiberti avec ordre de les lui envoyer à Amsterdam s'il en avait besoin, mais que le besoin ne s'était pas fait sentir.

Le sinistre avait tous les caractères d'une fraude. Les circonstances de la cause, le non-emploi des fonds, l'exiguité du chargement, tout en un mot établissait que Martinengo avait ourdi une machination dolosive pour faire gain des 2,000 pièces.

Il demeurait donc obligé à les restituer à la maison Seniè et compagnie : celle-ci mit en cause les cautions.

Les sieurs Filiberti, pour se dégager du recours

exercé contre eux pour la réalisation des 2,000 pièces ainsi que pour les intérêts, prétendirent que leur fidéjussion était différente de l'obligation souscrite par le capitaine; car le prêt maritime contracté par ce dernier l'avait été sur les marchandises à charger sur le bâtiment, tandis que la fidéjussion n'avait trait qu'à un prêt maritime contracté par le capitaine sur le corps du navire seulement. Ils argumentaient de ces paroles de leur fidéjussion :

« Signori Seniè, per le pezze due mila, che in » *questo giorno avete dato al capitano Lorenzo Marti-*  
» *nengo à cambio maritimo SOPRA LA SUE NAVE.* »

Casaregis examine cette prétention dans son discours 63. Il la réfute.

Le fidéjusseur est censé avoir voulu s'obliger pour la même cause, la même obligation et le même agissement que le débiteur principal, *pro eadem causa sive contractu gesto à debitore principali* (1). Il cite Ant. Hering dans son traité *De fidejussor*. (2), qui soutient savamment, à sa manière, que l'étendue de la fidéjussion doit s'interpréter *ad tenorem principalis præcedentis obligationis*.

Le cautionnement des Filiberti a été donné le jour même du contrat passé par Martinengo, et presque incontinent; n'est-il pas présumable qu'on a voulu lui donner la même portée (3)? Le voisinage des actes conduit à l'identité.

Il résulte d'ailleurs de l'acte même de fidéjussion

(1) Nos 2 et 3.

(2) C. 10, nos 55 à 62.

(3) No 6.

que les Filiberti n'ont pas ignoré toute la substance du contrat principal; ils ont su que le prêt était fait sur marchandises.

Or, on ne peut croire qu'ils aient voulu faire une fidéjussion nulle; puisqu'ils ont cautionné, c'est qu'ils ont entendu le faire sérieusement et utilement (1).

D'ailleurs ces mots, *sopra la nave*, peuvent très bien être pris comme synonymes du contenu, et non pas comme taxativement restreints au contenant.

## ARTICLE 2014.

On peut se rendre caution sans ordre de celui pour lequel on s'oblige, et même à son insu.

On peut aussi se rendre caution, non-seulement du débiteur principal, mais encore de celui qui l'a cautionné.

## SOMMAIRE.

128. Le cautionnement est un contrat unilatéral. La présence du débiteur n'y est pas nécessaire. Le fidéjusseur peut s'obliger pour lui sans son ordre.
129. En général, cependant, le cautionnement suppose un mandat tacite du débiteur principal.
130. Néanmoins, dans certaines circonstances, il a lieu sans ordre ni mandat.
131. Il ne serait même pas impossible de concevoir des exemples de cautionnement donné contre la défense du débiteur principal.

(1) Nos 9 à 10.

132. On peut cautionner une caution. Un tel fidéjusseur s'appelle *certificateur* de caution.

## COMMENTAIRE.

128. Le cautionnement est, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus (1), un contrat unilatéral. Il se passe entre le créancier et celui qui s'engage envers lui à titre de fidéjusseur. La présence du débiteur n'y est pas nécessaire. Son consentement n'y est pas requis. Le fidéjusseur n'a pas besoin de ce consentement pour s'obliger envers le créancier (2). On peut faire le bien d'une personne à son insu. On peut le faire même malgré elle (3). « *Beneficium est etiam invito prodesse* (4). » Le contrat de cautionnement est donc parfait, quoique le fidéjusseur ait agi sans ordre, à l'insu du débiteur, ou contre ses intentions. Le créancier n'a contracté qu'avec le fidéjusseur. L'obligation de ce dernier se soutient par le lien unilatéral résultant de la convention.

129. En général cependant le cautionnement n'est donné qu'en vertu d'un ordre ou mandat tacite émané du débiteur (5). Et alors le fidéjusseur a contre le débiteur principal l'action *mandati contraria* (6), et même une subrogation légale (7).

(1) N° 18.

(2) Text. *hic*.

(3) Mon com. du *Mandat*, n° 80.

(4) Sénèque, *De beneficiis*, lib. 5, c. 19.

(5) *Suprà*, nos 17 et 28.

(6) *Suprà*, n° 17.

(7) Art. 1251, 2029.