

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.

Nous en verrons l'étendue dans le commentaire des art. 2028, 2029. Mais cette action est étrangère au créancier ; elle ne découle pas principalement du contrat de fidéjussion.

130. Cependant le cautionnement est assez fréquemment donné à l'insu du débiteur, et alors naît entre ce dernier et le fidéjusseur le quasi-contrat *negotiorum gestorum* (1) ; ce recours ne concerne pas plus que le précédent le créancier.

131. Le cautionnement donné contre la défense du débiteur est plus rare. On a assez de peine à trouver des cautions quand on les cherche et qu'on les sollicite !! Si cependant une hypothèse si peu vraisemblable se rencontrait, on suivrait les principes que nous avons exposés dans notre commentaire du *Mandat*, n° 80. Nous y reviendrons en commentant l'art. 2028.

132. Non-seulement on peut cautionner le débiteur principal, mais on peut cautionner sa caution. Un tel fidéjusseur se nomme certificateur de caution, ou bien *fidejussoris collaudator* (2). Ulpien a dit avant notre article : *Pro fidejussore fidejussorem accipi, nequaquam dubium est* (3). L'engagement du fidéjusseur est une obligation qui, bien qu'accessoire, a cependant une existence distincte et peut,

(1) *Suprà*, n° 47.

Pothier, n° 430.

Casaregis, *disc.* 197, n° 20.

(2) Favre, *Code*, 8, 6, 32.

(3) L. 8, § 12, D., *De fidej.*

par conséquent, recevoir l'appui du crédit et le secours de la fidéjussion (1).

ARTICLE 2015.

Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au delà des limites dans lesquelles il a été contracté.

SOMMAIRE.

- 433. Le cautionnement ne se présume pas facilement.
- 434. Il est *strictissimi juris*. Il doit être exprès.
- 435. Ce n'est pas à dire pour cela qu'il doive être nécessairement prouvé par écrit.
- 436. Formes pratiquées à Rome pour le cautionnement.
- 437. Formes pratiquées dans notre ancien droit français.
- 438. Différence du cautionnement et de la recommandation.
- 439. Exemple donné par Casaregis.
- 440. Suite.
- 441. Suite.
- 442. Suite et principes sur les différences du cautionnement et de la recommandation.
- 443. Suite.
- 444. Opinion de M. Chabot limitée et expliquée.
- 445. Suite.
- 446. En cette matière, les exemples doivent être pris avec précaution. Il faut consulter les circonstances.
- 447. Quoique en général le cautionnement ne se présume pas, cependant il est des cas où il a lieu de plein droit. Raison de cela.
- 448. Le cautionnement ne doit pas être étendu d'un cas à un autre.

(1) *Maur.*, p. 329.