

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.

149. Il ne faut pas l'étendre d'une chose à une autre.
 150. Il ne faut pas l'étendre d'une personne à une autre.
 151. Comment ceci doit être entendu. Le cautionnement n'est pas éteint par le décès du débiteur principal, et il continue bien que les héritiers aient pris la place de ce dernier.
 152. Suite. Application de ceci à quelques exemples.
 153. La caution de l'usufruitier est-elle déchargée si ce dernier vend son droit?
 154. *Quid* si la femme usufruitière qui a été cautionnée passe en puissance de mari?
 155. Le cautionnement ne s'étend pas d'une époque à une autre époque.
 Exemples.
 156. Transition à l'art. suivant.

COMMENTAIRE.

133. Le cautionnement entraîne des conséquences si graves que la loi ne permet pas de le supposer facilement. Le fidéjusseur se charge d'une dette qui n'est pas la sienne; il s'expose, pour être utile à autrui, à la perte ou à la diminution de son patrimoine, aux rigueurs d'un créancier, à des vexations judiciaires. « *Petitum enim ab illis* (j'emprunte les élégantes paroles de Quintilien), *petitum enim ab illis pecunia quam non acceperunt, non in ullum rerum suarum usum converterunt. Etiam cum istud periculum est sponsoris, miserabile est; bonitate labitur, humanitate conturbatur.* » Beaucoup de personnes prudentes aiment mieux donner que cautionner, et elles ont raison; car il est rare que celui qui cautionne ne finisse pas par payer; et payer, en pareil cas, payer pour une personne qui a trompé votre attente, qui vous laisse en face d'après pour-

suites ou de démêlés désagréables, c'est subir plus que les charges d'une donation, sans éprouver cette satisfaction et cette tranquillité du cœur qui accompagne un bienfait.

134. La loi montre donc son expérience de la nature humaine quand elle enseigne au juge que le cautionnement ne se présume point. Il faut qu'il soit clairement exprimé, ou, comme dit notre article, qu'il soit exprès. Le cautionnement est de droit très étroit. *Fidejussio*, disent les docteurs, est *strictissimi juris* (1). Nous verrons bientôt les conséquences de cette règle importante.

135. Mais avant tout nous devons prémunir le lecteur contre une extension exagérée qui lui a été donnée quelquefois. De ce que le cautionnement doit être exprès quelques personnes en ont conclu qu'il doit toujours être renfermé dans un acte écrit. De telle sorte que lors même qu'il existerait un commencement de preuve par écrit, on ne pourrait pas le compléter par la preuve testimoniale. Ce système a été proscrit avec raison (2). Le cautionnement n'est pas assujéti chez nous à des formes particulières. Il n'est ni plus ni moins solennel que les autres contrats pour lesquels ont été édictés les principes du C. c. sur la preuve des obligations. Un cautionnement verbal, quand il est avoué, un cautionnement prouvé par té-

(1) Casaregis, *disc.* 35, n° 24.
197, n° 24.

Favre, *Code*, 8, 28, 5.

(2) Cass., 1^{er} février 1836. Devill., 36, 1, 511.
Daloz, 36, 1, 84.

moins, dans le cas où la loi en permet la preuve orale, n'est pas moins *exprès* qu'un consentement écrit. En un mot, le cautionnement est placé, quant à la preuve de son existence, sous l'empire du droit commun. Seulement, la loi ordonne au juge de n'être pas trop facile à interpréter dans le sens d'un cautionnement des paroles douteuses ou des faits d'intervention qui n'ont que le caractère d'une simple recommandation.

136. Il est vrai que, dans les idées primitives du droit romain, le cautionnement ne pouvait être donné que dans la forme solennelle de la stipulation (1). On sait la rigueur de la formule de la *sponsio* et de la *fidepromissio* (2). La *fidejussio* avait eu également la sienne (3), et la solennité de la demande et de la réponse y avait été exigée (4).

Plus tard cependant on s'était relâché de ce formalisme. Ulpie n signale ce progrès dans ce fragment (5), répété par Justinien dans ses *Institutes* (6): « *Sciendum est generaliter quòd si quis scripserit, se fidejussum, videri omnia solemniter acta.* »

Enfin, sous Justinien, nous voyons la fidéjussion dégagée de toute espèce de forme; nous la voyons admise et reconnue, soit qu'elle fût purement verbale, soit qu'elle fût écrite (7). Seulement le cau-

(1) *Suprà*, n° 2 et suiv.

(2) *Suprà*, n° 3 et 4.

(3) *Suprà*, *loc. cit.*

(4) Pothier, n° 401.

(5) L. 30, D., *De verb. oblig.*

(6) *De fidejuss.*, § 7.

(7) L. 27, C., *De fidej.*

tionnement purement verbal n'a de valeur que pour deux mois, et s'éteint au bout de ce temps. « *Duobus mensibus effluentibus ab hujusmodi nexu, fidejussores liberari* (1). » On présume que celui qui n'a pas voulu s'obliger par écrit n'a pas eu la pensée de s'engager pour un long temps (2).

137. Dans notre ancien droit comme aujourd'hui, le cautionnement pouvait se faire par acte sous seing privé ou par acte notarié, et même verbalement (3). Le Code n'a pas entendu changer cette jurisprudence et imposer au cautionnement un formalisme inutile.

Au surplus, quelque précaution que prenne la loi pour constater la volonté des parties, il se trouve toujours des personnes de mauvaise foi qui osent en contester l'existence.

« *Heu! nostra ætas non multum fidei gerit;
» Tabulæ notantur; adsunt testes duod
» Tempus locumque scribit actuarius!
» Tamen invenitur rhetor qui factum negat* (4). »

138. Revenons donc au principe de notre article dont nous avons un instant dévié. Tirons les conséquences de cette règle que le cautionnement doit être *exprès*, qu'il ne se présume pas, qu'il est *strictissimi juris*.

Si l'on voulait rappeler tout ce qui a été écrit

(1) *Id.*

(2) Godefroy sur cette loi (note p.).

(3) Pothier, n° 401.

(4) Plaute, *Aulularia*, art. 5. Supplément d'Urceus Codrus.
II.

par les anciens auteurs sur les recommandations simples, sur les différences qui les séparent du cautionnement, sur les espèces où il faut voir une recommandation plutôt qu'un cautionnement, ou un cautionnement plutôt qu'une recommandation, on ferait presque un volume. Je ne veux pas entreprendre cette tâche. Je la crois d'ailleurs fort avancée par les observations que j'ai présentées, dans mon commentaire du *Mandat* (1), sur les rapports du mandat avec les lettres de recommandation. Je renvoie aux textes, aux autorités et aux exemples qu'on y trouvera cités; remarquant, avec Deluca, qu'ordinairement cette question est plus de fait que de droit, et dépend de la valeur des termes employés (2).

139. Je veux cependant m'autoriser ici d'une espèce traitée par Casaregis (3).

Joseph et Jacques Duran, de Barcelone, et Hoiquel, d'Hambourg, avaient expédié des marchandises, consistant en cire, toiles à matelas, à F. et P. Fornès, commissionnaires de Livourne, pour en opérer la vente au comptant. Ceux-ci les vendirent à Sabath Levi avec trois mois de délai pour le paiement, n'ayant pu trouver personne avec qui ils pussent traiter au comptant. F. et P. Fornès rendirent compte de leur opération à leurs commettants, et ceux-ci approuvèrent ce qui avait été

(1) Nos 45 et suiv.

(2) *De camb.*, disc. 30, et *De cred.*, disc. 90.
Junge Casaregis, disc. 126, n° 16.

(3) *Disc.* 125 et 126.

fait. Levi, quoique jouissant sur la place de Livourne d'un bon renom, fit faillite avant l'échéance.

Les commettants, ne pouvant prendre F. et P. Fornès en défaut pour violation de mandat, puisqu'ils avaient ratifié la vente à terme, soutinrent que lesdits Fornès, ayant affirmé que Levi était bon et solvable, s'étaient par-là même rendus ses cautions: « *Ex eo quod affirmaverint bonam et idoneam rationem buncariam Levi, sese pro illâ fidejussores constituisse* (1). »

Casaregis, juge du procès, fait remarquer que les Fornès ne pouvaient être comparés à un tiers qui écrit à son correspondant de faire une chose agréable à telle personne qu'il lui recommande, de lui prêter de l'argent ou de lui vendre des marchandises. En pareil cas, celui qui écrit une telle lettre peut être regardé comme un fidéjusseur:

« *Nam adeò vehementer desiderans, quòd amicus commendatus summam recipiat, vel rem de quâ indiget, verisimiliter videtur intellexisse se pro amico fidejussorem facere, ut tali pacto faciliùs ille à suo corresponsali effectum commendationis obtinere valeat* (2). » Mais ici les Fornès étaient les mandataires des Duran; ils agissaient pour eux; ils n'entendaient pas faire une chose agréable à Levi, mais faire une chose utile à leurs commettants. Où serait donc la pensée qui préside au cautionnement et qui est de rendre service au tiers cautionné (3)?

(1) *Disc.*, 126, n° 1.

(2) N° 2 à 3.

(3) N° 4.

140. Quand un commissionnaire, poursuit Casaregis, entend cautionner les tiers avec lesquels il traite, il exprime formellement cette intention par la clause usitée *stare del credere* (1); il se fait payer une prime de 2 pour cent par son correspondant. Les Fornès ne sont pas dans ce cas; rien n'autorise donc à leur imprimer la qualité onéreuse de fidéjusseurs (2).

141. Quel était le rôle des Fornès? Dans quelle intention ont-ils parlé à Duran du crédit de la signature Levi? Ils étaient simples narrateurs. Ils racontaient à leurs correspondants ce qu'ils avaient fait dans leur intérêt; ils leur signalaient les circonstances importantes à connaître pour fixer leur opinion (3).

142. Au surplus, quand même les Fornès n'auraient pas agi comme mandataires, quand même ils auraient agi comme tiers, voici les principes :

« *Aut suadens et commendans servavit terminos simplicis suasionis et commendationis, sine aliis verbis quibus erui possit EXPRESSE VEL VIRTUALITER obligatio aliqua vel promissio; tunc commendans et suadens nullo modo remanet obligatus, quamvis commendatio vel suasio respiciat effectum alicujus negotii certi, et etiam quamvis qui suasionem recepit sine tali commendatione et suasionem res suas non fidisset commendato* (4).

» *Sed si mercator ultra terminos simplicis persuasio-*

(1) N° 5.

(2) Casaregis cite Ansaldo, *disc.* 50, n° 36.

(3) N° 9.

(4) Nos 10 et 11.

nis et commendationis scripserit verba præ se ferentia, AUT VIRTUALITER habentia vim promissionis, vel obligationis, NON SOLUM SECUNDUM PROPRIUM ET LITTERALEM eorum sensum, SED ETIAM SECUNDUM leges et CONSUETUDINES MERCATORUM, quibus standum est omnino, tunc mercator de suis tenetur uti fidejussor illius. »

143. Ainsi si un commissionnaire écrit à son mandant : « Un tel est solvable, n'agissez pas contre » lui à la rigueur, ne le faites pas poursuivre judiciairement pour ce qu'il vous doit, accordez-lui » quelque délai, » ce n'est pas un cautionnement; c'est un conseil, un avertissement qui rentre dans le rôle du commissionnaire et ne l'en fait pas sortir pour passer à celui de fidéjussor (1).

144. M. Chabot, dans son rapport au Tribunal (2), a prétendu qu'une invitation de prêter de l'argent à quelqu'un ou de fournir des marchandises à un tiers ne peut, quoiqu'on le recommande, et que l'on certifie même sa solvabilité, être considérée comme un cautionnement. Mais ce langage est trop absolu. Supposez qu'une telle recommandation émane d'un commerçant: croyez-vous qu'il faudra l'interpréter de la même manière que si elle avait été écrite par un non-négociant? Prenons conseil de Casaregis, consultons les habitudes du commerce!! Le sens qu'il attache à de pareilles lettres conduit plutôt à un cautionnement qu'il n'en éloigne (3).

(1) Autre espèce de Casaregis, *disc.* 131, n° 13.

(2) Fenet, t. 14, p. 150.

Merlin, *v° Caution*, § 3.

(3) Mon com. du *Mandat*, *loc. cit.*

145. Supposons autre chose. L'invitation en question est adressée à des correspondants par un père dont le fils veut s'établir dans la localité qu'ils habitent et y créer un établissement à son compte. Sera-ce une simple lettre de recommandation? N'y faudra-t-il pas voir plutôt un cautionnement du père, une offre de son crédit pour fonder le crédit de son fils? Je n'en fais pas le moindre doute, et c'est ce que décide Casaregis (1).

Il en est de même si c'est un négociant qui envoie son facteur opérer pour compte sur une place étrangère (2).

146. Nous répétons donc que les circonstances ont ici une influence souveraine. Les exemples ne doivent être pris qu'avec précaution, et il est dangereux de conclure d'un cas à l'autre sans avoir égard à la qualité des personnes, aux rapports respectifs, au style du commerce, aux habitudes des places, etc., etc. Sans doute le cautionnement ne se présume pas; il ne faut pas être facile à l'admettre; mais il ne faut pas non plus exiger la prononciation des mots sacramentels, et refuser de le voir dans des clauses où l'usage et la bonne foi l'aperçoivent habituellement.

147. Quoique le cautionnement ne se présume pas, cependant la loi l'admet de plein droit dans certaines circonstances. On peut consulter les art. 1216, 1449, 1451, 1452 C. c. Est-ce une dérogation au principe de notre article? Non! Cette

(1) *Disc.* 25, n° 23, 24.

(2) Casaregis, *disc.* 126, n° 22.

présomption est une faveur et non une sévérité. Dans les cas auxquels se réfèrent ces articles, il s'agit de débiteurs qui se sont obligés *principaliter*. C'est dans leur intérêt qu'on les qualifie de cautions, et qu'on leur en accorde les prérogatives et les recours (1).

148. Lorsque la qualité de caution est reconnue exister et qu'on recherche l'étendue des obligations du fidéjusseur, notre article, fidèle à son système de sage indulgence, craint encore les exagérations, et il recommande de ne pas étendre l'engagement au delà des limites dans lesquelles il a été contracté.

Pour mettre en lumière ce précepte de la loi, nous nous attacherons à une règle donnée par les docteurs et aussi compréhensive que remarquable par sa précision. « *Fidejussio est strictissimi juris et non durat, vel extenditur de re ad rem, de personâ ad personam, de tempore ad tempus* (2). »

149. Et d'abord, le cautionnement ne doit pas s'étendre d'une chose à l'autre.

Il suit de là que la caution donnée pour le bail ne s'étend pas à la tacite reconduction (3).

Si je cautionne le paiement de la somme à la-

(1) M. Ponsot, n° 113.

(2) Casaregis, *disc.* 25, n° 24.

Disc. 197, n° 24.

D'après une foule de docteurs. V. aussi Maur., p. 503.

(3) Art. 1740 C. c.

Mon com. du *Louage*, nos 447, 448.

Marsili, n° 97.