

T 1872-III-4

ppN 073376519

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

DU MANDAT

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

Le juin 1872

Par M. ÉDOUARD BONHOMME , Avocat

Né à Millau (Aveyron)



3 111 035839 2

TOULOUSE

IMPRIMERIE LOUIS et JEAN-MATTHIEU DOULADOURE

Rue Saint-Rome, 39

1872



FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

- MM. DUFOUR ✱, doyen, *professeur de Droit commercial.*
RODIÈRE ✱, *professeur de Procédure civile.*
MOLINIER ✱, *professeur de Droit criminel.*
BRESSOLLES ✱, *professeur de Code civil.*
MASSOL ✱, *professeur de Droit romain*
GINOULHIAC, *professeur de Droit français, étudié dans ses
origines féodales et coutumières.*
HUC, *professeur de Code civil.*
HUMBERT, *professeur de Droit romain, en congé.*
ROZY, *professeur de Droit administratif.*
POUBELLE, *professeur de Code civil, en congé.*
BONFILS, *agrégé, chargé de cours.*
ARNAULT, *agrégé, chargé du cours d'Économie politique.*
DELOUME, *agrégé, chargé de cours.*
CONSTANS, *agrégé.*
-

M. DARRENOUGUÉ, Officier de l'Instruction publique, Secrétaire
Agent comptable,

Président de la thèse : M. DUFOUR, doyen.

Suffragants.	{	MM. GINOULHIAC,	}	<i>Professeurs.</i>
		HUC,		
		ROZY,		
		DELOUME,		<i>Agrégé.</i>

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

Première Partie

DROIT ROMAIN

MEIS ET AMICIS.

HERMITE HART

DROIT ROMAIN

(Dir. par M. L. — Cod. A. IV. 1. 55. — 1841. P. M. 1. 1841)

HERMITE HART

CHAPITRE I.

ORIGINE DU DROIT

On peut diviser les points en deux catégories bien distinctes : ceux qui sont inscrites de part et d'autre, et ceux dans lesquels l'une des parties présente à l'autre un avantage personnel certain.

Le mandat est un de ces derniers contrats. Avant le jacobinisme l'Etat nous disait qu'il nous soumettait des

Première Partie.

DROIT ROMAIN

(Dig. L. xvii , t. 1. — Cod. L. iv, t. 35. — Inst. L. iii , t. 26).

• *Homines autem hominum causa esse
generatos , ut ipsi inter se aliis alii pro-
desse possent. »*

(*Cicér. de Offic.* , 1 , 7.)

CHAPITRE I^{er}.

ORIGINE DU MANDAT.

On peut diviser les contrats en deux catégories bien distinctes : ceux qui sont intéressés de part et d'autre , et ceux dans lesquels l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit.

Le mandat est un de ces derniers contrats. Aussi le jurisconsulte Paul nous dit-il qu'il puise son origine dans

la bienveillance et dans l'amitié manifestée envers le mandant par le mandataire: *originem ex officio atque amicitia trahit*. (T. 1, § 4, D. Mand). La dénomination *mandatum* indique elle-même le caractère tout particulier de ce contrat : dans l'origine du moins , sa formation était révélée par des démonstrations réciproques d'amitié , de confiance et de dévouement ; les contractants se donnaient la main en signe d'accord. La main était, en effet, chez les anciens, le symbole de la fidélité promise , *symbolum fidei , datæ*.

C'est une scène de ce genre que Plaute a voulu dépeindre dans les vers suivants :

*Hæc per dextram tuam , te dextera relinens manu ,
Obsecro. .* (Captiv. , act. II , sc. III , v. 82).

La notion du mandat existe dans l'esprit de tous les peuples , aussi le range-t-on parmi les contrats du droit des gens. Sa raison d'être est exprimée mieux que par de longs discours par cette simple phrase de Cicéron. « *Quibus in rebus ipsis interesse non possumus, in his operæ nostræ vicaria fides amicorum componitur* (pro Roscio , 3 8).

Il ne nous est pas, en effet , toujours possible de pourvoir par nous-mêmes à toutes nos affaires : la maladie , l'âge , un voyage indispensable peuvent nous en empêcher. (Inst. liv. IV. tit. x, pr.) De là le mandat si souvent employé pour arriver par l'intermédiaire d'autrui à un résultat qu'on n'aurait pu atteindre par ses propres moyens.

Ainsi , d'une part la confiance , de l'autre le désir de rendre service, sans songer à tirer parti du service rendu, ont fait naître le mandat. Mais il résulte de son origine même , qui indique des rapports de bienveillance et de

sympathie entre les hommes, qu'un tel contrat ne dut recevoir tout son développement que dans un état de civilisation assez avancé. Il est donc probable, comme le conjecture Vico (Philosophie de l'histoire, liv. II. ch. V, § VIII) que le contrat de mandat était complètement inconnu aux Romains des premiers siècles. Mais lorsque les ténèbres de la barbarie primitive se furent dissipées on comprit toute l'utilité de ce contrat et on l'appliqua sous des formes diverses.

CHAPITRE II.

DÉFINITION.

Les textes ne nous donnent aucune définition du contrat de mandat; mais on y trouve les éléments essentiels à sa validité qui sont : 1^o le consentement, 2^o une affaire à gérer; 3^o la gratuité.

§ 1. Du consentement.

Cette première condition commune à tous les contrats, suffit seule à distinguer le mandat du quasi-contrat de gestion d'affaires ou la volonté du maître n'intervient pas.

Le consentement peut se manifester non-seulement par des paroles qui peuvent être prononcées par l'intermédiaire d'un *nuntius*, mais encore par lettres. Nous lisons

en effet dans la loi 1, § 1 : « *per nuntium quoque vel per epistolam mandatum suscipi potest.* » Le simple geste d'adhésion, *nutus*, est même suffisant : « *Sed et nutu solo pleraque consistunt* » dit Modestin dans la loi 52, § 10, D. *de obligat. et act.* A plus forte raison en est-il de même de ce signe traditionnel et populaire, par lequel les parties joignent réciproquement leurs mains... *per mutuam manum complexionem*, et qui est, chez toutes les nations, considéré comme le gage de la fidélité promise.

Mais le consentement peut-il n'être que tacite ? D'abord, il n'est pas douteux que l'acceptation du mandataire est suffisamment manifestée par l'accomplissement du mandat. Quant à l'ordre du mandant, il peut s'induire de sa tolérance ; tel est le principe posé dans la loi 6, §. 2 : « *Si passus sum aliquem pro me fidejubere vel alias intervenire, mandati teneor.* »

Il résulte de ce texte, confirmé d'ailleurs par les lois 18 et 53, que le consentement peut fort bien être tacite pourvu que ce ne soit pas contre le gré du mandant que l'intervention dans ses affaires a eu lieu. Dans ce cas, en effet, il n'y a pas eu concours de volontés, le mandat n'a donc pu être formé. Il n'y a même pas gestion d'affaires car les raisons qui ont donné naissance à l'édit du Préteur n'existent pas ici (L. 1, *de neg. gest.* D.).

On devra donc refuser toute espèce de recours à celui qui s'est immiscé, malgré une opposition formelle, dans les affaires d'autrui. Il ne faudrait même pas songer comme certains jurisconsultes, dit Paul d'après Pomponius, dans la loi 40, à lui accorder une action utile. Cette opinion de Paul fut plus tard adoptée par Justinien dans la dernière loi du titre *de negotiis gestis* au Code.

Le consentement du mandant doit-il nécessairement précéder l'exécution de l'affaire, ou bien peut-il n'être donné qu'après ? En d'autres termes, la ratification d'une gestion d'affaires équivaut-elle à un mandat donné ?

Ulpien dans la loi 60, D. de reg. jur. répond affirmativement à cette question :

« *Si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione.* »

Scévola décide, au contraire, que malgré la ratification, c'est l'action *negotiorum gestorum* qui est en jeu : suivant lui, le maître de l'affaire ayant ratifié le gérant n'a plus à craindre qu'on lui reproche de n'avoir pas géré *utiliter* ; mais les actions *negotiorum gestorum directa* et *contraria* n'en subsistent pas moins : *nam utique mandatum non est* (L. 9, D. de neg. gest.).

La loi 6, §§ 9 et 10, au même titre, donne une solution analogue.

Ces diverses opinions paraissent au premier abord inconciliables et l'on pourrait croire que les jurisconsultes romains n'étaient pas d'accord sur ce point. Il n'y a cependant entre leurs décisions aucune antinomie.

S'il est vrai de dire avec la loi 60 que la ratification équivaut au mandat, cela n'est vrai qu'à l'égard du gérant d'affaires qui pourra employer à son choix ou l'action *mandati* ou l'action *negotiorum gestorum*, quant au *dominus* comme la ratification émane de lui, elle ne pourra avoir d'effet que contre lui et non contre le *gestor*, en conséquence celui-ci ne pourra jamais être poursuivi que par l'action *negotiorum gestorum*. (v. M. Demangeat, t. II, p. 364).

La ratification ne suffit donc pas, du moins d'une ma-

nière absolue, pour changer une gestion d'affaires en un mandat. Voyons si la seule volonté des parties pourrait changer un contrat de mandat en *mutuum*. Telle est l'espèce de la loi 34 dans laquelle Africain supposant qu'une personne a permis à son mandataire de garder a titre de *mutuum* l'argent qu'il a touché en vertu de sa procuration, décide que, nonobstant l'intention des parties contractantes, un contrat de prêt n'a pu être formé. Il n'y a pas *mutuum*, dit-il, parce que ce contrat suppose une translation de propriété faite par le prêteur à l'emprunteur; or, cet argent n'a jamais appartenu au mandant.

Ulpien, moins étroit dans son interprétation, arrive au contraire, et cela sans violer aucun principe, à décider qu'il y aura *mutuum*. Il a recours pour cela à une fiction. Il suppose une tradition *brevi manu* au moyen de laquelle les choses se passent comme si le mandataire avait remis l'argent au mandant et que celui-ci le lui eut immédiatement rendu avec l'intention de former un *mutuum*: « *videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta.* » (L. 15, de reb. cred. D.) On évite ainsi la nécessité de deux remises matérielles dont l'une détruirait immédiatement l'effet de l'autre. Aussi, malgré l'avis contraire d'Africain qui prétend qu'on ne doit pas étendre au mandataire, une fiction qui n'a été introduite que *benigne*, c'est-à-dire, *contra rationem juris*, dans le cas du changement du débiteur, l'opinion d'Ulpien plus conforme au progrès, fut-elle officiellement adoptée par la loi 6, si *cert. petet.* au Code.

§ II. — De l'objet du mandat.

L'objet du mandat qui n'est autre chose que le but vers lequel les parties ont dirigé leurs volontés, peut comprendre toute espèce de services rendus par une personne à une autre pourvu toutefois que l'affaire à accomplir soit future, honnête, bien déterminée, puisse être exécutée par le mandant et par le mandataire et n'intéresse pas uniquement ce dernier.

I. — L'affaire doit être future, *gerendum non jam gestum*. Il est bien évident, en effet, qu'il ne peut être question d'une affaire déjà faite. Cependant si le mandataire avait fait des dépenses, pensant qu'il s'agissait réellement d'un *negotium gerendum*, il aurait d'après la loi 12, §§ 14 et 15, une action *in factum* pour les répéter.

II. — Elle doit être honnête. — Comme tous les contrats, le mandat doit avoir pour objet une chose qui ne soit contraire ni aux lois ni aux bonnes mœurs : « *Rei turpis, nullum mandatum est* », nous dit Ulpien dans la loi 6, § 3. L'objet du contrat peut être honteux non-seulement en soi, mais aussi dans son motif, et cela suffit pour vicier le mandat, à moins que le mandataire n'ait eu juste raison d'ignorer ce qu'il y avait d'illicite et de deshonnête dans la convention. (L. 12, §§ 11 et 13).

III. — L'affaire doit être bien déterminée, car si l'objet

du contrat est quelque chose d'absolument incertain, le mandat est nul par lui-même.

IV. — Elle doit être telle qu'elle puisse être exécutée par le mandant et par le mandataire :

1^o Par le mandant. — Il faut, en effet, que le mandant puisse être censé pouvoir la faire par le ministère de celui qu'il en a chargé. C'est ainsi qu'il ne pourrait pas donner mandat d'acheter une chose dont il est déjà propriétaire « *nam cum rem tuam emas, nulla emptio est in tua persona rei tuæ* ». Un tel mandat serait cependant valable, nous dit Paul dans la loi 22, §§ 3 et 5, si les objets que le mandataire est chargé d'acheter avaient été confisqués ou mis en gage.

Dans la loi 54, après nous avoir dit que si un esclave donne à un tiers mandat de l'acheter, le contrat est nul, Papinien ajoute qu'il n'en serait pas de même si l'esclave s'était en outre réservé d'être affranchi. Son maître aura dans ce cas l'action *mandati* contre l'acheteur afin de l'obliger à l'affranchir, car il peut avoir un intérêt d'affection à ce que l'esclave soit affranchi : *finge filium naturalem vel fratrem esse : placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonæ fidei judiciis habendam*.

2^o Par le mandataire. — Il faut, en outre, que l'affaire ne soit pas de telle nature qu'elle ne puisse pas raisonnablement être accomplie par le mandataire. Celui-ci ne pourrait pas, par exemple, être chargé d'acheter la chose qui lui appartient. Pourrait-il cependant accepter valablement le mandat d'acheter un objet dont il est propriétaire par indivis ? Telle est la question posée dans la loi 34, § 1.

Relativement à la part du mandataire, on peut douter, dit Africain, « *utrumve ex empto an mandati agi oporteat* ». On pourrait cependant, non sans raison, ajouter-il, considérer une telle opération comme contenant, à la fois, un mandat et une vente conditionnelle de la part du mandataire. L'intérêt de la question se présenterait surtout, si le mandant étant venu à mourir avant l'acquisition, le mandataire, qui ne l'ignorait pas, avait refusé de vendre à d'autres à cause de la mission dont il s'était chargé. Aura-t-il, dans ce cas, un recours contre l'héritier du mandant ? Et réciproquement serait-il tenu envers lui, s'il avait vendu dans les mêmes circonstances ? Oui, répond Africain, si l'on admet qu'il y a vente conditionnelle : « *quemadmodum si quævis alia conditio post mortem extitisset* » ; non si l'on décide, au contraire, qu'il s'agit d'un mandat ordinaire, qui cesse de plein droit lorsque la mort du mandant est parvenue à la connaissance du mandataire.

V. — Il faut enfin que l'affaire n'intéresse pas uniquement le mandataire. Ainsi, la mission donnée à un tiers d'acheter pour lui, d'acquérir une créance ou de placer à intérêts ne constituera jamais un mandat (L. 2, § 6). Mais il ne suffit pas que l'affaire n'intéresse pas le mandataire seul ; il faut, en outre, qu'elle intéresse le mandant ; car bien que le mandat se contracte valablement au profit d'un tiers, cependant ce mandat ne se conçoit pas en dehors d'un intérêt né et actuel pour le mandant (L. 8, § 6).

§ III. — De la gratuité du mandat.

Il est encore de l'essence du mandat d'être gratuit : « *Mandatum nisi gratuitum nullum est* », dit Paul dans la loi 1, § 4; et il ajoute, que lorsqu'un prix a été stipulé pour pour le service à rendre, il n'y a plus mandat mais louage.

Cette règle n'est cependant pas aussi absolue qu'elle le paraît au premier abord; et il ne faudrait pas en conclure que l'on ne pourrait pas reconnaître le service rendu sans donner à l'acte d'obligeance le caractère d'un louage; si l'on repousse le prix on admet les honoraires : « *Si remunerandi gratia honor intervenit erit mandati actio* (L. 6. Pr.).

Reste à savoir ce qu'on entend par cet honoraire qu'on désigne encore dans les textes sous les noms de *salarium* et d'*honorarium*.

Ulpien nous l'explique dans la loi 1, Pr. *Si mentor falsum* relative au géomètre arpenteur : « *Non crediderunt veteres inter talem personam locationem et conductionem esse : sed magis operam beneficii loco præberi; et id quod datur ei ad remunerandum dari et inde honorarium appellari*.

L'honoraire est donc une récompense de telle nature qu'elle n'empêche pas l'acte accompli de rester gratuit et de conserver le caractère d'un service rapportant plus d'honneur que de profit à celui qui l'a rendu.

Voyons maintenant dans quels cas il y aura lieu d'accorder des honoraires parce que la somme payée sera considérée comme une récompense plutôt qu'un prix.

Il y aura lieu à l'honoraire et non au prix :

1° Si le fait à accomplir est tel qu'il ne puisse pas faire l'objet d'un louage, « *si tale sit factum quod locari non possit* » (L. 5, § 2).

Paul nous donne dans cette loi deux exemples de faits qui ne sont pas susceptibles de louage. Tel est l'affranchissement d'un esclave... « *puta ut servum manumittas* » ; car le louage ne pouvait évidemment pas intervenir dans un acte émanant de la puissance publique.

L'ordre que je vous donne de poursuivre mon débiteur pour le paiement de sa dette est également considéré comme ne pouvant entrer en louage, car il s'agit d'une action intentée au nom d'autrui. Mais ces deux cas ne sont certainement pas les seuls où le louage est impossible ; il faut en dire autant de tous les actes du même genre et en particulier de la fidéjussion.

2° Lorsqu'il s'agit de professions libérales. La loi 1, de *extraordinariis cognitionibus* nous donne la liste des personnes qui les exercent. Ce sont : les rhéteurs, les grammairiens, les géomètres, les avocats, les notaires, les secrétaires, les libraires, les maîtres d'école, les pédagogues, les médecins, les sages-femmes, les nourrices. Les philosophes et les professeurs de Droit y sont aussi compris ; mais ils ne peuvent réclamer aucun honoraire ; il leur est seulement permis d'accepter ce qu'on leur offre « *quædam enim tametsi honeste accipiuntur inhoneste tamen petuntur* » (§ 5).

La théorie du mandat salarié en Droit romain repose

donc sur une double distinction entre les professions libérales et les non libérales; entre les faits susceptibles de louage et ceux qui ne le sont pas. Il est facile d'expliquer la dernière : entre l'exécution d'un certain travail et l'accomplissement d'un acte juridique tel que la fidéjussion, il existe une différence qui n'a pas besoin d'être démontrée. Quant à la première, on a cru pouvoir la justifier en disant que les professions non libérales avaient pour objet des choses parfaitement appréciables en argent, en ce sens qu'elles avaient exactement leur équivalent dans le prix convenu; tandis que les professions libérales avaient pour objet des services tellement inestimables qu'on devait en regarder la rémunération pécuniaire comme impossible,

Tel n'était certainement pas le motif qui avait inspiré les jurisconsultes romains; car, outre que le prix de services, quels qu'ils soient, ne saurait, dans aucun cas, être l'exacte représentation de leur valeur, c'est précisément la raison pour laquelle Ulpien refuse même des honoraires aux professeurs de Droit civil, parce que leur science est, dit-il « *res sanctissima quæ pretio nummario non est æstimanda nec deshonestanda* » (L. 1, § 5. *De extr. cogn.*). Le jurisconsulte ne se faisait donc pas la même idée des autres professions libérales qui n'exigeaient d'ailleurs, pour la plupart, ni des connaissances très-sérieuses, ni une grande élévation de caractère. Il est donc probable que la liste des faits qui donnent lieu à un *honor* plutôt qu'à une *merces*, a été formée par les Romains sans principe bien arrêté, un peu au hasard et petit à petit.

La promesse d'honoraires, étrangère d'ailleurs au contrat lui-même, n'en altérerait en rien la gratuité à

quelque moment qu'elle intervint, soit *incontinenti*, soit *ex-intervallo*. Cependant, selon une opinion qui a rencontré quelques partisans (Doneau. — Noodt. — Fabre. — M. Troplong), la promesse d'un honoraire dénaturait le contrat de mandat, si elle intervenait *ab initio*. Cette opinion ne doit pas être admise, car elle repose sur une fausse interprétation de la loi 43, Pr. D. *præscriptis verbis*. Dans cette loi, Ulpien, supposant qu'une personne a été chargée de vendre un objet un certain prix, avec cette clause que si elle parvient à en retirer une somme plus élevée, la différence lui appartiendra, décide qu'il y aura lieu à une action *in factum* et non à l'action *mandati*.

C'est qu'il s'agit ici non pas d'un mandat comme le croient les partisans de la doctrine que nous combattons; mais d'un contrat innomé, donnant naissance à une action *præscriptis verbis* connue sous le nom d'*æstimatoria* ou de *æstimato*; c'est ce que décide Ulpien lui-même dans la loi 1, D. *De æstim* (xix, 3).

Du reste, la loi 8, au Code *mandati*, suppose le cas où, dès le principe, un salaire a été stipulé, ou des gages mêmes ont été donnés, et où, cependant, le mandat n'est point altéré. La promesse d'honoraire, en effet, quoique intervenue à l'occasion du mandat, est complètement distincte du contrat principal; elle lui est même étrangère, dit Cujas : « *Causa salarii nihil commune habet cum causa mandati*. » Aussi l'honoraire ne peut-il pas être poursuivi en justice au moyen de l'action *mandati contraria*, mais bien *per extraordinarium persecutionem* : « *De salario quod promisit apud Prætorem cognitio præbebitur* » (L. 1, mand. C.)

Observons enfin que l'honoraire doit non pas seulement

être stipulé formellement, mais déterminé d'une manière expresse, car « *salarium incertæ pollicitationis peti non potest* » (L. 17, mand. C.). Il y a exception cependant pour certains services qui, comme ceux des avocats, rentrent dans l'exercice des professions libérales (L. 1, § 10. D. De *extraord. cogn.*)

CHAPITRE III

DE LA FORME DU MANDAT ET DES MODALITÉS DONT IL EST SUSCEPTIBLE.

Dans toutes les législations encore au berceau et particulièrement dans le Droit primitif des Romains, on rencontre une foule de formules symboliques et de formalités extérieures indispensables pour la validité des actes juridiques et sans lesquelles les contrats ne paraissent pas pouvoir se former. C'est qu'en effet, à une époque où l'écriture était encore presque complètement inconnue, ces formes solennelles avaient l'avantage de graver dans la mémoire des assistants le souvenir des actes accomplis, ce qui remédiait, en quelque sorte, à l'absence d'un système de preuves régulier.

Le mandat comme tous les autres contrats dût nécessairement être assujéti d'abord à toutes ces formalités, d'où dépendait la validité des conventions; mais lorsqu'il eut été admis au nombre des contrats consensuels, se

formant *solo consensu*, il prit naissance par le seul effet de l'accord des volontés des parties contractantes et sans qu'il fut besoin de tradition, d'écrit ni de stipulation : « *Obligatio mandati consensu contrahentium consistit* » (L, 1 mand. D.)

Nous avons déjà vu que la manifestation du consentement n'était soumise à aucune formalité particulière : « *Neque scriptura neque præsentia omnimodo opus est.* » (Inst., de obl. qui ex cont.) Rien de sacramentel non plus dans les termes dont se servent les parties contractantes, peu importe les expressions qu'elles emploient, pourvu que leur volonté soit clairement exprimée : « *Item sive rogo. sive volo, sive mando, sive alio quocumque verbo scripserit, mandati actio est.* » (L. 1, pr.)

Il est difficile d'assigner une date certaine à l'innovation qui plaça le mandat au nombre des contrats consensuels ; plusieurs commentateurs nous font seulement remarquer que cette disposition ne fut introduite qu'assez tard. (Nood. — Heineccius, antiq. rom. III, 27-19).

Une autre innovation fut introduite par Justinien relativement à la formation des contrats consensuels qui sont outre le mandat, la vente, le louage et la société. Il décida que s'il avait été convenu entre les parties contractantes, qu'un écrit serait rédigé, le contrat ne serait parfait qu'au moment où l'écrit serait dressé et lorsqu'il ne manquerait plus rien à sa régularité. (L. 17, C., De fide instrument. IV, 21). Jusque-là les parties peuvent se dédire ce qu'elles n'auraient pu faire avant Justinien, car le contrat existait avant la rédaction de l'écrit, il était seulement affecté d'une condition.

Le mandat est en effet susceptible des différentes moda-

lités qui peuvent être apposées, en général, aux contrats : « *Mandatum*, dit Justinien, et *in diem differri et sub conditione fieri potest.* » (*Inst*, § 12, *De mandato*).

L'échéance du terme peut-elle être reportée *post mortem mandantis* ?

On serait tenté de répondre négativement en vertu du principe qui ne permettait pas de stipuler valablement pour autrui et par conséquent pour ses héritiers : « *inelegans esse visum est, ex heredis persona incipere obligationem* » dit Gaius, comment III, § 100. Nous trouvons cependant au *Digeste* plusieurs exemples d'une décision contraire : C'est ainsi qu'on reconnaissait comme valable un mandat par lequel une personne en chargeait une autre d'affranchir après sa mort, un esclave dont elle lui transférait la propriété (L. 27, § 1). Gaius donne une solution analogue dans la loi 13, à propos du mandat d'acheter un fond aux héritiers du mandant, et enfin Ulpien nous apprend que le mandat par lequel une personne en chargeait une autre de lui élever un tombeau était considéré comme valable (L. 17, pr.).

Il faut remarquer cependant que, bien qu'il s'agisse dans ces divers exemples de mandats qui ne doivent être exécutés qu'après la mort du mandant, il peut arriver qu'ils produisent quelque effet de son vivant, soit quant aux dépenses occasionnées par les faits qui en préparent l'exécution, soit quant aux actes du mandataire qui auraient pour effet d'en entraver la réalisation.

Celui qui voulait donner un mandat *post mortem suam* avait d'ailleurs un moyen indirect pour en assurer l'exécution. On faisait intervenir un tiers qui stipulait la même chose du même débiteur, après la mort du créancier prin-

cipal, ce qui, pour lui, revenait à stipuler *post mortem alterius*. Or, si la stipulation *post mortem suam* était inutile, il n'en était pas de même de la stipulation *post mortem alterius* qui était parfaitement valable. (*Inst.*, § 16, *De inutil. stipulat.*).

En général, ce tiers qu'on faisait intervenir et qui prenait le nom d'*adstipulator* était assimilé à un mandataire et était obligé de procurer le bénéfice de la stipulation aux héritiers du créancier principal. S'il s'y refusait, l'action *mandati directa* pouvait être exercée contre lui. (Gaius, *comment.* III, § 117).

Justinien ayant abrogé l'ancienne règle d'après laquelle *ab hereditibus vel contra heredes actiones incipere non possunt* (L. 1, C. 4-11) rendit inutile le rôle de l'*adstipulator*. Déjà par une constitution de l'an 528, il avait décidé que les stipulations *post mortem stipulatoris* ou *post mortem promissis*, inutiles d'après l'ancien Droit, seraient désormais considérées comme valables. (L. 11, C., *De contrah. et committ. stipulat.* 8-38).

CHAPITRE IV.

DES DIVERSES ESPÈCES DE MANDATS.

On distingue en Droit romain plusieurs espèces de mandats suivant qu'on les considère dans leur objet, dans leur étendue ou dans les différentes personnes qu'ils peuvent intéresser.

Envisagé sous le premier point de vue, le mandat peut avoir pour objet des affaires extrajudiciaires, civiles ou commerciales et prend le nom de mandat *ad negotia*, ou des affaires judiciaires, on l'appelle alors mandat *ad litem*. Mais nous n'avons pas à nous occuper ici de ce dernier genre de mandat, et nous bornerons notre étude à l'examen des règles générales du mandat *ad negotia* qui fait spécialement l'objet de ce travail.

Si l'on considère le mandat sous le rapport de son étendue, il peut être général ou spécial : *Procurator vel omnium rerum vel unius rei esse potest*. L'application du mandat particulier, c'est-à-dire qu'il n'a trait qu'à l'exécution d'une seule affaire, ne présente aucune difficulté; mais il n'en est pas de même du mandat général qui donne au mandataire la direction de tous les biens du mandant.

A ce sujet un grand nombre d'auteurs ont soutenu qu'on devait distinguer avec soin le *procurator omnium bonorum* constitué *simpliciter* du *procurator omnium bonorum cum libera administratione*. D'après eux les pouvoirs du second seraient plus étendus que ceux du premier; tandis que celui-ci aurait seulement le droit d'administrer sans pouvoir vendre quoique ce soit, sauf les fruits des récoltes et les objets susceptibles de dépérissement, le *procurator cum libera administratione* aurait le pouvoir d'aliéner à son gré les choses qui font partie des biens dont il a l'administration.

Ils invoquent à l'appui de leur opinion différents textes: C'est d'abord la loi 63 C. *De proc.*, dans laquelle Molestin nous dit : « *Procurator totorum bonorum, res domini neque mobiles vel immobiles, neque servos speciali domini mandato alienare potest, nisi fructus aut alias res quæ*

facile corrumpi possunt. » Tels sont, disent-ils, les pouvoirs du *procurator totorum bonorum* constitué *simpliciter*. Quant à ceux du *procurator cum libera administratione* ils, sont suffisamment indiqués dans les lois 58 et 59 D. *De proc.*, ainsi conçues : « *Procurator cui generaliter libera administratio rerum commissa est, potest exigere, aliud pro alio permutare. — Sed et ei quoque mandari videtur ut solvat creditoribus.* » Ils citent enfin dans le même sens la loi 9, § 4, D. *De acq. rer. dom.*, d'après laquelle : « *Si cui libera negotiorum administratio ab eo qui peregre proficiscitur permissa fuerit et is ex negotiis rem vendiderit et traderit, facit eam accipientis.* »

Cette opinion, bien qu'elle soit assez généralement répandue, ne nous paraît pas devoir être admise; et nous croyons avec Vinnius (*Select. quæst.*, 1, 9) qu'on nedoit reconnaître à ces deux *procuratores* qu'une seule et même étendue de pouvoirs, celle d'administrer seulement, ainsi que l'indique la loi 63, *de procuratoribus*. Nous considérerons donc comme synonymes les différentes dénominations données dans les textes au *procurator totorum bonorum*. En effet, les lois 58 et 59 ne prouvent absolument rien, puisque le droit qu'elles semblent n'accorder qu'au *procurator cum libera*, est attribué aussi par les lois 34, § 3 et 87 D. *De solut.* au *procurator* constitué *simpliciter*.

A l'égard de la loi 9, § 4, où il est dit que celui *cui permissa est libera rerum administratio*, vend valablement et transfère à l'acheteur la propriété des choses dont l'administration lui est confiée, on peut répondre que ce texte peut être interprété restrictivement et ne s'applique pas indistinctement à toutes sortes d'aliénations, mais à celle qu'exige l'administration dont est chargé le mandataire.

D'ailleurs les pouvoirs du *procurator omnium bonorum simpliciter* ne sont pas tout à fait aussi bornés qu'on pourrait le croire en lisant la loi 63. Il résulte en effet de différents textes qu'il peut : *novare*, *pascici*, *jusjurandum*, *deferre*, *rem domini pignori dare*. (L. 20 D. *De nov.* — L. 10, § 5, *De pact.* — L. 17, D. *De jurejurand.* — L. 12, *De pign.*).

Considéré au point de vue des personnes qu'il peut intéresser, le mandat d'après Gaius, dont l'opinion est reproduite aux *Institutes*, peut être contracté de cinq manières : dans le seul intérêt du mandant, dans l'intérêt réciproque du mandant et du mandataire, dans l'intérêt seulement d'un tiers, dans l'intérêt du mandant et d'un tiers, enfin dans l'intérêt du mandataire et d'un tiers. Quant au mandat donné dans le seul intérêt du mandataire il est nul.

Reprenons successivement ces différents cas :

I. — Le mandat intervient dans l'intérêt du mandant seul, par exemple, lorsqu'une personne en charge une autre de gérer ses affaires, de lui acheter un fonds ou de répondre pour elle. Cette première manière de donner un mandat, qui est du reste le plus ordinaire, ne présente aucune difficulté.

II. — Le mandat est contracté dans l'intérêt réciproque du mandant et du mandataire si je vous charge, par exemple, de prêter à intérêts une somme d'argent à mon gérant d'affaires. Nous y sommes tous deux intéressés, vous pour le bénéfice que vous devez retirer du prêt; moi pour tout ce dont en profiteront mes affaires.

Le mandat est également dans notre intérêt mutuel lorsque, sur le point d'être actionné par vous en ma qua-

lité de fidéjusseur, je vous donne mandat de poursuivre à mes risques et périls votre débiteur. Ce mandat est dans mon intérêt puisqu'il me permet de me soustraire à l'obligation de payer immédiatement; il est aussi dans le votre, car, au lieu de perdre en me poursuivant votre action contre votre débiteur, vous aurez deux sûretés au lieu d'une seule; en effet, à défaut de paiement, je serai bien libéré comme fidéjusseur, mais vous aurez contre moi l'action de mandat.

Cet exemple se comprend fort bien si l'on se reporte à une époque où la poursuite dirigée contre le fidéjusseur libère, le créancier principal, mais dans le dernier état du droit, un pareil mandat n'est plus possible, parce que Justinien a décidé que le créancier aurait le droit d'agir successivement contre le débiteur et contre la caution, et réciproquement. (L. 28, C. de fidej.). C'est donc par inadvertance que cet exemple a été conservé dans les *Institutes* où nous trouvons encore le suivant.

Votre débiteur vous donne mandat de stipuler à ses risques et périls de son propre débiteur qu'il vous délègue pour ce qu'il vous doit. Ce mandat est dans l'intérêt du mandant, car, au moyen de l'engagement du délégué qui opère novation, il est libéré de son obligation primitive, et s'il peut être poursuivi ensuite, ce ne peut-être qu'en vertu de l'action *mandati contraria*, dans le cas où le délégué n'acquitterait pas intégralement son obligation. (L. 45, § 7). De votre côté, vous tirez du mandat l'avantage d'avoir deux débiteurs au lieu d'un seul.

Ajoutons à ces exemples des *Institutes*, celui de la loi 32 Le légataire d'une succession douteuse que l'héritier hésite à accepter lui a donné, à ses risques et périls,

le mandat de faire addition. Dans ce cas le mandat est bien dans l'intérêt du mandant puisqu'il touchera le montant du legs ; il est aussi dans l'intérêt du mandataire puisqu'il peut accepter la succession en toute sécurité. Julien en indiquant cette hypothèse, recommande avec raison de ne pas la confondre avec celle où le mandat dont il s'agit est donné à un légataire ; car, dit-il, *legatum adquisitum numquam illi damno esse potuit : hereditas interdum damnosa est.*

III. — Le mandat est donné uniquement dans l'intérêt d'un tiers, lorsqu'on vous mande, par exemple, de gérer les affaires de Titius, ou de lui acheter un fonds, ou de le cautionner. Il faut remarquer qu'un pareil mandat ne sera obligatoire qu'autant qu'il aura reçu un commencement d'exécution, car jusque-là le mandant n'a pas d'intérêt et par conséquent pas d'action. « *Mandati actio tunc competit, cum cœpit interesse ejus qui mandavit ; ceterum si nihil interest, cessat mandati actio.* » (L. 8, § 6.)

IV. — Le mandat intervient dans l'intérêt du mandant et d'un tiers si une personne en charge une autre de gérer des affaires communes à elle et à Titius, ou d'acheter un fonds pour elle et pour Titius, ou de répondre pour elle et pour lui. Sur cette hypothèse, il n'est besoin de présenter aucune observation particulière.

V. — Le mandat est contracté tout à la fois dans l'intérêt du mandataire et dans l'intérêt d'un tiers quand, par exemple, l'on vous mande de prêter avec intérêt à Titius ; si on vous avait donné mandat de prêter sans intérêt, le

mandat serait contracté pour l'avantage exclusif d'un tiers. Du reste, dans un cas comme dans l'autre, tant que le mandataire reste dans l'inaction, le mandant, s'il n'a aucun intérêt, n'aura pas d'action contre lui.

VI. — Nous rencontrons enfin de nouveau l'hypothèse où le mandat a pour but l'intérêt du mandataire seul. Cela arrive, par exemple, lorsque je vous engage à placer votre argent en achat d'immeubles, plutôt que de le prêter, ou réciproquement. Ce n'est point là précisément un mandat, ce n'est qu'un simple conseil qui donné de bonne foi, (L. 47, D. De reg. jur.) ne m'engage à rien envers vous, quand même il ne vous aurait pas réussi ; chacun étant libre d'apprécier par lui-même le mérite d'un conseil. Ulpien fait remarquer cependant que si celui qui a reçu le conseil a pu croire justement que c'était d'un mandat qu'il s'agissait « *si non esses factururus nisi ego mandassem* ; » on devra lui accorder l'action du contrat. (L. 6, § 5.) Telle est l'espèce citée par ce même jurisconsulte dans la loi 16 : Un médecin tenait à Ravenne une maison de santé. Un certain Aurelius Quietus, qui allait y passer quelque temps tous les ans, demande que certains travaux y soient exécutés à ses propres frais et dans l'intérêt de sa santé. Le médecin les exécute. Ulpien, d'après Celse, donne à ce dernier l'action *mandati* pour recouvrer l'excédant de sa dépense sur la plus value apportée au fonds par les travaux.

Nous avons déjà vu que le conseil que je vous donne de placer votre argent à intérêts ne m'engageait pas envers vous. Mais en sera-t-il encore de même si je vous mande de prêter à intérêts une somme d'argent à un tiers déter-

miné ? On s'est demandé pendant longtemps s'il y avait là un mandat : on pouvait, en effet, n'y voir qu'un conseil, comme lorsque je vous engage à placer plutôt votre argent en achat d'immeubles qu'à intérêts. Telle était l'opinion des Proculiens ; mais l'avis contraire des Sabinienus avait prévalu : « *Obligatorium esse in hoc casu mandatum*, » car il est évident que sans la garantie résultant du mandat vous n'auriez pas prêté votre argent. (Inst. § 6.)

Le mandat de prêter avec ou sans intérêts à un tiers spécialement désigné présente la plus grande analogie avec la fidéjussion : « *neque enim multum refert, praesens quis interrogatus fidejubeat, an absens mandet.* » (L. 32).

Il constitue, en effet, une véritable *intercessio* et a reçu le nom de *mandatum certae credendae pecuniae*. Comme le *fidejussor*, le *mandator pecuniae credendae* s'oblige à payer, dans le cas où l'emprunteur n'aurait pas opéré le remboursement à l'époque fixée ; il n'est cependant pas un fidéjusseur dans toute l'acception du mot, car son obligation est principale. Le *mandator* ne sera donc pas libéré par les poursuites dirigées contre le débiteur, ni réciproquement. (L. 27, § 5). Au contraire, le débiteur et le fidéjusseur étant tenus de la même dette, la poursuite exercée contre l'un d'eux libérerait l'autre avant que Justinien n'eût abrogé par la loi 28, C. de fidej., l'ancienne règle d'après laquelle : *bis de eadem re agi non potest*.

C'était aussi en vertu de ce même principe que le fidéjusseur poursuivi par le créancier ne pouvait plus, *lite semel contestata*, se faire céder les actions contre le débiteur principal et contre les autres fidéjusseurs. Lors, au contraire, qu'il s'agissait d'un *mandator*, celui-ci pouvait réclamer par l'action *mandati directa*, les actions du créan-

cier, son mandataire contre l'emprunteur, et même, dit Moleslin dans la loi 41, § 1, D., de fidej., contre ses commandants tenus *in solidum*, pourvu toutefois qu'il n'eût pas payé spontanément et sans réserve, auquel cas les autres mandataires seraient libérés. (L. 76, D, de solut.)

Cette différence entre le *mandator* et le *fidejussor* disparut lorsqu'on leur eût accordé les bénéfices de discussion, de division et de cession d'actions. Cependant malgré de nombreux points de ressemblance, la situation du premier est encore loin d'être absolument identique à celle du second. C'est ainsi que le *mandator* sera plus difficilement admis que le *fidejussor* à invoquer des exceptions personnelles au débiteur principal, comme par exemple la *restitutio in integrum* pour cause de minorité : « *Facilius in mandatore dicendum erit non debere ei subvenire hic enim velut adfirmator fuit et suasor ut cum minore contraheretur.* » (L. 13, Pr. D. de minor.)

Une seconde différence entre le *mandator* et le fidéjusseur consiste en ce que celui-ci ne peut exiger la cession des actions qu'autant qu'elles sont encore en la possession du créancier. Il peut arriver, en effet, que par plus pétition au par un pacte de *non petendo* le créancier ait perdu son action contre le débiteur. Dans ce cas, tandis que le fidéjusseur ne pourra pas se dispenser de payer, le *mandator* pourra dire au créancier : Vous auriez dû garder en votre qualité de mandataire toutes vos actions afin de pouvoir me les transmettre; commencez donc par remplir envers moi vos obligations, si vous voulez que j'accomplisse les miennes ? (L. 15, § 1, D. de fidej. et L. 95, § 11, D., de solut.)

Le *mandator* se distingue encore du fidéjusseur par la

manière dont ils s'engagent ; le premier s'engage *consensu*, le second, *verbis*.

Enfin, tandis que le fidéjusseur peut s'obliger indifféremment soit avant, soit après le débiteur principal (inst. § 3 de *fidej.*) le *mandator*, au contraire, engage sa responsabilité avant que le prêt ne soit contracté. Nous rencontrons cependant dans la loi 12, § 14, un cas dans lequel le mandat intervient après le *mutuum* : Un créancier sur le point de poursuivre le remboursement d'une dette exigible reçoit le mandat d'accorder un délai à son débiteur aux risques et périls du mandant. Ulpien décide qu'un tel mandat est valable ; le mandant est bien cependant dans une position analogue à celle d'un *mandator pecuniæ credendæ*.

Appendice au Chapitre IV.

Il nous reste à dire quelques mots d'une autre espèce de mandat qui présente des caractères particuliers ; c'est la *procuratio in rem suam*, imaginée pour remédier à l'incessibilité des créances. On sait, en effet, qu'à Rome la cession des créances était impossible, car l'obligation consistant en un rapport de droit entre deux personnes, on ne pouvait en dégager une sans anéantir ce rapport lui-même. (Gaius, II, § 38). Il est vrai qu'on pouvait arriver au même résultat par un moyen indirect ; on avait recours à une novation qui, outre l'inconvénient d'exiger le concours du débiteur lequel pouvait fort bien ne pas vouloir accepter ce chargement de créancier, avait encore pour effet de dé-

truire les sûretés qui pouvaient garantir le paiement de la créance. Aussi imagina-t-on d'appliquer dans ce cas la théorie du mandat. Celui qui avait une créance et qui voulait en céder le bénéfice, donnait mandat au cessionnaire de poursuivre le débiteur. Dès lors, la condamnation avait lieu sous le nom du cessionnaire qui après avoir reçu la somme due, était dispensé de rendre compte ; il était donc véritablement *procurator in rem suam* : « *si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur.* » (L. 13, § 1, D. de pactis.)

De plus, la *procuratio in rem suam* était irrévocable. (L. 25, D. de procurat.)

Cette combinaison, malgré son utilité, pouvait cependant présenter de graves dangers pour le cessionnaire. En effet, comme aux yeux de la loi, le rapport de droit était resté le même, le cédant aurait pu, avant la *litis contestatio*, poursuivre le débiteur. Le cessionnaire n'aurait eu, dans ce cas, contre son cédant, qu'un simple recours *ex empto*. Cet inconvénient disparut lorsqu'on eût accordé au débiteur une exception de dol pour repousser les poursuites de son premier créancier, et qu'on lui eût défendu de payer entre ses mains s'il connaissait la cession. (L. 16, D. de pactis.) On finit même par accorder au cessionnaire une action utile, de son propre chef contre le débiteur cédé. (L. 5, 7 et 8, C., de hered. vel. act. vend.)

Ainsi donc on obtient au moyen de la *procuratio in rem suam* les mêmes résultats qu'aurait produits une véritable cession. Mais l'usage de cette *procuratio* fut restreint par une constitution de l'empereur Anastase, d'après laquelle il était défendu au cessionnaire d'une créance litigieuse de poursuivre le débiteur pour une somme supérieure au



prix d'achat augmenté des intérêts. (L. 22. *Per diversas*, C.) Cette loi n'était pas applicable dans certains cas, spécialement déterminés ; mais Justinien supprima toutes ces exceptions, sauf toutefois celle qui se rapportait à la cession à titre gratuit de la créance toute entière. (L. 23, *Ab Anastasio* et L. 24, C.)

CHAPITRE V.

EFFETS DU MANDAT ENTRE LES PARTIES CONTRACTANTES.

Le contrat de mandat ne produit dans le principe d'obligation que d'un seul côté ; aussi les commentateurs le rangent-ils dans la classe des contrats synallagmatiques imparfaits. Cependant, il arrive ordinairement que le mandant se trouve obligé *ex post facto*, par suite de l'exécution du mandat. Nous parlerons donc d'abord des obligations du mandataire et l'action *mandati directa* destinées à en assurer l'exécution, puis nous nous occuperons des obligations du mandant et de l'action *mandati contraria* qui peut être accordée au mandataire.

§ I. — Des obligations du mandataire et de l'action *mandati directa*.

La première obligation du mandataire consiste dans l'accomplissement du mandat qu'il a accepté : « *Sicut*

autem liberum est mandatum non suscipere ita susceptum consummari oportet, dit Paul » (L. 22, § 11) à moins, ajoute-t-il, qu'il n'ait renoncé au mandat « *nisi renuntiatum sit.* » Nous verrons en effet plus loin dans quels cas et sous quelles conditions il était permis au mandataire de renoncer au mandat.

De quelle manière le mandat doit-il être exécuté ? « *Diligenter fines mandati custodiendi sunt, nam qui excessit, aliud quid facere videtur* » répond la loi 5 Pr. Le mandataire doit donc exécuter l'ordre qu'il a reçu conformément aux instructions du mandant et se renfermer strictement dans les limites qui lui ont été assignées. S'il excède ces limites, il est censé avoir voulu faire autre chose que ce dont il a été chargé. C'est ainsi par exemple, disent les Institutes, que si quelqu'un vous a mandé de lui acheter un fonds pour 100 sous d'or ou de cautionner Titius jusqu'à concurrence d'une certaine somme, vous ne devez ni acheter plus cher, ni cautionner pour une somme supérieure, si non vous n'aurez pas l'action de mandat. Les Sabinien ont même été jusqu'à prétendre qu'il n'était pas permis au mandataire de restreindre sa demande au prix fixé par l'ordre, « *namque iniquum est*, disaient-ils, *non esse mihi cum illo actionem, si nolit; illi vero, si velit, mecum esse.* » (L. 3, § 2). Mais les Proculien estimèrent, avec moins de rigueur, que le mandataire pouvait agir valablement jusqu'à concurrence de la somme fixée. Cette dernière opinion a été adoptée par Justinien qui a eu le tort d'appliquer la même solution à ces deux hypothèses qui sont cependant bien distinctes.

En effet, dans le cas où le mandataire a acheté plus cher, il n'a fait en aucune façon l'affaire du mandant ; il

ne peut donc forcer celui-ci à se charger du fonds, même pour le prix fixé, autrement le mandant se trouverait complètement à la discrétion du mandataire qui, si l'affaire était bonne, pourrait la garder pour lui et obliger au contraire le mandant à l'accepter, si elle lui paraissait peu avantageuse.

Lors, au contraire que le mandataire a cautionné pour une somme supérieure, il a en réalité fait l'affaire de son mandant jusqu'à concurrence de la somme qui a été fixée : « *Usque ad eam summam in quam rogatus erat, fidem ejus spectasse videtur qui rogavit.* » (L. 33). On peut supposer en effet que le mandataire a voulu accomplir son mandat, et que pour le surplus, il a entendu agir pour son propre compte à ses risques et périls. L'opinion des Proculiens se trouve donc justifiée dans ce dernier cas; mais dans l'hypothèse précédente il serait préférable d'admettre la solution des Sabinien. On devra cependant avoir égard aux circonstances; s'il est évident par exemple que le mandataire n'a pas pu avoir l'idée de faire sa propre affaire, ou bien s'il peut prouver qu'il avait de bonne raison de croire que le mandant ratifierait, on pourra lui appliquer la décision la moins rigoureuse.

Justinien décide enfin que si le mandataire chargé d'acheter un objet pour un prix déterminé, l'a acheté moins cher, il aura l'action de mandat; car dit-il, celui qui mande d'acheter pour cent sous d'or, est toujours censé avoir mandé d'acheter à meilleur marché, si faire se peut. La même solution sera applicable si le mandataire a vendu plus cher.

Le mandataire peut encore avoir outre-passé ses pouvoirs de plusieurs manières :

Il a vendu moins cher que ne le portait son mandat ; il a donné par exemple , pour 90 écus d'or le fonds que le mandant avait ordonné de vendre 100. Dans ce cas la vente sera déclarée nulle et le mandant pourra revendiquer le fonds entre les mains de l'acheteur , à moins que ce dernier ou le mandataire ne préfère lui payer la différence. (L. 5, § 3).

Il a exécuté son mandat en partie. Dans ce cas il est censé n'avoir rien exécuté si, d'après les instructions du mandant, l'affaire n'était pas susceptible de division bien qu'elle fut cependant parfaitement divisible par elle même. Ainsi, lorsque je vous mande de m'acheter un immeuble exposé en vente par parties et que je n'entends m'obliger que si vous achetez tout l'immeuble, je ne serai tenu envers vous que si vous parvenez à l'acquérir en entier. Tel est l'avis de Javolenus (L. 36) qui ajoute cependant que le mandant doit avoir le soin de bien faire connaître son intention, car autrement le mandataire chargé d'une mission pareille aurait néanmoins l'action du contrat s'il ne lui avait pas été possible de l'exécuter entièrement.

Il a exécuté le mandat d'une autre manière que celle qui lui avait été fixée par le mandant. Paul décide qu'on ne devra accorder dans ce cas aucune action au mandataire bien qu'il ait atteint le but désigné (L. 46). Enfin le mandat n'est pas censé exécuté si le mandataire a fait une autre affaire que celle dont il avait été chargé, lors même qu'elle serait plus avantageuse pour son mandant. Telle est sans doute l'idée de Paul lorsqu'il nous dit dans la loi 3 qu'il existe des cas où le mandataire ne peut pas améliorer la position du mandant : « *Præterea in causa mandati etiam illud vertitur, interdum nec melior causa*

mandantis fieri possit, interdum melior, deterior vero nunquam. »

Ainsi le mandataire ne peut jamais empirer la position de son mandant. Ceci nous conduit à parler des soins qu'il doit apporter à sa gestion et à nous demander de quelle nature est sa responsabilité.

On peut dire en général que le mandataire doit apporter à l'exécution de son mandat la plus grande diligence, le soin le plus complet, qu'il est responsable en un mot de toute espèce de fautes. « *A procuratore dolum et omnem culpam non etiam improvisum casum præstandum esse juris auctoritate manifeste declaratur.* Tel est le principe général posé dans la loi 13 au Code par Dioclétien et confirmé par Constantin. (L. 21 C.).

Ulpien semble cependant dans la loi 10 Pr. n'exiger du mandataire que de la bonne foi, mais Pothier (mandat, n° 46) pense avec raison qu'Ulpien n'entendait nullement dans cette loi poser un principe général de responsabilité. En effet, ce texte n'est que la continuation de la loi 8. Or, voici l'hypothèse prévue par Ulpien. Le mandataire chargé d'acheter un fonds en a fait la tradition au mandant, que doit-il de plus? sera-t-il encore responsable de l'éviction? Non, car il a fait tout ce qu'exigeait la bonne foi : Il serait d'ailleurs étrange que le même Ulpien qui dans la loi 23, D., *de reg. juris*, texte fondamental en matière de fautes, range le mandataire dans la catégorie de ceux qui sont tenus du dol et de la faute appréciée *in abstracto*, se soit contredit dans la loi 10.

Ceci admis, on pourrait croire que les jurisconsultes romains étaient unanimes dans leur manière rigoureuse d'apprécier la responsabilité du mandataire; mais un

fragment de Molestin, récemment découvert, ne le rend responsable que de son dol : « *In mandati vero judicio, dolus non etiam culpa, deducitur.* » (M. Pellat, *ex collat. leg. mosaic.*, tit. x, ch. II, § 3).

Cette dernière décision si favorable au mandataire pouvait fort bien n'être applicable que dans certains cas particuliers. En effet, l'objet du mandat et les circonstances qui l'accompagnent peuvent varier à l'infini et on comprend que le mandataire doive répondre dans telle ou telle circonstance de fautes dont il ne sera pas responsable dans telle ou telle autre. C'est ainsi qu'on devra avoir égard à ce fait que le mandataire bien que peu habile, ne s'est chargé de l'affaire que sur les instances réitérées du mandant; on sera plus indulgent que s'il s'était offert lui-même privant ainsi le mandant du secours éclairé qu'il eut pu trouver chez un autre. On tiendra également compte de ce que le mandataire ne reçoit pas d'honoraires et n'est nullement intéressé à l'exécution du mandat; car nous sommes en présence d'une action de bonne foi et le juge doit avoir égard aux circonstances favorables ou défavorables qui devront influencer sur la condamnation. Il rendra donc le mandataire responsable ou non de ses fautes suivant les cas. Mais le principe général de la loi 13 au Code n'en subsiste pas moins et devra être appliqué dans toute sa rigueur lorsque le mandataire n'aura absolument aucune espèce d'excuse à faire valoir.

Ajoutons que le mandataire est non-seulement responsable des fautes qu'il commet en agissant imprudemment (*culpa in committendo*), mais aussi de celles qu'il commet par sa négligence (*culpa in omittendo*). Cette dernière faute dont est toujours tenu le débiteur d'une action de

bonne foi, devra d'après Ulpien (L. 23, D., *de reg. jur.*) être appréciée *in abstracto* c'est-à-dire d'après le type abstrait d'un bon père de famille. Le mandataire répond même de son fait, *de tuo etiam facto cavere debes*. (L. 9, § 10). Quand aux cas fortuits ou de force majeure, il n'en est tenu qu'autant qu'il s'en est expressément chargé (L. 39).

La seconde obligation du mandataire consiste à rendre compte : « *Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet.* » Tel est le principe général posé dans la loi 20 Pr. Le mandataire devra donc restituer :

I. — Les corps certains qu'il a reçu en vertu du mandat. « *Si tibi mandavi ut hominem emereres, tu que emisisti teneberis mihi ut restituas.* » (L. 8, § 10).

II. — Les sommes qu'il a touchées pour le compte de son mandant et les créances qu'il peut avoir contre les tiers.

III. — La valeur des choses qu'il a cessé de posséder par suite de son dol (L. 8, § 10).

IV. — Les fruits qu'il a perçus, déduction faite des dépenses que leur perception lui aura causées, les frais de voyage par exemple. Ces frais devraient cependant être supportés par le mandataire s'il recevait un salaire, dit Labeon (L. 10, § 9).

V. — Les intérêts qui peuvent être exigés dans les cas suivants.

1^o Lorsque le mandataire est en retard de restituer, à partir du jour de la mise en demeure (L. 10, § 3).

2^o S'il a prêté à intérêts l'argent du mandant, qu'il en ait ou non reçu l'ordre, car dans aucun cas le mandataire ne doit retirer un bénéfice de la chose qu'il gère. (L. 10, § 3). Il peut cependant arriver, et c'est l'espèce prévue dans le § 8 de la même loi, qu'il ne soit pas tenu de restituer les intérêts. C'est dans l'hypothèse où chargé de placer gratuitement l'argent du mandant, le mandataire en aurait retiré des intérêts. Il pourra les garder pour lui, dit Labeon, s'il avait pris pour lui les risques de l'opération; sinon ils appartiendraient au mandant, M. Troplong (mandat, n^o 417), critique cette décision adoptée par Ulpien. Le mandataire, dit-il, a violé son mandat : il est en faute, comment pourrait-il se prévaloir de sa faute, pour se créer un avantage? Cette observation ne nous paraît pas justifiée, car Ulpien n'avait pas à se préoccuper ici de la faute du mandataire; il s'agissait uniquement de l'attribution des intérêts, il ne devait donc que s'inquiéter de ce fait : qui a couru le risque? Or, là où est le risque, là aussi doit être le gain. D'ailleurs cette solution cesse de paraître injuste si l'on considère que les dommages intérêts accordés au mandant à cause de la violation du mandat, viendront compenser et au-delà le prétendu avantage attribué par Ulpien au mandataire.

3^o Si le mandataire a employé à son usage personnel l'argent du mandant au lieu de le faire valoir. Dans ce cas les intérêts devront être calculés, dit Ulpien (L. 10, § 3) d'après le taux légal du pays. Telle n'est pas l'opinion de Cujas qui pense que les mots « *quæ legitimo modo in regionibus frequentantur* » ont dû être déplacés et se rap-

portent à la première hypothèse que nous avons indiquée, c'est-à-dire au cas où le débiteur est en demeure. Cela admis, on devrait exiger du mandataire, les *maximæ usuræ* dont il est question dans la loi 38, *de negot. gest.*, comprenant dit Pothier, d'après Cujas, tous les cas où les affaires d'autrui ont été gérées avec ou sans mandat. Il nous semble cependant que cette loi, qui est spéciale à la gestion d'affaires ne doit pas être étendue au mandat, et nous préférons nous en tenir à l'opinion d'Ulpien.

4^o Lorsque le mandataire a négligé de faire produire des intérêts aux fonds qu'il avait entre les mains si son mandant avait l'habitude d'en faire un tel emploi. (L. 13, § 1, D. *de usur*).

5^o Il sera aussi tenu des intérêts s'il ne s'est pas conformé à l'ordre qu'il a reçu de payer, avec les fonds qu'il détenait, une dette productive d'intérêts. (L. 10, § 10).

6^o Le mandataire peut même être tenu des intérêts des intérêts qu'il aura fait servir à son usage (L. 10, § 3.)

Ces intérêts peuvent en effet être considérés comme un véritable capital.

Enfin le mandataire doit rendre compte, non-seulement des affaires qu'il a gérées, mais encore de celles qu'il aurait du gérer. (L. 11 C.) Il peut cependant compenser avec les sommes qu'il devait rendre, les impenses qui lui sont dues et retenir les corps certains qu'il détient « *veluti quodam jure pignoris* », à l'effet de se faire rembourser les avances qu'il a faites pour l'exécution du mandat.

Si le mandataire se refusait à rendre ses comptes, le mandant pourrait l'y contraindre au moyen de l'action *mandati directa*.

C'est une action conçue *in jus* mais de bonne foi, ce qui

permet au juge de régler le différend d'après l'équité, sans s'attacher à la rigueur des principes, mais en réprimant toujours le dol et la mauvaise foi.

Cette action est accordée au mandant qu'il soit maître ou non de l'affaire. (L. 8, § 3). C'est ainsi, par exemple, que si je vous mande de gérer les affaires de Titius, c'est à moi et non à Titius que sera donnée l'action. Dans ce cas, le montant des dommages à obtenir s'estimera d'après l'intérêt que le maître et le gérant auront à l'accomplissement du mandat.

L'action *mandati directa* est donnée contre le mandataire lui-même lorsqu'il est *sui juris*, ou contre le père ou le maître s'il s'agit d'un fils de famille ou d'un esclave, seulement l'action subit dans ce dernier cas quelques modifications que nous étudierons lorsque nous nous occuperons des effets du mandat à l'égard des tiers.

S'il y a plusieurs mandataires l'action directe peut être intentée contre chacun d'eux pour le tout. (L. 60, § 2).

Enfin l'action *mandati directa* est au nombre des actions par suite desquelles le défendeur qui succombe encourt l'infamie. On s'est demandé à ce sujet, si l'infamie résultait du dol seul ou bien de la condamnation obtenue au moyen de l'action.

Doneau assimile sur ce point le mandataire au tuteur qui n'est frappé d'infamie que si le motif de sa révocation est le dol (§. 6, de *suspect. tut. Inst.*) Mais cela peut être très-vrai pour le tuteur et ne pas l'être pour le mandataire; d'ailleurs le texte des Institutes est contraire à cette opinion car il dit expressément dans le liv. iv, tit. xvi §, 2, que l'action directe de mandat entraîne l'infamie : Observons cependant que s'il y a eu transaction, ce résultat n'a pas

lieu (L. 7, *[de his qui not. inf.]*); lors au contraire, que l'action résulte du dol, l'infamie qui est plutôt la conséquence du méfait que du jugement, n'est point évitée par une transaction.

§ II. — Des obligations du mandant et de l'action *mandati contraria*.

Toutes les obligations du mandant consistent à rendre le mandataire indemne des suites de sa gestion, c'est-à-dire : 1^o à le faire rentrer dans tous ses déboursés; 2^o à l'indemniser des pertes qu'il a éprouvées à l'occasion du mandat; 3^o à le relever des engagements qu'il a contractés; 4^o à lui payer des intérêts dans certains cas déterminés.

1^o Le mandant doit faire rentrer le mandataire dans tout ses déboursés pourvu que les dépenses aient été faites de bonne foi, sans qu'il y ait lieu d'examiner si le mandant eût pu gérer lui même l'affaire à moindres frais. « *Impendia mandati exsequendi gratia facta, si bona fide facta sunt, restitui omnimodo debent: nec ad rem pertinet quod is qui mandasset potuisset, si ipse negotium gereret minus impendere.* (L. 27, §. 4).

Et Papinien fait remarquer avec raison que les impenses faites de bonne foi devront être restituées au mandataire, quand même il n'aurait pu accomplir le mandat jusqu'au but ou mener à bonne fin sa gestion. « *Sumplus bona fide necessariò factos, etsi negotio finem adhibere procurator*

non potuit, judicio mandati restitui necesse est. » (L. 56, § 4.)

Il n'en serait pas de même s'il s'agissait de dépenses faites pour le pur agrément du mandant sans un mandat spécial de ce dernier ; mais le mandataire aurait le droit de reprendre tout ce qui pourrait être enlevé sans causer de dégradations. (L. 10, § 10).

Le mandant ne serait pas non plus tenu de restituer les dépenses que le mandataire aurait été amené à faire par sa faute, s'il avait payé, par exemple, en vertu d'une condamnation intervenue contre lui dans un procès relatif à l'exécution du mandat, alors qu'il aurait pu opposer une exception qui l'en aurait dispensé. (L. 29, pr.)

Mais que décider dans l'hypothèse où un créancier a fait au mandataire remise de la dette qu'il devait payer ? Le mandant sera-t-il obligé de rendre à ce dernier la valeur de la dette ?

Oui, en général ; car le créancier a entendu faire une libéralité au mandataire et non au mandant. Mais la solution pourrait être différente si le mandataire était en même temps garant de la dette. On devra distinguer dans ce cas, si la remise a été faite à titre de rémunération ou bien à titre gratuit.

Si le créancier a remis la dette à titre de rémunération, il est naturel de penser qu'il y a eu un service rendu par le mandataire, et en admet la possibilité du recours comme si la remise avait été faite à titre onéreux.

Si au contraire, la remise de la dette a été faite au fidéjusseur à titre purement gratuit, il sera libéré de son obligation de garantir, mais il n'aura aucun recours contre son mandant. (L. 12, pr.)

Dans le cas où un fidéjusseur a délégué au créancier un débiteur insolvable, Paul décide que par cela seul que le créancier accepte la délégation, il considère le débiteur comme solvable, et qu'alors le fidéjusseur aura son recours contre le débiteur principal. (L. 26, § 2).

Il faut remarquer, que si au lieu de faire l'avance de sommes d'argent pour le compte de son mandant, le mandataire a fourni pour lui des corps certains, on devra envisager leur valeur au moment de la prestation et non au moment de l'introduction de l'action (L. 37).

2° Le mandant doit, en second lieu, indemniser le mandataire des pertes qu'il a éprouvées à l'occasion de sa gestion.

Mais dans quelles limites le mandant sera-t-il responsable, si par exemple, l'esclave qu'il a mandé d'acheter a commis un vol au préjudice du mandataire ? Telle est la question posée par Paul dans la loi 26, § 7. Nératius décide, dit-il, que le mandant pourra dégager sa responsabilité en faisant l'abandon noxal de l'esclave, mais qu'il serait tenu de réparer tout le dommage causé par l'esclave s'il savait que celui-ci fut voleur.

Dans loi 61, § 5. D. *de furtis*. Africain est d'un avis différent, il pose en principe que dans tous les cas le mandant doit être tenu du préjudice causé, même s'il ignorait que l'esclave fut voleur.

La raison qu'il donne est la suivante : « *Justissimè enim procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum si id mandatum non suscepisset.* » Le mandataire ne doit pas en effet être victime de sa complaisance et subir une perte pour avoir voulu rendre service au mandant. Cette décision, appliquée aussi par Africain au contrat de dépôt,

nous paraît la plus conforme à l'équité, mais elle devra être mitigée suivant les circonstances ; on aura égard, par exemple , à ce que le mandataire a lui-même offert ses services au mandant pour l'acquisition dont il s'agit.

Il ne faudrait cependant pas conclure de là que le mandant est obligé d'indemniser le mandataire de toutes les pertes sans distinction qu'il a éprouvées à l'occasion de l'accomplissement du mandat. Si, par exemple, le mandataire a fait naufrage ou a été dépouillé par des voleurs , il ne lui en sera pas tenu compte, car de tels préjudices proviennent plutôt de cas fortuits que du mandat lui-même , « *nam hæc magis casibus quàm mandato imputari oportet.* » (L. 26 , §. 6.)

Enfin le mandant ne devrait pas répondre de la perte occasionnée au mandataire par suite de son erreur , alors-même qu'il aurait cru exécuter les ordres du mandant. (L. 26 , §. 5.)

3^o Le mandataire a pu prendre des engagements pour l'exécution de l'affaire. Il doit en être déchargé , même avant qu'il ne soit l'objet des poursuites des tiers. « *Si mandatu meo fundum emeris, utrum quum dederis pretium, ageres mecum mandati: an et antequam des, ne necesse habeas res tuas vendere?* » dit Paul dans la loi 45 pr. Et il ajoute : « *Et rectè dicitur in hoc esse mandati actionem ut suscipiam obligationem, quæ adversus te venditori competit.* » Cette décharge d'obligations pourra s'opérer au moyen d'une novation , mais si le créancier ne voulait pas accepter ce changement de débiteur, le mandant devrait garantir le mandataire contre les poursuites qui le menacent en s'engageant par caution à le défendre en justice, (L. 45 §. 2).

4^o Enfin le mandant devra payer au mandataire les intérêts de ses avances à partir du jour de la mise en demeure. Ils seront même exigibles sans attendre la mise en demeure, si le mandataire, afin d'exécuter le mandat a été obligé d'emprunter lui-même à intérêts ou de retirer des capitaux placés. (L. 12, §. 9).

Ces diverses obligations du mandant sont sanctionnées par l'action *mandati contraria* qui comme l'action directe est de bonne foi et conçue *in jus*.

Elle appartient au mandataire ou à celui sous la puissance duquel il se trouve. C'est pourquoi, si j'ai mandé à un fils de famille de payer une dette dont je suis tenu, son père aura contre moi l'action de mandat, sans qu'il y ait lieu de distinguer si c'est lui-même qui a payé ou bien si c'est le fils au dépens de son pécule. (L. 12, §. 5).

Il n'en serait pas de même si le paiement n'avait été fait qu'après l'émancipation du fils. Dans ce cas, si c'est le fils lui-même qui a payé il n'aura qu'une action *in factum* contre le mandant, si c'est le père, on accordera à ce dernier l'action de gestion d'affaires. (L. 12, §. 6).

C'est contre le mandant, maître ou non de l'affaire, qu'est donnée l'action. « *Cum, mandatu alieno, pro te fidejusserim, non possum adversus te habere actionem mandati.* » Il peut même arriver que l'action *mandati contraria* puisse être exercée à la fois contre le mandant et contre le maître de l'affaire. C'est ce qui aura lieu, si sur l'ordre d'un tiers, je me suis porté votre fidéjusseur, avec la pensée que je recevais un double mandat, l'un du tiers, l'autre de vous. Dans ce cas j'aurai une double action comme si j'avais eu deux co-mandants. (L. 21).

Il peut y avoir en effet plusieurs mandants pour la même

affaire. Paul nous dit dans la loi 59, § 3, qu'ils sont tenus *in solidum* alors même que la solidarité n'aurait pas été expressément stipulée, et il ajoute qu'une condamnation donnée contre deux de ces mandants, force le mandataire à diviser entre eux l'action *judicati*. En effet, la sentence crée une espèce de quasi-contrat, dans lequel il ne peut être question de solidarité si le juge a omis de condamner solidairement.

L'action *mandati contraria* n'entraîne pas, du moins en principe, comme l'action directe, la note d'infamie contre le mandant, parce qu'en général c'est une question de calcul, bien plutôt qu'une question de dol qui s'agit : *Contrario judicio damnatus, non erit infamis, nec immerito, nam in contrariis judiciis non de perfidia agitur, sed de calculo*. (L. 6, §. 7, D. de his qui not. inf.).

Si cependant, il y avait mauvaise foi de la part du mandant il n'échapperait pas plus que le mandataire à la note d'infamie. (L. 6, §. 5, *ibid.*)

Jusqu'ici nous avons supposé que le mandat était complètement gratuit, mais si des honoraires avaient été promis, leur paiement constituerait pour le mandant une nouvelle obligation. Ces honoraires peuvent en effet être exigés en justice, non par l'action *mandati contraria*, car tout ce qui se rattache aux honoraires est complètement en dehors du contrat de mandat, mais *extra-ordinem* par une *cognitio extraordinaria*, devant le Préteur à Rome et le Président dans les provinces. (L. 1. C.)

En général, les honoraires ne peuvent être réclamés qu'autant que le mandat a été exécuté, il y a cependant exception pour les honoraires des avocats, par cela seul qu'il n'a pas dépendu d'eux de plaider la cause. (L. 38, § 1, *loc. conduct.* — (L. 1, § 13, de *extr. cogn.*)

CHAPITRE VI.

DES EFFETS DU MANDAT A L'ÉGARD DES TIERS.

Jusqu'ici nous nous sommes uniquement occupés des effets du contrat entre le mandant et le mandataire. Ces effets peuvent être les seuls produits lorsque le mandat n'a pour objet que l'exécution d'un simple fait soit matériel, soit intellectuel ; mais il n'en est pas de même lorsque le mandataire est chargé d'accomplir des actes juridiques, d'acquérir par exemple un droit de propriété. De nouvelles obligations vont alors se former avec les tiers possesseurs du droit que le mandant veut acquérir. Il importe de se demander quels seront dans ce cas, les rapports des tiers avec le mandant et le mandataire ?

Le Droit romain a subi sur ce point des modifications et des transformations importantes.

Nous trouvons d'abord, à l'origine ce principe rigoureux du strict Droit civil que nul ne peut acquérir un droit par l'intermédiaire d'une personne qui n'est pas soumise à sa puissance : « *Per extraneam personam nihil acquiri posse.* » (Inst. liv. II, tit. IX, § 5). Il était donc absolument impossible d'employer les actes juridiques des étrangers ou des personnes libres pour contracter ou pour acquérir des obligations ou des créances. En d'autres termes, la représentation d'une personne par une autre ne paraissait pas possible à une époque primitive où tous les actes ayant forcée-

ment un caractère personnel, le droit créé actif ou passif se fixait invariablement sur la tête de celui qui avait figuré au contrat.

Le mandat offrait cependant le moyen d'éluder ce principe si gênant pour la liberté des transactions. Le mandataire acquerra le droit en son propre nom, et le transférera ensuite au mandant, il le mettra en son lieu et place. On arrivait ainsi au même résultat d'une manière indirecte. Mais cela n'était pas toujours possible. Le mandat n'est pas en effet applicable à tout espèce d'actes. Il en est plusieurs qui sont tellement personnels qu'ils supposent dans la personne qui les accomplit une capacité particulière intransmissible à un étranger. Ces actes ne peuvent être accomplis que par la partie intéressée, parce qu'ils exigent des solennités particulières et l'emploi de paroles auxquelles il est impossible de rien changer. Le principal de ces actes est l'ancienne action de la loi : « *Nemo, alieno nomine, lege agere potest.* » On peut encore citer l'*in jure cessio*, la mancipation, la stipulation, l'*acceptilatio*, et l'addition d'hérédité. Enfin l'abrogation, le testament, l'adoption et la manumission.

A part ces exceptions, le mandant pouvait contracter indirectement par l'intermédiaire de son mandataire qui était obligé de lui transférer ses actions contre les tiers. Cette cession était même inutile lorsqu'il s'agissait de la possession. La possession n'est en définitive qu'un fait en dehors des règles du Droit civil : « *Animo nostro corpore etiam alieno possidemus* » dit Paul, sent. v, II, 1. Aussi Justinien rapporte-t-il dans ses *Institutes* (liv. II, tit. IX, § 5) qu'elle peut s'acquérir *per liberam personam, veluti per procuratorem*; et il ajoute que c'est d'après une

constitution de l'empereur Sévère qu'il fut permis d'acquérir la possession pour autrui, soit à sa connaissance, soit à son insu. Mais c'est à tort que Justinien attribue à cet empereur cette innovation, puisque Nératius qui vivait sous les règnes de Trajan et d'Adrien avait déjà dit dans la loi 13, D. *De adq. rer. dom.* qu'on pouvait acquérir la possession par procureur et même sans le savoir. Une constitution de Sévère et d'Antonin citée dans la loi 1, au Code, *De adq. et retin. poss.* est d'ailleurs venue prouver que cette exception existait déjà à une époque antérieure : « *Per liberam personam ignorantem quoque adquiri possessionem... tam rationi utilitatis quam juris prudentia receptum est.* »

De cette possession, acquise ainsi par procureur, à l'acquisition de la propriété, il n'y avait qu'un pas. En effet les *Institutes* nous disent que cette possession conduit à la propriété, si c'est le propriétaire qui a fait la tradition, ou à l'usucapion si le *tradens* n'avait pas le pouvoir d'aliéner. Mais dans ce dernier cas, comme le mandant ne peut usucaper qu'autant qu'il est de bonne foi, les délais de l'usucapion ne commenceront à courir que du jour où il a eu connaissance de la livraison de la chose : « *Et postquam scientia intervenerit usucapionis conditionem inchoari posse* », dit la constitution de Sévère et d'Antonin.

Le texte des *Institutes* suppose que la personne par qui le mandataire acquiert la possession est un homme libre, mais un esclave peut aussi lui procurer le même bénéfice pourvu qu'il ne soit momentanément possédé par personne : « *Servus alienus, sive a me, sive a nemine possideatur, potest mihi adquirere possessionem si nomine meo eam adipiscatur.* » (L. 34, § 2, D., *de adq. vel am. poss.*).

Tout en tenant compte de l'exception que nous venons de signaler, il faut reconnaître que la substitution d'une personne non intéressée telle que le mandataire, à la partie réellement obligée, n'était pas admise par rapport aux tiers. Ceux-ci ne connaissaient que le mandataire qui s'engageait en son propre nom, sans produire le mandat qui l'instituait. On peut donc dire que le mandat n'existait pas vis-à-vis des tiers.

De son côté, le mandant n'ayant avec ces derniers aucun rapport direct consacré par la loi, paraissait complètement étranger aux actes passés entre eux et le mandataire.

Aussi de graves inconvénients en résultaient-ils dans la pratique. D'abord les parties se trouvaient exposées aux chances de leur insolvabilité réciproque; ensuite, les tiers n'ayant aucun recours contre le mandant, hésitaient à traiter avec un mandataire qui pouvait ne pas leur offrir des garanties suffisantes; de là une entrave au développement des affaires.

Ces mêmes inconvénients se produisaient aussi lorsque le mandataire au lieu d'être un homme libre était un fils de famille ou un esclave qui contractait sur l'ordre de son père ou de son maître. Nous savons en effet que d'après le Droit civil, l'esclave et le fils de famille pouvaient bien acquérir pour les personnes à la puissance desquelles ils étaient soumis, mais qu'ils ne pouvaient les obliger. De sorte que les tiers, agissant avec une personne sous puissance, n'avaient aucun recours contre le père ou le maître.

Ce fut pour remédier à ces conséquences injustes que le Préteur accorda à celui qui avait traité avec un esclave sur l'ordre de son maître, une action *in solidum* contre lui : Le

tiers est censé, dit Ulpien, avoir contracté avec le maître lui-même, « *quodammodo cum eo contrahitur qui jubet,* » (L. 1, pr. D., *quod jussu*). Cette action est appelée *quod jussu*.

L'action *quod jussu* était donnée pour une affaire déterminée; mais le maître pouvait fort bien au lieu d'un ordre particulier donner à son esclave un ordre complexe; le préposer par exemple à la gestion d'une boutique ou à l'exploitation de quelque commerce. Dans ce cas, le même motif d'équité engagea le Préteur à accorder aux tiers qui avaient traité avec cet esclave en sa qualité de préposé, ce qu'on appelle les actions *institoires* et *exercitoires*.

La première avait lieu lorsqu'un maître avait confié la gestion d'une opération commerciale quelconque, à son esclave; en lui donnant le pouvoir de faire tous les actes qui rentraient dans l'exercice de ses attributions. Cette action accordée aux tiers contre le maître était appelée *institutoire*, du nom du préposé (*institor*). (L. 3, D., *De institoria*).

La seconde action avait lieu lorsqu'un maître ayant préposé son esclave à la conduite d'un navire, un tiers avait traité avec l'esclave en sa qualité de *magister navis*. Elle était appelée *exercitoire* du nom du préposant (*exercitor*).

Ces actions sont désignées en général sous la qualification d'*adjectitiæ qualitatis*, parce que ce sont plutôt des formes, des qualités qui recouvrent les actions mêmes dérivant des contrats passés avec les tiers par le préposé que des actions proprement dites : Ainsi; par exemple, le maître peut être tenu de l'action *venditi*, si l'esclave a fait un achat, etc. seulement, les actions sont alors données avec une certaine modification établie par le Préteur.

Les deux actions *institoires* et *exercitoires* ont entre

elles un grand nombre de règles communes ; elles diffèrent cependant en deux points principaux :

1^o Tandis que la première ne pouvait être accordée que contre le préposant en personne, la seconde pouvait être exercée, non-seulement contre l'*exercitor*, mais encore solidairement contre le père ou le maître de ce dernier s'il était *alieni juris*, pourvu que *voluntate patris vel domini navem exercuerit* (L. 1, § 19, D., de exercit. act.).

2^o Les tiers n'avaient l'action *institoire* qu'à la condition d'avoir traité avec le préposé lui-même. Ils avaient au contraire l'action *exercitoire* lors même que le *magister navis* s'était substitué une autre personne avec laquelle ils avaient contracté. (L. 1, § 5, *ibid*).

On voit que l'action *exercitoire* était plus étendue que l'action *institoire*. La raison de cette préférence nous est donnée par Ulpien : « *quia ad summam rempublicam navium exercitio pertinet.* » (L. 1, § 19, *ibid*). On voulait, ainsi favoriser l'extension du commerce maritime si nécessaire dans un pays qui était obligé de tirer du dehors la plus grande partie de sa subsistance. Aussi finit-on par accorder *extra-ordinem* à l'*exercitor* une action directe contre les tiers qui avaient traité avec le *magister navis* (L. 1, § 18, *ibid*). On étendit même cette disposition à tout préposant, *si modo aliter rem suam servare non potest* (L. 2, D., de inst. act.). Enfin le Préteur accorda les actions *institoires* et *exercitoires*, lors même que le préposé était un homme libre ou l'esclave d'autrui : (Inst. liv. iv, tit. vii, § 2).

Bornées d'abord au commerce, ces innovations s'étendirent bien vite par analogie aux transactions ordinaires de la vie. C'est ainsi que, si au lieu de préposer une per-

sonne à un commerce ; je lui donne mandat de faire pour mon compte un certain acte, par exemple un achat ; on admit que le tiers qui traite avec mon mandataire pourrait me poursuivre moi-même par une action utile, *ad exemplum institoria*. Telle est l'opinion de Papinien cité par Ulpien qui se demande si dans ce cas « *domino vel adversus dominum actio dari debeat* ; et il ajoute que puisqu'on reconnaît que je suis tenu envers le tiers qui a contracté avec mon mandataire, par une juste réciprocité il faut admettre que ce tiers peut de son côté se trouver obligé envers moi : « *ergo et per contrarium dicendum est utilem ex-empto actionem domino competere.* » (L. 13, § 25, D., de action. empti.). Je me trouve donc avoir acquis un droit de créance *per procuratorem*.

Le mandant avait donc deux actions, l'action *mandati directa* contre son mandataire et l'action utile contre les tiers. S'il n'avait eu que la première il aurait été exposé à n'avoir dans certaines circonstances qu'un recours inefficace. Supposons en effet que le mandataire meure sans héritiers : le mandant ne peut pas dans ce cas se faire céder l'action qu'il avait acquise contre les tiers. Supposons même que le mandataire a cédé son action à son mandant en le constituant *procurator in rem suam*, mais qu'il est venu à mourir avant le *litis contestatio* entre le tiers et le mandant : nous savons qu'alors la *procuratio in rem suam* est éteinte. Tous ces inconvénients disparurent lorsqu'on eut accordé au mandant une action utile contre les tiers.

Enfin on admit que les tiers obligés envers le mandataire pourraient repousser l'action directe de celui-ci par une exception, si elle était intentée contre la volonté du mandant. (L. 28, D., De procurat.). Nous sommes on le

voit bien loin du point de départ, puisque les effets soit actifs, soit passifs, des contrats faits par le mandataire, se produisent dans la personne même du mandant, comme s'il avait contracté lui-même. La représentation du mandant par le mandataire n'est pas cependant tout à fait complète puisque ce dernier n'est pas seulement l'instrument de la volonté de son commettant, mais s'oblige en même temps que celui-ci. Ulpien nous apprend en effet que les tiers peuvent choisir pour diriger leurs poursuites, entre le préposé et le préposant (L. 1, § 17, *De exercit. act.*).

CHAPITRE VII.

DES DIVERS MODES D'EXTINCTION DU MANDAT.

Les obligations qui se forment *consensu*, dit Justinien, peuvent s'éteindre par l'effet d'un consentement en sens contraire. (*Inst.*, p. 4, *quib. mod. oblig. toll.*) Pour le mandat, le mutuel dissentiment n'est même pas nécessaire pour détruire le contrat; il suffit que l'une des parties manifeste la volonté de le dissoudre, le mandant en révoquant le mandataire et celui-ci en renonçant au mandat, pour que l'obligation qui les liait soit éteinte. A ces deux causes d'extinction du mandat, il faut ajouter la mort du mandant et celle du mandataire.

1^o *Révocation*. — Le mandat étant institué dans l'intérêt presque exclusif du mandant, constitue pour le mandataire

plutôt un devoir qu'un droit acquis, aussi le mandant est-il toujours libre de révoquer la mission qu'il lui a confiée. Il peut, en effet, avoir changé d'avis, ou n'avoir plus dans son mandataire la même confiance. Si la révocation intervient *rebus integris*, le mandat est censé n'avoir jamais existé, si au contraire, il y avait déjà eu un commencement d'exécution, les actes du mandataire seraient validés pour le passé et même pour l'avenir, s'il n'avait pas appris sa révocation (l. 15. — L. 51, D., de solut.).

La faculté de révoquer le mandat n'est cependant pas absolue; et d'abord la révocation ne peut jamais avoir effet au préjudice des tiers qui l'ont ignorée; c'est ainsi, nous dit Gaïus, que le paiement fait par erreur sera considéré comme valable et opérera la libération du débiteur (III § 160).

On peut encore concevoir une autre hypothèse, dans laquelle la révocation ne serait pas permise : c'est le cas d'un mandat qui serait la conséquence d'un autre contrat. Ainsi, par exemple, je stipule de vous pour moi, ou Titius qui est ainsi constitué mon mandataire à l'effet de recevoir le paiement, et prend le nom d'*ajectus solutionis gratia*. Je n'ai pas le droit de le révoquer, car je ne peux pas vous enlever le droit que vous possédez de payer entre ses mains. (L. 106, D., de solut.).

Nous savons aussi que le *procurator in rem suam* ne peut pas être révoqué. Mais à part ces exceptions, le mandant a toujours le droit de révoquer son mandataire; il peut même le révoquer tacitement; nous trouvons, en effet, dans la loi 31, § 2, de proc., que la nomination d'un second mandataire doit être considérée comme entraînant la révocation du premier.

2^o *Renonciation*.—On pourrait croire, au premier abord que le mandataire ne peut, par sa renonciation se soustraire à l'obligation d'exécuter le mandat qu'il a librement accepté; mais d'un autre côté, comme il agit ordinairement sans intérêt, on a dû lui accorder la faculté de revenir sur sa détermination, pourvu toutefois, que les intérêts du mandant n'en souffrent pas. Il faut donc que la renonciation ne soit pas intempestive et que le mandant soit prévenu assez longtemps à l'avance, afin de pouvoir s'acquitter par lui-même ou par un autre de la commission dont le mandataire était chargé. (L. 22, § 11). Si ces prescriptions n'étaient pas observées, l'action de mandat n'en aurait pas moins lieu, à moins que le mandataire n'ait eu de justes motifs pour ne pas avertir son mandant ou pour faire une renonciation intempestive : « *Nisi justa causa intercesserit, aut non renuntiandi aut intempestivè renuntiandi*. (Inst., p. 11). On peut citer comme exemples de cette *justa causa* dont il est aussi question dans la loi 25 : la maladie du mandataire, une inimitié capitale survenue entre lui et le mandant, l'insolvabilité de ce dernier (*inanes rei actiones*). (L. L. 23 et 24). Mais dans ces deux derniers cas, et autres analogues, le mandataire n'en serait pas moins obligé de faire connaître sa renonciation au mandant, il ne peut être dispensé de cette obligation que pour des cas de force majeure.

3. *Mort du mandant*.—Le mandat n'ayant été accepté par le mandataire, qu'en considération du mandant, il est naturel que la mort de ce dernier mette fin au contrat. Si elle survient *rebus integris*, le contrat est censé n'avoir

jamais existé. Mais, comme le dit Julien, il se peut que le contrat dissous, l'obligation du mandant subsiste encore : « *Mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquandò durare.* » (L. 26, pr.). C'est ce qui aura lieu si la mort du mandant survient au milieu de la gestion : ses héritiers seront tenus pour le passé et même pour l'avenir, si ignorant sa mort, le mandataire avait poursuivi l'exécution du mandat. (Inst., § 40).

Si le mandat avait été donné *post mortem*, il ne serait évidemment pas éteint par la mort du mandant, puisqu'il ne peut être exécuté qu'à cette condition. Tel est le mandat par lequel une personne en charge une autre de lui élever après sa mort un tombeau. Ulpien nous apprend dans la loi 12, § 17, que l'héritier du mandant pourra contraindre le mandataire à exécuter un pareil mandat.

La *maxima* et la *minima capitis deminutio* ; sont enfin assimilées à la mort relativement à la dissolution du mandat.

Mort du mandataire. — Si l'on comprend que la mort du mandant puisse avoir pour effet de mettre fin au contrat, on s'explique encore mieux qu'il en soit de même dans le cas actuel. Ce n'est pas, en effet, seulement la confiance qui peut disparaître avec celui qui en était l'objet ; c'est encore ici une certaine capacité spéciale qui peut s'évanouir, car les héritiers du mandataire peuvent ne pas être capables de remplir la mission qui lui avait été confiée. Aussi, Gaius, décide-t-il dans la loi 27, § 3, qu'ils n'auraient aucune action s'ils avaient exécuté le mandat. Ils ne peuvent, en effet, être considérés comme ignorant la mort de leur auteur.

On peut cependant concevoir une hypothèse dans laquelle les héritiers du mandataire auraient une action : c'est lorsque le mandat a été donné sous la forme d'une fidéjussion. Nous savons, en effet, que l'obligation contractée par un fidéjesseur, comme toute obligation en général, est transmissible à ses héritiers. (Inst., § 2, de *fidej.*). Ceux-ci auront donc, non-seulement le droit mais le devoir d'exécuter un pareil mandat. Ulpien nous dit d'ailleurs dans la loi 14, que si l'héritier du fidéjuteur a payé la dette, on devra lui accorder l'action de mandat : « *Heredem fidejussoris si solverit, habere mandati actionem dubium non est* ».

Il serait juste d'accorder également un recours aux héritiers qui auraient continué à gérer avec soin des affaires qu'il importait de ne pas interrompre.

Lorsqu'il y a plusieurs mandataires, la mort de l'un d'eux éteint le mandat s'ils avaient été chargés de gérer conjointement. Il n'en serait pas de même, s'il résultait clairement des circonstances que le mandant n'avait choisi plusieurs mandataires que pour assurer l'accomplissement du mandat par les survivants.

La *maxima* et la *media capitis deminutio* du mandataire mettaient également fin au mandat.

V. — Enfin, le mandat qui a été contracté en vue d'une certaine opération ou d'une certaine entreprise, finit naturellement lorsque l'opération est faite, lorsque l'entreprise est consommée. L'impossibilité de l'exécution, l'échéance du terme ou l'arrivée de la condition auront encore pour effet de mettre fin au mandat.

Deuxième Partie.

DROIT FRANÇAIS.

I.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

Nous n'avons pas à nous occuper ici de l'histoire du mandat pendant la domination romaine; il était alors régi par les principes du Droit romain qui s'était complètement substitué au Droit celtique. Mais après la chute de l'empire d'Occident, malgré le système de la personnalité des lois, le Droit romain fut modifié par suite de l'établissement des tribus germaniques dans la Gaule; un certain nombre de dérogations s'introduisirent. Ces changements sont quelquefois notables, surtout en ce qui regarde la condition des personnes et l'organisation de la famille ou de la propriété; d'autres fois, au contraire, ils sont presque imperceptibles. C'est ce qui arriva pour le mandat qui, comme tous les contrats du droit des gens, existe nécessairement chez

tous les peuples avec un ensemble de règles communes. On ne doit donc pas s'étonner que le mandat se soit conservé dans notre ancien Droit, à peu près tel que nous l'avait laissé le Droit romain.

Dès le ^{vii}^e siècle, l'existence du mandat en France est constatée par les formules Andegavenses, qui sont toutes antérieures à l'année 681, et datent probablement du règne de Childeberrt I^{er}. La première de ces formules offre le modèle d'une donation faite par un fiancé à sa fiancée, et accompagnée d'un mandat à l'effet de requérir l'insertion de la donation dans les registres de la curie d'Angers, ainsi que le procès-verbal de cette insertion.

Une autre formule de l'an 805, provenant de la curie de Bourges, et trouvée dans un manuscrit de l'Université de Leyde, contient une quatrième partie, dans laquelle le mandataire rend compte au mandant de l'exécution de son mandat. (M. Giraud, *Essai sur l'Histoire du Droit français au moyen âge*, t. II, p. 433 à 460). Enfin, on trouve dans Beaumanoir qui écrivait en 1283, la formule d'un mandat ou mandement ainsi conçue : « Si comme Pierres pri à Jehan : » je voz pri que voz m'acetes le tere Guillame por mi, et » je m'en tenrai à ce que voz en feres. (Coutumes de » Beauvoisis, t. I, capitres 29, des services à sergans, » n^o 5, p. 398). »

Caractères essentiels du mandat dans notre ancien Droit.

— Ils étaient les mêmes qu'en Droit romain : le consentement, un objet licite et certain et la gratuité.

1^o *Consentement.* — Le consentement qui suffit seul à former le contrat, peut être exprimé de toute sorte de ma-

nières : « Et ceste voie de serjanter , *nous dit Beaumanoir* ,
» pot estre en moult de manières , car elle est à la fois par
» prière de bouce... Aucune fois avient-il que prière n'est
» pas fete de bouce, mais on le mande par lettres. (*Loc. cit.*,
nos 5 et 6). »

Pothier est même d'avis que le consentement peut être tacite , car il est suffisamment manifesté, dit-il , par cela seul que celui dont l'affaire a été gérée connaît la gestion et ne s'y oppose pas. (Mandat, n° 29). Toutefois, dans la pratique, le mode le plus ordinaire de donner un mandat consistait dans la rédaction d'un acte appelé *procuracion* et dressé, soit sous seing-privé, soit devant notaire. — On ne risquait pas ainsi de confondre le mandat avec la recommandation et le simple conseil qui , d'après d'Espeisses , ne sont pas obligatoires. Seulement, dit-il , le mauvais conseiller est responsable de son conseil , lorsqu'il l'a donné par dol. (l. 1, pag. 181 , du mandement , tit. iv).

2. *Objet du mandat.* — Le mandat doit avoir pour objet une affaire honnête et licite. « Mais ce entendons, *dît Beaumanoir* , noz es mandemens et es prières qui sont fetes » selonc les bones meurs, (*Loc. cit.*, n° 7.). »

Desfontaines avait déjà dit qu'un contrat dont la cause était illicite ou déshonnête, n'était pas obligatoire : « Mes je » ne te di pas qu'on doie garder toutes les convenances que » on fet; car convenance faite por laide cause, ou por tri- » cherie, ou contre bones meurs, ou contre loi, ou cos- » tume du païs, ou contre l'establisement au souverain » seigneur du païs, n'est mie à tenir. » (Ch. xv, n° 1, p. 106).

Le mandat peut avoir pour objet comme en Droit romain,

des affaires extrajudiciaires ou des affaires judiciaires ; on distingue donc le mandat *ad negotia* et le mandat *ad litem*. Nous n'avons pas à nous occuper de ce dernier mandat ; quant au premier, il peut être général ou spécial. Au sujet du mandat général, nous avons déjà vu que la plupart des commentateurs distinguaient la procuration générale *cum libera administratione* de la procuration générale constituée *simpliciter*. Charondas rejette cette distinction : « Car » je ne fais différence, dit-il, entre le procureur de tous » biens et affaires universellement, et celui auquel est » baillée et commise la libre administration des biens et » affaires. » (Pandectes du Droit français, t. 1, liv. II, ch. 34, p. 323 du mandement). Nous savons que telle était aussi l'opinion de Vinnius, de Duaren, de Doneau, de Cujas et d'Heineccius. Quant à Pothier, après avoir exposé les raisons par lesquelles Vinnius justifie son opinion, il hésite à se prononcer et laisse le lecteur libre, de se décider comme il l'entendra : *Lectoris erit judicium*, dit-il. (Mandatum, n° 145).

3. *Gratuité.* — « La principale marque du mandement est d'être gratuit, nous dit Charondas, car il prend son origine du plaisir et courtoisie que veut faire celui qui s'en charge, » (*Loc. cit.*, p. 322-23). Nous lisons aussi dans Bourjon : « La fonction du mandataire doit être gratuite comme tirant son origine de l'amitié. » (Droit commun de la France, t. II, liv. VI, tit. II, ch. VIII, p. 461). On admet cependant dans notre ancien Droit comme en Droit romain, qu'un honoraire peut lui être accordé ; parce que n'étant pas un prix véritable, il n'empêche pas le contrat de rester gratuit.

Pothier essaie de justifier cette distinction entre le prix et l'honoraire, d'après la nature des services rendus : le prix, d'après lui, est l'équivalent des services appréciables en argent, services qu'il appelle ignobles. L'honoraire, au contraire, est la récompense de services qui ne sont pas susceptibles d'être appréciés à prix d'argent, soit par leur excellence même, soit par suite de la dignité de la personne qui les rend. (Louage, n° 10). Ces derniers seraient rendus par les personnes qui exercent des professions libérales (Mandat ; n° 26).

Cette distinction entre les professions libérales et les autres nous paraît tout à fait arbitraire ; et ce qui le prouve, c'est que la liste des professions libérales n'étant pas parfaitement limitée comme en Droit romain, telle profession était considérée comme libérale par les uns, comme non libérale par les autres. C'est ainsi que Cujas, contrairement à l'opinion commune prétendait que les avocats n'exerçaient pas une profession libérale. (Comm. in lib. Resp. Pap. *ad legem*, 7, mand.). Guy Coquille en excluait aussi les procureurs *ad lites*. (Questions sur la coutume de Nivernais, quest. 197, p. 256).

Malgré ce désaccord au sujet de la classification des professions, les auteurs distinguaient généralement l'honoraire du prix. Mais, tandis que d'après Domat, pour que l'honoraire ne fit pas dégénérer le mandat en une sorte de louage de services, il fallait qu'il fût donné sans convention et par honneur. (Lois civiles, liv. 1, tit. xv, sect. 1, n° 9). Pothier, dont l'opinion est moins logique bien que plus conforme aux textes du Droit romain, décide au contraire, que l'honoraire peut être promis par une convention préalable. Si aucune récompense n'avait été promise, ou si la

promesse avait été faite en termes vagues, le mandataire ne pourrait rien réclamer, nous dit-il, à moins qu'il ne s'agisse de certains services dépendant d'une profession libérale, tels que ceux des grammairiens, médecins, etc. (Mandat, nos 24 et 26).

Effets du mandat entre les parties contractantes. — Les obligations du mandant et du mandataire sont les mêmes qu'en Droit romain. Le mandataire doit exécuter le mandat en entier et ne doit pas en excéder les limites. « Celui qui s'emploie aux affaires d'autrui par amitié, dit » Guy-Coquille, doit faire l'office tout entier et à bon es- » cient (Coutume de Nivernais, t. II, ch. IV, art. 22, p. 58). » Nous trouvons d'un autre côté dans Loysel : « Qui s'entre- » met doit achever, et qui commence et ne parfait, sa » peine perd. » — « Qui outre passe sa charge chet » en désaveu. » (Inst. cout. liv. III, tit. II, R. 6 et 2.) A ce sujet, Beaumanoir décide, conformément à l'avis des Proculiens, que, si chargé d'acheter un objet cent livres, le mandataire l'a payé cent vingt, il pourra, en perdant la différence, forcer le mandant à s'en charger pour le prix fixé : « et ensi perdrat-il vingt livres, porce » que il n'aurait pas usé selonc mon mandement. (Loc. » cit., n° 7). » Mais Charondas est d'un avis différent : « Il me semble plus raisonnable, dit-il, que si le manda- » taire a acheté ladite somme de 1,200 livres au lieu de » 1,000, indiquées au mandat, le mandant est tenu de » payer toute la somme, parce qu'il ne serait pas équi- » table que le mandataire pour luy avoir fait plaisir en » receust perte (Loc. cit., p. 324). » Ce même auteur qui se montre, dans ce cas, si indulgent pour le mandataire

qu'il suppose, il est vrai de bonne foi, se montre plus sévère relativement à la responsabilité qui lui incombe pour les fautes qu'il a pu commettre dans l'accomplissement de sa gestion : « Le mandataire, dit-il, est tenu du » dol et de la coulpe, mais on dispute de laquelle coulpe. » Il sera tenu de la coulpe légère et non des cas fortuits, » à scavoir qu'il est tenu de prêter telle diligence, non- » seulement qu'il a accoustumé d'en user en ses affaires, » mais qu'un diligent père de famille en userait, parce » qu'en entreprenant les affaires d'autrui, il se soumet » taisiblement à y apporter toute diligence et devoir pour » s'en bien acquitter (Loc. cit., p. 323). » « Celui qui » prend charge des affaires d'autrui gratuitement, est » tenu de coulpe légère, nous dit Guy-Coquille (Coutume » de Nivernais, p. 58). »

Suivant Pothier, celui qui se charge de la gestion d'une affaire, se charge de tout ce qui est nécessaire pour cette gestion, et par conséquent de tout le soin et de toute l'habileté qu'elle réclame : *Spondet diligentiam et industriam negotio gerendo parem*. Il manque donc à son obligation, dit-il, lorsqu'il n'apporte pas pour la gestion de l'affaire, tout le soin et toute l'habileté qu'il s'est chargé d'apporter par l'acceptation qu'il a faite du mandat, et par conséquent il doit être tenu des dommages-intérêts qui en résultent (Mandat, n° 46).

Enfin, le mandataire doit rendre compte. « Il convient, » nous dit Desfontaines, dans son Conseil, que cil qui » amenistre autrui besoignes, ou par garde, ou par » autre manière, en rende raison là où il a ce fait » (Ch. xxxii, n° 9, p. 369). » Le mandant peut d'autant mieux forcer son mandataire à lui rendre ses comptes,

qu'il a ordinairement une hypothèque sur tous ses biens. En effet, lorsque la procuration contenant l'ordre du mandant et l'acceptation du mandataire, avait été dressée devant notaire, elle produisait pour eux hypothèque, car nous savons que, dans notre ancien Droit, tout titre authentique avait cet effet.

Quant au mandat, ses obligations consistent à indemniser le mandataire des dépenses, des avances et des frais qu'il a faits de bonne foi. « Car il est sans doute, dit » Charondas, que le procureur et le mandataire se peut » faire paier des despenses et frais par luy faits de bonne » foy pour accomplir et exécuter les mandemens (Ch. xiii, » liv. iv, p. 525). » Beaumanoir avait dit avant lui que : » despens resnables et convenables pour faire les choses » qui furent priés ou mandés, c'est au cout de celui qui » fit la prière ou le mandement, car nus n'est tenu à » servir autrui à ses coz s'il n'a por quoi il le doi fere » (Loc. cit., n° 11). »

Quant aux pertes souffertes par le mandataire à l'occasion de sa gestion, Pothier était d'avis qu'il ne pouvait les répéter qu'autant que l'affaire qui faisait l'objet du mandat en avait été la cause prochaine (Mandat, nos 75 et 76). Domat pensait, au contraire, avec plus de raison, qu'on ne devait pas poser une règle absolue en cette matière et qu'on devrait avoir égard aux circonstances dans lesquelles la perte avait été éprouvée. Il faut, dit-il, balancer la considération de l'équité et les sentiments d'humanité que doit avoir celui dont l'intérêt a été une cause ou une occasion de perte à un autre (Lois civiles, liv. i, tit. xv, sect. ii, n° 6).

Lorsqu'il y a plusieurs mandants, ils sont tenus soli-

dairement contre l'opinion de d'Espeisses qui avait cru pouvoir tirer une conclusion contraire de ces mots de la loi 59, § 3 : « *Post condemnationem autem in duorum personam collatam, necessario ex causa judicati singulos pro parte dimidia convenire posse et debere.* » Mais Pothier qui relève cette erreur fait remarquer avec raison qu'il s'agit ici non pas de l'action à intenter contre les mandants, mais de la sentence intervenue à la suite de l'action. Or, si dans la sentence le juge a omis de dire qu'il les condamne solidairement, la condamnation ne pourra pas être exécutée solidairement, car cette clause doit être formellement exprimée (Mandat, n° 82).

Enfin les obligations du mandant sont sanctionnées par un droit de rétention qui appartient au mandataire. Celui-ci a même dans certains cas un privilège pour le paiement de ses honoraires. C'est ainsi, nous dit Pothier, que ceux des médecins se trouvant compris parmi les frais de dernière maladie, sont préférés à toutes les autres créances à l'exception des frais de justice et des frais funéraires (Procédure civile, 4^e partie, ch. II, art. 7, § 2).

Effets du mandat vis-à-vis des tiers. — Nous savons qu'en Droit romain, le mandataire s'obligeait en son propre nom envers les tiers, qui, de leur côté, n'avaient aucun rapport avec le mandant. Il est vrai qu'on avait fini par modifier ces principes au moyen d'actions utiles accordées au mandant contre les tiers et réciproquement; mais malgré cette innovation la représentation du mandant par le mandataire était imparfaite, puisque ce dernier restait encore obligé en son nom personnel. Nous

avons à nous demander quelles dérogations ont subi ces principes dans notre ancienne législation.

Déjà dans notre ancien droit coutumier, les actes accomplis par le mandataire, en vertu de son mandat, obligent le mandant. Beaumanoir nous dit en effet que : « li » sires (le mandant) est obligiés en tout ce que ses procureres fet selonc le vertu de le procuration (Loc. cit., n° 6). » Plus tard Charondas écrivait que « les receivers ou *procuratores*, s'ils veulent seurement contracter pour eux et à leur profit, ne doivent prendre es » contrats qu'ils font la qualité de receivers, car en prenant icelle qualité ils sembleraient contracter au profit » de celui des biens duquel ils seraient administrateurs » ou receivers (Loc. cit., p. 324). » On peut conclure de là, que le mandant est tenu par les actes de son mandataire.

D'un autre côté, Bourjon (Loc. cit., p. 461) déclare que lorsque le mandataire a agi conformément à sa procuration, il n'a engagé que son mandant et non lui-même. Et d'Espeisses exprime la même idée lorsqu'il dit : « Et par le regard du tiers avec lequel l'affaire a été faite, le procureur qui a contracté en cette qualité, n'est pas tenu en son nom propre (Loc. cit., p. 174). » C'est aussi l'opinion de Pothier : « Lorsque le mandataire, dit-il, en exécution du mandat, et en se renfermant dans les bornes du mandat, a fait quelques contrats avec des tiers; s'il n'est intervenu dans ces contrats qu'en qualité de mandataire ou de procureur, ou de fondé de procuration d'un tel, son mandant, c'est en ce cas le mandant qui est censé contracter par son ministère et qui s'oblige envers les personnes avec lesquelles son mandataire a contracté en cette qualité (Mandat, n° 87). »

Le mandataire représente donc complètement son mandant. Il pouvait cependant s'obliger personnellement en exécutant le mandat en son propre nom ; mais, dans ce cas, nous dit Pothier, il oblige conjointement son mandant (Mandat, n° 88).

Fin du mandat. — Les causes d'extinction du mandat sont les mêmes qu'en Droit romain. « Si je fes aucune » prière ou aucun mandement, nous dit Beaumanoir, et » je le rapele avant que le coze soit fete ne convenancié, » li mandement est falis ; et se cil à qui je fis le mandement ou le prière le faisait après mon rapel, je ne seroie » de riens obligiés vers li por raison de mandement (Loc. cit., n° 9). »

Le mandataire peut donc être révoqué au gré du mandant, tant que les choses sont encore entières.

La mort du mandant met aussi fin au mandat. Cependant, si le mandataire continue à exécuter le mandat dans l'ignorance de cette mort, il aura un recours contre les héritiers du mandant. Beaumanoir décide même que si le mandataire « voit que c'est li porfis as hoirs, il peut continuer, et lis hoirs est obligiés vers li por la reson du » mandement ou de le prière de son prédécesseur (Loc. cit., n° 10).

Et, non-seulement, dit d'Espeisses, le procureur est révoqué par la mort naturelle du maître, mais aussi par sa mort civile (Loc. cit., p. 186).

De son côté le mandataire peut renoncer au mandat tant qu'il n'a pas commencé à l'exécuter, et pourvu que le mandant en soit averti assez tôt pour que ses intérêts n'en souffrent pas.

Enfin, le mandat prend fin par la mort du mandataire. « Si peus et dois sçavoir, dit Bouteiller, que le » commandement est finy, si tost que le receveur d'un » commandement est allé de vie à trépas ne tenus ne sont » les hoirs de accomplir le commandement, mais de » compte rendre sont tenus du temps de leur prédéces- » seur (Somme rurale, liv. 1, tit. cvii, p. 641-42). »

CODE CIVIL.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE ET DE LA FORME DU MANDAT.

I. — Définition.

Le mandat, d'après Pothier, est un contrat par lequel l'un des contractants confie la gestion d'une ou de plusieurs affaires, pour la faire en sa place et à ses risques, à l'autre contractant qui s'en charge gratuitement, et s'oblige de lui en rendre compte.

Les rédacteurs du Code civil se sont grandement écartés de cette définition dans l'art. 1984 ainsi conçu : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.

Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire.

Cette définition a donné lieu à de nombreuses critiques : Et d'abord a-t-on dit, l'art. 1984 ne définit pas le man-

dat, mais la procuration. Cette première critique serait fondée, si le second paragraphe de l'article n'existait pas. Mais comme en définitive, le contrat de mandat n'est autre chose qu'une procuration acceptée, il n'existe pas de confusion, ainsi qu'on semble le croire. Le mot mandat a en effet plusieurs significations : il désigne non-seulement le pouvoir donné par une personne à une autre de faire quelque chose pour elle et en son nom, pouvoir appelé aussi procuration, mais encore l'acte qui constate ce pouvoir (*instrumentum*) qui prend ordinairement le nom de procuration ; et enfin le contrat qui se forme entre celui qui donne la procuration et celui qui l'accepte.

On a critiqué en second lieu le mot pouvoir, en disant que le mandataire a non-seulement pouvoir d'agir, mais encore obligation, puisqu'aux termes de l'art 1995 il est tenu d'accomplir le mandat. Cela serait vrai si le mandataire était lié avant son acceptation ; mais jusque-là, il n'y a rien, en effet, qu'un simple pouvoir offert par le mandant.

En outre, on a prétendu que les mots, et en son nom, devaient être retranchés, parce que la représentation du mandant par le mandataire n'avait pas lieu dans tous les cas, par exemple, dans les contrats de commission et de command.

Nous ferons d'abord remarquer que le contrat de commission a toujours pour objet une opération commerciale et non une opération civile ; et que, d'ailleurs, le Code de commerce, en distinguant deux sortes de commissionnaires, « celui qui agit en son propre nom et celui qui agit au nom de son commettant, » et en déclarant, dans son art. 92, que les droits et les devoirs de ce dernier sont

déterminés par le Code civil, prouve suffisamment que le mandataire du Droit civil agit toujours au nom de son mandant.

Quand au contrat de command, on peut dire qu'il rentre dans la définition de l'article 1984, car le commandé ne doit pas être considéré comme agissant en son nom personnel, puisqu'aux termes de l'article 707 du Code de procédure, le nom du véritable maître de l'affaire doit être révélé trois jours après l'adjudication.

Le commandé représente bien effectivement celui pour le compte duquel il agit, car il se trouvera complètement délié envers les tiers dès que la déclaration de command aura eu lieu, la personne nommée devant prendre sa place avec effet rétroactif.

Mais, nous répondra-t-on, n'est-il pas possible, en restant dans le domaine du Droit civil, de trouver des exemples de personnes qui se chargent de contracter, d'acheter, par exemple, en leur propre nom pour le compte d'autrui? Ne voit-on pas journellement des conventions de ce genre? Cela est vrai, seulement une telle convention ne peut pas être considérée comme étant un mandat; car tous les articles où il est question d'actes passés entre les tiers et le mandataire, nous montrent toujours ce dernier agissant, non pas en son propre nom, mais au nom du mandant; c'est un contrat innomé qui sera régi d'après les règles posées dans le titre des contrats ou des obligations conventionnelles en général et auquel on pourra appliquer, par voie d'analogie, les règles des contrats nommés dont il se rapproche le plus.

D'ailleurs, il est probable que si le législateur avait entendu placer, à côté du mandataire qui agit au nom de

son mandant et le représente, une autre espèce de mandataire agissant en son nom personnel, il aurait eu le soin de s'en expliquer formellement, comme il ne manque pas de le faire lorsqu'il distingue deux sortes de commissionnaires. Et si nous nous reportons aux travaux préparatoires, nous trouvons partout des expressions qui confirment notre interprétation : tantôt, on nous dit que le mandataire est l'image et l'organe du mandant, tantôt, qu'il agit, stipule et promet au nom du mandant qu'il représente, et que l'acte passé, sa personne disparaît comme un échafaudage devenu inutile après la construction de l'édifice, tandis qu'il n'est jamais question du mandataire agissant en son propre nom. (v. Loqué, t. xv, p. 246, 249, 254, 255, 261, 265, 269, 270.)

Enfin, les mêmes auteurs qui accusent la définition du mandat, telle qu'elle est donnée dans l'article 1984, d'être inexacte, sont, pour être logiques, obligés de l'accuser aussi d'être incomplète. En effet, les mots « et en son nom » une fois supprimés, que reste-t-il de cette définition ? L'obligation du mandataire ne consiste plus qu'à « faire quelque chose » pour le mandant. Or, telle est précisément, d'après l'article 1710, l'obligation qui incombe à celui qui loue ses services. Le but de la définition qui doit nécessairement consister dans l'indication des caractères distinctifs qui font reconnaître une chose entre toutes, n'est donc pas atteint.

Il faut reconnaître que cette critique serait fondée si les mots dont on nous demande la suppression n'existaient pas ; mais, comme jusqu'à preuve contraire, ils n'en restent pas moins l'expression de la volonté du législateur, nous pensons que c'est précisément en ces mots qui indiquent

clairement la représentation du mandant par le mandataire, que consiste le caractère distinctif du mandat civil. Par conséquent, toutes les fois qu'une personne aura accepté pouvoir de faire un acte juridique tel qu'un achat, une vente, pour une autre personne, qui l'a constituée son représentant, à l'effet de l'obliger envers des tiers, et d'obliger des tiers envers elle, nous reconnaitrons qu'il s'agit d'un mandat. Partout où ce pouvoir se rencontre, le mandat existe, partout où il fait défaut, il y a louage de services si un prix a été stipulé pour le service à rendre, ou un contrat innomé dans le cas contraire. (v. MM. Aubry et Rau sur Zach. 3^e édition, t. III, p. 370, note 1), — Duvergier. (Du louage. t. II, n^o 26 et s). — Taulier, t. VI, p. 284-297, Pont, Petits contr., n^{os} 823 et s. — Delsol, t. III, § 311. Clamageran (mandat n^{os} 287 à 309).

Les auteurs qui critiquent l'article 1984 pensent au contraire que le caractère distinctif du mandat consiste dans la gratuité.

Mais alors, leur dirons-nous à notre tour, quelle différence essentielle faites-vous entre le louage de services et le mandat salarié qui existe, puisqu'aux termes de l'article 1986 « le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire ? »

Ils nous répondent qu'il n'y a pas de mandat salarié et qu'il faut interpréter cet article en ce sens que, même lorsque le mandat, par suite d'une convention est rémunéré, cet émolument n'est pas un prix véritable, mais une indemnité, un honoraire. Or, l'honoraire ne met pas obstacle à la gratuité du mandat parce qu'il n'est pas, disent-ils, ainsi que le prix, l'équivalent des services rendus lorsqu'ils dépendent d'une profession libérale. Dépendent-ils, au

contraire, d'un art mécanique, il y a contrat de louage entre celui qui les commande et celui qui les fait, à moins qu'ils ne soient entièrement gratuits.

Ainsi dans le cas où un salaire a été stipulé, c'est uniquement la nature ou la qualité des services rendus, considérés au point de vue de la profession dont ils dérivent qui servira à déterminer le caractère des contrats établis. Ce système repose donc tout entier sur une prétendue distinction que le législateur aurait entendu faire entre les professions libérales et les professions industrielles. « Le Code, dit M. Troplong, se lie à la théorie embrassée par les jurisconsultes romains et par les jurisconsultes français, théorie éminemment morale et philosophique, dont on ne pourrait s'écarter sans blesser l'honneur des professions libérales, sans exciter en elles l'esprit de spéculation et de trafic qui doit en être banni pour le bien de la société, sans se jeter enfin dans les dangereuses erreurs d'un matérialisme désolant. » (v. MM. Troplong, louage, nos 791 à 811; — Merlin, Rép., v^o Not., § 6, n^o 4; Championnière et Rigaud, traité des droits d'enregistrement, t. II, nos 1479 et suiv.; — Duranton, t. XVIII, n^o 196. — Marcadé sur l'art. 1779; — Demolombe, Revue de législ., t. II, de 1846, p. 443.)

Voilà certes de bien belles paroles; mais nous ne voyons pas ce que le matérialisme a à faire ici, car nous n'apercevons rien de semblable dans ce sentiment intime de l'homme qui lui dit que toute peine mérite un salaire, et nous pensons que dans l'ordre moral, il importe peu qu'en droit, tel contrat ait tel nom plutôt que tel autre; que les travaux industriels ne puissent être que l'objet d'un louage et les travaux libéraux que l'objet d'un mandat.

Quant à la différence qui existerait entre ces deux genres de travaux on pourrait à la rigueur le contester. En effet, souvent l'intelligence joue un plus grand rôle dans la fabrication d'une machine que dans la confection d'un livre et le travail de tel mécanicien l'emporte de beaucoup, comme œuvre de l'esprit, sur les productions de tel artiste. On pourrait soutenir d'ailleurs que les travaux même les plus matériels exigent néanmoins une certaine application de l'esprit, et réciproquement, que les travaux qui paraissent les plus intellectuels supposent toujours une certaine action purement physique; qu'ainsi la différence n'est pas aussi absolue qu'on veut bien le dire. Nous croyons cependant qu'au point de vue purement moral et philosophique on nierait difficilement une certaine différence entre les arts libéraux, où l'esprit a la principale part, et les arts mécaniques où l'on travaille en général plus de la main que de l'esprit; mais s'ensuit-il qu'en droit, les services rendus par leur accomplissement doivent être soumis à des règles différentes sous prétexte que les uns sont susceptibles d'être appréciés en argent tandis que les autres ne le sont pas?

Et d'abord, il n'est pas exact de dire que les services qui dépendent d'une profession libérale ne sont pas susceptibles d'être appréciés en argent, et ce qui le prouve, c'est qu'on paye par un véritable prix les travaux les plus élevés de l'intelligence. Il est, en effet, universellement reconnu en droit, que la propriété des œuvres de l'esprit se transmet à prix d'argent. Or si le produit d'un travail intellectuel peut être vendu, on peut sans absurdité concevoir que ce travail lui-même puisse faire l'objet d'un louage, et soit payé par un prix. En quoi d'ailleurs la nature du prix

répugne-t-elle à la nature des travaux de l'esprit ? Le prix n'est autre chose que le résultat de la balance entre l'offre et la demande. Plus les services ou le travail d'un individu sont recherchés, plus, par conséquent, ils sont difficiles à obtenir et plus cher on est forcé de les payer. Pourquoi en serait-il autrement quand il s'agit des professions libérales ? Nous voyons au contraire tous les jours que ceux qui les exercent font payer leurs services d'autant plus cher qu'ils sont ou qu'on les croit plus habiles. D'ailleurs, comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire en Droit romain, le prix de services de quelque profession qu'ils dépendent, ne saurait jamais être considéré comme l'exacte représentation de leur valeur ; c'est pour s'y être trompés que beaucoup d'auteurs ont adopté la théorie que nous combattons en ce moment. Ils s'imaginent que le prix dont on paye les services qui dépendent des professions industrielles est l'équivalent de ces services eux-mêmes, comme s'il était possible de trouver une commune mesure entre une somme d'argent et un travail effectué ou des services rendus. A vrai dire, il n'y a aucune espèce de services qui soient réellement appréciables en argent, pas plus ceux du médecin qui arrache le malade à la mort et de l'avocat qui sauve la vie ou la fortune de son client, que ceux de l'ouvrier qui nous vêtit ou du laboureur dont le travail nous fait vivre.

L'expérience nous démontre d'ailleurs que le résultat du travail n'entre pas d'une manière directe dans l'estimation du prix, car lorsque le malade succombe ou que le procès est perdu, le médecin et l'avocat n'en ont pas moins droit à des honoraires. Enfin, il suffit de jeter les yeux autour de soi pour se convaincre que ce n'est pas toujours au mérite des hommes, ni à la nature ou au résultat des

services qu'ils rendent, qu'on estime le prix de leurs travaux. La distinction qu'on a voulu faire entre le prix et l'honoraire d'après la nature des professions est donc peu fondée. Un des partisans du système que nous combattons est obligé lui-même de le reconnaître. « Nous sommes loin de prétendre, dit-il, que ces règles distinctives du louage et du mandat salarié soient à l'abri de la critique. Nous pensons au contraire qu'elles reposent sur des distinctions peu fondées. Cependant elles existent, elles sont constatées par la loi romaine, enseignées par Pothier, soutenues par M. Merlin, consacrées par un arrêt de la Cour de cassation, et, plus que tout cela, rendues nécessaires par le Code civil. » (MM. Championnière et Rigaud, n° 1487.)

Nous ne voyons pas en quoi cette distinction entre le prix et l'honoraire est rendue nécessaire par le Code civil ; il nous paraît au contraire qu'elle aurait pour effet d'introduire l'arbitraire dans les décisions de la justice, puisque le législateur n'a dressé nulle part une liste des professions libérales. En effet, rien dans la loi ni dans la discussion qui l'a précédée ne rappelle la distinction entre les professions libérales et les professions industrielles. A cela on nous répond que cette théorie étant admise en Droit romain et dans l'ancien Droit, le silence du Code confirme l'ancien état de choses, et que pour y déroger, il aurait fallu une disposition expresse. Mais est-il possible que des législateurs imbus des principes de la Révolution de 1789 qui a proclamé l'égalité civile de tous les citoyens, aient entendu maintenir une distinction pareille ? La supposition d'un rang entre les divers états, conséquence naturelle de l'inégalité dans les personnes et dans les biens sur laquelle reposait la constitution romaine et le régime féodal, ne

dut-elle pas nécessairement disparaître avec la cause qui l'avait produite? On nous oppose, il est vrai, les travaux préparatoires du Code, où il est dit qu'on a voulu conserver au mandat son noble caractère de gratuité. Mais quand on présente le mandat comme un acte désintéressé, on fait allusion au cas où le mandataire n'aura point assez de fortune pour faire à son ami le sacrifice de son temps et de ses soins; circonstance qui peut arriver souvent et dans laquelle la rétribution sera moins un lucre qu'une indemnité (Locré, t. xv, p. 234). Il n'est, on le voit, nullement question ici d'un mandataire de profession exerçant une profession libérale. Ajoutons que non-seulement on ne trouve pas de distinction dans nos Codes entre les actes dépendant d'une profession libérale et les services d'un autre genre, mais que certaines dispositions de la loi semblent au contraire les confondre expressément. C'est ainsi que l'article 272 du Code de commerce déclare formellement que « toutes les dispositions concernant les loyers, pansement et rachat des matelots, sont communes aux officiers et à tous autres gens de l'équipage. » On ne contestera sans doute pas à la profession de capitaine de navire le titre de libérale, car il en est peu qui exigent plus d'intelligence et de dévouement; et cependant on voit que la loi le place sur la même ligne que le dernier des matelots en ce qui concerne les règles relatives à leur engagement; tous sont également engagés à loyer, tous sont soumis aux règles du louage de services.

Quant à l'arrêt du 27 janvier 1812 de la Cour de cassation qu'on nous oppose, il assimile à la vérité, dans un cas particulier, un notaire à un mandataire en lui attribuant le bénéfice de l'article 2002 relatif à la solidarité entre les

co-mandants ; mais il ne contient pas un mot qui touche au caractère distinctif du mandat. Cet arrêt n'affaiblit donc en rien notre système, et nous croyons avoir démontré que la distinction entre le prix et l'honoraire d'après la nature ou la qualité des services rendus était contraire à la fois aux règles de l'économie politique, aux textes du Code et aux principes qui depuis 1789 président à notre organisation sociale. Cela admis, l'existence du mandat salarié est suffisamment prouvée. Le caractère distinctif du mandat ne consiste donc pas dans la gratuité ; sa définition légale telle qu'elle nous est donnée par l'article 1984 reste donc entière.

L'intérêt de la question est considérable, à cause des nombreuses différences qui existent entre le louage d'ouvrage et le mandat. Nos adversaires verront souvent un mandat dans le même acte que nous considérerons comme un louage d'ouvrage, et réciproquement, ce qui entraînera des conséquences juridiques extrêmement importantes :

Et d'abord, le louage d'ouvrage étant un contrat synallagmatique, tandis que le mandat, même lorsqu'il est salarié, n'étant jamais, comme nous le verrons bientôt, qu'un contrat unilatéral, celui qui a promis un salaire à un ouvrier pour faire une certaine chose, ne peut résilier le contrat qu'en indemnisant cet ouvrier de ce qu'il aurait gagné en l'exécutant (art. 1794). Le mandant, au contraire, peut, en révoquant le pouvoir qu'il a donné, empêcher ainsi le mandataire de gagner le salaire promis (art. 2004).

Il résulte de ce même principe que l'écrit dressé par les parties pour constater le louage d'industrie doit être

fait double, conformément à l'article 1325. Au contraire, le mandat peut être prouvé par un écrit non fait double. Mais c'est surtout au point de vue de la solidarité que s'agitent de graves intérêts. Ainsi, le notaire aura ou n'aura pas une action solidaire contre tous les clients pour lesquels il instrumente dans une affaire qui leur est commune, suivant qu'on considérera ses services comme provenant d'un mandat ou d'un louage d'ouvrage. En effet, tandis que la solidarité n'existe à l'égard des co-locateurs qu'autant qu'elle a été expressément stipulée, elle a lieu de plein droit à l'égard des co-mandants (art. 2002). On pourrait citer encore bien d'autres différences entre ces deux contrats, mais ce que nous avons dit suffira pour montrer l'intérêt qu'il y a à ne pas les confondre.

Après avoir montré les principales différences qui existent entre le louage d'ouvrage et le mandat, nous devons faire une comparaison sommaire de ce dernier contrat et de quelques autres avec lesquels il présente de l'analogie, ce qui nous donnera l'occasion de rappeler chacun de ses caractères principaux.

Et d'abord, c'est un contrat, ce qui le distingue de la gestion d'affaires proprement dite, qui n'est qu'un quasi-contrat.

C'est un contrat de Droit civil qui a nécessairement pour objet une opération civile. Par là il se distingue de la commission, qui, étant un contrat de droit commercial, a nécessairement pour objet une opération commerciale. Ajoutons que le mandataire agit toujours au nom de son mandant, tandis que le commissionnaire agit ordinairement comme le mandataire en Droit romain, c'est-à-dire en son nom personnel.

C'est un contrat consensuel, ce qui le distingue du dépôt, qui est un contrat réel.

C'est un contrat unilatéral; il n'y a en effet d'obligation, dès le principe, que du côté du mandataire. Les obligations du mandant naissent seulement *ex post facto*. Le mandat ne perd pas même son caractère d'unilatéral lorsqu'il est salarié, puisque le mandant, aux termes de l'article 2004, est libre de révoquer sa procuration. Le mandat se distingue en cela de la société, qui est un contrat synallagmatique.

C'est un contrat principal, ce qui le distingue du cautionnement, qui n'est qu'un contrat accessoire.

C'est, enfin, un contrat nommé; il diffère en cela du contrat par lequel une personne appelée prête-nom, qui n'est pas un commissionnaire, se charge de contracter en son propre nom, acheter, par exemple, pour le compte d'autrui.

Ajoutons à ces caractères distinctifs du mandat, dont le principal consiste, comme nous l'avons vu plus haut, dans la représentation du mandant par le mandataire, la gratuité, qui, bien qu'elle ne soit pas, comme nous croyons l'avoir démontré, de l'essence du mandat, comme en Droit romain, n'en est pas moins de sa nature, puisqu'on la présume toutes les fois que la convention des parties est muette sur ce point (art. 1986).

II. — Preuve de la procuration et de son acceptation.

La procuration et son acceptation peuvent être données verbalement ou par écrit. Même, dans ce dernier cas,

l'écrit qui prouve la formation du contrat n'est assujéti à aucune forme particulière, puisqu'aux termes de l'art. 1985, il n'est pas nécessaire qu'il soit passé devant notaire ; un acte sous seing privé et même une simple lettre sont suffisants. La loi exige cependant, dans certains cas exceptionnels, une procuration authentique, par exemple quand le mandataire doit comparaître devant l'officier de l'état civil (art. 36) ; former opposition à un mariage ; accepter une donation entre-vifs (art. 933) ; s'inscrire en faux (art. 218 C. de Pr.). Enfin, la loi du 21 juin 1843 décide que la procuration doit être authentique toutes les fois que l'authenticité est exigée pour l'acte qui fait l'objet du mandat. Lorsque la procuration est rédigée sous seing privé, un seul original suffit ; car le mandat étant un contrat unilatéral, même lorsqu'il est salarié, l'écrit qui le constate n'est pas soumis aux prescriptions de l'article 1325.

A défaut d'écrit, les parties devront nécessairement, pour établir la preuve du contrat, recourir à la délation du serment ou à l'interrogatoire sur faits et articles. Cependant, lorsque l'affaire qui fait l'objet du mandat ne dépasse pas 150 fr. (art. 1341), ou s'il existe un commencement de preuve par écrit (art. 1347), la preuve testimoniale sera admissible. Il a été jugé, par un arrêt de la Cour de cassation du 4 août 1835, qu'une procuration en blanc constituait un commencement de preuve par écrit. La preuve testimoniale serait encore admise, d'après l'article 1348, toutes les fois qu'il n'aurait pas été possible aux parties de se procurer une preuve écrite, ou que l'écrit dressé aurait péri par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure.

L'acceptation de la procuration peut même n'être que tacite, et résulter de l'exécution du mandat (art. 1985, 2^e alin.). Mais peut-elle aussi résulter du seul silence de la personne à laquelle on offre une procuration ? Non, en règle générale, car ne pas refuser, ce n'est pas non plus accepter. Tout dépend, du reste, des circonstances dans lesquelles l'offre s'est produite. Ainsi, par exemple, lorsqu'une personne à laquelle on offre un acte de procuration le met dans sa poche, après en avoir pris connaissance, son acceptation sera suffisamment prouvée par ce simple fait (M. Mourlon, t. III, p. 433). Il n'en serait pas de même si cette personne, mise en demeure de se prononcer dans un certain délai, laissait expirer ce délai sans répondre, car il serait injuste que par cela seul qu'elle n'aurait pas répondu, soit par oubli, soit par négligence ou autrement, elle se trouvât, contre sa volonté, engagée dans un contrat.

Nous admettons cependant une exception pour le cas où les relations antérieures des parties auraient autorisé ce mode de proposition, surtout si un mode semblable avait déjà été employé par elles (V. M. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, n^o 58, p. 56).

Il faudrait, pensons-nous, décider de même lorsque le mandataire est de ceux qui doivent leurs offices à toute personne qui se présente, comme un avoué, par exemple.

Nous venons de voir que l'acceptation de la procuration pouvait n'être que tacite ; en est-il de même de la procuration elle-même ?

La raison de douter, c'est que dans le premier paragraphe de l'article 1985, le législateur s'exprime ainsi :

« Le mandat peut être donné ou par acte public, ou par écrit sous seing privé, même par lettre. Il peut aussi être donné verbalement... » Donc, est-on tenté d'en conclure, il ne peut être donné tacitement. Et cette induction est encore corroborée par l'opposition qui existe entre ce premier alinéa et le second, qui nous dit que « l'acceptation du mandat peut n'être que tacite. » En second lieu, l'article 1372 déclare qu'il peut y avoir quasi-contrat de gestion d'affaires, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore. Donc, disent les auteurs qui veulent tirer de ces arguments de textes la preuve que le Code n'admet pas les procurations tacites, le mandat ne peut pas être donné tacitement, car s'il était reconnu par la loi, il aurait précisément lieu dans le cas où le propriétaire connaît la gestion et ne s'y oppose pas. (Toullier, t. xi, n° 25 et suiv. ; Proudhon, *Usufruit*, t. iii, n° 1327.)

D'autres auteurs, parmi lesquels nous citerons MM. Delamarre et Lepoitevin (t. ii, nos 45 et suiv.), soutiennent la même opinion, tout en reconnaissant qu'en fait, il existe des mandats tacites qui résultent de cas particuliers et dont l'existence est constatée par plusieurs arrêts (Cass., 25 janvier 1821 ; 2 avril 1822).

Nous n'adopterons ni l'un ni l'autre de ces systèmes, car nous croyons, malgré les arguments de texte qu'on nous expose, que le Code reconnaît parfaitement le mandat tacite. En effet, il résulte des discussions au Conseil d'Etat (Loché, t. xv, p. 226) que le mot verbalement de l'article 1985 ne doit pas être pris à la lettre, mais qu'il n'a été employé que par opposition à ces mots de l'art. 2 du projet correspondant à l'art. 1985 : « Le mandat doit

être écrit, » et pour indiquer par là qu'il peut être donné par écrit ou sans écrit. Or, il n'est pas nécessaire de prononcer des paroles pour manifester sa volonté en dehors de tout autre écrit qui la constate, nous dit M. Troplong (*Mandat*, n. 118 et suiv.). Nous trouvons, en effet, dans les travaux préparatoires, que « le mandat n'est assujéti à aucune forme particulière qui soit essentielle à sa validité ; » car « il est de la nature des contrats consensuels, disait le tribun Tarrible, que le consentement puisse être donné dans toute forme propre à le manifester (Locré, t. xv, p. 262 et 244). Le consentement peut donc être donné par signes et résulter même d'un simple fait ; car les faits n'ont pas moins d'énergie que les paroles. Comment concevoir d'ailleurs, que le législateur, si ennemi des formes subtiles du Droit romain, se soit montré en cette matière plus rigoriste que le Droit romain lui-même ? Tout nous prouve au contraire, et l'esprit général de notre Code en fait foi, que le législateur est favorable au consentement tacite. C'est ainsi que l'art. 1738 admet que les baux sont renouvelables par tacite reconduction, et qu'une solution analogue est donnée par l'art. 1759. L'article 1922, relatif au dépôt, reconnaît aussi le consentement tacite. Enfin, l'art. 556 du Code de procédure fournit un exemple de procuration tacite. Nous y lisons en effet que : « la remise de l'acte ou du jugement à l'huissier vaudra pouvoir pour toutes exécutions autres que la saisie immobilière et l'emprisonnement, pour lesquels il sera besoin d'un pouvoir spécial. »

Quant à ces mots de l'art. 1372 : « soit que le maître connaisse la gestion », on peut les interpréter dans le sens qu'ils se réfèrent au cas où le maître a eu connais-

sance de la gestion, sans avoir eu la volonté de l'autoriser.

Mais toutes les fois que cette volonté résultera clairement des circonstances, soit qu'elle soit manifestée par des faits, soit dans certains cas par la tolérance du maître de l'affaire, par exemple, comme nous l'avons déjà dit au sujet de l'acceptation, si un mode semblable avait déjà été employé, il y aura contrat tacite de mandat. (MM. Aubry et Rau, t. III, p. 460, n. 2 ; Merlin, *Répert.*, v. *Autor. marit.*, sect. VII, n^{os} 1 et 7 ; civ. rejet. , 2 avril 1822 ; 14 janvier 1826.)

Le mandat tacite résulte même, dans certains cas, de la situation respective des parties. C'est ainsi que la femme mariée est en général considérée comme ayant mandat tacite du mari pour les dépenses du ménage et même pour acheter les provisions ou marchandises nécessaires à la profession ou au commerce de son mari, lorsqu'elle a l'habitude de traiter en son nom.

De même, l'huissier porteur du titre qu'il a pouvoir de mettre à exécution a, par cela même, mandat tacite pour recevoir la somme due et en donner quittance (Req., 3 déc. 1838 ; 3 août 1830.) Mais la simple indication d'un lieu pour effectuer le paiement d'une créance, même dans une étude de notaire, ne confère pas de plein droit et à elle seule pouvoir au notaire de recevoir les fonds et de donner quittance (Cass., 23 nov. 1830 ; Lyon, 18 févr. 1860).

La question que nous venons d'examiner présente un intérêt pratique considérable à cause des différences importantes qui existent entre les effets produits par la gestion d'affaires et par le mandat. Tandis que le gérant n'a de recours contre le maître de l'affaire qu'autant qu'il

a géré avec succès, et ne peut lui réclamer que les dépenses utiles ou nécessaires (art. 1375); le mandataire, au contraire, a droit au remboursement de toutes ses avances, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi ou qu'il aurait pu l'exécuter à moindres frais, pourvu toutefois qu'aucune faute ne lui soit imputable. (art. 1999). Une seconde différence se produit lorsque le maître de l'affaire vient à mourir. Dans ce cas, s'il s'agit d'un mandat, le mandataire n'est tenu d'achever l'affaire commencée qu'autant qu'il y a péril en la demeure; si au contraire l'affaire a été gérée sans mandat, le gérant devra continuer la gestion, non pas seulement lorsqu'il y a péril en la demeure, mais dans tous les cas, et jusqu'à ce que l'héritier ait pu prendre la direction de l'affaire (art. 1373). Telles sont les principales différences qui existent entre la gestion d'affaires et le mandat. On voit que le mandataire est traité par la loi plus favorablement que le gérant.

III. — Des conditions essentielles pour la validité du mandat.

Outre le consentement, exprès ou tacite, sans lequel aucun contrat ne pourrait se former, il faut :

1^o Que l'affaire qu'il a pour objet soit possible. Ainsi serait nul le mandat donné à une personne autre qu'un avoué, de faire une procédure devant les tribunaux.

2^o Qu'elle soit honnête et licite; licite, non-seulement d'une manière absolue, mais aussi d'une manière relative.

C'est ainsi qu'en vertu du principe : *qui mandat ipse fecisse videtur*, il n'est pas permis de faire indirectement par l'intermédiaire d'une autre personne, ce qu'on n'a pas le droit de faire directement par soi-même. Par exemple, le tuteur qui, aux termes des articles 450 et 1596 ne peut pas acheter les biens de son pupille, ne pourrait pas valablement donner mandat d'acheter ces mêmes biens.

3^o Qu'elle intéresse le mandant, car il est de principe que l'intérêt est la mesure des actions. Le mandant ne pourrait donc pas réclamer l'exécution du mandat s'il n'y était nullement intéressé, c'est ce qui arriverait si le mandat avait été donné dans le seul intérêt d'un tiers. Cette inexécution ne cause, en effet, aucun dommage au mandant et ne le prive d'aucun gain. Il en serait autrement, si, après coup, le mandant devenait intéressé à un titre quelconque, ou si le mandataire avait volontairement exécuté le mandat. En effet, dans ce dernier cas, le mandant étant devenu responsable, envers le tiers dont les affaires sont gérées, des suites de la gestion entreprise par son ordre, a un intérêt appréciable à ce qu'elle soit menée à bonne fin. Une autre conséquence du principe que l'affaire doit intéresser le mandant, c'est que le mandat ne peut pas être donné dans le seul intérêt du mandataire. Ce n'est qu'un simple conseil qui ne lie personne. Il en est de même de la simple recommandation. Mais s'il y avait dol de la part de celui qui conseille ou qui recommande, ou s'il engageait à quelque perte qu'on puisse lui imputer, comme s'il faisait prêter de l'argent à un inconnu à qui on ne prête que sur l'assurance qu'il donne qu'on sera bien payé, il en répondra.

4^o Qu'elle consiste dans l'accomplissement d'un acte

juridique. C'est ce qui résulte de la définition du mandat telle qu'elle nous est donnée par l'art. 1984, qui fait consister le caractère distinctif du mandat dans la représentation du mandant par le mandataire. On ne conçoit pas en effet que la représentation soit possible en dehors d'un acte juridique; car celui qui n'accomplit pour moi qu'un simple fait ne représente pas ma personne civile. Il ne faudrait cependant pas s'imaginer que tous les actes juridiques sans exception puissent faire l'objet d'un mandat: il en est qui, par leur nature même ou en vertu d'une disposition de la loi, ne peuvent être faits que par la personne qu'ils intéressent.

5° Que le mandant soit capable de s'obliger. — L'art. 1990 en ne traitant que de la capacité requise pour recevoir un mandat, prouve par *a contrario* que la capacité pour donner un mandat est soumise aux règles du droit commun telles qu'elles sont exposées dans les articles 1123, 1124 et 1125. Par conséquent, ni les interdits, ni les mineurs, ni les femmes mariées ne peuvent valablement donner un mandat. Il y a cependant exception pour ces deux dernières catégories d'incapables, lorsqu'il s'agit d'un acte d'administration qu'ils ont le droit d'accomplir eux-mêmes. Nous savons en effet, que le mineur émancipé peut faire tous les actes qui ne sont que de pure administration (art. 481); et que la femme mariée a dans certains cas le même droit, lorsqu'elle a des biens paraphernaux (art. 1576) ou qu'elle est séparée de biens (articles 1536 et 1449). Aux termes de ce dernier article; elle peut même disposer de son mobilier et l'aliéner; elle pourrait donc donner mandat à cet effet. A part ces quelques exceptions et celles qui sont relatives au mineur émancipé

qui fait un commerce (art. 487) et à la femme mariée marchande publique qui, aux termes de l'art. 220, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce; l'exécution d'un mandat donné par un incapable n'oblige celui-ci ni envers le mandataire, qui reste chargé des dépenses par lui faites, ni envers les tiers qui ont traité avec le mandataire. Le mandant incapable peut cependant être poursuivi par une action *de in rem verso*, au cas où il aurait retiré un profit de l'exécution du mandat et dans la mesure de ce profit.

Est-il nécessaire que le mandataire soit également capable? Le rôle que joue le mandataire n'exige nullement sa capacité, du moins à l'égard des tiers. Son incapacité doit bien avoir pour effet de le soustraire plus ou moins complètement à ses obligations envers son mandant, mais elle ne peut en rien influencer sur la validité des pouvoirs que la volonté de ce dernier, juge de son propre intérêt, lui a confiés. Qu'importe en effet au tiers avec lequel on doit traiter, que le mandataire n'eût point capacité de traiter pour lui personnellement! Le mandataire n'est à l'égard du tiers que le représentant du mandant qui lui transmet sa propre capacité, quand à l'affaire pour laquelle il l'a choisi. « Relativement aux tiers, disait le tribun Tarrible, le mandataire ne traite pas de ses propres intérêts; il ne contracte aucune obligation personnelle, il fait l'affaire de son commettant d'après les intentions tracées dans le mandat; il n'est que le simple organe de ce même commettant qui demeure seul obligé envers le tiers par la transaction passée en son nom, lorsqu'elle est conforme au vœu qu'il a exprimé. (V. Locré, t. xv, p. 249).

Ainsi la capacité du mandataire n'intéresse nullement

les tiers; ils n'ont à s'assurer que de deux choses : si le mandant au nom duquel on traite est capable, et si le mandataire n'excède pas les limites de son mandat. Bien que l'art. 1990 ne parle que de la femme mariée et du mineur émancipé, nous croyons avec la généralité des auteurs, que le mineur non émancipé et l'interdit peuvent aussi être choisis comme mandataires. Comme il est extrêmement rare que la gestion d'un affaire leur soit confiée, la loi a omis de les mentionner d'une manière spéciale mais n'a pas pour cela entendu les exclure. L'art. 1990, n'a pas en effet été rédigé dans un esprit d'exclusion. La section de législation du tribunaat avait proposé de le supprimer, sous prétexte qu'il ne faisait que se référer aux principes généraux ; mais on crut devoir le conserver afin de prévenir toute controverse sur l'application des règles du Droit commun, au cas où le mandat avait été donné à une personne jouissant de l'administration de sa fortune sans en avoir la disposition. (V. Locré, t. xv, p. 228, et MM. Aubry et Rau, t. III, p. 462, note 8).

Quand à ce qui concerne l'action du mandant contre le mandataire à raison de la gestion de ce dernier, l'art. 1990 nous dit que « le mandant n'a d'action contre le mandataire mineur que d'après les règles générales relatives aux obligations des mineurs, et contre la femme mariée et qui a accepté le mandat sans autorisation de son mari, que d'après les règles établies au titre du contrat de mariage et des droits respectifs des époux. » Le mandant qui n'a en effet de reproches à faire qu'à sa propre imprudence, en choisissant pour mandataire une personne qui n'avait pas la libre faculté de s'engager, ne pourra point recourir sur les biens du mandataire mineur

à raison des opérations du mandat, à moins qu'il ne soit prouvé qu'elles ont tourné au profit de celui-ci; et dans ce dernier cas ce dernier n'est tenu que jusqu'à concurrence de ce dont il aura profité. De même, dans le cas où il est *doli capax*, l'art. 408, C. pénal, lui sera applicable, s'il a commis quelque fait délictueux au préjudice du mandant. Si c'est une femme mariée qui a accepté le mandat sans l'autorisation de son mari, le mandant ne pourra pas la poursuivre sur les biens de la communauté.

IV. — Des diverses espèces de mandats.

Nous avons déjà vu que le mandat pouvait être gratuit ou salarié (art. 1986).

On dit encore qu'il est conventionnel, quand il est l'œuvre des parties elles-mêmes; légal, quand c'est la loi qui le donne; ainsi le tuteur est le mandataire légal du mineur (art. 450); judiciaire, quand il est donné par le tribunal, comme lorsqu'il nomme un notaire pour représenter les présumés absents, dans les inventaires, comptes, partages et liquidations dans lesquels ils sont intéressés. (art. 113).

On distingue encore le mandat civil et le mandat commercial, selon qu'il a pour objet une opération civile ou une opération commerciale; le mandat *ad negotia* et le mandat *ad litem*. Ce dernier est celui qu'on donne aux avoués.

Considéré sous le rapport de son étendue, le mandat,

est ou spécial, et pour une affaire ou certaines affaires seulement; ou général, et pour toutes les affaires du mandant. (art. 1987).

Dans l'un et l'autre cas, « le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès. » (art. 1988). M. Berlier nous en donne le motif: « En matière de propriété, dit-il, l'on ne doit pas facilement présumer qu'on ait voulu remettre à un tiers le droit d'en disposer, et si on l'a voulu, il est si facile de l'exprimer formellement, que la loi peut bien en imposer l'obligation, seul moyen de prévenir toute équivoque et d'obvier aux surprises et aux erreurs. (Loché, t. xv, p. 235).

Ceci décide une question très-controversée dans l'ancien Droit, sur la différence qui était censée exister entre le *procurator totorum bonorum* constitué *simpliciter*, et le *procurator totorum bonorum cum libera administratione*. On prétendait généralement que celui-ci pouvait aliéner, et que l'autre ne le pouvait pas. La disposition du Code est beaucoup plus exacte.

Mais que doit-on entendre par les actes d'administration auxquels est restreint le mandat conçu en termes généraux? On doit entendre tous les actes qui tendent à conserver et à faire valoir la fortune d'une personne, et non à l'augmenter ou à la diminuer.

Parmi les actes qui tendent à la conserver, on peut citer :

Le recouvrement des capitaux exigibles, et leur encaissement sous quittance. (Bordeaux, 22 janvier 1827);

L'interruption des prescriptions;

Les emprunts pour grosses réparations ou pour les nécessités du commerce confié au mandataire. (Rejet, 15 février 1830);

Le paiement des dettes exigibles;

Les saisies mobilières;

Les actions mobilières et possessoires (Merlin, Rep., v^o Proc., § 2).

Parmi les actes qui tendent à la faire valoir, on comprend :

L'achat des objets nécessaires pour l'exploitation des terres et des usines;

La perception des revenus de toute nature;

Les baux de trois, six ou neuf ans qui aux termes des articles 1429, 1430, 1718 et 596, peuvent être faits par le mari, le tuteur et l'usufruitier.

L'aliénation elle-même n'est quelquefois qu'un acte d'administration; c'est ainsi que la vente d'une récolte, d'une coupe de bois, d'objets mobiliers sujets à dépérissement, ne sera pas soumise à la prohibition de l'art. 1988, § 2.

Mais que décider pour la novation? Un mandat conçu en termes généraux peut-il suffire, ou bien au contraire faut-il un mandat exprès? Quoique bon nombre d'auteurs modernes tiennent pour ce dernier avis, nous croyons avec Pothier (Traité des obligations, n^o 557) que le premier est préférable. On nous oppose, il est vrai, que le *procurator omnium bonorum* doit se renfermer dans les limites d'une large administration; et que par suite tous les actes d'aliénation et notamment la novation qui figure parmi eux, lui sont interdits. Pour voir dans la novation un acte d'aliénation, il faut ne la regarder que d'un seul côté; vue dans son ensemble elle est toute autre chose. La créance

primitive disparaît, sans doute, mais pour se perpétuer dans celle qui prend sa place. On ne saurait donc la ranger parmi les actes d'aliénation dans le sens propre de ce mot. Elle se rapproche plutôt des actes d'administration, car elle tend, comme eux, à maintenir le patrimoine dans le même état. Si dans des cas exceptionnels elle peut avoir pour résultat de l'augmenter ou de le diminuer en substituant, par exemple, à une créance sujette à être annulée, une créance valable ou réciproquement, c'est la part du zèle ou de la négligence du mandataire, de son habileté ou de son ignorance.

Au contraire, on peut ranger parmi les actes de propriété :

L'aliénation et l'hypothèque dont il est question dans l'art. 1988, § 2;

Les baux excédant la durée de neuf ans, (art. 1429 par analogie);

Les actions immobilières qui tendent à compromettre la propriété d'un immeuble;

Les actions en partage (art. 818 par analogie);

Les transactions;

Les compromis,

L'acceptation d'une succession, même sous bénéfice d'inventaire (art. 461 par analogie).

Quant à l'acceptation des donations, comme ce n'est pas un acte d'administration, on exige aussi une procuration expresse, portant pouvoir spécial d'accepter une donation déterminée, ou pouvoir général d'accepter les donations qui auraient été ou qui pourraient être faites (art. 933).

Quand le mandat est exprès, le mandataire ne doit faire

aucun autre acte que celui qui lui a été prescrit, à moins qu'il n'en soit la conséquence naturelle et prévue.

Ainsi, le mandat de vendre au comptant des objets mobiliers, contient nécessairement mandat de toucher le prix. Il n'en serait pas de même s'il s'agissait de la vente d'objets immobiliers. (Req., 18 novembre 1824. — Rouen, 9 nov. 1839). De même le mandat de transiger ne renferme pas celui de compromettre (art. 1989).

Ces deux pouvoirs, quoique tendant l'un et l'autre à terminer un procès, diffèrent cependant, disait le tribun Tarrible, par des nuances qu'il était utile de marquer. Le premier donne au mandataire la faculté de terminer lui-même le procès aux conditions qu'il juge convenable; le second lui donne celle de soumettre le procès à un jugement d'arbitres. Terminer par son propre jugement ou par jugement d'arbitres, sont deux choses différentes que le mandataire ne peut confondre sans dénaturer l'objet du mandat.

Le mandat de se désister et de transiger, contient au contraire le mandat de ratifier la renonciation faite sans pouvoir exprès, dans une instance, par un avoué du mandant à une exception existant en faveur de son client. (Cass., 26 mars 1834).

Un tel mandat comprend aussi le pouvoir de faire des aveux ou reconnaissances (Douai, 13 mai 1836).

De même le mandat exprès à l'effet de payer les dettes du mandant est considéré comme renfermant nécessairement le mandat d'emprunter, si le mandataire n'a pas à sa disposition des fonds suffisants.

CHAPITRE II.

DES OBLIGATIONS DU MANDATAIRE ENVERS LE MANDANT ET ENVERS LES TIERS.

§ I. Obligations du mandataire envers le mandant.

Le mandataire est tenu de trois obligations principales ; il doit : 1^o accomplir le mandat ; 2^o l'exécuter avec l'attention d'un bon père de famille ; 3^o rendre compte de sa gestion.

Reprenons successivement chacune de ces obligations.

I. — Celui qui a accepté le mandat était libre de le refuser, mais une fois qu'il l'a accepté, il doit l'accomplir c'est-à-dire terminer entièrement l'affaire qui en fait l'objet, avec toutes ses dépendances nécessaires, faute de quoi il sera, d'après l'art. 1991, passible des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution.

Il ne faudrait cependant pas conclure de là que le mandataire est toujours responsable de l'inexécution du mandat ; aux termes de ce même article il n'en répond que tant qu'il en demeure chargé ; or nous verrons plus loin que plusieurs causes déchargent le mandataire de l'obligation d'exécuter le mandat. Il peut même arriver que des dommages-intérêts ne soient pas dus à raison de l'inexécution du mandat,

bien que le mandataire ne puisse invoquer aucune excuse légitime : c'est dans le cas où l'inexécution n'a causé aucun préjudice au mandant.

Delvincourt cite à ce sujet l'exemple suivant : J'ai donné pouvoir d'acheter une maison : mon mandat n'a pas été exécuté, mais, dans le même temps, le feu du ciel tombe sur cette maison et la consume. Il est évident que je n'aurai pas d'action, (t. 2, p. 599).

Bien plus on peut concevoir telle hypothèse ou l'inexécution de l'ordre qu'il a reçu, loin de rendre le mandataire passible des dommages-intérêts, constitue, au contraire, pour lui un devoir. C'est ainsi, par exemple, que s'il a reçu le mandat de négocier des traites avec un banquier dont le mandant ignorait la faillite, il devra ne pas exécuter l'ordre.

Dans le cas où le mandant aurait souffert quelque préjudice à raison de l'inexécution il faudrait, croyons-nous, appliquer la règle posée dans l'art. 1149, et décider que les dommages-intérêts devront égaler non-seulement la perte qui a été éprouvée, mais encore le gain dont le mandant a été privé.

De quelle manière le mandat doit-il être exécuté ? Le mandataire doit s'en tenir strictement à la teneur de ses ordres et il est raisonnable qu'il en soit ainsi, parce que le plus souvent la distance de sa position ne le rend pas propre à juger des vues et des intentions de son mandant. En conséquence il doit se soumettre aveuglément à ce qui lui a été prescrit, à moins que le mandat n'ait été donné *plena manu*, ce qui permet au mandataire de choisir lui-même le mode d'exécution.

Mais que décider dans le cas où le mandataire a acheté plus cher l'objet qu'il était chargé d'acquérir pour un prix

fixé? On devra nous paraît-il, décider, conformément à l'avis des Proculiens, que le mandant n'aura rien à dire si le mandataire consent à perdre la différence. Quant aux tiers ils n'auront recours contre le mandant que jusqu'à concurrence du prix fixé par l'ordre.

Le mandataire peut aussi rester en deçà de son mandat, c'est-à-dire n'exécuter qu'une partie de sa mission. Dans ce cas il a été jugé que l'accomplissement partiel ou insuffisant du mandat équivalait au non accomplissement. (Montpellier, 10 juillet 1829. Cass. 6 avril 1831).

Le respect pour l'intention du mandant va si loin que, l'affaire fut-elle plus avantageuse, elle pourrait-être laissée pour compte au mandataire si elle n'était pas conforme à l'ordre donné.

II. — La seconde obligation du mandataire consiste à apporter à l'affaire qui lui est confiée les soins d'un bon père de famille. On comprend en effet que le mandataire dont le rôle exige une certaine diligence, soit tenu plus strictement que le dépositaire qui n'est obligé d'apporter dans la garde de la chose déposée que les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent (art. 1927)..

Le mandataire devra donc répondre, non seulement de son dol, mais même de ses fautes. Cette règle s'appliquera néanmoins, moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire. C'est ce qui résulte de l'art. 1992. On devra encore avoir égard aux diverses circonstances qui peuvent rendre le mandataire excusable, et se montrer plus indulgent pour celui qui, loin de s'offrir lui-même pour gérer les affaires du mandant,

ne s'en est chargé que sur ses instances. La modicité du salaire devra aussi être prise en considération. Enfin, lorsque le mandataire a été sans sa faute, empêché d'exécuter ses obligations par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, il est évident qu'il n'y a lieu de sa part à aucune responsabilité, à moins qu'il ne s'en soit chargé expressément. C'est au mandataire à prouver le cas fortuit ou de force majeure, puisqu'aux termes de l'art 1315, c'est à celui qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation.

Mais une fois cette preuve faite, est-ce au mandant à établir que le cas fortuit est arrivé par la faute du mandataire? Ou bien est-ce, au contraire, à celui-ci à prouver qu'il est arrivé sans sa faute? C'est au mandataire qu'incombe la preuve. On peut en effet lui répondre avec M. Troplong : Vous devez prouver le cas fortuit (art. 1315); or, le cas n'est pas fortuit s'il a été précédé d'une faute; prouvez donc n'en avoir pas commis. »

On invoquerait en vain contre cette interprétation l'art 1808 d'après lequel le bailleur d'un cheptel est tenu de prouver la faute qu'il impute au preneur. Cet article relatif à un cas spécial, ne peut être entendu comme règle générale.

A propos de la responsabilité du mandataire, on s'est demandé si celui-ci, se trouvant dans l'alternative de sacrifier sa chose ou celle du mandant a le droit de sauvegarder ses propres intérêts? Suivant M. Troplong, (n° 409) il faut distinguer si le mandat est gratuit ou salarié. Dans ce premier cas le mandataire est libre de préférer sa chose à celle du mandant, car la bienveillance qui l'a porté à rendre service ne peut pas avoir pour effet de lui causer un

notable préjudice; dans le second cas, au contraire, le salaire étant à la fois la récompense des peines que se donne le mandataire et le prix des risques qu'il court, il est placé par la loi dans une position moins favorable; il doit donc sacrifier sa propre chose pour conserver celle du mandant. S'il ne le fait pas, il se trouvera dans la même situation que l'emprunteur qui a sauvé sa propre chose en laissant périr l'objet prêté (art. 1882).

Cette solution ne nous paraît pas cependant irréprochable. Si elle est parfaitement admissible dans le cas où les deux objets sont de même valeur, on ne comprend pas que le mandataire gratuit puisse préférer sa propre chose à celle du mandant lorsque celle-ci a une valeur plus considérable, car il n'agirait pas comme un bon administrateur. Il devra donc toujours sauver la chose la plus précieuse, mais comme d'un autre côté, il ne doit pas supporter un préjudice pour avoir voulu rendre service, le mandant devra l'indemniser. Quant au mandataire salarié, sans qu'il y ait lieu de comparer la valeur respective des deux choses, il devra, dans tous les cas, être considéré comme responsable de la perte. Son intérêt l'engagera d'ailleurs à sauver la plus précieuse, si c'est celle du mandant il perdra moins, et si c'est la sienne il gagnera toujours la différence.

Si le mandataire avait, au moment du sinistre, plusieurs choses appartenant à divers mandants, il devrait sauver d'abord les plus précieuses; car c'est ainsi qu'agirait un bon administrateur.

Le mandataire est responsable, non-seulement de ses fautes, mais même de celles qu'a pu commettre la personne à laquelle il a confié l'exécution totale ou partielle

du mandat, si celle-ci n'a pas été choisie par le mandant. A part cette exception, la responsabilité du mandataire varie selon qu'il a ou non reçu le pouvoir général de se substituer quelqu'un. Dans le premier cas, il ne doit répondre que du mauvais choix qu'il aurait fait, et ce choix n'engage sa responsabilité qu'autant qu'il aurait porté sur une personne notoirement incapable ou insolvable. Dans le second cas, il est évident que le mandataire agissant à ses risques et périls, doit répondre du fait du substitué comme du sien propre (V. art. 1994).

Mais que faudrait-il décider si le mandat contenait défense expresse de substituer? Le mandataire qui ne tiendrait pas compte de cette défense commettrait un dol et devrait être responsable, non-seulement des fautes de son substitué, mais encore des cas fortuits et de force majeure. La défense comme la permission de substituer peut être expresse ou tacite et résulter des circonstances.

Dans tous les cas où le mandataire est responsable du fait de son substitué, l'art. 1994 permet au mandant d'agir directement contre ce dernier. Cette disposition a l'avantage d'éviter un circuit d'action et de sauvegarder les intérêts du mandant en cas de faillite du mandataire, tandis qu'il n'aurait eu, dans ce cas, qu'une partie du produit de son action, s'il n'avait pu agir contre le substitué qu'en qualité de créancier du mandataire, conformément à l'art. 1166.

De même que le mandataire répond du fait de son substitué, parce que ce fait lui est imputable, il semble également que, lorsque plusieurs mandataires sont chargés de la même affaire, ils devraient répondre du fait les uns des autres, en tant que le fait de l'un pourrait être imputé au

défaut de surveillance de l'autre. Aussi les jurisconsultes romains décidaient-ils qu'il y avait solidarité entre eux. Telle était la règle posée par la loi 60. Mais la Novelle 99 de Justinien, en décidant d'une manière générale que la solidarité ne pouvait pas avoir lieu de plein droit, ne l'avait-elle pas abrogée ? Plusieurs auteurs le soutenaient dans notre ancien Droit ; mais on adoptait généralement l'opinion contraire. « La disposition de la Novelle, disait Pothier, ne doit pas s'étendre aux solidarités qui se forment par la nature même de l'engagement, telle qu'est celle de deux mandataires qu'on a chargés de la gestion d'une ou de plusieurs affaires. Cette gestion n'ayant pas été partagée entre eux, et chacun d'eux s'étant chargé de cette gestion pour le total, il est de la nature de leur engagement qu'ils en soient chargés chacun pour le total, et, par conséquent, solidairement. (Poth., mand., n° 63). »

Les rédacteurs du Code n'ont pas adopté cette doctrine, et ont au contraire décidé, dans l'art. 1995, que « lorsqu'il y a plusieurs fondés de pouvoirs ou mandataires établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée. » Ils ont sans doute voulu faire cesser toute controverse sur ce point, car ils auraient pu se dispenser de répéter ici ce qu'ils avaient déjà dit dans l'art. 1202, qui contient le principe général en cette matière. Aux termes de ce dernier article, la solidarité n'a lieu, de plein droit, qu'en vertu d'une disposition de la loi. Nous en trouvons un exemple dans l'art. 1033, qui décide que les exécuteurs testamentaires sont solidairement responsables ; ce qui s'explique fort bien, car ces mandataires n'ayant pas été choisis par l'héritier, il fallait donner à celui-ci le plus de garanties possible. Ainsi donc,

dans ce cas, de même que lorsque la solidarité est conventionnelle, tous les effets de la solidarité se produiront (art. 1,200 et suiv.).

Il n'en serait pas de même, si plusieurs mandataires, au lieu d'avoir été établis par un seul et même acte, contenant stipulation de solidarité, avaient été constitués pour la même affaire par des actes différents, avec déclaration que le second mandat ne révoque pas le premier. En effet, bien qu'ils soient tenus *in solidum*, en ce sens que chacun d'eux peut être poursuivi pour le tout, puisqu'il s'est chargé d'accomplir l'entier mandat, ce n'est cependant pas la solidarité proprement dite qui existe entre eux, car ils sont aussi complètement étrangers les uns aux autres que s'ils s'étaient chargés de mandats différents.

Bien que la solidarité ne se présume pas, s'il ressort d'une manière évidente des faits et des circonstances, l'intention, pour les parties contractantes, de s'obliger solidairement, on doit considérer cette solidarité comme existante (Caen, 12 mars 1827).

III. — La troisième obligation du mandataire, c'est de rendre compte de sa gestion.

Ce devoir commun à tous ceux qui administrent les affaires d'autrui, est retracé par l'art. 1993, qui, pour mieux l'exprimer, ajoute que le mandataire doit faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant.

Il répugnerait, en effet, à la nature de ce contrat, disait le tribun Tarrible, que le mandataire chargé d'agir et de stipuler au nom et pour les seuls intérêts du commet-

tant, se rendit le contradicteur des droits dont on lui a confié l'exercice (Locré, t. xv, p. 252).

Le compte s'établit au moyen de pièces justificatives, telles que lettres, registres, quittances, etc., et doit présenter un état détaillé des recettes et des dépenses.

Le mandataire qui a été chargé de vendre pour le compte de son mandant une série d'objets de même nature, un troupeau de bœufs, par exemple, et qui les a vendus à des prix différents, ne pourrait pas s'autoriser de ce que les commissionnaires de profession ont généralement la déplorable habitude de rendre compte par moyenne, pour se dispenser de présenter un compte en détail et article par article. Ils n'auraient pas même, comme ces derniers, la ressource d'alléguer pour excuse que, s'ils indiquaient les prix et les noms des acquéreurs aux vendeurs, ceux-ci trouveraient plus facile de s'adresser directement à eux, sans recourir à leur intermédiaire.

Le compte doit comprendre, non-seulement tout ce que le mandataire a reçu, mais aussi ce qu'il a manqué de recevoir par sa faute. Le mandataire doit même y porter, d'après M. Troplong (Mandat, n° 502), les gains illicites qu'il a pu faire en exécutant le mandat. C'est frapper l'auteur de l'acte immoral ; mais comme d'un autre côté le mandataire restera, dans tous les cas, soumis aux dispositions pénales qui punissent les spéculations illicites, nous serions tentés d'adopter l'opinion contraire ; d'autant plus qu'on ne conçoit pas que le mandant puisse réclamer du mandataire plus qu'il n'aurait eu à réclamer lui-même, s'il avait agi directement et sans intermédiaire.

L'obligation de faire raison de tout ce que le mandataire

a reçu en vertu de sa procuration, comprend évidemment les intérêts des capitaux placés par lui pour le compte du mandant; la loi n'a pas eu besoin de s'en expliquer; mais elle dit expressément dans l'art. 1996 que « le mandataire doit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage, à dater de cet emploi, et de celles dont il est reliquataire, à compter du jour où il est mis en demeure. » Ceci est conforme aux principes du Droit romain (L. 10, § 3), mais contraire à l'art. 1153, § 3, qui pose en règle générale que les intérêts doivent courir du jour de la demande en justice.

La mise en demeure résulte suffisamment de la correspondance des parties. (Bourges, 13 avril 1840).

En général, aux termes de l'art. 2277, les intérêts se prescrivent par cinq ans. On décide cependant qu'il n'en est pas de même pour les intérêts des sommes touchées par le mandataire, et que celui-ci à employées à son usage, car l'article 2277 n'est applicable qu'aux intérêts d'une créance dont la quotité est parfaitement déterminée. Or, dans ce cas, il s'agit d'intérêts d'une créance qui n'est pas encore liquidée; et, tant que le chiffre n'en est pas fixé, le créancier n'a pas d'action particulière pour s'en faire payer les intérêts.

Quant à l'action en reddition de compte elle se prescrit par trente ans. (Cass. 29 juillet 1828).

Le mandataire peut-il compenser les bénéfices qu'il a procurés au mandant avec les pertes qu'il lui a fait subir par sa faute? Non, car le mandataire n'a fait que son devoir en procurant des bénéfices au mandant; or, comme il agit ordinairement gratuitement, ce serait lui accorder un salaire que de compenser les bénéfices avec l'indemnité

dont il est redevable envers son mandant, pour le préjudice qu'il lui a causé.

La solution ne serait pas la même si le mandataire était réellement devenu créancier de son mandant à l'occasion de sa gestion. Il pourrait, dans ce cas, imputer sur les sommes dont il se reconnaît reliquataire, le montant de ses impenses, pourvu toutefois qu'elles soient justifiées. (Paris, 18 avril 1836).

Quant aux corps certains dont il est débiteur, il sera tenu de les restituer dans tous les cas, car les dettes de cette nature ne se compensent point.

Le mandataire peut-il être dispensé de l'obligation de rendre compte ? Une pareille clause n'a rien d'illicite en elle-même, aussi la Cour de cassation a-t-elle jugé, contrairement à plusieurs arrêts, que le mandant a parfaitement le droit de libérer son mandataire de cette obligation surtout si le mandant était intervenu entre un père et son fils (24 août 1831). Mais dans tous les cas, la dispense devra être considérée comme une véritable donation et par conséquent soumise à toutes les règles établies pour les actes à titre gratuit.

La femme qui comme mandataire de son mari, a touché des sommes appartenant à ce dernier, doit, de même que tout autre mandataire, rendre compte de son mandat. Tant que ce compte n'a pas été rendu, elle est présumée avoir seule profité des sommes par elles touchées pour son mari (Agen, 16 juillet 1833). Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation le 13 décembre 1834.

§ II. Obligations du mandataire envers les tiers.

Bien qu'en principe le mandataire qui contracte en cette qualité au nom du mandant, oblige celui-ci et non lui-même, il peut cependant arriver qu'il se trouve personnellement tenu envers les tiers. Ce résultat se produira s'il a excédé à leur insu les limites de son mandat, lorsqu'il ne leur a donné qu'une connaissance insuffisante de ses pouvoirs. Il n'en serait pas de même si le tiers ne s'était pas fait représenter la procuration ou en avait reçu une connaissance suffisante car dans l'un et l'autre cas le tiers est en faute. Or, a dit M. Berlier dans l'exposé des motifs « la faute commune exclut toute action en garantie pour ce qui a été fait au-delà, à moins que le mandataire ne s'y soit personnellement obligé. v. art. 1997. (Locré, t. xv, p 237).

Il importe donc de rechercher si une connaissance suffisante du mandat a été donnée aux tiers. La preuve de ce fait est-elle à la charge du mandataire, ou n'est-ce pas plutôt aux tiers qui prétendent n'avoir pas été suffisamment instruits de l'étendue des pouvoirs du mandataire, à prouver cette allégation ? Certains auteurs adoptent cette dernière opinion, car disent-ils, par cela seul que le tiers a traité avec un mandataire en cette qualité, la présomption est qu'il connaît la procuration. Nous croyons cependant avec MM. Aubry et Rau, (t. III p. 471), qu'il serait difficile

de poser à cet égard une règle générale. Ce sera donc aux juges qu'il appartiendra d'apprécier, suivant les circonstances, le degré de connaissance qu'on peut raisonnablement attribuer aux tiers.

CHAPITRE III.

DES OBLIGATIONS DU MANDANT.

§ I. — Obligations du mandant envers le mandataire.

Elles consistent : 1^o à rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat (art. 1999, 1^{er} al.); 2^o à lui payer l'intérêt de ses avances, à dater du jour des avances constatées (art. 2001); 3^o à l'indemniser des pertes qu'il a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable (art. 2000); 4^o à lui payer ses salaires lorsqu'il en a été promis (art. 1979, 1^{er} al.).

Examinons successivement ces différentes obligations :

I. *Remboursement des avances et frais.* — Les avances et frais sont dus à tout mandataire sous cette seule condition qu'ils soient relatifs à l'exécution du mandat; ils ne seraient donc pas dus si le mandataire avait excédé ses pouvoirs.

L'article 1999, 2^e al. ajoute que le mandant ne peut pas faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres, ce qui est conforme à la loi 27, § 4, D. *mand.* Le législateur a pensé, sans doute, que le mandataire hésiterait souvent à faire des avances, s'il n'était pas assuré de rentrer dans tous ses déboursés. D'ailleurs, en supposant qu'il existât effectivement des moyens de faire l'affaire à moins de frais ; il est possible que le mandataire ne les ait pas connus, ou que, les connaissant, il n'ait pas voulu les employer, parce qu'il a pu raisonnablement supposer que leur effet serait plus incertain. Le seul fait que la dépense eût pu être moindre ne prouve donc nullement que le mandataire soit en faute, ce qui lui enlèverait le droit d'exiger le montant intégral des frais et avances.

C'est la valeur réelle des avances au jour où elles ont été faites qui doit être remboursé. C'est ainsi, par exemple, que si le mandataire a effectué un paiement avec des titres, c'est leur valeur à ce moment qui doit être remboursée, indépendamment des variations qu'elle a pu subir dans la suite. (*Req.*, 15 mars 1854.)

II. *Paiement de l'intérêt des avances.* — L'article 2001 en décidant que l'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant, à dater du jour des avances constatées, déroge à la règle générale de l'art. 1153, d'après lequel les intérêts ne sont dus que du jour de la demande. Cette exception est parfaitement légitime, car les relations du mandant et du mandataire seraient constamment entravées, si ce dernier devait à chacune de ses avances, intenter une demande en justice. Mais il est bien

entendu que c'est au mandataire à constater au moyen de quittances ou autres pièces justificatives, le jour ou les avances ont été faites.

Les intérêts de ces avances doivent être alloués à raison de cinq pour cent si le mandat avait pour objet une opération civile.

S'il avait au contraire un caractère commercial, les intérêts seraient, dans ce cas, calculés sur le taux ordinaire du commerce, six pour cent, lors-même que le mandant ne fût pas commerçant, et le tribunal civil devant lequel celui-ci serait assigné pourrait en prononcer la condamnation à ce taux (Bordeaux, 17 janvier 1837). On s'explique parfaitement cette décision, car le service rendu par l'argent du non-commerçant vaut évidemment celui qui est rendu par l'argent du commerçant.

Il a été jugé que la prescription de cinq ans n'était pas applicable aux intérêts des avances faites par le mandataire pour le compte du mandant. (Cass ; 18 février 1836 — Rouen, 4 mai 1843). Il y a ici le même motif que dans le cas où le mandataire doit les intérêts des sommes qu'il a employées à son usage, pour déroger à la règle générale de l'art. 2277. Cet article ne s'applique en effet qu'aux intérêts des sommes dont la quotité est parfaitement déterminée, et par conséquent le mandataire aura trente ans pour réclamer l'intérêt de ses avances, tant qu'un règlement ne sera pas intervenu.

III. *Indemnité due au mandataire pour les pertes qu'il a essuyées à l'occasion de sa gestion.* — L'indemnité du mandataire doit être complète, et comprendre par conséquent les pertes de tout genre que son mandat lui a fait

éprouver; la loi n'exige même pas que l'exécution du mandat ait été la cause directe de ces pertes; il suffit qu'elle en ait été l'occasion. Ainsi se trouve tranchée, en faveur du mandataire, la controverse qui existait sur ce point dans l'ancien droit. Le Code en rejetant la doctrine de Pothier, et en assimilant sous ce rapport le mandataire à l'associé (art. 1852) et au dépositaire (art. 1947) nous paraît avoir adopté la solution la plus conforme à l'équité et à la nature du contrat. Il ne serait pas juste, en effet, que le service rendu par le mandataire lui occasionnât un préjudice. Nous supposons bien entendu, que ce préjudice ne résulte pas de son imprudence, car dans ce cas, aucune indemnité ne lui serait due d'après l'art. 2000. Il en serait de même s'il avait été convenu entre les parties que le salaire tiendrait lieu d'indemnité. C'est ce qui arrive par exemple en matière commerciale, lorsqu'on a ajouté à la convention la clause de *ducroire* qui n'est autre chose qu'un double salaire, accordé au commissionnaire qui se charge de répondre des risques.

IV. *Païement des salaires promis.* — Le mandant, nous dit l'art. 1999, 1^{er} al. doit payer au mandataire ses salaires lorsqu'il en a été promis. Cet article nous paraît formel, cependant il a soulevé des controverses.

C'est ainsi que M. Troplong (nos 245 et s.) dont l'opinion est d'ailleurs confirmée par un arrêt de la Cour de cassation du 11 mars 1824 et plusieurs jugements de la Cour de Paris, a prétendu que le salaire pouvait être réduit par les tribunaux dans le cas où ils le jugeraient excessif, mais nous croyons avec M. Clamageran (*Mandat*, n° 324) que cette solution ne doit pas être admise.

En effet, les art. 1986 et 1999 considèrent la convention de salaire comme une convention licite ; or , d'après l'art. 1134 « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » ; les tribunaux n'ont donc pas le droit d'intervenir, car pourquoi ferait-on pour le salaire une exception au principe général ? Ce qui trompe nos adversaires c'est qu'ils sont sans cesse dominés par cette idée que le salaire n'est pas un prix , et que, sous le nom d'honoraire , il doit être placé en dehors des règles du droit commun. Nous croyons au contraire qu'il ne saurait exister aucun motif sérieux de soustraire la convention de salaire à l'application de la règle générale telle qu'elle est formulée dans l'art. 1134 ; et que par conséquent le salaire doit être maintenu tel qu'il a été fixé par les parties elles-mêmes, à moins de dol, violence ou erreur. Tel est d'ailleurs l'avis de M. Demolombe qui s'exprime ainsi :

« Que l'on autorise le juge à réduire le salaire promis par le mandant au mandataire, dans le cas où le mandat n'a été exécuté qu'en partie, nous le comprenons (arg. de l'article 1231) si c'est en ce sens, comme les faits semblent l'indiquer qu'a été rendu l'arrêt de la Cour de cassation du 7 mai 1866. Mais ce que nous ne voulons pas concéder, c'est que, en dehors de cette circonstance particulière, il appartienne aux magistrats de réduire, comme excessif, pour cause de lésion, le salaire qui a été fixé par convention entre le mandant et le mandataire. (Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, t. I^{er} p. 185). »

Le salaire est donc dû tout entier tel qu'il a été fixé ; mais à la condition que le mandataire ait entièrement exécuté le mandat, car s'il ne l'avait exécuté qu'en partie,

il n'aurait droit qu'à une part proportionnelle du salaire promis. Le mandant n'est pas en effet obligé de faire gagner le salaire au mandataire puisque, ainsi que nous le verrons plus loin, (art. 2004) il est toujours libre de révoquer le mandat. Il a été jugé que lorsque le mandat avait été révoqué, le mandataire n'avait plus droit à aucun salaire, lors même qu'il aurait continué à gérer utilement (Req., 11 mars 1824). Il peut arriver d'ailleurs que l'exécution du mandat soit rendue impossible; dans ce cas, si l'exécution n'a pas même été commencée, il est évident que, le mandataire n'ayant pris aucune peine, ne pourra rien réclamer.

Il en serait de même si le mandataire avait en renonçant, porté préjudice au mandant, à moins qu'il ne se trouvât dans l'impossibilité de continuer sa gestion sans en éprouver lui-même un préjudice considérable. (Motif tiré de l'art. 2007).

A la différence des avances qui produisent des intérêts de plein droit, le salaire conformément à la règle générale de l'art. 1153, ne porte intérêt que du jour de la demande en justice.

Le droit au recouvrement en capital et intérêts des avances et frais, et au paiement des indemnités et des salaires peut évidemment se modifier ou même se perdre entièrement à raison des fautes imputables au mandataire. C'est ce qui résulte de l'art. 1999, 2^o al. qui ajoute cependant que le mauvais succès ne constitue pas par lui-même une faute, et ne fait par conséquent nul obstacle à ce remboursement ou à ce paiement. Seulement, il faut que l'insuccès ne soit pas le résultat de la faute ou du dol du mandataire. C'est au juge à décider cette question.

Garanties des droits du mandataire. — Elles consistent dans la solidarité lorsqu'il y a plusieurs mandants, dans le droit de rétention et quelquefois même dans un privilège.

Solidarité des co-mandants. — Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat (art. 2002).

Il en était de même en Droit romain (L. 59, § 3, D. *Mand*). Et cette disposition, comme le faisait très-bien remarquer le Conseiller-d'Etat Berlier, n'implique point contradiction avec celle qui statue, que lorsqu'il y a plusieurs mandataires, ils ne sont tenus chacun que pour ce qui les concerne; car s'il est juste que dans un acte officieux et souvent gratuit, celui qui rend le service ait une action solidaire contre ceux qui tirent du mandat un profit commun; il serait injuste de le charger du fait d'autrui sans une convention expresse: l'extrême différence de ces deux situations ne permet pas de conclure de l'une à l'autre. Cette solidarité disait le tribun Bertrand de Greuille, mettra le mandataire à l'abri des injustices de l'ingratitude et des chicanes de l'intérêt personnel, assurera de plus en plus l'exécution de toutes les obligations contractées envers lui. (Locré, t. xv, p. 238 et 268).

Un arrêt de la Cour de Cassation, à la date du 2 août 1813, décide, conformément à l'art. 2002 que l'avoué qui a été constitué par plusieurs personnes dans un procès qui leur est commun, peut actionner solidairement chacune d'elles pour le paiement de ses frais.

Droit de rétention. — C'est le droit qu'a tout détenteur d'une chose d'en conserver la détention jusqu'à l'acquittement de ce qui lui est dû à raison de cette chose. Il est juste en effet, lorsqu'il existe entre deux personnes des obligations corrélatives, que si l'une refuse de remplir ses obligations, l'autre ne soit pas tenue de remplir les siennes. C'est dans ce principe d'équité que prend sa source le droit de rétention, dont l'existence est reconnue par le Code civil dans les articles 1612 relatif au vendeur, 1749 relatif aux fermiers et locataires et 1948 relatif au dépositaire. Il est probable que le législateur n'a pas entendu restreindre ce droit à ces hypothèses, car nous ne voyons pas pourquoi on le refuserait dans tous les autres cas où les conditions de son existence se trouvent réunies, c'est-à-dire lorsque celui qui invoque ce droit est devenu créancier du propriétaire de la chose qu'il détient à l'occasion de cette même chose. Or, telle est précisément la situation du mandataire. On ne comprendrait pas d'ailleurs pour quel motif le législateur qui se montre en général si favorable au mandataire, lui aurait refusé le droit qu'il accorde dans un cas analogue au dépositaire.

Les droits du mandataire sont encore garantis par un privilège pour les frais de conservation ou de transport, (art. 2102, n^{os} 3 et 6).

Le mandataire a en outre, dans tous les cas, une action personnelle contre le mandant pour l'obliger à lui payer ce qui lui est dû; mais cette action n'est plus garantie, comme dans l'ancien Droit par une hypothèque, par cela seul que la procuration a été passée par-devant notaire.

L'action du mandataire se prescrit par trente ans. Un

arrêt de la Cour de Bordeaux à la date du 5 février 1827, a décidé que l'action du mandataire pour réclamer l'indemnité de ses peines et soins, n'était soumise qu'à la prescription de trente ans. Mais il ne s'agissait ni d'un huissier ni d'un avoué dont les actions sont soumises à des prescriptions moins longues. L'action du premier, en vertu de l'art. 2272, 2^e al., se prescrit par un an ; quant à l'action du second, elle se prescrit par deux ans à compter du jugement des procès, ou de la conciliation, ou depuis la révocation de l'avoué. A l'égard des affaires non terminées, elle ne se prescrit que par cinq ans, (art. 2273).

§ 2. — Obligations du mandant envers les tiers.

Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné (art. 1998, 1^{er} al.). C'est en effet le mandant lui-même qui est censé avoir contracté. C'est ce qu'on exprime par la maxime : *qui mandat ipse fecisse videtur*. Et comment pourrait-il être dispensé d'exécuter les engagements pris par le mandataire, lorsque le mandat a été fidèlement rempli ? N'est-ce pas le commettant lui-même qui a conçu le plan de ces engagements, qui les a tracés dans le mandat, et qui leur a donné d'avance son adhésion ? Le mandataire n'a été que son image. (Rapport du tribun Tarrible. — Locré, t. xv, p. 254).

Les actes que le mandataire a faits en dehors ou au-delà de ses pouvoirs n'obligent pas le mandant, car pour l'exécutant il n'y a pas mandat puisque dans ce cas, le manda-

taire ne parle pas au nom du mandant et ne le représente pas. Toutefois, la volonté postérieure réparant parfaitement le défaut de volonté au moment de l'acte, et la ratification équivalant au mandat, cette ratification couvrira l'excès de pouvoir pourvu qu'elle ait été faite en connaissance de cause.

La ratification peut être expresse ou tacite. Il a été jugé que la ratification que fait un mandant n'était point soumise aux formes et aux énonciations exigées par l'art. 1338 pour la ratification des obligations nulles, la ratification seule tient lieu de tous les pouvoirs (Cass., 26 décembre 1815). Lorsque la ratification est expresse elle est verbale ou écrite; mais le mandataire qui a excédé ses pouvoirs ne peut, pour mettre sa responsabilité à couvert, se prévaloir de l'approbation de ses actes par le mandant, lorsque cette approbation est contenue dans une lettre adressée par le mandant à un tiers attendu qu'il est de principe invariable que les lettres adressées à des tiers sont réputées confidentielles, et que les personnes étrangères ne peuvent s'en prévaloir (Cass. 4 avril 1821). La ratification est tacite lorsqu'elle résulte d'un fait impliquant nécessairement, de la part du mandant, la volonté d'approuver les actes de son mandataire, ce qui se ramène à une question de fait laissée à l'appréciation des magistrats.

La ratification a un effet rétroactif, mais elle ne peut pas avoir pour effet de préjudicier aux droits acquis à des tiers (art. 1338, 3^e al.). C'est ainsi par exemple, que dans le cas où un mandataire aurait vendu à un prix inférieur que celui qui était fixé, l'immeuble qu'il était chargé de vendre, ce qui rend la vente nulle, le mandant

ne pourrait pas, après avoir hypothéqué ce même immeuble, faire tomber l'hypothèque en ratifiant la vente.

La ratification peut en outre être complètement annulée, sur la demande des créanciers, en vertu de l'art. 1167, lorsqu'elle a été faite en fraude de leurs droits.

CHAPITRE IV.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT LE MANDAT FINIT.

Aux termes de l'art. 2003, le mandat finit : par la révocation du mandataire ; par la renonciation de celui-ci au mandat ; par la mort naturelle ou civile, l'interdiction ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire. Mais cet article n'énumère pas toutes les causes d'extinction du mandat ; on peut, comme nous le verrons, en ajouter plusieurs et en retrancher la mort civile, qui a été abolie par la loi du 31 mai 1854.

I. *Révocation du mandataire par le mandant.* — Et d'abord il est naturel que la volonté qui a formé un contrat reposant uniquement sur la confiance, puisse le dissoudre. Aussi l'art. 2004 nous dit-il, que le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble ; et rien n'est plus légitime, car le mandant ne peut pas plus être forcé de continuer à accorder sa confiance au mandataire, que celui-ci ne peut le contraindre à recevoir un service malgré

lui. D'ailleurs, l'objet du mandat étant un acte juridique, et tout acte juridique supposant le consentement des parties, il faut nécessairement que la volonté de celui au nom de qui cet acte doit être fait, persiste jusqu'au moment où il est accompli par le mandataire; d'où il suit que cet acte ne saurait valablement s'accomplir, du jour où il y a eu changement de volonté. La révocation est donc, en quelque sorte de l'essence même du mandat. Il y a cependant exception pour la *procuratio in rem suam* qui est irrévocable; mais dans ce cas, bien que le mandataire agisse au nom du mandant, celui-ci qui n'est, d'ailleurs, nullement intéressé à l'exécution du mandat, est censé avoir pris l'engagement tacite de ne pas exercer son droit de révocation.

La révocation peut être expresse ou tacite. Elle est expresse lorsqu'elle est valable ou écrite; elle est tacite lorsqu'elle résulte de certains faits qui la font présumer. Pothier (n^{os} 114 et suiv.), cite plusieurs exemples de révocations tacites, et entre autres, celui qui est reproduit dans l'art. 2006, où un nouveau mandataire a été constitué dans la même affaire. La première procuration sera révoquée, dit-il, lors même que la seconde serait nulle, car la volonté manifestée par le mandant de donner la gestion de l'affaire à un autre, suppose celle de l'ôter à son premier mandataire.

Le même auteur enseigne encore que, lorsque l'une et l'autre sont des procurations générales, la première doit être présumée révoquée par la seconde; que lorsque la première est générale et la seconde est spéciale, la première peut être présumée révoquée, quant à l'affaire qui fait l'objet de la seconde, mais qu'elle continue à subsister pour toutes les autres affaires du mandant.

Cette doctrine ne peut être contestée. Mais doit-on adopter l'opinion de cet auteur, quand il dit que lorsque la première procuration est une procuration spéciale pour une certaine affaire, elle n'est pas présumée révoquée par une procuration générale donnée à un autre et qu'elle ne suppose point dans le mandant la volonté de révoquer la première ?

Il est impossible, nous paraît-il de poser dans ce cas une règle absolue ; ce n'est, en effet, que par l'appréciation des circonstances que l'on pourra décider si une procuration générale révoque une procuration spéciale. C'est ainsi que si le premier mandat, quoique spécial, contenait cependant un pouvoir plus étendu que le second, s'il contenait pouvoir d'aliéner, et le dernier seulement, pouvoir d'administrer, l'opinion de Pothier devrait être admise. Mais s'ils ne sont pas plus étendus l'un que l'autre, on ne voit pas pourquoi le second mandat ne révoquerait pas le premier. Si, par exemple, j'ai chargé quelqu'un d'administrer ma maison, et qu'ensuite je donne à une autre personne le pouvoir général d'administrer tous mes biens, le premier mandat se trouvera par là tacitement révoqué.

Mais dans le cas où deux mandataires ont été successivement chargés de la même affaire, nous croyons avec Pothier que le premier mandat ne serait pas éteint, s'il résultait clairement des circonstances que la volonté du mandant a été de charger de l'affaire les deux mandataires, pour qu'elle pût se faire par l'un ou par l'autre.

La révocation doit-elle être notifiée au mandataire ? On serait tenté de croire, en présence des art. 2004 et 2006, que la révocation expresse n'a nul besoin d'être notifiée, tandis que la révocation par introduction d'un nouveau

mandataire doit être soumise à cette formalité. L'art. 2006 nous dit, en effet, que « la constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire, vaut révocation du premier, à compter du jour où elle a été notifiée à celui-ci. » Mais nous pensons que cet article ne pose pas un principe général lorsqu'il paraît exiger la notification; car si elle est indispensable dans la plupart des cas pour faire connaître la révocation au mandataire, il peut arriver qu'elle ne soit pas nécessaire, toutes les fois que le mandataire ne peut pas être censé ignorer sa révocation. La notification dont parle l'art. 2006, comme le font très-bien remarquer MM. Aubry et Rau (t. III, p. 473, note 5), « n'est qu'une mesure de précaution que le mandant doit prendre pour enlever au mandataire tout moyen de soutenir qu'il n'a pas eu connaissance de la révocation. » Quant à la révocation expresse de l'art. 2004, il faut aussi que le mandataire ne puisse pas la nier; aussi, à défaut de notification, cet article indique-t-il au mandant une autre mesure de précaution qu'il fera bien de prendre lorsque le mandat est constaté par écrit; ce sera de contraindre le mandataire à lui remettre, soit l'écrit sous seing-privé qui contient la procuration, soit l'original, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minute.

II. *Renonciation du mandataire.* — Cette cause, comme la précédente, est encore une exception à la règle d'après laquelle les contrats ne peuvent être résolus par la volonté de l'une des parties. Mais cela est fondé sur ce que l'obligation du mandataire est une obligation de faire, qui, par sa nature, se résout en dommages-intérêts. Par conséquent, si la renonciation ne cause aucun préjudice au

mandant, il ne peut pas réclamer de dommages-intérêts. Il n'aurait pas non plus le droit d'en exiger, ajoute l'art. 2007, si le mandataire se trouvait dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable.

Le Code, comme on le voit, ne distingue pas le mandat salarié du mandat gratuit; cette règle s'applique donc indifféremment à l'un et à l'autre, car le législateur a pensé, sans doute, que celui qui se charge par hasard de la gestion des affaires d'autrui, même moyennant un prix, n'a entendu s'en occuper qu'à son loisir, et sans pour cela être obligé de sacrifier ses propres affaires. Nous admettons cependant une exception à cette règle lorsqu'il s'agira d'un mandataire de profession, tel qu'un avoué ou un commissionnaire. Il résulte, en effet, des articles 492 et 496 du Code de procédure que l'avoué, une fois constitué, ne peut renoncer au mandat, et qu'il est obligé d'occuper jusqu'à la fin du procès, et même sur la requête civile qui serait formée contre le jugement, si toutefois elle est signifiée dans les six mois de la date dudit jugement. D'un autre côté, l'intérêt du commerce exige que le commissionnaire ne puisse pas renoncer au mandat qu'il a accepté, sous prétexte qu'il ne peut, le continuer sans en éprouver lui-même un préjudice considérable. Nous pensons donc, avec MM. Delamarre et Lepoitevin (t. II, n° 46), que l'art. 2007 lui est inapplicable.

Le préjudice considérable, dont parle le Code, n'est pas la seule cause qui puisse dispenser le mandataire de l'obligation qui lui est imposée par l'art. 2007, de réparer le dommage causé par sa renonciation; on peut citer encore une grave maladie, une inimitié capitale, survenue depuis la formation du contrat.

Mais dans tous les cas, la renonciation pour être efficace, doit être notifiée au mandant (art. 2007), à moins toutefois que le mandataire, par maladie ou autrement, ne se trouve dans l'impossibilité de notifier. Il n'y a lieu, en effet, à aucuns dommages-intérêts, lorsque le défaut d'exécution d'une obligation résulte d'un cas fortuit ou de force majeure (art. 1148).

III. *Mort du mandant ou du mandataire.* — Le mandat étant un office d'amitié d'un côté, et de confiance de l'autre, présente par conséquent un caractère entièrement personnel; il est donc naturel qu'il s'éteigne par la mort de l'une des parties. Cependant s'il y a péril en la demeure, le mandataire est tenu, aux termes de l'art. 1991, d'achever la chose commencée. S'il s'agit, au contraire, de la mort du mandataire, ses héritiers doivent en donner avis au mandant, et pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci (art. 2010). Nous trouvons là un cas de mandat légal qui produira nécessairement les mêmes effets qu'un mandat véritable.

Le mandant survivra par exception au décès du mandant, lorsque l'affaire qui est l'objet du mandat, ne doit être exécutée qu'après sa mort, comme dans le cas où il s'agit de lui élever un tombeau. Le Code n'a pas entendu, en effet, exclure ce genre de mandat admis en Droit romain et dans notre ancien Droit, puisque dans l'art. 1025, il reconnaît la validité du mandat confié par le testateur aux exécuteurs testamentaires.

Le principe que le mandat finit par la mort du mandant, reçoit encore une exception dans le cas où le mandant

a chargé un tiers de recevoir le paiement de son débiteur. Il en est de même lorsque le mandataire a été constitué *procurator in rem suam*.

IV. *Changement d'état du mandant ou du mandataire.* — L'état d'une personne, c'est sa capacité civile ; or, lorsque le mandant ou le mandataire deviennent incapables, l'un de conférer un mandat de même nature, l'autre de s'obliger, on comprend que le mandat prenne fin, bien que la capacité du mandataire, qui n'est qu'un instrument, ne soit pas essentielle, comme celle du mandant, à la validité du contrat. Le mandant, en effet, ne peut pas être obligé de continuer à donner sa confiance à une personne qui ne lui offre plus les mêmes garanties.

Il résulte de ces principes que l'art. 2003, 3^e al., qui ne parle que de l'interdiction et de la déconfiture, ne doit pas être considéré comme limitatif, et qu'il faut, par identité de motif, décider que tout autre changement d'état survenu dans la personne du mandant ou dans celle du mandataire, mettra, de plein droit, fin au mandat. Nous ajouterons donc à ces deux exemples : la nomination d'un conseil judiciaire ; la mise dans un établissement public ou privé d'aliénés (loi du 30 juin 1838) ; l'interdiction pénale (art. 29, C. pénal) ; la faillite, l'absence, mais seulement, d'après l'art. 121, dix ans après la disparition de l'absent qui a laissé une procuration, et à l'époque où l'envoi, en possession provisoire, est obtenu ; enfin le mariage de la femme, si son contrat de mariage ne lui permet pas d'accomplir les actes qui font l'objet du mandat.

A ces causes d'extinction, on peut ajouter : 1^o l'arrivée du terme, lorsque le mandat ne devait durer que jusqu'à

une certaine époque fixée d'avance ; 2^o la cessation des pouvoirs du mandant lorsque celui-ci est lui-même le mandataire d'une autre personne. C'est ainsi, par exemple, que le mandat donné par un tuteur cesse à l'expiration de la tutelle ; car, nous dit Pothier (n^o 112), le procureur du tuteur tenant son pouvoir du tuteur son mandant, le pouvoir de ce procureur ne peut durer que tant que celui du tuteur dure : ce procureur du tuteur ne peut plus faire valablement, *vice mandantis*, ce que son mandant ne pourrait plus faire valablement lui-même.

Enfin, le mandat prend fin naturellement par la consommation de l'affaire qui en faisait l'objet.

Effets de l'extinction du mandat. — La dissolution du contrat a des conséquences différentes suivant qu'elle a lieu les choses étant entières, ou le contrat ayant reçu un commencement d'exécution.

Si la dissolution intervient *rebus integris*, on peut dire que le contrat n'a jamais existé, tant pour le passé que pour l'avenir, excepté dans le cas où l'extinction du mandat résulte d'une renonciation inopportune.

Si les choses ne sont plus entières, s'il y a eu commencement d'exécution, la fin du mandat, de quelque cause qu'elle procède, laisse subsister tous ses effets accomplis ; le contrat n'est dissous que pour l'avenir, à partir du moment où la cause qui le fait cesser est parvenue à la connaissance du mandataire et des tiers.

L'article 2008 nous dit, en effet, que « si le mandataire ignore la mort du mandant ou l'une des autres causes qui font cesser le mandat, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide. »

Les héritiers ou représentants du mandant seront donc s'il y a lieu, obligés envers lui. Quant aux tiers, la loi ne se montre pas moins favorable pour eux qu'envers le mandataire. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 2005, les actes intervenus entre eux et le mandataire postérieurement à sa révocation, connue de lui, mais ignorée d'eux, sont valables ; le mandant ne peut pas les méconnaître, il ne peut qu'en demander la réparation à son mandataire.

Quelle que soit d'ailleurs la cause d'extinction du mandat, les engagements du mandataire doivent être exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi (art. 2009). Or, la bonne foi étant toujours présumée ; c'est au mandant ou à ses représentants à prouver leur mauvaise foi.

Il importe donc, pour enlever aux tiers tout prétexte d'invoquer leur bonne foi, de les prévenir ; mais par quel moyen ? L'article 2005 nous dit d'abord que la notification au seul mandataire ne saurait être opposée aux tiers. Quant au moyen qui consiste à retirer des mains du mandataire l'écrit qui constate ses pouvoirs, il ne suffit pas toujours à remplir le but qu'on se propose. C'est ce qui peut arriver à l'égard des personnes qui, depuis longues années, ont l'habitude de traiter avec le même mandataire sans exiger de lui qu'il représente, lors de chaque affaire, l'acte qui l'autorise à traiter au nom du mandant. On devra donc leur signifier la fin du mandat.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. En Droit romain, l'*infantia*, c'est-à-dire le temps pendant lequel le tuteur devait représenter son pupille, durait jusqu'à l'époque où ce dernier accomplissait sa septième année.

II. Le pacte, quand il ne produit pas d'action, produit-il du moins une obligation naturelle ? Non.

III. Le taux maximum de l'intérêt, l'*unciarium fœnus* de la loi des douze tables, était du douzième du capital par an.

IV. La loi 52, § 4, *Pro socio*, est inconciliable avec la loi 26. § 6, *Mandati*.

DROIT FRANÇAIS.

1° ORIGINES FÉODALES ET COUTUMIÈRES.

I. La dotalité normande n'est pas d'origine romaine.

II. Les institutions contractuelles viennent du droit germanique et non du Droit romain ou du Droit féodal.

III. L'augment de dot n'était autre chose que la *donatio ante nuptias*.

IV. Le don mutuel entre époux avait une origine germanique,

2° DROIT CIVIL.

I. Les travaux nécessaires pour prescrire le droit à l'eau d'une source doivent-ils être faits sur le fonds supérieur ou sur le fonds inférieur? — Sur le fonds inférieur.

II. Comment faut-il interpréter l'art. 789 qui nous dit que la faculté d'accepter ou de répudier une succession est prescrite par trente ans?

Il faut l'interpréter en ce sens, qu'au bout de trente ans, c'est la faculté de choisir entre ces deux partis, l'acceptation ou la répudiation qui est prescrite.

III. Le droit du preneur est-il un droit réel ou un droit personnel? — Un droit personnel.

IV. La revendication organisée par l'art. 2102 — 4° au profit du vendeur n'est pas autre chose que la revendication du droit de rétention.

3° PROCÉDURE CIVILE.

I. L'exception de caution doit être proposée avant celle d'incompétence et de nullité.

II. Dans les arrondissements où il y a un tribunal de commerce, le tribunal civil est incompétent *ratione materie* pour connaître des affaires commerciales.

4° DROIT CRIMINEL.

I. Celui qui a donné mandat de commettre un fait punissable, devra être tenu, non comme complice, mais comme co-auteur.

II. L'homicide commis dans un duel régulier ne peut jamais être considéré comme un meurtre ou un assassinat.

5° DROIT COMMERCIAL.

I. Le comissionnaire pour achat n'a pas droit au privilège accordé par l'art. 93 du Code de commerce au commissionnaire pour les ventes.

II. La commission peut se former tacitement, aussi bien que le mandat en Droit civil.

6° DROIT ADMINISTRATIF.

I. Lorsque les biens communaux appartiennent à une seule commune, les habitants de cette commune pourront-ils avoir le droit de demander le partage soit par têtes, soit par feux? — Non.

II. Les petites rivières non navigables ni flottables appartiennent aux propriétaires riverains.

VU :

Le Président de la Thèse,

DUFOUR.

VU :

Le Doyen de la Faculté,

DUFOUR.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie,

GATIEN-ARNOULT.

3^e DROIT COMMERCIAL.

- « Les visas exigés par les règlements sont une garantie des principes
» et des opinions relatifs à la religion, à l'ordre public et aux bonnes
» mœurs (statuts du 9 avril 1825, art. 44), mais non des opinions
» purement juridiques, dont la responsabilité est laissée aux candidats.
» Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites
» sur les autres matières de l'enseignement. »