DU MANDAT

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

MM. DUFOUR ✲, Doyen, professeur de Droit commercial.
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.
POUBELLE, professeur de Code civil.
ROZY, professeur de Droit administratif.
BONFILS, professeur de Procédure civile.
ARNAULT, professeur d'Economie politique.
DELOUME, agrégé, chargé du cours de Droit des gens.
LAURENS, agrégé, chargé d'un cours de Droit romain.
PAGET, agrégé.
CAMPISTRON, agrégé.
M. MOUSSU, Secrétaire, agent comptable.

Président de Thèse : M. ROZY, professeur.

Suffragants : MM. Dufour, professeur.
Bressolles, professeur.
Arnault, professeur.
Deloume, agrégé.
Paget, agrégé.

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

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

20879

DU MANDAT

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE

PAR M. HENRI TAILLEFER

AVOCAT

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque
DE TOULOUSE

TOULOUSE,

IMPRIMERIE VIALELLE ET COMPAGNIE

9, RUE DU LYCÉE, 9

1877

BIBLIOTHÈQUE TOULOUSE UNIVERSITAIRE

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque
DE TOULOUSE

A la Mémoire de mon Père

A MA MÈRE

A MON ONCLE FÉLIX ESPITALIER

A TOUS CEUX QUI ME SONT CHERS

DROIT ROMAIN

DU MANDAT

AVANT-PROPOS

DE L'ORIGINE DU MANDAT. — SON ÉTYMOLOGIE. — SA DÉFINITION

L'inaptitude, l'âge, l'éloignement, la maladie, sont autant de circonstances et d'obstacles qui nous empêchent maintes fois de veiller en personne à nos intérêts, et nous obligent par suite à en confier la défense à autrui. C'est donc de l'impossibilité dans laquelle nous nous trouvons de gérer toujours par nous-mêmes nos propres affaires que découle le *mandat*, cet acte par lequel nous commettons à d'autres le soin d'accomplir ce que nous ne pouvons faire directement.

Aussi est-ce méconnaître son véritable fondement et perdre de vue qu'il s'est imposé comme une nécessité sociale

dans tous les temps et dans tous les lieux, que de prétendre, comme Vico, qu'il était entièrement ignoré des premiers Romains. Cette opinion, formulée en termes aussi absolus, est inadmissible. Il est plus exact de dire que, dans les premiers temps de Rome, la cité était tellement circonscrite, le commerce si restreint, les rapports juridiques si bornés, que les applications du mandat étaient assez rares, de même que ses caractères sans doute étaient différents. Mais pour être moins fréquent, pour être soumis à des règles tout autres qu'à l'époque du droit classique, il n'en existe pas moins.

En ce point spécial, comme dans la presque généralité de ceux dont elle s'occupe, la législation romaine n'a fait que subir des modifications successives. Ainsi, à en croire les conjecturcs de quelques auteurs (Noodt, Heineccius), le mandat n'était pas tout d'abord un contrat; ni le mandant ni le mandataire n'avaient la volonté de se soumettre à une obligation; et par conséquent le pouvoir d'en exiger l'accomplissement n'existait point. Pas de lien de droit, pas de sanction légale : le mandant devait s'abandonner à la bonne foi du mandataire, de telle sorte que le mandat appartenait alors bien plus au domaine de la morale, qu'il ne relevait du droit positif; l'exécuter, c'était remplir un devoir de conscience.

Voilà pourquoi le mandat n'était confié qu'à l'officieux empressement d'un ami; son dévouement seul était un sûr garant qu'il s'en acquitterait avec zèle. « *Qui mandatum violat, amicitiam violat, nec enim mandat quisquam ferè, nisi amico* (1). »

Le mandat attestait donc, surtout alors qu'il n'était pas un contrat, autant de confiance de la part du mandant que de désintéressement du côté du mandataire; il était placé sous la sauvegarde de l'amitié; c'est d'elle qu'il empruntait

(1) Cicéron, *pro Roscio. Am.* 38.

toute sa force. Cela fut également vrai plus tard, et le caractère propre, dominant, du contrat de mandat fut d'être un contrat de bienfaisance. Cicéron avait dit : « *Quibus in rebus ipsi interesse non possumus, in his operæ nostra vicaria fides amicorum componitur* (1). » Paul exprime la même pensée : « *Mandatum originem ex officio atque amicitia trahit* (2). »

Il n'est pas enfin jusqu'à l'étymologie du mot mandat qui n'établisse clairement que la confiance et l'amitié guident exclusivement les deux parties. *Mandatum* vient en effet, à n'en pas douter, de *manum dare* (3), donner la main ; faire ce geste symbolique par lequel si l'un engage sa foi, l'autre s'en remet à la parole promise. C'est avec cette signification que se trouve employée cette expression dans Plaute (4) et dans Térence (5) :

« *Cedo dextram porro te oro idem ut facias Chreme*
Chre. Paratus sum. »

Il semblerait, par cette dernière citation, que le lien de droit ne se formait entre le mandant et le mandataire que par cet échange de serrements de mains dont parle le poète, accompagné peut-être de paroles solennelles.

Quoi qu'il en soit, il est certain que la validité du contrat de mandat ne fut pas toujours soumise à l'accomplissement de cette formalité, peut-être essentielle à l'époque de Plaute et de Térence, et l'on peut donner de ce contrat la définition qu'en donne Pothier : « *Mandatum est contractus quo quis negotium gerendum committit alicui, illud gratis suscipienti, animo invicem contrahendæ obligationis.* » Vinnius, moins

(1) Cicéron, *loc. cit.*
(2) 154, 17, 1. Paul.
(3) Isidore de Seville. *Orig.*, 5, ch. 24.
(4) *Captiv.*, acte 2, scène 3.
(5) *Heautontim.*, acte 3, scène 1. — Ortolan, tom. 2, p. 285.

explicite, avait dit : « *Mandatum est contractus quo aliquid gratuitò gerendum committitur et suscipitur.* »

Mais, nous en tenant à la définition de Pothier et la complétant, nous dirons que le mandat est un contrat parfait par le seul consentement, en vertu duquel une personne s'engage gratuitement envers une autre à accomplir une affaire juridique possible et licite, à laquelle le mandant est intéressé au moins indirectement.

De cette définition il résulte que le mandat ordinaire ne saurait exister sans la réunion des quatre éléments essentiels suivants :

1° L'objet du mandat doit être un fait licite à accomplir par le mandataire ;

2° Le mandant doit avoir à l'exécution du mandat un intérêt au moins indirect ;

3° Le service rendu par le mandataire doit l'être gratuitement ;

4° Il faut enfin le consentement des deux parties.

La première partie de notre thèse sera consacrée à l'étude des quatre éléments essentiels à la validité du contrat de mandat, et des modalités dont il est susceptible.

Dans la deuxième partie, nous traiterons des effets du mandat à l'égard des parties contractantes et des tiers.

Dans la troisième partie, nous nous occuperons des causes d'extinction du mandat.

PREMIÈRE PARTIE

Des éléments essentiels à la validité du contrat de mandat; de sa forme et de ses modalités.

CHAPITRE PREMIER

DE L'OBJET DU MANDAT

A. Le fait que le mandataire se charge d'accomplir doit être, avons-nous dit, licite. S'il est contraire aux lois, aux bonnes mœurs, il n'y a pas mandat. « *Rei turpis nullum mandatum est* (1). » Ainsi le mandat donné et accepté dans le but de dépouiller un temple, de tuer un homme, est nul; et non-seulement le mandant n'a aucune action à son profit, mais même le mandataire n'a aucun recours contre lui (2). Toute autre serait la solution, s'il y avait eu erreur excusable de la part du mandataire; il pourrait agir contre le mandant.

(1) 6, § 3, 17, 1. Ulp.

(2) 22, § 6. 17, 1. Paul, 12, § 11, *eod. tit.* Ulp., § 7. Inst., livre III, tit. XXVI. Gaii, *Comm.* III, § 157. 36, § 2. 18. 1. Gaïus.

Son erreur sera excusable lorsque le fait, objet du contrat, sera un délit réprimé par le droit positif, et non par le droit naturel (1).

B. Il ne suffit pas que le fait soit honnête, il faut encore qu'il soit possible et possible juridiquement, c'est-à-dire d'une nature qu'il puisse être réputé accompli par le mandant aussi bien que par le mandataire. Il est manifeste que si le mandant charge le mandataire de lui acheter une chose qui lui appartient déjà, il n'y a pas mandat ; car le mandant ne pourrait s'acheter directement à lui-même une chose qui lui appartient déjà, cela répugne à la simple raison, et il ne saurait le pouvoir davantage indirectement (2). L'exécution du contrat n'ajouterait rien d'ailleurs à son droit de propriété, le plus absolu et le plus complet de tous les droits. Mais s'agit-il de biens qu'il a affectés à la sûreté de ses créanciers (3) ou qui lui ont été confisqués (4), le mandat se conçoit alors, puisque le mandant pourrait racheter lui-même les uns et les autres : les biens confisqués, parce que d'une part ils sont la propriété du fisc, et que d'autre part toute acquisition postérieure à la *publicatio*, n'est plus attribuée au fisc : les biens hypothéqués, parce que, engagés envers ses créanciers qui le font vendre, rien ne s'oppose à ce qu'il en devienne acquéreur.

Le fait, objet du mandat, doit donc être possible juridiquement et matériellement du côté du mandant, nous devons ajouter, et du côté du mandataire. Il est évident qu'on ne saurait non plus voir un mandat dans la mission donnée à quelqu'un d'acheter une chose dont il est déjà propriétaire.

Que décider dans l'espèce suivante ? Primus charge Secun-

(1) 12, § 13. 17. 1. Ulp.

(2) 22, § 3. *eod. tit.* Paul.

(3) 22, § 3. 17. 1. Paul.

(4) 22, § 5, *eod. tit.*; *adde* 10, § 4. Ulp., 54. Pap. *eod. tit.* 6, § 6 *eod. tit.* Ulp.

dus d'acheter, moyennant un prix déterminé, le fonds Cornélien dont Secundus a hérité pour partie. Il y aura mandat en ce qui concerne l'achat des parts héréditaires, toutes indivises, autres que celles du mandataire, mais pour celle-ci « *posse dubitari ait Africanus, utrumne ex empto an mandati agi oporteat* (1). » Peut-être y aura-t-il vente conditionnelle ? Peut-être mandat ? Et l'intérêt de la question est grand, si l'on suppose que le mandataire a fait l'acquisition postérieurement à la mort du mandant, et qu'il était informé de son décès ; s'il y a mandat, la mort du mandant étant une cause d'extinction de ce mandat, aucun recours ne sera accordé au mandataire contre les héritiers du mandant et réciproquement. S'il y a vente conditionnelle, il faut décider, au contraire, que chacune des deux parties ou leurs héritiers pourront agir « *quemadmodum si quœvis alia conditio post mortem exstitisset.* »C'est la conséquence forcée des règles différentes qui régissent les deux matières du mandat et de la vente.

C. Tout fait, licite, honnête, possible, peut servir de base à un mandat ; mais il faut de plus qu'il s'agisse d'une affaire à réaliser (2) (*negotium gerendum non gestum*). Le mandat portant sur un fait accompli ne se comprend pas, n'a pas sa raison d'être, est complétement nul.

D. Il est également nul si le mandant n'a pas pu avoir l'action du mandat du vivant du mandataire, ce qui arrivera si l'accomplissement du mandat ne doit se réaliser qu'après la mort du mandataire : « *Inutile mandatum est quia generaliter placuit ab hœredis personâ obligationem incipere non posse* (3) » Telle était la véritable rigueur du droit ; mais Justinien s'en écarta et abrogea (an 531) l'ancienne règle formulée par Gaïus (4), de telle sorte qu'il faut désormais tenir comme

(1) 34, § 1, *eod. tit.* Afr.
(2) 12, § 14, *proœmium, eod. tit.*
(3) Gaï, Comm. III, § 158. 100.
(4) Const. unique. Code. Livre IV, titre XI.

valable non seulement le mandat dont l'exécution doit s'effectuer après la mort du mandataire, mais encore celui qui doit s'accomplir après la mort du mandant. Sur le premier point, pas de doute, dans le droit classique, aucun exemple inséré dans le Digeste — à notre connaissance du moins — ne fait échec au principe posé par Gaïus, et l'on n'a jamais admis avant Justinien la validité du mandat « *post mortem procuratoris.* » Le mandat *post mortem mandantis* n'était-il pas, au contraire, reconnu valable bien avant la constitution de Justinien ? L'examen de cette question trouvera sa place plus naturellement lorsque nous traiterons des différentes modalités du contrat de mandat.

CHAPITRE II (1)

DU DEUXIÈME ÉLÉMENT ESSENTIEL : DE L'INTÉRÊT DU MANDANT A L'EXÉCUTION DU MANDAT

Deuxième condition essentielle pour qu'il y ait contrat. — Il faut que le mandant y soit intéressé, ne serait-ce qu'indirectement. Si le mandant n'avait aucun intérêt à la réalisation du contrat du mandat, à l'exécution de l'affaire qu'il

(1) Nous suivrons la classification des Institutes ; comme elles, nous distinguerons les diverses espèces de mandats, d'après le nombre et la qualité des personnes qu'il peut intéresser ; nous ne nous attacherons donc pas aux distinctions de Paul : « *Procurator aut ad litem aut ad omne negotium, aut ad partem negotii, aut ad res administrandas datur* » (Paul, *Sent.*, liv. I, tit. 3, § 2). Mais nous parlerons brièvement plus tard des *procuratores omnium bonorum*.

charge le mandataire de mener à bonne fin, comment pourrait-il le contraindre à tenir ses obligations de mandataire ? Il n'aurait pas d'action, car là où il n'y a pas d'intérêt, il n'y a pas d'action (1). Que cet intérêt existe immédiatement, qu'il naisse au contraire seulement *ex post facto* (2), que l'intérêt du mandant soit un intérêt pécuniaire ou simplement un intérêt d'affection (3), il importe peu : dès qu'il y a intérêt immédiat ou non, direct ou indirect, quel qu'il soit, il y a action, par suite contrat.

Mais l'intérêt du mandant peut n'avoir pas été seul envisagé par les parties contractantes, et les Institutes (4), examinant au profit de qui le mandat a pu être donné, citent cinq hypothèses différentes qu'elles empruntent textuellement à Gaïus (5).

A. Le mandat a été contracté dans l'intérêt du mandant (6) : « *Veluti si quis tibi mandet ut negotia ejus gereres.* » C'est le cas le plus fréquent, il n'offre aucune difficulté.

B. Les parties ont considéré l'intérêt du mandant et du mandataire (7). Ce double intérêt se rencontre dans les trois espèces suivantes :

1° Le mandant charge le mandataire de prêter à intérêt une somme d'argent à quelqu'un qui l'emprunte pour faire les affaires du mandant. L'intérêt des deux parties s'aperçoit aisément, il nous paraît inutile d'insister sur ce premier cas fort simple.

2° Le deuxième, qui ne figure pas dans la loi de Gaïus, mais qui doit néanmoins lui avoir été emprunté parce qu'il se

(1) 32, 19, § 2. Julien, 6, § 5. 17. 1. Ulp.
(2) L. 2, § 6, *eod. tit.*
(3) 54. *Eod. titulo.*
(4) § 1, 2, 3, 4, 5. Inst., liv. III, tit. XXVI. —
(5) 2, 17, 1. Gaïus.
(6) § 1. Inst. *loco citato.*
(7) § 2.

comprend mieux à l'époque de Gaïus que sous Justinien, est plus difficile. Au moment où vous voulez agir contre une personne, parce qu'elle est fidéjusseur (1) de votre débiteur principal, cette personne vous donne mandat de poursuivre, à ses risques et périls, le débiteur principal. Dans cette hypothèse, le fidéjusseur est le mandant, le créancier le mandataire.

Quel est dans le contrat ainsi intervenu l'intérêt du mandant, l'intérêt du mandataire ? L'intérêt du mandant : il échappe aux poursuites immédiates du créancier, il obtient un délai, il gagne du temps, et surtout il évite les risques de l'insolvabilité future du débiteur principal. Ce débiteur principal, solvable à l'époque où le fidéjusseur est actionné par le créancier, peut ne plus l'être lorsque sera exercé le recours du fidéjusseur, condamné durant l'espace de temps écoulé depuis les poursuites du créancier contre le fidéjusseur jusqu'aux poursuites du fidéjusseur contre le débiteur ; la solvabilité de ce dernier peut diminuer sinon disparaître. Il y a donc là un danger pour le fidéjusseur : son intérêt évident est de profiter de la solvabilité du débiteur, au moment où il est lui-même attaqué; et il atteint son but en donnant mandat au créancier de s'en prendre tout d'abord au débiteur. Plus important encore est l'intérêt du mandataire, qui est, nous le répétons, le créancier : il agira tout d'abord contre le débiteur principal, et s'il n'est pas payé, il se retournera contre le fidéjusseur (mandant) par l'action *mandati contraria* (2) ; il a ainsi double action au lieu d'une seule. S'il n'y avait pas eu mandat, le fidéjusseur et le débiteur principal étant débiteurs *correi*, les poursuites dirigées contre l'un eussent libéré l'autre : « *Electo reo principali fidejussor vel heres ejus liberatur* (3) » Ainsi le voulaient les rè-

(1) Ce mot est pris ici dans son acception la plus large, et comprend tout *adpromissor*.

(2) 22, § 2, 17, 1. Paul.

(3) Paul. *Sent.*, liv. III, tit. XVII, § 16, 2. 45. 2. Javolenus.

gles combinées de la fidéjussion, de la corréalité, de la *litis contestatio*.

L'intérêt du mandataire était donc incontestable, mais seulement avant la promulgation de la constitution (1) de Justinien, par laquelle la *litis contestatio* cessa dorénavant d'avoir cet effet libératoire absolu. Mais dès que l'on ne put plus dire « *altero convento liberatur alter*, » cet intérêt n'exista plus. L'intérêt du mandant n'existe pas davantage depuis que le bénéfice de discussion a été concédé aux fidéjusseurs, puisque, s'ils l'invoquent, le créancier est contraint d'attaquer d'abord le débiteur principal, et n'a de recours contre eux que si les biens de ce dernier sont insuffisants. Le bénéfice de discussion constitue un droit pour le fidéjusseur, et pour le créancier une obligation à laquelle il ne saurait se soustraire. Tout autre est le caractère du bénéfice de cession d'action : le créancier a la faculté de faire droit à la demande du fidéjusseur ou de la repousser ; aussi l'utilité du mandat dont nous parlons se concevait-elle même après le bénéfice de cession d'action ; mais l'exemple des Institutes, vu l'époque où elles ont été composées, ne se comprend pas. Il y a là, évidemment, une erreur de Tribonien. Théophile, qui s'en est aperçu, a essayé d'expliquer et de justifier dans ses Paraphrases (2) l'espèce prévue du texte. Pour faire voir l'intérêt qu'a le mandataire dans notre hypothèse, il suppose : « *fidejussionem sine pignore factam fuisse, mandatum vero cum pignore.* » Le mandataire aurait gagné un « *pignus* » à ce contrat de mandat. Mais rien ne prouve que l'explication de Théophile doive être acceptée et que son hypothèse soit celle qu'aient eue en vue les rédacteurs des Institutes, la circonstance du « *pignus* » n'étant pas mentionnée.

(1) Const. 28. Code, livre VIII, tit. XLI.

(2) Traduction latine des Paraphrases des Institutes, liv. III, tit. XXVI, § 2.

3° Enfin le mandat est intervenu encore dans l'intérêt du mandataire et du mandant dans une troisième espèce. Votre débiteur vous délègue, à ses risques et périls, son propre débiteur, jusqu'à concurrence de la somme qui vous est due. Il s'agit, on le voit, d'un cas de délégation faite aux risques et périls du délégant. Déléguer, c'est fournir au créancier un nouveau débiteur à sa place (1). Le délégant est le mandant, le delégataire est le mandataire. En quoi le contrat de mandat intervenu entre eux est-il utile à chacun d'eux? Le créancier délégataire (mandataire) aura deux débiteurs au lieu d'un, si bien que si le débiteur délégué ne le paie pas du tout, ou même intégralement, il aura recours, pour le tout ou pour le surplus, par l'action *mandati contraria*, contre le débiteur primitif. Quant au mandant ou délégant, il est libéré pour un temps, sinon définitivement, des obligations qui lui incombaient comme débiteur ; il a échappé, du moins momentanément, aux poursuites de son créancier.

4° Julien nous fournit encore un autre exemple : il suppose que mandat de faire adition d'hérédité a été donné à un héritier par des légataires ou des créanciers héréditaires (2). L'intérêt des créanciers héréditaires, des mandants, est incontestable ; ils n'ont pas besoin de procéder à la *bonorum venditio* (3) puisque l'hérédité n'est plus jacente et qu'il se présente un *justus successor* pour la recueillir (4). Pour eux économie de temps et de frais souvent considérables. Les légataires ont un intérêt également, leurs legs sortiront à effet.

L'intérêt de l'héritier est moins manifeste. Cependant il existe, car de deux choses l'une : ou l'hérédité est insolvable ou elle est solvable. Au premier cas, quoique l'héritier

(1) 22, § 2. 17. 1. Paul., 45, § 7, *eod. tit.* Paul. 64, 46, 3. Ulp.
(2) 32. 17. 1. Jul.
(3) Gaïus, Comm. III, § 78, *in fine.*
(4) Accarias. *Précis de Droit romain.* t. 2, p. 517, note 3.

soit tenu *ultra vires* envers les créanciers héréditaires, il s'affranchira de l'obligation qu'il a contractée, comme héritier, de solder toutes les dettes de la succession, en exerçant le droit qu'il a acquis, comme mandataire, de rentrer dans ses déboursés. La succession est-elle solvable ? Il bénéficiera du reliquat lorsque toutes les charges dont elle était grevée auront été acquittées (1).

Si le mandat avait été donné non pas à un héritier mais à un légataire, « *longe dissimile est, nam legatum acquisitum nunquam illi damno esse potuit hereditas interdum damnosa est.* »

Remarquons toutefois que, dans l'hypothèse de Julien, le mandataire, l'héritier, n'a pas toujours intérêt à exécuter le mandat. Il peut arriver en effet que, faisant adition d'hérédité, il ne réalise aucun bénéfice ; il est sûr de ne pas perdre, il est vrai, mais est-ce là un avantage qui permette de dire que le mandataire est intéressé à l'accomplissement du mandat ?

C. Le mandat a été donné dans l'intérêt d'un tiers. « *Veluti si quis tibi mandet est Titii negotia gereres* (2). Ce mandat est en principe nul : il ne saurait être valable par application de cette règle déjà posée (3), que le mandant n'ayant aucun intérêt à l'exécution du contrat, n'a pas d'action contre le mandataire.

Mais que cet obstacle à la validité du mandat, ce défaut d'intérêt du mandant disparaisse, le contrat sera obligatoire. Il en sera ainsi toutes les fois que le mandat qui, au début, n'intéressait que le tiers, intéressera par la suite le mandant. Par exemple, le mandat que je vous donne de gérer les affaires de Titius, d'acheter un fonds pour ce même Titius, de cautionner sa dette, n'engendre aucune obligation ;

(1) Accarias, *op. cit.*, tom. 1, p. 797, note 2.
(2) § 3, Inst. *nostro tit.*
(3) 32, 19. 1. *Lex cit.* 8, § 6, 17. 1. Ulp.

il n'intéresse que Titius. Au contraire, dès que le mandataire aura fait, pour assurer l'accomplissement du mandat, quelques dépenses, il aura recours contre le mandant, afin d'en obtenir le remboursement. De son côté, le mandant, ayant intérêt à contrôler les opérations du mandataire, pourra agir par l'action *mandati directa*.

Le mandat donné par le mandant d'administrer le patrimoine d'un ami absent, intéresse, dès qu'il a reçu un commencement d'exécution, le mandant, puisque, si le mandat qu'il vient de confier au mandataire est mal exécuté, il est exposé à l'action *negotiorum gestorum*, qui compète à son ami absent.

Même solution dans l'hypothèse (1) où le mandant qui charge le mandataire d'administrer les affaires d'un tiers, était déjà lui-même le mandataire de ce tiers, chargé en cette qualité de l'administration du même patrimoine.

Pour échapper à l'action *mandati directa* du tiers, le mandant a tout intérêt à ce que les affaires de ce tiers soient bien gérées par son mandataire. Le seraient-elles mal, il aurait contre lui un recours, qui le dédommagerait des conséquences de la condamnation qu'il aurait encourue comme mandataire peu diligent.

D. Les parties ont envisagé l'intérêt du mandant et d'un tiers (2) : « *Veluti si quis de communibus suis (mandantis) et Titii negotiis gerendis tibi mandet* ». Cette hypothèse ne présente aucune difficulté.

E. Le mandat a été contracté en vue de l'intérêt du mandataire et d'un tiers (3). « *Veluti si tibi mandet ut Titio sub usuris crederes...* » L'intérêt du mandataire consiste dans le prêt *sub usuris* ; celui du tiers dans le prêt lui-même.

Mais le mandant n'ayant dans le principe aucun intérêt à

(1) 8, § 3, *eod. tit.* 28 — 3. 5. Javolenus.
(2) § 4. Inst. *nostro titulo.*
(3) § 5. Inst. Id.

la réalisation du contrat, il faut décider, comme nous l'avons fait dans l'avant-dernière espèce, que le mandat ne deviendra obligatoire que *ex post facto*, alors seulement que naîtra l'intérêt du mandant.

Les Institutes parlent d'un sixième cas, celui où le mandat aurait été donné dans l'intérêt exclusif du mandataire (1). « *Veluti si tibi mandet ut pecunias tuas in emptiones potius prædiorum colloces quam fœneres.* »

C'est le cas où, en thèse générale, le mandat n'est pas valable : « *cujus generis mandatum, magis consilium est quam mandatum.* » Celui qui conseille n'entend pas assumer la responsabilité de l'avis qu'il donne (2). « *Qui consilium dat, fidem præstare tenetur, sed fidem tantum* (3). »

La règle qui ne met à la charge de celui qui conseille aucune responsabilité, subit une triple exception, et il est responsable :

1° Quand il donne son conseil de mauvaise foi (4) : « Il a conseillé de prêter à quelqu'un dont il connait l'insolvabilité. » Observons que c'est par l'action *de dolo* et non par l'action *mandati* qu'il devra être poursuivi.

2° Quand il a été consulté sur une question se rattachant à une matière sur laquelle il fait profession de donner des avis (5). — Même observation que dans le cas précédent c'est encore l'action *de dolo* qui devra être intentée contre lui.

3° Quand il s'est engagé d'une manière formelle, ou tout au moins lorsque son mandat, ayant un objet certain, est la cause déterminante de l'opération faite par le mandataire : « *Plane si tibi mandavero quod tuâ intererat, nulla erit man-*

(1) § 6. Inst. *nostro titulo.*
(2) Gaïus, *Comm.*, III, § 156.
(3) Cicéron. *ad Atticum*, lib. XVI, epistol. XVIII.
(4) 47, *procem.* — 50. 17. Ulp. 10, § 7. — 17. 1. Ulp.
(5) 2. — 2. 2. Paul.

dati actio, nisi meâ quoque interfuit ; aut si non esses facturus, nisi ego mandassem etsi meâ non interfuit, tamen erit mandati actio (1). »

Toutes les fois donc qu'un conseil aura été donné et mis à exécution, il faut se demander, pour établir et fixer sûrement les responsabilités, si, sans l'intervention du mandant et la garantie que cette intervention lui assure, le mandataire aurait agi de même.

Cette question ne sera pas toujours très aisée à résoudre. La preuve en est qu'à l'époque classique, les Proculéïens et les Sabiniens étaient divisés sur la solution qu'elle devait recevoir dans l'hypothèse suivante : « *Quœsitum an mandati teneatur, qui mandavit tibi ut pecuniam Titio fœnerares* (2) » ; tandis que les Proculéïens décidaient que dans cette hypothèse il n'y avait pas mandat confié, mais simple conseil donné, les Sabiniens, au contraire, estimaient, — et c'est leur opinion qui a prévalu : *obligatorium esse in hoc casu mandatum*, et cela pour la raison que nous avons indiquée : « *quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.* »

C'est avant tout une affaire d'appréciation ; il faut consulter l'intention probable du mandant et savoir s'il a voulu se soumettre aux obligations qui résultent pour lui essentiellement du contrat de mandat (3) ; s'il a consenti à être une sorte de garant, de caution, dans le cas où le tiers n'aurait pas acquitté sa dette.

Et, si nous assimilons ainsi le rôle du mandant à celui d'une caution, c'est qu'il y a parfois entre eux une très

(1) 6, § 5. 17, 1. Ulp., 16 — 17, 1. Ulp.

(2) § 6, *in fine* Inst. *nostro titulo.*

(3) La recommandation, pas plus que le conseil, ne doit être confondue avec le mandat ; elle ne crée aucun lien de droit ; la volonté de s'obliger n'existant pas chez celui qui recommande (12. § 12, 17, 1. Ulp.).

grande similitude. Le mandant n'est-il pas en effet responsable, comme tout autre *intercessor*, dans l'une des hypothèses du § 2 (celle où il s'agit de la délégation faite au créancier par le mandant d'un débiteur délégué), du § 5, du § 6, suivant l'opinion sabinienne consacrée par Justinien.

L'analogie entre le mandant et le fidéjusseur est telle que Julien a pu dire (1) : « *In summa quicunque contractus tales sunt, ut quicunque eorum nomine fidejussor obligari potest, et mandati obligationem consistere puto, neque enim multum referre, præsens quis fidejubeat, an absens mandet.* »

Cependant il n'y a pas identité de règles entre les fidéjusseurs et les *mandatores pecuniæ credentæ*. — C'est le nom sous lequel sont désignés les mandants qui interviennent surtout dans l'intérêt d'autrui.

Quelles sont les règles communes au *mandatum pecuniæ credendæ* — qu'avec quelques commentateurs nous appellerons *mandat qualifié* (2) — et à la *fidejussio?* Quelles sont les règles propres à celle-ci, à celui-là ?

Il est nécessaire, pour répondre à cette double question, d'entrer dans quelques développements ; ces développements formeront un appendice à notre chapitre.

(1) 32, *in fine*, *eod. tit.*

(2) Sous le rapport de la personne à l'avantage de laquelle il tourne, le mandat est ordinaire — *mandatum simplex* — lorsque l'affaire est gérée dans l'intérêt du mandant ; ou il est mandat qualifié (*mandatum qualificatum*) lorsqu'il a pour but l'intérêt d'un tiers (Mackeldey, *Droit romain*, tome II, § 391). Suivant le même auteur, tandis que dans le mandat ordinaire les auteurs latins appellent le mandant *mandans*, ils appellent *mandator* celui qui, dans l'espèce du mandat qualifié, charge l'autre de l'affaire (*Obstat.*, loi 22, § 11-17, 1, Paul.)

APPENDICE AU CHAPITRE II

DU MANDAT QUALIFIÉ

Le mandat qualifié peut être défini : « Un mandat par lequel une personne engage une autre personne à faire un acte juridique avec un tiers, de telle sorte que, généralement, le mandataire deviendra le créancier du mandant. » Et l'hypothèse du mandat qualifié se réalise, non-seulement lorsqu'il y a eu prêt, avec ou sans intérêts, consenti à un tiers sur l'ordre du mandant, mais encore lorsque le mandant a chargé le mandataire d'administrer les affaires d'un tiers, de vendre à crédit à ce tiers... (1). Dans ces divers cas, et tous autres semblables, le *mandator* est réellement un garant obligé, à ce titre, vis-à-vis du mandataire, un *intercessor*. Il engage gratuitement sa personne ou sa chose dans l'intérêt d'un tiers.

Il ressemble beaucoup, à ce point de vue, aux *adpromissores* et spécialement à ceux des *adpromissores* qui ont reçu le nom de *fidejussores*.

A. Analogies.

Le principe sur lequel repose le *mandatum pecuniæ credendæ* est le même qui sert de base à la *fidejussio* ; dans les deux cas, il y a toujours engagement pris en vue de l'inté-

(1) 59, § 4, 17, 1, Paul ; 1, § 14-16. 3, Ulp.

rêt d'autrui, et les conséquences de ce principe incontestable (1) sont importantes à connaître.

1° Pour garantir une dette, on peut choisir indifféremment un *fidejussor* ou un *mandator* : le résultat est le même. Toutes les obligations qui admettent un fidéjusseur admettent également un mandataire.

Titius donne mandat à Gaïus de se porter fidéjusseur de la dette de Mœvius envers Sempronius, s'engageant, bien entendu, dans le cas où Mœvius ne le désintéresserait pas, à le payer lui-même. Gaïus ne s'est pas porté fidéjusseur, mais il a donné à son tour mandat à Sempronius, le créancier, de prêter à Mœvius (2). Gaïus est réputé avoir accompli la mission à lui confiée, et l'action *mandati contraria* lui sera accordée contre Titius, de même qu'il sera soumis à l'action *mandati directa* de ce même Titius, s'il n'accomplit pas son mandat avec zèle (3).

Dès que le but qu'a eu en vue le mandant est atteint, peu lui importe le moyen mis en œuvre par le mandataire. Dans l'espèce que nous venons de rapporter, Gaïus a contracté, vis-à-vis de Sempronius, comme *mandator*, les mêmes obligations qui lui eussent incombé comme *fidejussor*, et son intervention a été aussi utile au tiers comme *mandator* que comme *fidejussor*. De quoi pourrait donc se plaindre Titius ?

2° Toutes les règles prohibitives de l'*intercessio* sont également prohibitives de la *fidejussio* et du *mandatum pecuniæ credendæ*, sinon elles eussent été complétement illusoires, et rien n'eût été plus facile que de les éluder.

(1) Cette ressemblance n'a pas échappé aux compilateurs du Digeste, du Code, des Novelles ; la preuve en est dans la formule que portent : au Digeste, le livre 46, tit. 1 ; au Code, le livre 8, 41 ; dans la collection des Novelles, la Novelle 4, ch. 1, *de fidejussoribus et mandatoribus*.

(2) 62, § 1, 17, 1, Scævola.

(3) 45, § 4, 46, *eod. tit.* Paul.

a. C'est dire que les femmes qui, en vertu du sénatus-consulte Velléien, ne pouvaient « *pro ullo intercedere* (1)» ne pouvaient davantage se porter fidéjusseurs ou mandataires dans l'intérêt d'autrui. La portée du S.-C. Velléien est en effet absolue : « *totam obligationem improbat* (2), » et les motifs de prohibition sont également puissants dans les diverses espèces d'intercession : l'un politique, celui qui a inspiré véritablement le législateur « *ne virilibus officiis fungi possint;* » l'autre imaginé par les jurisconsultes : *sexus imbecillitas* (3). »

b. Seconde application du principe que les prohibitions relatives à l'intercession s'étendent également à la *fidejussio* et au *mandatum pecuniæ credendæ*. L'esclave n'a pas capacité pour contracter une obligation civile, néanmoins le préteur admit que si l'esclave avait un pécule ou si le maître s'était enrichi à la suite de l'opération faite par l'esclave, un recours serait possible contre le maître, soit par l'action *de peculio*, au premier cas, soit au second par l'action *de in rem verso* (4). Mais jamais le préteur ne permit à un esclave d'intercéder pour autrui, et son *intercessio* ne pouvait obliger le maître : « *Si igitur quasi intercessor servus intervenerit non rem peculiarem agens, non obligabitur dominus de peculio* (5). » On voit par cette loi qu'il faut préciser : l'opération intéresse-t-elle le pécule ? l'action *de peculio* sera accordée au créancier contre le maître de l'esclave *intercessor*. Ne l'intéresse-t-elle en aucune façon ? pas de recours possible contre le maître : « *Si pro creditore suo solvi mandavit esse obligatum dominum de peculio : quod si intercessoris officio functus sit, non obligari dominum de peculio* (6). »

(1) 1, 16, 1, Paul.
(2) 16, § 1, *in fine. Eod tit.* Julien.
(3) 2, § 2, *eod tit.* Ulp.
(4) § 4, Inst., liv. IV, tit. VII.
(5) 3, § 5, 15, 1. Ulp.
(6) 3, § 6, *ead. lex.*

Cette doctrine était unanimement adoptée. Un esclave (1), à l'insu de son maître, s'est porté fidéjusseur dans l'intérêt d'un tiers, et à ce titre a payé une certaine somme au créancier. Son maître peut-il répéter la somme par lui versée ? Il faut, avant de répondre à cette question, savoir : « *Si ex causa peculiari fidejussit* » le maître ne pourra dans ce cas répéter, mais si « *extra causam peculii fidejusserit,* » il pourra au contraire agir contre qui de droit.

c. La solution sera-t-elle la même si le fidéjusseur est non plus un *servus* mais un fils de famille ? Faudra-t-il décider que l'*intercessio* du fils de famille cautionnant la dette d'autrui est assimilée à celle de l'esclave ? En d'autres termes, la situation juridique du père de famille est-elle, en notre matière, identique à celle du maître ? Tout au contraire de l'esclave, le fils de famille intervenant comme fidéjusseur est tenu personnellement et civilement ; car il a, quoi qu'on en ait dit, une personnalité juridique distincte, et il peut s'obliger civilement de toutes manières. Oblige-t-il son *paterfamilias ?* S'il a un pécule, le père de famille sera tenu *de peculio*, et cela dans tous les cas, que le contrat intervienne ou non dans l'intérêt exclusif du pécule (2). C'est là une différence qui distingue le fils de famille de l'esclave et qui se justifie par cette considération que le fils de famille mérite plus de confiance que l'esclave dans le cas spécial d'*intercessio*. Il n'acceptera en effet le rôle d'*intercessor* qu'à bon escient, puisqu'il est responsable personnellement des conséquences de sa *fidejussio*.

3° Dans le cas de *fidejussio* comme dans le cas de *mandatum pecuniæ credendæ*, il y a cautionnement de la dette d'autrui : donc, si cette dette est acquittée par le débiteur principal, la caution, qu'elle soit un fidéjusseur ou un mandataire, est toujours libérée vis-à-vis des créanciers, sans

(1) 19, 46, 1. Julien.
(2) 3, § 9, 15, 1. Ulp.

qu'on doive s'attacher au mode de paiement de l'obligation principale. Aussi la confusion, c'est-à-dire la réunion dans la même personne des qualités incompatibles de créancier et de *reus*, libère la caution, le *mandator* comme le *fidejussor* ; l'obligation principale disparaissant, l'obligation accessoire disparaît aussi (1).

4° Enfin, et cette analogie n'est pas la moins importante à étudier, le fidéjusseur et le *mandator pecuniæ credendæ*, étant tous deux des cautions, méritent tous deux la même protection ; et les secours, les bénéfices accordés à l'un doivent l'être également à l'autre, pour les mêmes motifs.

Il est essentiel de connaître ces bénéfices et en quoi ils consistent :

a. Tandis que la loi Apuleia, s'appliquant indistinctement à l'Italie et autres contrées de l'empire romain, créait une sorte de société entre les *sponsores* et les *fidepromissores* qui avaient garanti les mêmes dettes et leur permettait, par voie de conséquence, lorsqu'ils avaient payé au-delà de leur part, d'exercer un recours contre leur co-garant (2) ; la loi Furia, postérieure en date, — l'une est de 652, l'autre de 659 de l'an de Rome — décidait que l'obligation contractée par les *sponsores* et les *fidepromissores* devait se diviser entr'eux, de telle sorte que chacun d'eux ne fût tenu que pour une part virile (3). La deuxième loi n'abrogea pas la première, car elle n'avait d'effet qu'en Italie ; elle laissa donc subsister la disposition de la loi Apuleia hors de cette province.

Mais ni l'une ni l'autre ne s'étaient préoccupées de la situation des *fidejussores* ; cette troisième classe est la plus fréquente des *adpromissores*. Ce n'est que sous Adrien qu'un édit intervint en leur faveur (4). Il fut toujours loisible au

(1) 71, 46, 1. Paul : *Textes de Pellat*, p. 175.
(2) Gaii, *Com.*, III, § 122.
(3) *Op. cit.*, § 121, *in principio*.
(4) § 4, Inst., livre III, tit. XX.

créancier de poursuivre tel des fidéjusseurs que bon lui semblerait et de le poursuivre *in solidum*, mais faculté est laissée au fidéjusseur poursuivi de demander la division des poursuites entre les fidéjusseurs solvables et au moment de la *litis contestatio*.

Une double différence distingue le bénéfice introduit par la loi Furia en faveur des *fidepromissores* et des *sponsores*, de celui que l'édit « *divini Hadriani* » établit au profit des fidéjusseurs.

α. La loi Furia reconnaît aux *fidepromissores* un droit de division qu'ils n'ont pas besoin d'invoquer, il existe sans qu'ils soient obligés de s'en prévaloir formellement ; le fidéjusseur doit au contraire « *petere partes.* »

β. C'est entre les *fidepromissores* que la division s'accomplit : « *Si quis ex sponsoribus aut fidepromissoribus solvendo non sit, hoc cæterorum partes non onerat* (1) ; » tandis que, s'il s'agit de fidéjusseurs, elle n'atteint que ceux qui sont solvables au moment de la *litis contestatio* : elle ne s'effectue qu'entre eux.

Ce bénéfice de division fut-il concédé par ce même édit d'Adrien aux *mandatores pecuniæ credendæ* ? Si l'on s'en rapportait à une constitution de Justinien (2), il faudrait dire que l'édit d'Adrien s'appliquait dès le début aussi bien aux *mandatores* qu'aux *fidejussores* ; mais cette constitution est évidemment entachée d'une erreur historique. L'extension aux *mandatores* du bénéfice de division concédé aux *fidejussores* est l'œuvre de la jurisprudence et non du législateur. C'est elle qui, frappée de la similitude de leur situation juridique, réalisa cette réforme équitable. Et il est si vrai que ce n'est pas l'édit d'Adrien qui a accordé aux *mandatores* le bénéfice de division, que le texte de Gaïus, aussi bien que celui des Institutes, parle seulement des *fidejussores*, et que

(1) Gaïus, *Comm.*, III, § 122.
(2) Const., 3, Cod. IV, XVIII.

Papinien se sert, en parlant de cette innovation, du mot « *placuit* », expression tout à fait inexacte s'il s'agissait d'une décision législative (1).

b. En outre du bénéfice de division dû à Adrien, les fidéjusseurs jouirent, depuis l'an 535 après J.-C., du bénéfice de *discussion* ou *d'ordre* que leur attribua une Novelle de Justinien (2). Ce bénéfice consiste dans le droit qu'a le fidéjusseur poursuivi par le créancier, de se dérober, momentanément du moins, à ses poursuites, en l'obligeant à attaquer tout d'abord le débiteur principal ; et ce n'est que si le débiteur principal n'a pu le satisfaire qu'il lui sera permis de se retourner contre le fidéjusseur pour en obtenir le paiement de la dette non acquittée. Peut-être ce bénéfice est-il antérieur à Justinien? L'empereur dit, en effet, dans la préface de sa Novelle, qu'il se borne à faire revivre une ancienne loi tombée en désuétude, sans qu'il puisse s'expliquer pourquoi elle n'a pas été consacrée par l'usage.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas permis de douter que le bénéfice de discussion n'appartint également aux *mandatores pecuniæ credendæ*, car Justinien parle des *fidejussores*, des *sponsores*, des *mandatores*, et leur accorde le même droit à tous. C'est qu'il y avait identité de raisons pour décider de même à l'égard de tous.

Telles sont brièvement exposées les analogies très grandes qui existent entre les *mandatores* et les *fidejussores*, mais les différences qui les séparent sont nombreuses aussi et méritent tout autant de fixer notre attention.

B. Différences.

Le *mandatum pecuniæ credendæ* est un contrat principal, *bonæ fidei*, par lequel le *mandator* prend l'initiative d'un con-

(1) *Comp.*, 59, § 3, 17, 1. Paul.
(2) Novelle IV, ch. 1.

trat principal qui doit intervenir entre le mandataire et un tiers.

Cette définition, rapprochée de celle de la *fidejussio*, — contrat de droit strict, accessoire d'un autre contrat principal, par lequel le fidéjusseur s'oblige à acquitter la dette par lui cautionnée, si le débiteur principal ne la paie pas lui-même, — cette définition, disons-nous, ainsi rapprochée, permet de constater à première vue que deux éléments constitutifs du *mandatum* font défaut à la *fidejussio*.

1° Le *mandator* a l'initiative du contrat qui se forme entre le mandataire et le tiers : il est un véritable *suasor negotii*. On ne saurait en dire autant du fidéjusseur qui n'intervient que sur la demande du créancier désireux d'avoir une créance mieux garantie et dont le recouvrement lui paraisse désormais assuré. L'un fixe lui-même les conditions du contrat, l'autre les subit.

Conséquences :

a. En fait, le *mandatum* précédera toujours le deuxième contrat, celui qui lie le tiers vis-à-vis du créancier. La *fidejussio* peut au contraire ou précéder ou suivre l'obligation principale (1) ; précéder, en quoi elle se distingue du pacte du constitut ; suivre par opposition au *mandatum*. Cependant la règle que nous venons de poser n'est pas absolue en matière de mandat. Si j'ai donné mandat au créancier d'attendre, de ne pas pousser le débiteur, de lui accorder quelque délai, prenant à mes risques et périls le montant de la dette, je serai responsable vis-à-vis du mandataire de défaut de paiement (2). Le *mandatum* est postérieur au contrat principal, dans cette hypothèse.

b. En droit, si l'emprunteur est mineur, le fidéjusseur qui a ignoré cette circonstance de la minorité du débiteur, dont il a cautionné la dette, peut intenter la *restitutio in integrum*, du chef du mineur. Ce droit, qui ne lui serait refusé que s'il savait que l'emprunteur était un mineur, n'est jamais, en règle générale, concédé au mandataire, parce que c'est lui qui a pris l'initiative du contrat. (3)

2° Le *mandatum pecuniæ credendæ* suppose deux contrats principaux : par l'un, le mandat donne mission au mandataire, qui l'accepte, de prêter, par exemple,

(1) § 3, Inst., liv. III, tit. XX.

(2) 12, § 14, *in fine*. 17, 4, Ulp.

(3) 95, § 3; 46, 3, Pap. — 13, *præm.*, 4, 4, Ulp. — *Textes* de Pellat, p. 223-245.

aun tiers ; par l'autre, le mandataire prête à ce tiers. Donc deux opérations distinctes l'une de l'autre, la seconde faite en exécution de la première. Dans la première interviennent seuls le *mandator* et le mandataire ; dans la deuxième, le créancier et le débiteur.

D'où il suit :

α. Si le mandataire-prêteur a poursuivi l'emprunteur, la *litis contestatio* ne libère pas le *mandator*, et réciproquement si le mandataire a poursuivi tout d'abord le *mandator*, l'obligation du débiteur n'est pas éteinte (1). Cela tient à ce que l'objet de l'obligation du *mandator* est autre que l'objet de l'obligation du débiteur. Tandis que cette dernière porte sur une somme prêtée... le *mandator* lui ne s'oblige qu'à indemniser le mandataire du préjudice résultant de l'exécution du mandat (2).

La double conséquence que nous venons de déduire du principe posé, ne se produit pas dans le cas de *fidejussio*. L'objet de l'obligation principale et de la *fidejussio* étant le même, la dette étant une, toute poursuite dirigée contre le débiteur principal, ou le fidéjusseur, éteint l'obligation de l'autre. C'était là un bien grand inconvénient pour le créancier, aussi dans la pratique aimait-on mieux prendre pour caution un *mandator* ou encore un *fidejussor indemnitatis*, dont nous devons parler plus tard. Lorsque Justinien, par sa célèbre constitution, eut enlevé à la *litis contestatio* son effet extinctif, la différence qui vient d'être signalée disparut, et les poursuites exercées contre le débiteur principal, ses *fidejussores*, ses *mandatores*, ne libérèrent désormais ni les uns ni les autres.

6. Le paiement volontaire ou après condamnation fait par le *mandator pecuniæ credendæ* ne libère pas l'emprunteur (3). Le *mandator* est obligé de satisfaire le créancier, en

(1) 13, 46, 46, 1. Julien, 95, § 10; 46, 3, Pap.

(2) Accarias, *Op. cit.*, tome II, page 534.

vertu du mandat; s'il l'a désintéressé, il est vrai que le créancier ne peut plus exiger du débiteur le paiement d'une dette qui ne lui est plus due, mais l'action de prêt subsiste néanmoins, et le *mandator* l'intentera avec succès contre l'emprunteur sans qu'il ait à redouter que ce dernier lui oppose l'exception *doli* dont il aurait pu se prévaloir contre le mandataire, le créancier payé. La cause en est que deux contrats différents ont été conclus; le mandat et le prêt. Seul le créancier est partie dans les deux. Au lieu de poursuivre le débiteur dont il craignait sans doute l'insolvabilité, il a mieux aimé agir contre le *mandator*, il a épuisé son droit de mandataire vis-à-vis du mandant, sans qu'il ait cessé, au regard du débiteur, d'être resté son créancier, et quoiqu'il ne puisse l'actionner utilement.

Mais l'obstacle qui arrêtait les poursuites du créancier dirigées contre le débiteur n'existe plus lorsque ces poursuites sont l'œuvre du *mandator*. L'action née du contrat *de mutuum*, irrecevable du chef du créancier, sera utile au mandant et il doit nécessairement l'obtenir de son mandataire, ne serait-ce qu'en invoquant contre lui l'action *mandati directa* (1).

Papinien assimile sur ce point spécial (2) le *mandator* et le tuteur, l'un est responsable de la dette contractée vis-à-vis du mandataire, l'autre de la dette contractée vis-à-vis du pupille. Si, faute de paiement par le débiteur, ils sont obligés de l'acquitter, ils auront contre ce débiteur les actions que devaient leur céder le pupille, le mandataire.

Cette cession d'actions peut avoir lieu au profit du *mandator*, non-seulement après la *litis contestatio*, mais encore après sa condamnation et même après le paiement : il n'a pas besoin de la réclamer, elle est de droit.

Le fidéjusseur jouit également du bénéfice de cession d'ac-

(1) *Textes de Pellat*, p. 276.
(2) 95, § 10, *lex cit.*

tions, il peut exiger du créancier, qu'il se propose de désintéresser, cette cession d'actions qui lui assurera un recours utile, soit contre le débiteur principal, soit contre ses cofidéjusseurs ; mais il doit la demander, et encore doit-il le faire au plus tard quand il va payer. Le paiement est-il effectué, la demande de cession d'action intervient-elle seulement *lite contestatâ* — ceci est vrai avant la constitution XXVIII — il est trop tard (1), le fidéjusseur n'aura désormais aucun recours, il devait faire ses réserves au moment du paiement, car, à ce moment-là, le créancier aurait paru lui vendre, lui céder sa créance, et à raison de cette qualité de cédant, était tenu de lui transférer les actions attachées à la créance cédée. Cette cession fictive ne saurait être admissible après le désintéressement du créancier, puisqu'alors il n'y a plus de créance et partant plus d'action ni contre le débiteur ni contre les fidéjusseurs. On ne peut supposer une vente sans objet.

Grande est donc, en ce qui concerne le bénéfice de cession d'actions, la différence qui distingue les *mandatores* des *fidejussores*. Cependant lorsque le *mandator* veut agir, non plus contre le débiteur principal mais contre ses *comandatores*, les conditions auxquelles est soumis l'exercice de son droit de cession d'actions se rapprochent de celles qui sont imposées aux fidéjusseurs pour la conservation de leur bénéfice. Ainsi l'un des *mandatores*, tous débiteurs solidaires, a-t-il payé spontanément la totalité de la dette sans faire aucune réserve, il libère ses *comandatores* (2) sans perdre toutefois son recours contre le débiteur principal. Il ne pourra donc exiger le bénéfice de cession d'actions que contre ce *reus*.

Hormis dans ce cas spécial de paiement volontaire, la différence subsiste : « *Si in solidum condemnatus est unus ex mandatoribus cùm judicati conveniri cœperit, posse eum deside-*

(1) 36, 46, 1. Paul.
(2) 76, 46, 3. Modestin.

rare, ut adversus eos, qui idem mandaverunt, actiones sibi mandantur (1).

γ. Le mandataire, dans le *mandatum pecuniæ credendæ*, est tenu, « *præstare actiones integras*, » parce que le contrat de mandat est synallagmatique et de bonne foi, et qu'il ne peut dès lors dépendre de lui de rendre illusoire le recours qui appartient au *mandator* contre les tiers (2). Si le mandataire n'a pas accompli cette obligation et s'il recourt contre le mandant : « *propre est ut actione mandati nihil a mandatore consequi debeat* (3). » Le *mandator* lui opposera l'exception de cession d'action sous forme de *exceptio doli*.

Cela est aussi vrai d'un créancier qui a, par sa faute, encouru une déchéance que d'un pupille qui a fait remise à un seul de ses tuteurs de sa part de responsabilité. Ni le mandataire créancier ni le pupille, — malgré la solidarité établie entre les co-tuteurs, — ne pourront poursuivre le *mandator*, les autres tuteurs. Quel serait, en effet, le droit du *mandator* contre le débiteur principal, du tuteur poursuivi contre le tuteur libéré ? Leur droit de recours serait inefficace, les actions qui auraient pu le rendre utile ayant été perdues par le fait du créancier, du pupille.

Il faut donc, de toute nécessité, que le *mandator* puisse exiger *actiones integras* du mandataire. Ce droit existe-t-il également pour les fidéjusseurs ? Non, et cela parce que la *fidejussio* est un contrat unilatéral, *stricti juris*, dans lequel le créancier n'a pris aucun engagement envers le fidéjusseur, il n'a consenti aucune obligation en sa faveur, il ne lui doit rien. Rien qui ressemble à ces obligations réciproques qui découlent du mandat, contrat de bonne foi avant tout. Le caractère de la *fidejussio* et du *mandatum* est, à ce point de vue, diamétralement opposé. Et c'est dans ces caractères

(1) 41, § 1, 46, 1. Mod.
(2) 45, 26, 7, Paul.
(3) 95, § 11, *lex cit.*

différents qu'il faut chercher l'explication de l'antinomie qui existe entre les deux textes de Papinien et Paul, d'une part, et le fragment suivant emprunté à Julien (1) :

« Primus est créancier, sa créance est garantie par deux fidéjusseurs, Secundus et Tertius. L'un d'eux, Secundus, lui donne ou lui promet cinq, à condition qu'il ne sera pas poursuivi. Il ne saurait être question de la libération de Tertius, et il pourra valablement être actionné jusqu'à concurrence de quinze, sans qu'il ait à opposer une exception quelconque ; pour les autres cinq, Primus ne serait pas en droit de les demander à Secundus, qui écarterait sa prétention par l'exception de dol. »

En faisant remise à Secundus, moyennant cinq de ses obligations de fidéjusseur, Primus fait retomber sur Tertius seul presque tout le poids de l'insolvabilité du débiteur principal, et le contraint de supporter les trois quarts de la dette. Tertius n'aura aucun recours contre Secundus, valablement libéré, et tandis que l'un en sera quitte pour cinq, l'autre devra acquitter quinze.

Si, au lieu d'être deux fidéjusseurs, Secundus et Tertius étaient deux *mandatores*, la remise de cinq faite à Secundus n'aurait pas pour effet de modifier, d'aggraver la position de Tertius ; bien qu'il soit co-débiteur solidaire, il ne pourra être actionné que pour dix, c'est-à-dire pour la part de la dettedont il est personnellement tenu. Comment admettre en effet que la faute de Primus puisse lui nuire, et que l'inexécution des engagements contractés envers lui rende pire sa condition de débiteur ? Entre Primus et Tertius était intervenu un contrat de mandat, en vertu duquel, si Tertius pouvait être poursuivi pour le tout, il devait, de son côté, obtenir contre Secundus un recours efficace pour dix ; ce recours, grâce à la libéralité de Primus, n'est plus possible ; il il est inique de faire retomber sur Tertius les conséquences

(1) 15, § 1; 46, 1, Julien.

de la générosité du créancier, qui a manqué à ses obligations, car il avait été convenu entre les contractants qu'en définitive chacun des deux *mandatores* ne supporterait que la moitié de la dette. Aucun engagement semblable n'avait été pris au profit des fidéjusseurs : Primus n'avait nullement entendu se soumettre envers eux à l'obligation de conserver à celui-là qui l'aurait satisfait un recours utile contre son co-fidéjusseur.

C'est donc par cette double considération que le contrat de mandat est bilatéral et de bonne foi, alors que la *fidejussio* est *stricti juris* et unilatérale, que se justifient les solutions opposées des lois 95, 46, et 15, § 1.

Cujas (1) et après lui Pothier (2) ont proposé une conciliation inadmissible. Suivant eux, Julien suppose que le créancier a fait non pas une faute mais une libéralité en faveur de l'un des fidéjusseurs, et ils concluent « *liberalitas non est vitium aut culpa.* » Dans les espèces prévues par les deux jurisconsultes, le créancier au contraire a compromis l'action du *mandator* par sa négligence, sa faute. Cette distinction n'est pas fondée : les actions ont été compromises dans un cas comme dans l'autre par la faute du créancier La libéralité envers l'un des fidéjusseurs ne constitue-t-elle pas en effet une faute véritable à l'égard de l'autre, puisqu'elle le prive d'un recours utile ? Et s'il y a faute, ce que ne contestent ni Cujas ni Pothier, de la part du pupille « *alterum ex tutoribus liberare,* » il doit y avoir faute également — l'espèce est presque identique — à faire remise à l'un des fidéjusseurs d'une partie de ses obligations.

Le motif de décider dans une hypothèse d'une autre façon que dans les autres, vient, nous le répétons, de ce que dans l'une il est question de *fidejussor*, dans les autres de *mandatores*.

(1) *Comm. in lib.*, 11, Dig. Julien *ad hanc legem*, 15, § 1.
(2) *Pand. de fidej.*, n° 47. — *Textes de Pellat*, p. 291.

C

Comparaison du mandator *pecuniæ credendæ* avec le *fidejussor indemnitatis*

Le *fidejussor indemnitatis* est un débiteur conditionnel (1) d'autre chose que de l'objet de la dette; il ne promet que ce que le débiteur principal ne pourra payer. Telle est, du moins, l'opinion qui a prévalu malgré l'autorité de Celsus.

a. Une première analogie entre le *fidejussor indemnitatis* et le *mandator* apparaît immédiatement, ils sont tous deux des *intercessores*.

b. De ce qu'il ne doit pas la même chose que le débiteur principal, il résulte qu'il n'est pas *correus* avec ce débiteur principal. C'est là encore une deuxième analogie qui le rapproche du *mandator*, et on en connaît les conséquences.

c. Mais n'étant que débiteur conditionnel, il ne peut être attaqué qu'après le débiteur principal, et la discussion préalable des biens qui lui appartiennent. Comment saurait-on, avant cette discussion, s'il est débiteur et jusqu'à concurrence de quelle somme il l'est? — Cette obligation n'existe pas pour le créancier lorsqu'il a affaire à un *mandator*. Le créancier peut poursuivre à son choix ou le débiteur principal ou le *mandator*, sauf à ce dernier d'invoquer — du moins depuis Justinien — le bénéfice de discussion.

d. Enfin, le *fidejussor indemnitatis* étant tenu par un contrat *stricti juris*, *l'exceptio doli* n'est pas sous-entendue dans la formule; pour s'assurer la cession « *integra* » des actions qui appartiennent au créancier poursuivant, il pourra et il devra l'y faire insérer. Le *mandator* étant, au contraire, tenu en vertu d'un contrat *bonæ fidei*, l'exception de dol n'a pas besoin d'être ajoutée dans la formule, elle y est comprise de droit.

(1) 116, 45, 1, Pap.; 21, 46, 3, Paul; *contrà*, 42, 12, 1, Celsus.

Après avoir distingué les diverses espèces de mandat, d'après les différentes personnes qu'il peut intéresser, il importe d'examiner, croyons-nous, le mandat considéré, non pas dans son objet, mais dans son étendue.

Rien de particulier à dire du mandat spécial. Les caractères du mandat général ont, au contraire, donné lieu à de vives controverses parmi les interprètes modernes, et c'est à raison de ces controverses célèbres qu'il nous a semblé utile de dire quelques mots du *procurator omnium bonorum*. Toute la discussion peut se résumer en ces termes : Faut-il admettre deux classes de *procuratores omnium bonorum*? Les Romains avaient-ils discerné le *procurator* constitué *simpliciter* du *procurator cum liberà administratione*? Et avaient-ils établi une différence dans l'étendue des pouvoirs de l'un et de l'autre?

Suivant la majorité des auteurs, le Droit romain, reconnaissait aux *procurator omnium bonorum cum liberà administratione* le droit absolu d'aliéner les biens faisant partie de son administration, et accordait seulement au *procurator simpliciter* la faculté de n'aliéner que les objets sujets à dépérissement. Cette opinion a été surtout combattue par Donneau (1) et Vinnius (2), et à notre avis ne saurait être admise. Plus hardi que Pothier qui se bornait à dire : *lectoris erit judicium*, nous estimons qu'aucune distinction semblable à celle que les anciens docteurs se sont efforcés de constater entre le *mandator* général *simpliciter* et le *mandator* général *cum libera* n'a été faite par les jurisconsultes romains. Les textes invoqués à l'encontre de Vinnius confirment sa doctrine, bien loin de la ruiner, et prouvent que les aliénations sont également permises aux deux prétendues classes de *procuratores*, mais toujours avec cette restriction qu'elles doivent

(1) *Lib.* 4 ; *Comm.* 15.
(2) *Quæst. select., lib.* 1, c. 9.

être faites pour les besoins de l'administration et dans les limites de cette administration.

Modestin (1) ne dit pas autre chose : *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.* » Le jurisconsulte parle, on le voit, du *procurator omnium bonorum* en général, pas un mot qui indique, ainsi qu'on l'a prétendu, qu'il ait voulu préciser, limiter les pouvoirs du *procurator simpliciter*; il pose en principe les règles que le mandataire général ne peut aliéner que les récoltes ou les choses qui dépérissent facilement, car ce sont là les seules aliénations qui rentrent dans ses limites et ses devoirs d'administrateur. Toutes les autres lui sont interdites, exceptionnellement elles lui seront permises si les besoins de l'administration les rendent nécessaires : « *Procurator cui generaliter libera administratio rerum commissa est, potest exigere, alerid pro aliud permutare* (2). » « *Sed et id quoque ei mandari videtur ut solvat creditoribus* (3). » Et la preuve que ces deux lois ne font pas obstacle à notre solution, et qu'elles ne s'appliquent pas exclusivement aux mandataires *cum libera*, c'est que ce même droit de recevoir le paiement d'un débiteur du mandant appartient au mandataire *simpliciter*, suivant deux autres fragments insérés au Digeste (4).

Nous nous résumons : la distinction entre les mandataires généraux *simpliciter*, et ceux *cum liberâ*, est l'œuvre des commentateurs modernes comme la dénomination par eux employée. Tous les mandataires généraux ont les mêmes droits, les mêmes pouvoirs, droits d'administration et non de disposition. C'est dire qu'ils peuvent faire tous les achats de nature à augmenter la valeur des biens qu'ils ont mandat d'administrer,

(1) 63, 3, 3.
(2) 58, *eod tit.* Paul.
(3) 59, *eod tit.* Paul; add., 9, § 4; 41, 1, Gaius.
(4) 34, § 3; 46, 3, Julien; 87, *eod. tit.* Celsus.

recevoir ce qui est dû au mandant, nover (1), contraindre les débiteurs au paiement, intenter les actions relatives à l'administration (2), déférer le serment, si nul autre mode de preuve n'est possible (3), payer les créanciers du mandant, donner en nantissement des biens appartenant au mandant, alors surtout que le mandant avait l'habitude d'emprunter sur gage (4). Mais quelle que soit l'analogie existant entre le serment et la transaction, il ne peut transiger (5).

CHAPITRE III

DE LA GRATUITÉ

La troisième condition essentielle à la validité du contrat du mandat, c'est qu'il soit gratuit : « *Sciendum est mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere* (6). » Dès qu'une rétribution est convenue au profit du mandataire, ce n'est plus un contrat de mandat qui se forme entre les parties, elles seront liées l'une envers l'autre, tantôt par un contrat innommé, tantôt par un contrat de louage (7) : « *Mercede constitutâ, incipit locatio et conductio esse.* »

Il faut se garder d'attribuer une signification absolue aux termes dont se sont servis les rédacteurs des Institutes, qui reproduisent presque littéralement un passage de Paul :

(1) 30, § 1; 46, 2, Paul.
(2) 12, *lib.* 2, 14, Ulp.
(3) 17, § 3, 12, 2, Paul; 35, *eod. tit.* Paul.
(4) 12, 13, 7, Gaïus.
(5) 2, 12, 2. Paul; 60, 3, 8, 3, Paul.
(6) § 13, Inst., livr. III, tit. XXVI.
(7) 22, 19, 5, Gaïus.

« *Mandatum nisi gratuitum nullum est... interveniente enim pecuniâ, res ad locationem et conductionem potius respicit* (1). »

Ce serait une erreur de croire que tout contrat qui eût été un mandat, s'il n'y avait pas eu promesse de payer le service à rendre, devient nécessairement et ne peut devenir qu'un louage par suite de cette promesse de prix. Pour qu'il y ait louage, il faut que l'objet du contrat soit de ceux *quæ locari solent*. Sinon, « *Si tale sit factum quod non locari possit, condici potest vel præscriptis verbis agi* (2). » Dans cette hypothèse il ne saurait donc être question d'action *conducti locati*. Un point hors de doute, c'est qu'il n'y aura jamais *interveniente pecuniâ*, contrat de mandat, car il n'existe pas en Droit romain de mandat salarié ; généralement, il y aura *conductio locatio*.

Et cette précision n'offre pas seulement un intérêt purement théorique, elle entraîne des conséquences juridiques dont il convient de ne pas méconnaître l'importance.

Le contrat de louage est un contrat synallagmatique parfait où la pensée de spéculation domine ; il ne prend pas fin par la mort du maître, et s'il y a plusieurs maîtres, ils ne sont pas solidairement responsables de l'exécution du contrat. Ajoutons que l'action *conducti*, pas plus que l'action *locati*, n'est une action « *famosa*. »

Le contrat de mandat est un contrat unilatéral (3) tout d'abord, mais qui se transforme par les agissements du mandataire en contrat synallagmatique ; en d'autres termes, il est synallagmatique imparfait, entièrement désintéressé — *contraria amicitiæ, contraria officio merces* (4) — qui se dissout

(1) 1, § 4, 17, 1, Paul.

(2) 5, § 2, 19, 5, Paul.

(3) Le mandat est de sa nature un contrat unilatéral, et ne produit nécessairement une obligation qu'à la charge du mandataire (Maynz, Droit romain, § 306).

(4) Cujas, sur la loi : 7, *Mandati*.

par la mort de l'une des parties. En outre, les co-mandants sont solidairement responsables envers leur mandataire. Enfin, l'action *mandati directa* entraîne dans quelques cas, sinon dans tous, l'infamie contre le mandataire qui a failli à ses devoirs.

Mais est-il bien vrai qu'il n'y ait pas, en Droit romain, de mandat salarié? L'idée d'une rétribution exclut-elle toujours l'idée de mandat? Dans toutes les hypothèses, le prix dénature-t-il ce contrat? N'est-il pas au contraire des cas dans lesquels il lui laisse son caractère de mandat?

A ne consulter que le texte des Institutes (1), la réponse ne saurait être douteuse, et en présence de ses dispositions formelles, nous n'hésitons pas à conclure que les jurisconsultes romains ont de tout temps repoussé, comme incompatible avec la nature du mandat, sa base philosophique, la promesse d'un salaire, et n'ont jamais distingué suivant que le service rendu serait appréciable ou non en argent, de même qu'ils n'ont pas distingué si le prix était promis ou donné avant ou après les premiers agissements du mandataire.

Leur opinion est absolue et leur solution identique dans toutes les espèces qui peuvent se présenter; y a-t-il une *merces*, il n'y a pas mandat, et il importe peu que cette *merces* prenne les noms spéciaux d'*honor*, *honorarium*, *salarium*; il y a toujours alors un contrat distinct du mandat, soumis à des règles de droit, de procédure, de juridiction différentes, garanti par des actions autres que les actions *mandati* (*persecutio extra ordinem*, *locati conducti*, *præscriptis verbis*, *in factum*).

Toutes les distinctions qu'ont voulu faire les auteurs modernes ne sauraient se justifier, car elles se heurtent toutes à ce texte précis que nous avons rapporté.

(1) Gaii, *Comm.*, III, § 162 : *junge*.

Cependant bon nombre de commentateurs (1) soutiennent que dans le cas où les honoraires interviennent à raison d'un service inappréciable en argent, le mandat conserve son caractère, en un mot ils affirment l'existence dans la législation romaine d'un mandat salarié, et à l'appui de leur doctrine ils invoquent surtout trois textes, qui ne nous paraissent nullement probants.

a. Si remunerandi gratiâ, honor intervenit, erit mandati actio (2). Ulpien ne dit pas, ainsi qu'on le soutient, que la promesse d'un honoraire ne fait pas obstacle à ce que le contrat reste un contrat de mandat; il émet cette opinion que l'action de mandat appartiendra au mandant, quoiqu'il ait reconnu par un honoraire les bons offices du mandataire; mais il n'accorde pas l'action *mandati* au mandataire. Cet honoraire a été donné au mandataire en dehors de tout accord spécial; il n'a pas été l'une des causes déterminantes des agissements du mandataire; s'il avait été promis, nul doute qu'il n'y eût pas mandat, même à l'égard du mandant.

b. Salarium procuratori constitutum, si extra ordinem peti cœperit, considerandum erit, laborem dominus remunerare voluerit atque ideo fidem adhiberi placitis oporteat, an eventum litium, majoris pecuniæ præmio, contra bonos mores, procurator redemerit (3). L'argument que nos adversaires tirent des fragments de Papinien est sans valeur; ils prétendent que l'honoraire promis au mandataire ne l'empêchant pas d'actionner le mandant, le contrat intervenu conserve, malgré cette promesse d'honoraire, son caractère de mandat.

Mais il y a une confusion manifeste : dans l'hypothèse de la loi 7, il est question, non pas d'une action de mandat, mais de *cognitio extraordinaria*, ce qui est bien différent,

(1) Cujas, *loc. cit.*; Ortolan, *op. cit.*. p. 295; Ducaurroy, *Traité de Droit romain*, nº 1081; Troplong, *du Mandat*, nº 156.

(2) 6, *Proœm.*, 17, 1. Ulp.

(3) 7, *eod. tit.* Papinien.

puisque la juridiction qui doit en connaître n'est pas la même ; ce n'est pas en effet au *judex* qu'il appartiendra de statuer, mais bien au préteur à Rome, et en province aux présidents (1).

c. Salarium incertæ pollicitationis neque extrà ordinem rectè petitur, neque, judicio mandati, ut salarium tibi constituat (2). En vain use-t-on de l'argument *à contrario* pour conclure que si la *pollicitatio* n'était pas *incerta*, l'action du mandat serait recevable, et que le contrat intervenu serait un contrat de mandat. Papinien se borne à dire qu'on ne pourra exiger, par quelque voie que ce soit, l'exécution d'une *incertæ pollicitationis*. Il parle d'une *cognito extrà ordinem*, et la vérité est que, dans l'espèce, il y aura lieu à cette *persecutio extrà ordinem* par application du principe posé par Paul, Gaïus, et consacré par Justinien : « *Mandatum nisi gratuitum, nullum est.* »

En résumé, si une *merces* a été promise, il y aura *locatio* ou contrat innommé, suivant que le fait sera ou ne sera pas du nombre de ceux qui sont d'ordinaire l'objet d'un louage. Si c'est un *salarium*, un *honor*, qui ait été convenu et fixé, c'est par la *persecutio* que le créancier devra agir et exiger l'accomplissement de l'obligation dont le débiteur est tenu envers lui. N'y a-t-il eu ni *merces* ni *salarium*, le contrat est un contrat de mandat. Mais quelle différence y a-t-il entre la *merces* d'une part, le *salarium* de l'autre? Et quels sont les cas où il n'y a pas prix, mais honoraire ?

La distinction à établir entre la *merces* et l'*honorarium* se trouve surtout constatée dans une loi (3) relative aux géomètres-arpenteurs, aux *agrimensores*. Leurs fonctions consistaient à partager et à mesurer le territoire dont on avait résolu l'*assignatio*.

(1) Const., 1 ; Code, livr. IV, tit. 35.
(2) 56, § 3, 17, 1, Pap.
(3) 1, 11, 6, Ulp.

Fort considérés à Rome (une constitution de Théodose leur avait accordé le titre de *spectabiles*, et leurs disciples étaient qualifiés de *clarissimi*), tantôt ils décidaient avec un pouvoir entièrement judiciaire, tantôt ils étaient choisis pour experts à raison de leurs connaissances spéciales (1). Leur mission était trop élevée, trop estimée, pour qu'elle pût être assimilée à un vulgaire louage : « *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, suivant Ulpien, la manifestation de la reconnaissance à raison d'un service rendu, plutôt que le paiement d'un travail effectué en vue d'un gain à réaliser.

Après avoir payé le prix convenu, le débiteur libéré est quitte vis à vis de son créancier, il ne lui doit plus rien, il l'a désintéressé complétement, puisque le montant du prix représente aussi exactement que possible la valeur réelle des avantages que lui ont procurés les agissements du créancier. Il est impossible, par contre, d'établir un semblable équivalent, même approximatif, entre le service rendu et le *salarium*, et l'honoraire laisse toujours subsister après lui une dette de gratitude. Cette différence n'avait pas échappé à Vinnius (2). « *Honorarium a mercede differt, quod merces fere sit analoga operæ, seu ita constituatur ut æstimationi operæ proportione respondeat.* »

Nous savons ce qu'est l'honoraire, ce qu'est le prix, en quoi ils se distinguent l'un de l'autre. Examinons maintenant la deuxième question que nous nous sommes posée : Quand la somme payée doit-elle être considérée comme honoraire? Quand doit-elle être réputée un prix?

Tous ceux qui exercent une profession libérale reçoivent

(1) Niebühr, *Hist. rom.*, tome 4, pages 444, 445.

(2) Vinnius, sur la loi 6, Dig. *Mandati;* Contr. Inst. *nostro tit.*, § 43.

un *honorarium*, non une *merces* (1). La liste des professions libérales embrasse les rhéteurs, les grammairiens, les géomètres, les médecins, les sages-femmes, les nourrices, les libraires, les notaires, les avocats (2).

Dans notre énumération, empruntée à Ulpien, nous avons omis et les philosophes et les professeurs de Droit; c'est que leur situation n'est pas identiqne à celle des rhéteurs, des grammairiens... Tandis que ceux-ci ont le droit de réclamer en justice leurs honoraires et de porter leur réclamation devant le président de la province ou le préteur, *extrà ordinem*, qui leur allouera la somme qu'il arbitrera lui-même; les autres peuvent bien accepter le salaire — nous prenons ce mot dans l'acception romaine — qui leur est offert, mais ne sauraient l'exiger; les philosophes : « *Non quia non religiosa res est. Sed quia hoc primum profiteri eos oportet, mercenariam operam spernere,* » les professeurs de Droit, parce que, si estimable que soit leur science, « *pretio nummario non sit æstimanda nec dehonestanda.* »

Toutefois un rescrit d'Antonin le Pieux (3) abrogea l'ancienne règle en ce qui concerne les *juris studiosi*, et décida qu'ils pourraient et demander un honoraire et en obtenir le paiement par voie judiciaire.

Pour conclure, il est question d'honoraires, non pas de prix, dans les arts libéraux, parce que le service rendu par ceux qui les exercent ne saurait être apprécié en argent.

En vain a-t-on essayé de prétendre que ce n'est pas à cette considération que s'étaient reportés les jurisconsultes romains, quand ils avaient distingué les *liberalia studia* des *sordidi quæstus*, pour nous servir d'une expression de Cicéron. On a invoqué contre notre opinion la loi 15, § 10: 50, 13. Cette loi

(1) Le mot *merces* se trouve cependant employé parfois dans le sens d'honoraire : 1, *proœm.*, 50, 13, Ulp.

(2) 1, 50, 13, Ulp.

(3) 4, 50, 13, Paul.

ne dit pas que la plaidoirie de l'avocat est chose exactement appréciable en argent ; elle indique au magistrat les divers éléments d'appréciation qui lui permettront de fixer raisonnablement les honoraires (importance du procès, usage des lieux, réputation de l'avocat). Mais les honoraires qui seront attribués à l'avocat représentent si peu l'équivalent pécuniaire du service rendu, qu'il aura droit à des honoraires, qu'il ait perdu ou gagné son procès. Et cependant, si la théorie contraire à la nôtre était vraie, il faudrait décider que les honoraires refusés dans la première hypothèse doivent être alloués seulement dans la seconde, ou que du moins il y aura grande inégalité dans le chiffre de la somme attribuée.

Mais, nous le répétons, l'honoraire empêche que le contrat qui se forme entre le professeur, par exemple, et son élève, soit un contrat de mandat ; la règle exigeant comme condition essentielle la gratuité des bons offices du mandataire est en effet absolue, et n'admet ni exception ni tempérament.

CHAPITRE IV.

DU CONSENTEMENT.

Comme dans tous les contrats, il est nécessaire que le consentement des parties intervienne.

Dès qu'il est intervenu sur les trois conditions essentielles que nous avons déjà étudiées, il rend le mandat obligatoire (1) et le distingue d'avec la gestion d'affaires, où l'accord des volontés n'existe pas. Sans vouloir signaler en détail les différences qui séparent le contrat de mandat du quasi-

(1) 1, pr., 17, 1. Paul.

contrat de gestion d'affaires, nous devons dire néanmoins que le principal intérêt de la distinction à établir se réfère au remboursement des impenses. Alors que le mandant doit rendre le mandataire complétement indemne, sans pouvoir se prévaloir de ce que les dépenses faites ne lui ont rapporté aucun profit, le maître n'est tenu, vis-à-vis du gérant, qu'au remboursement des dépenses utiles ou nécessaires; toutes autres ne le regardent pas.

CHAPITRE V.

DES FORMES DU MANDAT. — DE SES MODALITÉS.

A.

Le consentement doit donc se manifester, pour qu'il y ait contrat de mandat; mais ce contrat n'étant pas solennel, le consentement donné, en quelques termes que ce soit (1) ou de quelque manière qu'il intervienne (2), suffit à lier les parties entre elles.

Il faut même aller plus loin, et décider que le consentement peut n'être que tacite; du côté du mandataire, pas de doute, l'exécution de l'affaire qui lui a été confiée est la preuve la plus énergique et la manifestation la plus évidente de son acceptation; du côté du mandant, son consentement s'induit d'une simple tolérance; peut-il empêcher les agissements du mandataire et ne s'y oppose-t-il pas? « *Mandare creditur* (3) » « *Si passus sim aliquem pro me fidejubere, vel*

(1) 1, § 2, 17, 1, Paul.
(2) 1, § 1.....
(3) 60; 50, 17, Ulp.

alias intervenire mandati teneor, » (1) dit ailleurs le même Ulpien.

Mais encore faut-il qu'il y ait tolérance de la part du mandant. Si c'est contre son gré qu'un tiers intervient, il n'y a pas évidemment mandat, puisque le consentement, élément essentiel, fait défaut. Est-ce là une hypothèse de gestion d'affaires? Il faut distinguer : le maître aura contre le gérant l'action *negotiorum gestorum directa*, mais le gérant restera sans recours contre le maître (2).

Cette solution, qui n'est pas douteuse depuis Justinien (3), n'avait pas été admise par tous les jurisconsultes. Quelques-uns d'entr'eux accordaient dans notre espèce, sinon une action *negotiorum gestorum contraria*, du moins une action utile. Mais Paul et Ulpien la refusaient avec raison au tiers qui, malgré la défense certaine du maître, s'était immiscé dans ses affaires; il ne doit s'imputer qu'à lui-même les conséquences de son intervention.

Un autre point controversé était de savoir si le consentement, intervenu après l'exécution de l'affaire, modifie la situation juridique des parties, ou, pour mieux dire, si la ratification transforme la *negotiorum gestio* en *mandatum?* Ulpien ne fait aucune difficulté d'admettre que la ratification d'une gestion d'affaires équivaut à un mandat : *Rati habitio mandato comparatur* (4). Et Pomponius, par application du même principe, soutient que ce n'est pas par l'action *negotiorum gestorum* que le maître doit agir contre le gérant, dont la gestion a été mauvaise.

Telle n'est pas l'opinion de Scævola (5), pour lui, la ratification laisse subsister la *negotiorum gestio*, et c'est l'action *negotiorum gestorum* qui devra être exercée.

(1) 6, § 2, 17, 1, Ulp.; 18, *eod tit.*; 53, *eod. tit.* Pap.
(2) 40, *eod. tit.*, Paul; 8, § 3; 3, 5, Ulp.
(3) *Const.* 24, Code, livre XI, titre IX.
(4) 12, § 4, *in fine*; 46, 3, Ulp.
(5) 9; 3, 5, Scævola.

L'antinomie ne serait qu'apparente, suivant quelques commentateurs, et deux conciliations ont été proposées. Nous ne parlons pas de celles de Cujas (1) et de Voet (2), qui veulent que l'on se décide suivant l'intention des parties.

a. La ratification du maître n'a d'effet que contre lui, il ne peut pas créer à son profit une action nouvelle; il est donc obligé d'actionner son gérant par l'action *negotiorum gestorum* (loi 9), tandis que le gérant a le choix entre l'action *mandati* (loi 60), et l'action *negotiorum gestorum* (3).

b. Le texte d'Ulpien contient deux phrases et c'est dans la seconde que l'action *mandati* est donnée contre le maître, qui ratifie. Mais la première phrase se réfère à un acte de gestion qui consiste à intercéder pour autrui, par exemple à se porter fidéjusseur. Donc, la seconde vise aussi cette même hypothèse. Or, quand je ratifie l'engagement du fidéjusseur, je lui donne par cela même mandat de payer ma dette. Dès lors, rien d'étonnant si je suis tenu envers lui par l'action *mandati*. Mais Ulpien n'aurait pas donné la même décision, si la ratification ne fût venue qu'après le paiement fait par le fidéjusseur (4).

Telles sont les deux explications fournies, peut-être est-il plus prudent d'admettre l'interprétation de Cujas et plus prudent encore de reconnaître la contradiction des lois 60 et 9, d'autant que la controverse offre exclusivement un intérêt de procédure, puisque Scævola reconnaît que, par l'effet de la ratification, les rapports juridiques du maître et du gérant sont analogues à ceux du mandant et du mandataire.

Après avoir vu quels sont les éléments essentiels à la vali-

(1) Cujas, sur la loi, 6, § 10, *de Neg. gestis.*
(2) Voert, *de Neg. gestis*, 14.
(3) Demangeat, *Droit romain*, tom. 2, page 361.
(4) Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 577, note 4.

dité du contrat de mandat et avant d'étudier quels sont ses effets, nous devons nous demander entre quelles personnes il peut se former et quelles modalités il est susceptible de recevoir.

Nous n'avons guère à insister sur la capacité requise des parties contractantes. Le mandat ordinaire est, en effet, soumis aux règles ordinaires en matière de capacité.

En vertu de ces règles, nous reconnaîtrons que l'esclave ne peut point prendre part à un contrat de mandat, suivant le droit civil, pas plus qu'il ne peut s'obliger par tout autre contrat (1). Mais, selon le droit prétorien, il peut intervenir dans un contrat de mandat, puisque s'il y a eu exécution, le *dominus* pourra être poursuivi par les actions dites *adjectitiæ qualitatis*.

C'est également en vertu de ces règles du droit commun que le pupille mandataire (2) ne sera pas obligé civilement s'il n'a pas agi *auctore tutore;* il ne sera obligé que naturellement, mais dans tous les cas il sera tenu *de in rem verso*, jusqu'à concurrence de l'enrichissement que le mandat lui aura procuré.

Enfin, le fils de famille sera valablement constitué mandataire ou donnera valablement mandat puisqu'il peut s'obliger pour les mêmes causes qu'un *pater-familias* (3). Cependant il ne saurait exercer lui-même les actions, ce droit est réservé au *pater-familias*, sous la puissance duquel il se trouve.

Observons, en terminant, que le mandat étant un contrat du droit des gens, est accessible aux pérégrins.

(1) 43; 44, 7, *in fine*, Paul.
(2) 43; 44, 7, *in medio.*, Paul.
(3) 39; 44, 7, Gaïus.

B

« *Mandatum et in diem differri et sub conditione contrahi potest* (1). » On peut donc donner un mandat pur et simple comme à terme ou sous condition.

Nous avons déjà cité un exemple de terme opposé à un mandat et nous avons examiné la question de savoir si le mandat *post mortem procuratoris* était valable; nous avons répondu que, sous le droit classique, il était aussi incontestablement nul, qu'il devient valable à dater de Justinien. La même solution aurait dû être admise avant les Constitutions impériales dans l'hypothèse du mandat *post mortem mandantis*. Et cependant les jurisconsultes romains s'étaient montrés moins rigoureux dans cette seconde hypothèse, quoique les mêmes raisons dussent militer, dans les deux cas, avec la même force, en faveur de l'application de cette règle : « que les héritiers ne peuvent ni poursuivre ni être poursuivis par une action qui n'a pu être exercée ni par le défunt, ni contre lui (2). » Ils avaient décidé, contrairement à ce principe doctrinal et aussi à la règle, que le mandat cesse par la mort de l'une des deux parties, que le mandat donné par le mandant de lui construire, après sa mort (3), un tombeau, était valable et engageait les héritiers du mandant. Etaient valables également, d'après Gaïus lui-même, le mandat de faire une acquisition après sa mort (4) pour les héritiers du mandant, ou encore celui d'affranchir un des esclaves du mandant, toujours après sa mort (5).

Comment justifier cette dérogation ? Faut-il croire que les

(1) 1, § 3, 17, 1, Paul.
(2) Ducaurroy, *Droit romain*, n° 1080, note 1.
(3) 12, § 17, 17, 1, Ulp.
(4) 13, *eod. tit.*
(5) 27, § 1, *eod. tit*

jurisconsultes ont admis, dans les espèces que nous venons de parcourir, des solutions contraires à la rigueur du droit (1) *benignâ interpretatione*, par faveur pour la liberté, par respect pour le culte des morts?

La raison véritable, c'est que, dans ces différents cas, le mandat a pu recevoir un commencement d'exécution pendant la vie du mandant; en conséquence, des actions pourront être intentées par le mandataire, s'il a fait quelques dépenses, par le mandant si le mandataire a déjà, par sa faute, rendu impossible l'accomplissement de l'affaire à lui confiée.

Justinien réforma toute cette matière et décida, nous le savons, que le mandat *post mortem mandantis* et *post mortem procuratoris* sortiraient toujours à effet et il faut avouer que sa réforme est due à une connaissance exacte des différences qui existent entre le droit générateur et le droit sanctionnateur. Avant lui, les jurisconsultes romains confondaient ces deux espèces de droits et ne distinguaient point l'obligation de l'action. Imbus de cette idée que dans le cas de stipulation *post mortem* (ce que nous disons de la stipulation *post mortem* s'applique généralement au mandat) l'action ne peut être intentée par le stipulant, qu'elle ne peut naître directement et immédiatement que dans la personne de ses héritiers, ils avaient conclu à la nullité de cette stipulation *post mortem*. Cette conclusion était la conséquence logique de la confusion dans laquelle ils tombaient et c'est pour avoir envisagé l'action et non la créance qu'ils refusaient toute valeur à cette stipulation; l'action étant impossible pour le stipulant, ils devaient la déclarer également impossible pour les héritiers. Comment le stipulant aurait-il pu transmettre en effet à ses héritiers une action qu'il n'avait pas encore dans son patrimoine? Et à quel autre titre ces derniers eussent-ils pu l'exercer? S'ils ne le peuvent pas en qualité d'héritiers,

(1) 108; 46, 3, Paul.

ils sont sans droit, puisque, quant à cette action, ils sont des tiers véritables.

Ainsi, nul doute que dans l'ancien droit la *stipulation post mortem* fût nulle et de nul effet; mais il n'en était pas de même de la stipulation *post mortem alterius;* ce terme incertain opposé à la stipulation pouvant se réaliser du vivant ou du promettant ou du stipulant, il y avait là une éventualité suffisante pour donner pleine force à la stipulation, car les jurisconsultes romains n'exigeaient que la possibilité. Pour eux il suffisait, mais il était nécessaire, que l'action eût pu naître au profit du stipulant pour que l'action appartînt à ses héritiers. Leur opinion, sur ce point, est incontestable, elle apparaît bien précise dans la théorie de l'*adstipulator* (1). L'emploi de l'*adstipulator* a pour but de rendre efficace la stipulation *post mortem suam*. Ce tiers, au terme fixé, à la mort du stipulant, devait recevoir, puisqu'il stipulait lui aussi, la chose promise et être investi de toutes les actions nécessaires pour contraindre le débiteur à exécuter son obligation. Mais comment se fait-il que, par suite de l'adjonction de cet *adstipulator*, la stipulation ne soit plus nulle? Pourquoi le stipulant peut-il transmettre à ses héritiers l'action *mandati?* L'explication est la même que celle par laquelle nous avons justifié la validité de la stipulation *post mortem alterius*. Il peut se faire que de son vivant le stipulant ait contre l'*adstipulator* une action efficace. Supposons, en effet, que cet *adstipulator* libère par acceptilation le débiteur principal, qu'il ait touché le montant d'une dette à terme avant l'échéance, qu'il ait compromis le droit du stipulant créancier (2), il sera à n'en pas douter poursuivi par le stipulant. Ces cas pouvant se présenter et une action pouvant s'ouvrir au profit du stipulant, la stipulation devient valable, même à l'égard de ses héritiers. En un mot, par cela seul qu'une

(1) Gaii, *Com.* III, § 117.
(2) Gaii, *Com.* III, § 215, 216.

action a été possible, elle devient transmissible, et, par voie de conséquence, la stipulation cesse d'être nulle.

Quelques auteurs ont fourni une autre explication : suivant eux, si la stipulation *post mortem* est nulle, tandis que cette même stipulation, par l'emploi de l'*adstipulator*, est pleinement valable, cela tient à ce que l'action *mandati*, étant de bonne foi, serait transmissible ; alors que l'action *ex stipulatu*, action de droit strict, ne le serait pas. Cette distinction est inexacte, la règle relative à l'intransmissibilité des actions étant générale.

Ce qui est certain, c'est que l'emploi de l'*adstipulator* (1) était un moyen fort en usage d'éluder les dispositions légales qui interdisaient la stipulation *post mortem stipulatoris vel promissoris*. Aussi Justinien a-t-il eu raison de mettre fin à des subtilités excessives de l'ancienne jurisprudence, à sa « *scrupulosa inquisitio.* » Il a sanctionné le résultat que les parties réussissaient à atteindre par des moyens détournés, en simplifiant ces moyens.

(1) Gaïus, *Com.* III, § 117.
(2) § 13, *Inst.*, livr. III, tit. XIX.

DEUXIÈME PARTIE

Des effets du contrat de mandat tant à l'égard des parties contractantes que des tiers.

CHAPITRE PREMIER

DES OBLIGATIONS DU MANDATAIRE. — DE L'ACTION MANDATI DIRECTA AU PROFIT DU MANDANT.

A

Nous savons que le contrat de mandat est un contrat synallagmatique imparfait, donnant, nécessairement, naissance à des obligations de la part du mandataire, et n'en créant qu'éventuellement à la charge du mandant. Il est donc logique de s'occuper en première ligne des obligations qui découlent fatalement de tout contrat de mandat, puis viendront, en second lieu, celles qui ne naissent qu'*ex post facto*.

Toutes les obligations que le mandataire contracte vis-à-vis du mandant peuvent se ramener à trois principales :

1° Il doit faire l'affaire dont il s'est chargé.

2° Il doit les soins d'un bon père de famille.

3° Il doit rendre compte.

§ 1

Le mandataire doit faire l'affaire dont il s'est chargé : « *Sicut autem liberum est mandatum non suscipere, ita suscep-*

tum consummari opportet (1). » S'il n'accomplit pas la mission qui lui a été confiée, il est responsable vis-à-vis du mandant, il lui doit des dommages-intérêts pour l'inexécution totale ou partielle, à moins qu'il ne puisse invoquer, soit une maladie, soit toutes autres circonstances qui l'auraient empêché de mener à bonne fin son mandat (2). Même dans le cas d'excuses valables doit-il informer le mandant afin de lui permettre de trouver un autre mandataire, ou de surmonter l'obstacle qui s'est opposé à la réalisation de l'affaire.

Quand le mandataire s'est-il acquitté de cette première obligation, quand a-t-il fait l'affaire dont il s'est chargé? Son devoir est nettement tracé : « *Diligenter fines mandati custodiendi, sunt, nam qui excessit aliud quid facere videtur* (3). »

Point de doute s'il a fait précisément l'opération, que lui avait confiée le mandant, sans s'écarter des conditions prescrites, le mandat a été bien rempli; il a été bien rempli également s'il a fait l'affaire à de meilleures conditions (4) que celles fixées, ou encore s'il l'a fait à des conditions qui lui semblaient favorables, parce que le mandant ne lui avait assigné aucune limite, ou donné aucune instruction contraire (5). Dans ces divers cas « *utrinque actio nascitur.* »

La solution en sens inverse n'est pas douteuse non plus s'il a acheté, par exemple, à un prix plus élevé que le prix porté dans l'ordre du mandant, il y a de sa part excès de pouvoir, violation du mandat, et il n'aura pas de recours contre le mandant pour la totalité de la somme versée.

Mais n'aura-t-il pas, du moins, un recours jusqu'à concurrence du chiffre déterminé par le mandant? Les deux écoles étaient divisées. Cette controverse est certaine (6), elle

(1) 22, § 11, 17: 1, Paul; 5, § 1, *eod. tit* ; 27, § 2, *eod. tit.*, Gaïus.
(2) 23, 25 *eod. tit.*, Hermogenianus; 24, *eod. tit.*, Paul.
(3) 5, *proœm.*, *eod. tit.* Paul.
(4) 5, § 5.
(5) 3, § 1, *eod. tit.* Paul.
(6) § 8, Inst. *nostro titulo.*

ne portait cependant pas sur les deux hypothèses bien distinctes, qu'ont imaginées les rédacteurs des Institutes, et qu'ils ont eu le tort d'assimiler.

a. Si Primus donne mandat à Secundus de cautionner Titius, jusqu'à concurrence de cent, et que Secundus se porte fidéjusseur de Titius pour cent cinquante, la question de savoir si Secundus aura recours pour cent contre Primus, ne peut se poser. Il est incontestable, en effet, que Secundus a fait l'affaire dont il avait été chargé par Primus, et cela dans les limites qu'il lui avait tracées ; libre à lui de garantir pour son propre compte, et jusqu'à concurrence de cinquante, la dette contractée par Titius. Une double opération, parfaitement divisible a été accomplie par Secundus, il a joué dans l'une le rôle de mandataire, il doit en avoir les droits et les obligations (1) ; dans l'autre il a été simple fidéjusseur, à son tour soumis en cette qualité, aux charges de la fidéjussion. Dans la dernière, le mandant n'est pas intervenu ; il est un étranger, non-seulement pour le débiteur Titius, mais aussi pour le créancier et le mandataire ; dans la première, au contraire, il a été partie principale au regard du mandataire, et il doit être tenu dans les termes où il a entendu s'obliger : « *Eum qui majorem summam, quam rogatus erat fidejussisset, hactenus mandati actionem habet quantam rogatus esset.* »

b. Dans l'ancien Droit, cette première espèce ne doit avoir soulevé aucune difficulté, quoi qu'en disent les Institutes, et la controverse des Sabiniens et des Proculéiens s'est agitée exclusivement sur ce deuxième cas : Primus donne mandat à Secundus d'acheter le fonds Cornélien pour cent, Secundus l'achète, mais il ne s'en est rendu acquéreur que moyennant cent cinquante. A-t-il droit d'invoquer contre Primus l'action *mandati contraria*, pour obtenir de lui le paiement de cent, en lui transmettant, cela va sans dire, la propriété du fonds Cornélien?

(1) 33, Dig., *eod. tit.* Julien.

Les Sabiniens répondaient négativement, prétendant que si l'on admettait la solution affirmative, le mandant se trouverait à la merci du mandataire. Et en effet, de deux choses l'une, ou l'affaire est bonne ou elle est mauvaise. Est-elle bonne? Le mandataire prétendra qu'il a entendu faire l'acquisition pour son propre compte, et la gardera pour lui. Si elle est mauvaise, il soutiendra qu'il a agi en exécution des ordres du mandant et la lui abandonnera. « *Iniquum est, non esse mihi* (mandant) *cum illo* (mandataire) *actionem si nolit, illi vero, si velit mecum esse* (1). »

Ce raisonnement n'est pas exact et la théorie des Proculéiens, critiquée par quelques auteurs modernes (2), est plus juste. Gaïus, quoique sabinien, le reconnaît si bien qu'il dit : « *Proculus recte cum, usque ad pretium statutum acturum existimat, quæ sententia sane benignior est* (3). » C'est que le mandant n'est pas soumis, dans la doctrine Proculéienne, au pur caprice ou aux intérêts du mandataire. N'a-t-il pas, en effet, une action *mandati*, en vertu de laquelle il pourra demander des dommages-intérêts au mandataire pour inexécution du mandat, et l'obliger, par suite, à lui livrer la chose acquise? De quoi se plaindrait-il d'ailleurs? Il voulait devenir propriétaire du fonds Cornélien pour cent, son but est rempli puisqu'il ne lui en coûtera pas davantage; que lui importe que le complément du prix ait été payé par son mandataire.

Aussi estimons-nous que c'est avec raison que Justinien a adopté la solution Proculéienne. Elle se justifie par des considérations d'équité et de droit bien mieux que par cet argument inexact, qui consiste à affirmer que la doctrine de Gaïus est préférable, par cela seul qu'elle évite au mandataire la

(1) 3, § 2, *eod. tit.* Paul.

(2) *Interquos*, Ducaurroy, n° 1090; Bugnet, édition des œuvres de Pothier, *Traité du contrat de mandat*, page 209.

(3) 4, *eod. tit.*, Gaïus. Quelques auteurs croient que cette loi 4 de Gaïus a été altérée par Trebonien.

peine de l'infamie, conséquence de l'action *mandati* intentée contre lui. Dans l'espèce, la condamnation du mandataire n'entraînerait pas l'infamie, puisque, d'une part, une simple faute peut lui être reprochée, que, d'autre part, l'infamie n'est prononcée contre le mandataire qu'à raison de son dol, ou de sa faute lourde (1).

En vertu de la même théorie, nous déciderons que le mandataire qui s'est obligé purement et simplement, alors qu'il avait reçu mandat de ne s'obliger qu'à terme, a un recours contre le mandant ; mais il ne pourra l'exercer qu'à l'échéance du terme « *cum didies venerit* (2). »

C'est aussi, conformément au système des Proculliens, qu'est résolue, par Paul, l'hypothèse suivante : Primus donne mandat à Secundus de vendre, moyennant cent, le fonds Cornélien. Secundus le vend moyennant quatre-vingt dix (3). Primus, le propriétaire, le mandant, pourra revendiquer, entre les mains de l'acquéreur, le fonds Cornélien ; nulle exception ne lui sera opposable ; mais la vente ne sera plus nulle et la revendication ne sera plus accordée à Primus, si le complément de la somme — dix — lui est fourni soit par le mandataire, soit par l'acquéreur.

Le mandataire peut n'avoir accompli qu'une partie du mandat (4). Il a recours pour partie contre le mandant, à moins qu'il ne soit certain que le mandant voulait que l'affaire fût accomplie en entier. Dans ce cas, si l'affaire, bien que susceptible de division en elle-même, devait néanmoins, d'après un ordre formel, être exécutée comme si elle ne l'était pas, le mandataire est réputé n'avoir rien fait.

Primus donne mandat à Secundus d'acheter un immeuble qui se vend en plusieurs lots et déclare s'obliger, seulement

(1) Cette opinion est controversée. V. *infra*.
(2) 22 *pr. eod. tit.* Paul.
(3) 5, § 4, *eod. tit.* Sent. de Paul, livre 2, tit. 15, § 3.
(4) 33, *suprà*.

au cas où la totalité lui sera acquise. Secundus aura beau acheter diverses parties, la presque totalité de l'immeuble, il n'aura aucune action contre Primus (1) ; il faut pour qu'il puisse exiger de lui l'accomplissement de ses obligations de mandant qu'il se soit rendu acquéreur de l'immeuble entier. Mais il est nécessaire que toutes précisions soient bien faites à cet égard, que le mandant se soit clairement expliqué, sinon l'action *mandati contrariâ*, compéterait au mandataire, alors surtout qu'il ne lui aurait été possible d'acheter que quelques portions (2).

Si le mandataire a fait, non-seulement l'affaire, objet du mandat, mais encore quelque chose de plus, pas de difficultés, il ne peut recourir contre le mandant que pour l'objet du mandat (3).

S'il a fait autre chose que ce que le mandant lui a donné ordre de faire, le mandat ne saurait être réputé accompli, même dans l'hypothèse où cette autre chose serait plus favorable au mandant (4).

S'il a exécuté le mandat d'une manière autre que celle que lui avait prescrit le mandant, il ne pourra l'actionner que si l affaire pouvait se faire également de plusieurs manières différentes, le but poursuivi par le mandant a été atteint. Il suffit que ler ésultat soit obtenu (5).

§ 2

Le mandataire doit les soins d'un bon père de famille, il répond, non-seulement de son dol, de sa faute lourde, mais encore de toute faute quelle qu'elle soit, *in committendo vel*

(1) 36, § 2, *eod. tit.* Javolenus.
(2) § 3.....
(3) 5, § 2, *eod tit.* Paul.
(4) 46, *eod. tit.* Paul.
(5) 45, § 4, *eod. tit.* Paul.

in omittendo. Il est tenu de la *culpa levissima*, si l'on suit l'ancienne opinion de Vinnius, de Pothier, ou si l'on adopte la théorie et la classification des fautes de M. Hasse, de la *culpa levis in abstracto*.

Suivant quelques commentateurs, sa responsabilité serait moins étroite et la faute lourde seule lui serait imputable. Ils s'appuient, pour soutenir cette doctrine, sur une loi d'Ulpien (1). « *Sed et si dolo emere neglexisti (forte enim pecuniâ acceptâ alii cessisti, ut emeret) aut si lata culpa (forte si gratia ductus, passus es alium emere) teneberis; sed et si servus, quem emisti, fugit, si quidem dolo tuo, teneberis, si dolus non intervenit nec culpa, non teneberis.* » Mais, outre que leur argumentation repose sur une interprétation par à *contrario*, — méthode souvent inexacte, toujours dangereuse, — il faut remarquer qu'un autre texte d'Ulpien (2) ne laisse pas le moindre doute sur le point qui nous occupe, et ce texte est fondamental dans toute cette matière de fautes, il la résume en quelques lignes.

C'est, évidemment, à cette dernière loi qu'il faut se reporter pour résoudre notre controverse, rien de plus net et de plus explicite que les termes dont se sert le jurisconsulte. Sans doute, la règle générale, en vertu de laquelle celui qui rend un service gratuit est moins sévèrement tenu que celui qui reçoit un salaire, subit un échec, est violée; la justification de l'avis d'Ulpien est, ce nous semble, facile cependant. Le mandat n'est-il pas, en effet, par excellence, un contrat de confiance et d'amitié? Et le mandant ne doit-il pas compter sur le mandataire comme sur un autre lui-même?

Que telle soit l'opinion d'Ulpien, que cette opinion ait été définitivement adoptée par les Constitutions impériales (3); cela n'est point douteux. Mais tous les jurisconsultes classi-

(1) 8, § 10..... Ulp.
(2) 23, 50, 17; *adde*, 1, § 2; 16, 3, Ulp.
(3) Const. 11, 13, Cod., liv. IV, tit. XXXV, add.; Const, 21, *eod. tit.*

ques (1) ne se montraient point aussi sévères vis-à-vis du mandataire, et quelques-uns ne le rendaient responsable que du dol ou de la faute lourde qu'ils assimilaient au dol (2). Parmi eux, Modestin mettait sur la même ligne le dépositaire et le mandataire : « *de dolo non etiam de culpâ condemnandus.* »

Cette formule cessa d'être vraie sous Dioclétien, dont le rescrit mit fin à la divergence d'opinions qui avaient pu diviser quelques jurisconsultes.

Mais il ne faut pas exagérer la responsabilité déjà bien lourde du mandataire ni mettre à sa charge les cas fortuits ou de force majeure. Il ne doit pas en répondre, à moins toutefois qu'il n'y ait convention contraire et expresse entre le mandant et lui.

De même que, par une clause spéciale, il peut aggraver les charges qui lui incombent, à raison du contrat de mandat, de même il peut s'affranchir de quelques-unes d'entr'elles (3). Cependant il ne lui est pas permis de stipuler qu'il ne sera pas tenu à raison de son dol (4) ; cette stipulation restera sans effet ; serait valable au contraire, et il pourrait l'invoquer, la stipulation qui ne porterait que sur la faute légère.

§ 3.

Le mandataire doit encore rendre compte à la fin du mandat, il doit présenter un état fidèle et exact de toutes les dépenses ou recettes qu'il a faites ou perçues à l'occasion de son mandat. S'il a entre les mains un reliquat, il doit le remettre au mandant. Il doit lui restituer, en un mot, tout ce qu'il a reçu en sa qualité de mandataire à cause de sa

(1) *Mos. et Rom. legum. Coll.*, tit. X, lib. II, § 1, Modestin.
(2) 32, 16, 3, Celsus ; 11, § 5 ; 44, 7, Gaïus.
(3) 39, 17, 1, Novatius ; 5, § 4, 19, 5, Paul.
(4) 27, § 3, 2, 14, Paul.

gestion : « *Ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet* (1), » même ce qui n'aurait pas été dû au mandant, et qui aurait été payé au mandataire par erreur (2).

Cette restitution était nécessaire à Rome, où était admise la théorie dite de la non-représentation dans les actes juridiques ; le mandant étant réputé un tiers dans tous les actes faits par le mandataire, les conséquences actives ou passives de toutes les opérations ne se réalisaient qu'entre le mandataire d'une part et le tiers avec lequel il avait traité d'autre part. S'il eût été permis au mandataire de ne pas transmettre au mandant les bénéfices, que lui aurait procurés l'exécution du mandat, le mandat n'aurait plus eu sa raison d'être, puisque celui-là qui était le plus vivement intéressé à son exécution y serait demeuré complètement étranger. On conçoit dès lors cette obligation de restitution imposée au mandataire.

Cette restitution s'opère d'après le droit commun. Le mandataire a-t-il acquis un droit de propriété, pour le transporter sur la tête du mandant, il devra, suivant qu'il s'agira d'une *res mancipi* ou d'une *res nec mancipi*, ou livrer ou manciper cette chose. L'acquisition par lui faite consiste-t-elle dans un droit de créance ? Pour rendre le mandant créancier, il lui cèdera ses actions (3).

Mais il ne lui suffit pas toujours de ne faire parvenir au mandant que les sommes reçues, il doit aussi lui compter parfois l'intérêt de ces sommes, sans qu'il soit nécessaire qu'une stipulation spéciale intervienne dans ces cas pour faire courir les intérêts (4). (Semblable stipulation serait au contraire indispensable, s'il s'agissait d'une *mutuum* et non d'un mandat, parce que l'action *mandati* est *bonæ fidei*,

(1) 20, *proœm.*; 17, 1, Paul.
(2) 46, § 4; 3, 3, Gaïus.
(3) 45, *proœm.*, § 4, 17, 1, Paul.
(4) 34, *proœm.*, 17, 1, Afr.

tandis que la *condictio certi ex mutuo* est *stricti juris*.) Il doit les intérêts dans quatre hypothèses principales :

a. S'il a été mis en demeure par le mandant de verser entre ses mains les sommes qu'il a reçues des tiers. C'est l'application pure et simple des principes qui régissent la matière de la mise en demeure : « *In bonæ fidei contractibus ex morâ usuræ debentur* (1). »

b. Il a reçu mandat de placer à intérêts : ayant dû toucher ces intérêts du débiteur, il en est redevable (2).

c. D'après les termes du mandat, il devait placer sans intérêt, il a mieux aimé employer cette somme à son propre usage ; il a violé les termes du mandat qui lui avait été donné, il serait inique que l'oubli de ses devoirs pût le constituer en profit. Toutefois, s'il avait placé à intérêts pour son compte personnel, mais à ses risques et périls, la somme qu'il devait placer *sine usuris*, on doit décider, avec Labéon, qu'il n'est point redevable au mandant des intérêts perçus ; là où sont les risques, là doit être le bénéfice (3).

d. Enfin le mandataire a contrevenu, en ne plaçant pas à intérêts à l'usage des lieux, à l'habitude du mandant (4).

Il est encore une autre espèce dans laquelle, suivant Africain du moins, le mandataire doit les intérêts au mandant. Primus, qui administrait en qualité de procureur les affaires de Lucius Titius, a touché de l'argent des débiteurs de ce dernier. Il informe Titius qu'il a entre ses mains une certaine somme provenant de son administration, et qu'il la lui devra, s'il y consent, à titre d'emprunteur avec les intérêts à six pour cent. Titius accepte. Deux questions se posent. Est-ce un contrat de *mutuum* ou un contrat de mandat qui est intervenu entre Primus et Titius ? Et les intérêts pourront-ils

(1) 32, § 2, 22, 1, Marcianus.
(2) 10, § 3, 17, 1, Ulp.
(3) 10, § 8, *eod. tit.*
(4) 13, § 1, 22, 4, Scævola.

être réclamés (1)? La deuxième question n'est que le corollaire de la première, fort controversée. Si l'on admet que Primus est obligé en qualité d'emprunteur, il faudra décider qu'il ne sera pas tenu de servir à Titius des intérêts, puisque le contrat de *mutuum* étant un contrat de droit strict, une stipulation spéciale, relative aux intérêts, était indispensable pour les faire courir au profit du créancier. Si l'on partage au contraire l'opinion d'Africain qui veut que Primus soit poursuivi par l'action *mandati*, il faudra conclure avec lui que les intérêts seront dus même en l'absence de toute stipulation à raison du caractère *bonæ fidei* du mandat.

B

Le mandant a, pour contraindre le mandataire à l'accomplissement de ses diverses obligations, une action dénommée *mandati directa*, parce qu'elle est la conséquence directe, immédiate du contrat; elle est civile, *in jus concepta*, personnelle, *bonæ fidei*, et les conséquences de ce qu'elle est une action de bonne foi sont aussi nombreuses qu'importantes. Ce n'est point le lieu ici de les signaler.

Mais son caractère propre, spécial, c'est qu'elle est au nombre de celles qui entraînent l'infamie (2).

Le mandataire condamné est donc noté d'infamie, à moins qu'il ne soit survenu entre les parties une transaction (3). En dehors de ce cas de transaction, le mandataire poursuivi et condamné est-il toujours *infamiâ notatus*? Le résultat de l'action exercée avec succès contre lui

(1) *Textes de Pellat*, p. 91.

(2) 1..., 3, 2, Julien.

(3) 7, *eod. tit.* Paul. C'est là une différence qui existe entre les *actiones famosæ*, résultant de certains contrats, et celles résultant de certains délits (*vol, injures, bonorum vi raptorum*).

est-il le même qu'il ait été coupable de dol ou de simple négligence?

Le mandataire n'est infâme que s'il a manqué à la foi promise : « *is qui fidem quam adversarius secutus est non præstet* (1). » L'imprudence, la faute ne peuvent avoir et n'ont pas en réalité des conséquences aussi graves. S'il en était autrement, qui eût consenti à accepter un mandat?

Nous devons dire toutefois que cette opinion n'a pas été unanimement acceptée et que les jurisconsultes sont divisés sur la question de savoir si l'action *mandati directa* est toujours infamante, ou si elle l'est seulement en cas de dol et de faute lourde.

Sans doute, les termes de l'édit sont absolus, généraux et ne semblent admettre aucune distinction : « *Infamiâ notatur qui mandati damnatus erit* (2). » De même les Institutes (3) ne précisent pas. Mais toute précision était inutile; en disant que le mandataire défendeur qui, au lieu de payer volontairement, s'est laissé traduire en justice pour y être nécessairement condamné, a encouru l'infamie, le texte des Institutes non-seulement ne contredit pas notre solution, mais encore la corrobore. N'a-t-il pas, en effet, commis un dol et non une simple faute, en ne prévenant pas les justes poursuites dirigées contre lui? Sa « *temeritàs litigandi* est-elle autre chose qu'un véritable *dolus* (4)? C'est donc par application de la règle posée qu'il doit être *infamiâ notatus.*

L'action *mandati directa* peut être intentée par le mandant, ses héritiers ou ses successeurs, de même qu'elle peut l'être par le mandataire ou ses héritiers, qui sans doute ne sont pas tenus, comme l'était leur auteur, de gérer l'affaire, mais qui

(1) 6, § 5, *eod. tit.* Ulp.
(2) 3, 2, Julien.
(3) § 2, Institutes, livre IV, tit. XVI; *Tabulæ Heracl.*, livr. III.
(4) De Savigny, *Traité de Droit romain*, tom. II, pages 177, 178.

doivent, comme lui, rendre compte et restituer au mandant tout ce qui lui appartient. Ces deux obligations subsistent malgré la mort de l'une ou de l'autre des parties, mort qui met fin au mandat. La première seule (exécuter l'affaire) est éteinte.

S'il y a plusieurs mandataires, chacun d'eux peut être actionné pour le tout, ils sont tenus *in solidum*, et non pas *correaliter*, « *unumquemque pro solido conveniri debere.* »

Que les mandataires soient débiteurs tenus *in solidum* et non *correaliter*, cela est certain pour ceux qui prétendent que la corréalité dérive toujours et nécessairement des seuls contrats de droit strict, tandis que la solidarité résulte des contrats de bonne foi (1). Mais on a vivement contesté cette opinion d'après laquelle, « la première condition pour qu'il y ait obligation corréale c'est que l'action qui pourra être intentée par le créancier soit une *condictio ;* lorsqu'il y aura lieu seulement à une action de bonne foi ou à une action *in factum*, la solidarité sera bien possible, mais non la corréalité véritable. » Ce n'est pas ici le lieu d'examiner quelles différences séparent la corréalité de la solidarité. L'honneur de les avoir mises pleinement en lumière appartient tout entier à M. de Vangerow (2). Qu'il nous suffise de dire que le caractère commun aux obligations *in solidum*, et par lequel elles se distinguent des actions corréales, c'est que l'effet extinctif de la *litis contestatio* n'est invocable que par le débiteur poursuivi (3).

C'est dans cette différence, assurément importante, que consiste surtout l'intérêt de la controverse. Est-il bien exact de dire, en principe, que la stipulation, les contrats de droit strict, sont les seules sources de la corréalité? Cette opinion fut peut-être vraie à l'origine, mais elle cessa de l'être de

(1) Demangeat, *des Obligations solidaires*, pages 184-197.
(2) De Vangerow, *Lehrbuch der Pandeckten*, t. III, § 573.
(3) Accarias, *Op. cit.*, p. 334.

bonne heure, car déjà, du temps des jurisconsultes classiques, on admettait comme règle incontestable que la corréalité pouvait découler des contrats *bonæ fidei*. Ce n'était pas là une dérogation aux principes. C'était au contraire une conséquence de la règle beaucoup plus générale par laquelle, dans toute cette classe de contrats, tout pacte nu accessoire devait être garanti par une action (1). Telle est la théorie à laquelle nous nous rallions, elle repose en effet sur des textes précis (2), qui, à ce point de vue, assimilent tous d'une manière indiscutable les contrats de bonne foi à la stipulation ; la corréalité peut naître de l'une aussi bien que de l'autre. Est-ce à dire que le mandat étant un contrat de bonne foi, les mandataires puissent être tenus *correaliter*? Cette conclusion n'est point la nôtre, car alors que dans les contrats de droit strict on présume la corréalité, partout ailleurs c'est la simple solidarité. L'exclusion des conséquences spéciales de la corréalité est, en effet, formellement exprimée à propos de plusieurs personnes qui ont figuré dans un même contrat comme dépositaires, mandataires (3)...

Il est donc certain que les mandataires ne sont pas tenus *correaliter*. Le sont-ils *in solidum?* Des interprètes soutiennent, contrairement à l'opinion de Scævola, que les mandataires ne peuvent être poursuivis que pour leur part. « Si l'administration des affaires avait été baillée à plusieurs procureurs, chacun d'eux peut être convenu par le mandant pour rendre ce en quoi il est reliquataire pour sa part et non solidairement (4). » Cette doctrine invoque la Novelle 99 (5),

(1) De Savigny, *Traité des obligations*, pages 172, 173, 170; Accarias, *op. cit.*, p. 330.

(2) 9; 45, 2, Pap.; 13, § 9, 19, 2, Ulp.; 47, *eod. tit.*, Marcellus; 1, § 44, 16, 3, Ulp.; Const. 9, Code, livre IV, tit. II.

(3) Accarias, *op. cit.*, p. 333, *in fine*.

(4) Despeysses, *du Mandement*, sect. III, 8°. *Sic*, Accurse-Automne.

(5) Coll. VIII, tit. XI, *De reis promittendi*.

et une loi de Paul (1). Suivant ses partisans, la Novelle 99 exige une stipulation expresse pour qu'il y ait solidarité; cela est vrai, mais Justinien n'a pas déclaré étendre cette disposition législative aux solidarités qui découlent de la nature même du contrat.

Quant à l'argument tiré du fragment de Paul, il est assez incompréhensible en présence des termes formels dont se sert le jurisconsulte : « *Paulus respondit unum ex mandatoribus in solidum eligi posse* » (2). Il est vrai qu'il ajoute immédiatement : « *Post condemnationem autem in duorum personam collatam, necessario ex causâ judicati singulos pro parte dimidiâ conveniri posse et debere.* » La deuxième partie de la phrase n'est pas contradictoire de la première ; « elle ne signifie pas que les co-mandants ne sont pas tenus solidairement, elle dit que quoiqu'ils soient tenus solidairement, néanmoins, s'il n'est pas porté par la sentence de condamnation rendue contre les deux qu'ils sont condamnés solidairement, la condamnation ne pourra pas s'exécuter solidairement parce que la solidité doit être exprimée par la sentence » (3).

L'explication de Pothier n'est peut-être pas satisfaisante, nous préférons lui en substituer une autre. La condamnation prononcée contre les mandataires a opéré, entre eux et le mandant, une véritable novation (4) ; l'obligation, qui avant les poursuites pesait sur chacun d'eux de payer la totalité de la dette, au cas où il serait seul mis en demeure, a fait place depuis la condamnation à une obligation nouvelle qui les contraint à payer chacun leur part. Au surplus, en se

(1) 59, § 3, 17, 1, Paul.

(2) La même controverse se reproduit avec les mêmes arguments à l'égard des co-mandants.

(3) Pothier, *Contrat de mandat*, édit. Bugnet, p. 204, § 82. — *Sic*, Domat.

(4) 43, 42, 1, Paul.

faisant délivrer une seule et même formule contre tous les mandataires, le mandant ne pouvait avoir la prétention de demander à tous la totalité de la dette. Lui accorder cette faculté serait admettre la possibilité de déduire plusieurs fois le même droit en justice (1).

L'action *mandati directa* pourra être intentée contre chacun des co-mandataires *in solidum*, sans qu'il y ait à rechercher si l'affaire à eux confiée est l'affaire d'un tiers ou du mandant qui en aurait été déjà chargé (2).

CHAPITRE II.

OBLIGATIONS DU MANDANT. — ACTION MANDATI CONTRARIA AU PROFIT DU MANDATAIRE.

A

Les obligations du mandant sont, nous le savons, éventuelles, elles ne découlent pas nécessairement et immédiatement du contrat de mandat, c'est l'exécution de ce contrat par le mandataire qui leur donne naissance. Elles peuvent se ramener à quatre principales. Le mandant :

1° Doit recevoir délivrance des objets acquis pour lui, par le mandataire ;

2° Indemniser le mandataire et le rembourser de toutes les dépenses que lui a occasionnées l'exécution du mandat ;

3° Le décharger des obligations qu'il a contractées vis-à-vis des tiers et en conformité des ordres du mandant ;

(1) Accarias, *op. cit.*, note 1, p. 318.

(2) 8, § 3, *eod. tit.* Ulp.

4° Répondre de son dol et de sa faute : « *levis in abstracto.* » Sur cette quatrième obligation, inutile d'insister.

§ 1.

Le mandant est tenu de recevoir délivrance des objets acquis pour lui par le mandataire, en exécution du mandat. « *Si meis nummis mandato tuo aliquid tibi comparavero, et si rem postea accipere nolis, mandati actio mihi adversùs te competit* » (1). Si le mandataire ne pouvait forcer le mandant à prendre délivrance de ces objets, s'il était obligé de les garder, il deviendrait responsable de leur perte. Ce serait là une obligation exorbitante, la loi ne la lui a pas imposée, elle lui a permis au contraire d'actionner le mandant, ou tout au moins de déposer dans les temples, spécialement celui de Jupiter, à Rome, toutes choses qu'il avait acquises pour le mandant en conformité de ses ordres (2).

§ 2.

Le mandant doit indemniser le mandataire et le rembourser de toutes les dépenses que lui a occasionnées l'exécution du mandat. Il suffit qu'elles aient été faites de bonne foi.

Peut-être le mandant, s'il avait géré lui-même l'affaire qu'il a confiée au mandataire, eût-il moins dépensé (3); le mandataire n'a pu terminer l'opération dont il devait s'acquitter, peu importe; la seule question à examiner, c'est de savoir si les déboursés ont été faits à l'occasion du mandat, et l'ont été de bonne foi : « *Sumptus bonâ fide necessario factos; etsi negotio finem adhibere procurator non potuit, judicio mandati restitui necesse est* » (4).

(1) *Sent. Pauli,* livr. II, tit. XV, § 2, *in princ.*
(2) 27, § 4; 17, 1, Gaïus.
(3) 56, § 4, *eod. tit.*, Pap.
(4) 12, § 9, *eod. tit.*, Ulp.

Telle est la règle. Encore faut-il dire, pour être plus exact, que les dépenses doivent être utiles quand elles sont faites en dehors de la lettre du mandat : « *Si quid procurator citra mandatum, in voluptatem fecit, permittendum ei auferre quod sine damno domini fiat, nisi rationem sumptus istius dominus admittet* » (1).

Il n'est pas indispensable que l'opération résultant du mandat ait été profitable en réalité au mandant, pourvu que les dépenses puissent être considérées comme légitimes, le mandataire aura un recours efficace.

Pour juger de la légitimité des dépenses, il faut se placer à l'époque où elles ont été faites ; de même pour savoir combien doit rembourser le mandant au mandataire, il faut calculer le montant des déboursés, quand il s'agit de corps certain (s'il s'agit de sommes d'argent, pas de difficultés), et apprécier leur valeur, non pas au moment où l'*action mandati* est intentée, mais à l'époque où les déboursés ont été effectués (2).

Conséquence : si le corps certain, un esclave, Stichus dans l'espèce, meurt dans l'intervalle qui s'est écoulé depuis l'exécution du mandat jusqu'au commencement des poursuites judiciaires, le mandataire, qui s'est porté garant de l'acquisition et du paiement, conserve néanmoins son entier recours pour la valeur totale de Stichus (3).

Toutefois, s'il y a faute de la part du mandataire, il perd tout droit à être indemnisé. Primus, fidéjusseur poursuivi en justice, s'est laissé condamner parce qu'il n'a point invoqué, soit l'exception *non numeratæ pecuniæ*, soit l'exception de dol ; s'il s'en fût prévalu, il n'eût pas succombé. Il a payé : pourra-t-il exiger du mandant débiteur le remboursement de la somme qu'il a versée entre les mains du créancier? (4)

(1) 10, § 10, *eod. tit.*, Ulp.
(2) Const. 4, Code, livre IV, tit. XXXV.
(3) 37, 17, 1, Africain.
(4) 49, *Proœm. eod. tit.*, Ulp.

Il faut distinguer. S'il connaissait le mal fondé de la demande et les exceptions qui devaient nécessairement la faire rejeter, il ne saurait exercer l'action *mandati contraria* : « *Videtur dolo versari, dissoluta enim negligentia prope dolum est.* » Ignorait-il au contraire que des exceptions pouvaient être utilement invoquées : il n'a aucune négligence à se reprocher, il doit avoir le droit de se faire rembourser du mandant, qui seul est coupable de ne pas l'avoir mis au courant de la situation juridique qu'il occupait, lui, mandant, vis-à-vis de son prétendu créancier.

Arrivons à un autre ordre d'idées : pour qu'il y ait remboursement est-il nécessaire que le mandataire ait déboursé lui-même? Que décider si le créancier qu'il avait reçu mandat de désintéresser lui fait remise de la dette, ou si un tiers le désintéresse pour lui et en son nom? Le mandant doit lui tenir compte, comme s'il l'avait acquittée de son propre argent, du montant intégral de la dette, il doit lui rembourser tout ce que la libéralité du tiers, créancier ou non, l'a dispensé de payer (1). Il ne saurait se prévaloir, en effet, de cette libéralité, qui n'est pas à son adresse, pas plus qu'il ne devrait bénéficier de la compensation qui l'a libéré indirectement et par voie de conséquence. Son créancier était le débiteur du mandataire, la compensation s'opérant entre eux a mis fin, non-seulement à l'obligation du créancier du mandant vis-à-vis du mandataire, mais encore à l'obligation du mandant vis-à-vis du créancier. Il est donc de toute justice que le mandant indemnise le mandataire, comme s'il avait payé, puisque la compensation n'est qu'un mode de paiement.

Mais la question offre plus de complication si le mandataire est en même temps fidéjusseur, garant de la dette du mandant. La remise faite par le créancier au mandataire *intercessor* ne lui laisse pas toujours le droit d'agir contre le

(1) 12, § 1, *eod. tit.*, Ulp.; 26, § 3, *eod tit.*, Paul.

mandant, pour obtenir le remboursement de la dette dont il lui a été fait remise. Il faut distinguer si la donation du créancier au fidéjusseur est une rémunération, une récompense des services rendus par ce fidéjusseur (1), ou si, au contraire, elle a été faite à titre purement gratuit (2).

Au premier cas, l'*action mandati* appartient au mandataire, sa libération est réputée l'équivalent des services qu'il a pu rendre autrefois au créancier; il doit seul en profiter.

Dans la deuxième hypothèse, la solution est différente; il ne pourra agir contre le mandant par l'action *mandati*, il est dégagé, vis-à-vis du créancier, de ses obligations de fidéjusseur, il est vrai, mais la donation consentie par le créancier est réputée s'étendre au débiteur lui-même, au mandant.

Dès que cette interprétation n'est plus possible, dès que le créancier a déclaré expressément qu'il faisait remise de la dette à la caution seule, ou que cette volonté apparaît certaine, incontestable, d'après la nature de l'acte qui contient cette remise (testament...) le mandataire recouvre son droit d'action contre le mandant.

L'indemnité due au mandataire doit comprendre, outre les impenses faites *ex causa mandati inculpabiliter*, les pertes qu'il a éprouvées dans son patrimoine.

Une précision est nécessaire; il ne suffit pas que le mandat soit l'occasion, il est de toute nécessité qu'il soit la cause directe de ces pertes (3). Les jurisconsultes romains se montrent sur ce point très rigoureux envers le mandataire.

C'est ainsi que Nératius, dont Paul rapporte l'opinion, décidait que si Primus avait donné mandat à Secundus d'acheter Stichus et si Stichus s'était rendu coupable d'un vol envers Secundus, sans que ce dernier eût à se reprocher

(1) 10, § 13, *eod. tit.*.
(2) 12, *proœm. eod. tit.*
(3) 26, § 7, *eod. tit.*

la moindre négligence, le recours de Secundus contre Primus ne pourrait aboutir qu'à l'abandon noxal de l'esclave par le mandant. Ce n'est que dans le cas où, lorsqu'il a donné son mandat, Primus n'ignorait pas que Stichus fût voleur, que le mandataire, non averti par lui, pourra obtenir le dédommagement intégral du préjudice subi.

Cette solution était bien sévère dans les deux cas : en effet, le mandataire ne pourrait-il pas tenir le même langage et dire qu'il n'aurait éprouvé aucun préjudice, s'il n'avait pas accepté le mandat? C'est parce que cet argument paraissait sans réplique à Africain qu'il accordait indistinctement, dans les deux hypothèses que nous avons exposées, l'action *mandati contraria* pour la totalité de la perte éprouvée (1).

Autre solution bien rigoureuse : le mandataire, voyageant pour l'accomplissement du mandat dont il a été chargé, a été dépouillé par des voleurs ou surpris par une tempête, pourra-t-il exiger du mandant le remboursement de la somme que lui auront prise les voleurs, ou qu'il aura perdue dans le naufrage? « *Non ea mandator imputabit, nam hæc magis casibus quam mandato imputari oportet* (2). »

Et cependant dans une espèce identique, Julien, aussi bien qu'Ulpien (3), n'hésitent pas à déclarer que l'associé surpris par les voleurs aura contre ses co-associés l'action *pro socio* pour qu'il lui soit tenu compte du vol dont il a été victime. La société supportera donc, en définitive, une perte qui, au contraire, restera tout entière à la charge du mandataire.

D'où vient cette antinomie? Pourquoi mieux traiter l'associé que le mandataire? Pothier (4) a tenté de concilier les deux

(1) 61, § 5; 47, 2. Suivant Pacius, on pourrait concilier les deux textes en supposant que l'objet du mandat est l'acquisition d'un esclave *in genere* dans la loi 26, et d'un esclave envisagé *in specie* dans la loi 61.

(2) 26, § 6; 17, 1, Paul.

(3) 52, § 4; 17, 2, Paul.

(4) Pothier, édit. Bugnet, nº 76.

lois de Paul et d'Ulpien. Il suppose que le lieu où l'associé a été volé et attaqué était un lieu notoirement connu pour être dangereux et « par lequel il ne se serait pas exposé de passer s'il n'eût été obligé d'y passer pour l'affaire dont il s'était chargé... » Au contraire, il faut supposer que le lieu où le mandataire a été attaqué et volé en faisant le voyage qu'il s'était obligé de faire pour la gestion de l'affaire dont il s'était chargé était « un lieu par où il n'y avait pas plus de risques à passer qu'il n'y en a à passer dans tous les autres lieux par lesquels on a coutume de passer pour ses propres affaires. » C'est une conciliation arbitraire, aucune précision de la nature de celle que fait Pothier n'est même indiquée.

Suivant une autre conciliation, la sévérité dont les jurisconsultes romains faisaient preuve envers le mandataire, s'expliquait par l'indulgence dont on usa longtemps envers lui à un autre point de vue. Tout d'abord, il ne fut tenu que de son dol. Par une sorte de compensation, il dut répondre des cas fortuits. Mais lorsqu'on l'eut déclaré responsable de la faute *levis in abstracto*, il aurait fallu — et c'eût été équitable — l'admettre à se faire indemniser de toutes les pertes occasionnées par l'exécution du mandat, sans en excepter les dommages causés par les cas fortuits, ou de force majeure (1).

Nous hasarderons une explication qui nous est personnelle : Le contrat de société, en Droit romain, revêt un caractère spécial ; il n'est pas, avant tout, comme dans les législations modernes, un contrat de spéculation. « La société implique un *jus fraternitatis*. Cela signifie que, dans les rapports entre eux, les associés doivent se comporter et se traiter en frères, et que, par conséquent, ce contrat est de bonne foi (2)! » Ne faut-il pas voir, dans la décision du jurisconsulte Ulpien, une des conséquences pratiques de ce principe

(1) Accarias, *op. cit.*, p. 523, nº 1.
(2) Accarias, *op. cit.*, p. 493.

reconnu par la législation romaine? S'il est vrai que les associés soient plutôt considérés comme les membres d'une même famille que comme des contractants, qu'y a-t-il de surprenant qu'on se montre plus favorable envers eux, qu'envers ceux-là qui jouent surtout le rôle de parties dans un contrat, fût-il de bienfaisance? Accorder plus à ceux que rattache un *jus fraternitatis*, qu'à ceux qui sont liés par un *vinculum juris* n'est-ce point naturel, n'est-ce point équitable?

C'est donc, à notre avis, par la différence des caractères, qui distinguent les contrats de mandat et de société, que l'on doit chercher à expliquer l'antinomie existant entre les deux lois 26 et 52.

Il est des cas où le mandant doit, non-seulement rembourser les dépenses faites par le mandataire, mais encore lui servir les intérêts des sommes dépensées. Le mandataire a droit aux intérêts, évidemment, depuis le jour où il a mis le mandant en demeure de lui rembourser le montant de ses dépenses et aussi lorsqu'il aura employé, pour l'exécution du mandat, son propre argent (1) qui était placé à intérêts, ou lorsqu'il aura été contraint d'emprunter à intérêts. Ce sont les trois seuls cas où les intérêts puissent être dus au mandataire par le mandant.

§ 3

Troisième obligation du mandant : Il doit garantir le mandataire des conséquences des obligations qu'il a contractées envers les tiers.

A dater de quel moment le mandataire aura-t-il recours contre le mandant à l'effet d'obtenir décharge de ses obligations envers les tiers?

(1) 12, § 9; 17, 1.

Faisons une distinction : le mandataire a-t-il été chargé de se porter caution (1) ? Il ne pourra agir immédiatement, il devra avoir payé le créancier (2). Telle est, du moins, la règle générale. Elle souffre exception quand le débiteur mandant diminue chaque jour son patrimoine, menaçant ainsi de rendre illusoire le recours du fidéjusseur mandataire, s'il tardait à exercer son action *mandati contraria* (3).

Ce qui est l'exception, quand il s'agit du mandataire caution, devient pour tous les autres mandataires la règle générale. Ils peuvent agir immédiatement contre le mandant, ils ne sont pas forcés d'attendre les poursuites du tiers envers qui ils se sont obligés, et le mandant pourra les mettre hors de cause au moyen d'une novation, ou encore, au refus du créancier, en se portant caution, de les assister dans les poursuites intentées par les créanciers et d'acquitter le montant de la condamnation contre eux (4).

B.

L'action qui garantit les droits du mandataire et sanctionne les obligations du mandant est l'action *mandati contraria*. C'est une action *bonæ fidei*, personnelle, *in jus concepta*, *rei persecutaria* et civile. A la différence de l'action *mandati directa*, elle n'est pas *famosa* : « *Contrario judicio damnatus non erit infamis* (5). »

Il est vrai qu'en général le mandant qui succombe, n'est point noté d'infamie. La raison en est que, d'ordinaire, il n'est pas coupable d'avoir violé la foi promise ; s'il commet un dol, l'action *mandati contrario* prend alors un caractère infa-

(1) 45 ; 46, 1, Scævola.
(2) Const. 6, Code, liv. IV, tit. XXXV.
(3) 38, § 1 ; 17, 1, Marcellus.
(4) 45, *proœm.*, § 2 ; 5, *eod. tit.*
(5) 6, § 7 ; 3, 2, Ulp.

mant : « *Fidejussi pro te et solvi; mandati te si condamnavero, famosum facio* (1). »

L'action *mandati contraria* appartient au mandataire, ou encore à celui qui l'a sous sa puissance. Primus donne mandat à Secundus, fils de famille, de payer la dette qu'il a contractée envers Tertius (2). L'action *mandati* sera accordée au père de famille, et cela alors même que le fils aurait payé *de peculio*, peu importe au mandant de savoir avec quel argent son créancier a été satisfait.

Mais dans la même hypothèse, si le fils de famille, au moment du paiement, avait été émancipé, il aurait eu de son chef une action *in factum*, le père une simple action de gestion d'affaires (3).

Contre qui cette action *mandati contraria* peut-elle être exercée ? Contre tout mandant, contre ses héritiers, mais pas contre celui dans l'intérêt de qui l'affaire a été faite (4). Un recours ne pourrait être exercé contre celui qui doit tirer profit de l'affaire et contre le mandant à la fois, que si le mandataire avait été persuadé de l'existence d'un double mandat, émanant de chacun d'eux. Il aura l'action *mandati* contre tous deux, et il l'aura *in solidum* contre chacun d'eux, lors même que l'affaire n'aurait été faite que dans l'intérêt d'un seul.

Il en est de la solidarité des co-mandants comme de la solidarité des co-mandataires ; il sont tenus *in solidum* et non *correaliter* ; les mêmes questions se reproduisent, les mêmes controverses s'agitent. Nous les avons étudiées lorsque nous avons parlé de la solidarité des co-mandataires ; il est inutile d'y insister de nouveau ; nous n'aurions qu'à répéter les mêmes arguments, et donner les mêmes solutions en les justifiant par les mêmes moyens.

(1) 6, § 5 ; *eod. tit.*
(2) 12, § 5 ; 17, 1, Ulp.
(3) 12, § 6, *eod. tit.*
(4) 21, *eod. tit.*, Ulp.

Enfin, outre l'action *mandati*, il est incontestable que le mandataire jouit d'un droit de rétention pour s'assurer des paiements des dépenses qu'il a faites au profit du mandant. Le mandataire n'est tenu de restituer au mandant l'esclave qu'il a reçu mission d'acheter, et qui l'a volé, qu'après remboursement de la perte causée par le *furtum* ; jusqu'à ce moment, il peut exercer son droit de rétention (1).

CHAPITRE III

EFFETS DU CONTRAT DE MANDAT VIS-A-VIS DES TIERS. (THÉORIE DE LA NON-REPRÉSENTATION DANS LES ACTES JURIDIQUES).

Si le mandat avait pour objet l'accomplissement d'un fait intellectuel ou matériel : dénué de tout caractère juridique, nous n'aurions pas à nous occuper des rapports qu'il crée entre les parties contractantes et les tiers, et notre étude des effets du contrat serait terminée ; les relations de droit seraient bornées dans ce cas au mandant et au mandataire.

Mais il n'en est pas ainsi ; lorsque l'objet du mandat, est l'exécution d'un acte essentiellement juridique (l'acquisition d'un droit...), une tierce personne intervient alors, et il faut se demander quels sont ses droits vis-à-vis du mandant et du mandataire ? Et réciproquement quelles sont ses obligations envers eux ?

(1) 70, § 2 ; 30, Gaïus.

La solution de cette double question n'a pas toujours été la même dans la législation romaine ; elle a subi des modifications nombreuses, des transformations importantes, nous devons les examiner.

Lorsqu'un mandataire, — et ce que nous disons du mandataire s'applique au *negotiorum gestor*, — a fait une opération juridique pour le compte d'un tiers, du mandant; ce mandant reste complètement étranger à l'opération juridique, et les conséquences qu'elle entraîne ne se réalisent qu'au profit ou à l'encontre du mandataire. Il faut supposer d'ailleurs que le mandataire est une personne libre *sui juris* ; si elle était *alieni juris* (esclave, fils de famille...), la règle que nous venons d'établir ne serait plus vraie, même dans l'ancien droit (1).

L'ancien droit proclamait donc, lorsqu'il s'agissait d'un mandataire *libera* et *extranea persona*, ce principe absolu : Nul ne peut représenter autrui dans les actes juridiques. Il faudrait se garder de dire que l'ancien droit romain ne permettait pas le contrat de mandat, parce qu'il n'autorisait pas la représentation. La représentation n'est pas le corollaire nécessaire du mandat. La règle de la législation primitive des Romains, — exagérer sa portée serait la méconnaître, — est que les actes du mandataire ne sont pas opposables au mandant, de même qu'il ne peut s'en prévaloir. C'est en ce sens que l'on dit que le mandant n'est pas représenté par le mandataire vis-à-vis des tiers. Le mandataire agit en son propre nom, personnellement, pour lui-même, sous la seule obligation de rendre compte au mandant de l'exécution du mandat. En d'autres termes enfin, le mandant doit être considéré comme un tiers, et est réellement un tiers relativement aux actes du représentant.

Ainsi le veut la règle qui déclare que les conventions n'ont d'effet qu'entre ceux qui y prennent une part directe ; elles ne

(1) Instit., livre II, titre IX ; livre III, tit. XXVIII.

peuvent nuire ni profiter à d'autres : « *Ante omnia enim animadvertendum est, ne conventio in aliâ re facta aut cum aliâ personâ in alia re alienave persona noceat* (1). »

Pendant longtemps il en fut ainsi, et quoique la prohibition en vertu de laquelle le mandant était hors de cause dans tous les agissements du mandataire fût contraire à la pratique des affaires, elle subsista néanmoins, alors même qu'elle ne pouvait plus être aussi aisément justifiée.

Les motifs qui l'avaient fait admettre étaient assez plausibles dans les premiers temps de Rome.

On peut dire, en effet, que chez la plupart des peuples primitifs, la naissance d'un droit est nécessairement accompagnée d'une formalité symbolique, et que le droit ne saurait profiter à d'autres qu'à celui qui accomplit cette formalité. Comment comprendre, en effet, dans une civilisation peu avancée et formaliste, la substitution d'une personne à une autre qui permettrait de faire recueillir le bénéfice d'un acte à celui-là qui n'y aurait pas participé. Et cette raison est surtout vraie à Rome. On connait le caractère du peuple romain, son génie positif, égoïste. Lui plus que tout autre devait reconnaître aux actes un caractère personnel, et se refuser à admettre qu'en dehors des parties contractantes, il pût y avoir un intéressé quelconque. La présomption était que chacun agissait pour lui, et que celui-là seul acquérait un droit qui avait pris part au contrat.

Ajoutons encore que l'organisation de la famille romaine rendait moins graves les inconvénients de l'application rigoureuse de l'axiome : « *per liberas personas quæ in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest* (2). » Le père de famille n'avait-il pas sous sa puissance immédiate son esclave, son fils, et les actes auxquels étaient intervenus ces

(1) 27, § 4; 2, 14, Paul; 56, *eod. tit.*, Julien; 75, 50, 17, Pap.; 11, 44, 7, Paul; Const. 25, Code, livr. II, tit. III.

(2) Paul, *Sent.*, livr. V, tit. II, § 2.

mandataires naturels, ne produisaient-ils pas leurs conséquences juridiques à son profit? Il n'avait nul besoin de mandataires étrangers; ceux qu'il trouvait dans sa « *familia* » lui offraient plus de garantie de zèle, de désintéressement, et, en usant de leur intermédiaire, il n'était pas contraint, le mandat terminé, d'avoir recours aux modes nécessaires pour opérer la transmission sur sa tête des droits acquis pour lui par le mandataire.

Le principe de la non-représentation n'entravait pas trop, on le voit, dans les premiers temps de Rome, la marche des affaires; le commerce, l'industrie ne s'y étaient pas développés, le territoire était borné; mais, quand les conditions d'existence du peuple romain eurent changé, quand les relations juridiques se multiplièrent entre les nations soumises annexées et les vainqueurs, entre les colonies et la métropole, le principe de la non-représentation devint d'une gênante application; il ne disparut pas cependant, car les Romains avaient un trop profond respect des institutions anciennes pour l'effacer de leurs lois; mais il n'eut plus guère que la valeur d'un principe purement théorique. La pratique l'éluda, si elle ne le viola point.

Arriver à fixer sur la tête du mandant les droits acquis et les obligations prises par le mandataire, immédiatement, dès l'instant où le contrat est intervenu entre ce mandataire et les tiers : tel est le but auquel elle devait tendre. Parcourons les innovations législatives et jurisprudentielles qui lui ont permis de s'en approcher de plus en plus, de l'atteindre, soit dans les actes extra-judiciaires, soit dans les actes judiciaires.

A.

DE LA THÉORIE DE LA NON-REPRÉSENTATION DANS LES ACTES EXTRA-JUDICIAIRES.

§ 1. — *Droits réels.*

Si nous commençons par l'examen des dérogations qui furent apportées au vieux principe en matière d'actes extra-judiciaires, et spécialement en matière de transmission et d'acquisition de droits réels, c'est parce que la réaction, dont nous avons défini le but, s'opéra tout d'abord en ce qui concerne l'acquisition et la transmission de ces droits (1).

a. Mandat d'aliéner. — Pour que le mandataire puisse aliéner *jure civili*, il faut que le mandant lui transmette auparavant son droit de propriétaire. Ce cas est réglé, par le Droit civil, d'une manière analogue à l'hypothèse de *l'acceptilatio* (2). Le mandataire ne peut libérer par acceptilation le débiteur du mandant, car il est « complètement étranger au rapport de droit qu'il s'agit d'éteindre (3). » Il faut être créancier pour intervenir dans une acceptilation ; le texte de la formule dont se servaient les parties le prouve surabondamment : *Quod ego tibi promisi acceptumne habes?* disait le débiteur, et le créancier répondait : *habeo*. Le mandataire pris en cette qualité ne pouvait figurer dans cette *acceptilatio* ; il devait devenir créancier, et pour cela le mandant devait lui abandonner sa qualité de créancier. La novation était le procédé employé ; par elle le mandant transportait

(1) Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 525.

(2) 3; 46, 4, Paul; 13, § 10, *eod. tit.*, Ulp.; 77, 50, 17, Pap.; 123, *eod. tit*, Ulp.; Gaii, *Com.* III, § 169.

(3) Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 714.

tous ses droits sur la tête du mandataire ; le mandataire investi de ces droits était un véritable créancier, et dès lors rien ne s'opposait à ce qu'il figurât dans une *acceptilatio*.

Il était indispensable, pour obtenir ce résultat, qu'il y eût transmission préalable de la qualité de créancier. De même, quand il s'agissait du mandat d'aliéner un droit réel, devait-il y avoir au préalable transmission de la qualité de propriétaire.

Cependant l'on admit de très-bonne heure que cette transmission n'était pas nécessaire pour aliéner par tradition. La tradition était un mode du droit des gens ; appliquée à un *res nec mancipi*, elle rendait l'acquéreur propriétaire, *ex jure Quiritium*, à une *res mancipi* elle ne lui transférait que la qualité et les droits d'un propriétaire ayant seulement *l'in bonis*. Et pourquoi n'était-il pas nécessaire d'opérer, comme l'exigeait le droit civil, les transmissions dont nous avons parlé ? parce que, la tradition n'étant autre chose que la remise de la possession, il fallait décider logiquement, puisqu'il avait été reconnu qu'on pouvait posséder par autrui (1), qu'on pouvait également transmettre la possession par autrui : « *Nihil autem interest, utrum ipse dominus per se tradat alicui rem, an voluntate ejus aliquis* (2). »

Toutefois l'aliénation par la tradition était inapplicable aux démembrements du droit de propriété ; le mandat d'aliéner se trouvait, dans cette espèce, soumis aux règles du pur Droit civil. On sait, en effet, que les modes du Droit civil devaient seuls être employés pour l'aliénation des démembrements du droit de propriété. Le Droit prétorien corrigea, il est vrai, cette rigueur du Droit civil et admit une quasi-tradition, mais exclusivement pour ceux des démembrements qui étaient susceptibles de quasi-possession ; il dut par suite permettre au mandant d'aliéner par mandataire

(1) Paul, *Sent.*, liv. V, tit. II, § 2.
(2) 9, § 4 ; 41, 1, Gaïus.

ces mêmes démembrements sans exiger le transfert préalable de ses droits dans la personne du mandataire.

b. Mandat d'acquérir. — Le mandataire acquiert la propriété de la chose qu'il avait reçu mandat d'acheter; mais, pour que le but du mandant soit atteint, pour que le mandant devienne propriétaire, il faut que la propriété de la chose lui soit transférée par le mandataire : « *Res ex mandato meo empta, non prius mea fiet quam si mihi tradiderit, qui emit* (1). » Voilà la règle, mais elle offre un danger sérieux pour le mandant : tant que le mandataire n'a pas opéré cette transmission de propriété, tant qu'il reste propriétaire, les créanciers pourront prendre valablement hypothèque sur la chose qui doit appartenir en définitive au mandant, mais qui ne lui appartiendra que grevée de ce droit hypothécaire.

C'était là un grave inconvénient; la législation romaine, s'appliqua à le faire disparaître, et pour cela elle arriva à imaginer une théorie juridique, en vertu de laquelle l'acquisition faite par le mandataire pour le mandant profitait immédiatement au mandant sans que le mandataire eût été un instant propriétaire. Cette théorie fut l'œuvre du temps et le résultat de nombreuses modifications aux vieux principes, de progrès lents mais continus. Suivons la marche qu'a parcourue la jurisprudence.

Parmi les modes d'acquérir la propriété, trois sont basés sur la possession. La possession implique deux éléments, l'un matériel, l'autre intellectuel, le *corpus et l'animus;* le *corpus* c'est-à-dire la faculté physique de disposer, d'user de la chose, *l'animus* ou la pensée bien arrêtée de se conduire en véritable propriétaire de cette chose. La réunion de ces deux éléments, constituer la possession, laquelle alors fait présumer la propriété ; si les deux éléments se rencontrent chez la même personne, elle possède; l'un des deux fait-il défaut,

(1) 59, *eod. tit.*, Callistratus.

il ne saurait être question de possession. Telle fut sans doute la règle primitivement adoptée. Elle fut bientôt amendée, et il fut admis sans difficulté que *l'animus* étant personnel, il importait peu que le *corpus* le fût également : « *Possessionem adquirimus et animo et corpore, animo utique nostro, corpore nostro vel alieno* (1). » Donc, dès que Primus appréhende une chose par l'ordre ou au su de Secundus, Secundus est réputé l'appréhender lui-même. Mais il est nécessaire que Secundus ait *l'animus*; vainement Primus aurait-il appréhendé ou non, au su, par l'ordre de Secundus; il suffit que Secundus ignore cette appréhension pour qu'elle ne soit utile en rien, pour qu'il ne puisse posséder. Il ne commencera à posséder que lorsqu'au fait matériel de la détention, se joindra *l'animus domini*. C'était là un progès incontestable; nous le résumons d'un mot : le *corpus* peut être personnel ou non; *l'animus* doit être personnel; il suffit qu'il existe chez le possesseur, mais cela est nécessaire. Une exception à ce dernier principe fut faite en faveur du mandataire, cela fut un nouveau progrès. Par dérogation à la règle de Paul et à la règle « *Nihil per extraneam personam nobis adquiritur* », on décida que le mandataire procurait, dès la tradition reçue, le bénéfice de la possession au mandant. Il est question, bien entendu, d'une appréhension faite à l'insu du mandant, alors qu'il n'a pas encore *l'animus domini*. Le droit commun aurait régi l'hypothèse de tradition reçue par le mandataire au su du mandant, le mandant eût emprunté dans ce cas le *corpus* du mandataire, *l'animus* lui eût été personnel. Les conditions ordinaires pour qu'il y eût possession auraient été remplies, et le mandant n'aurait pas été mieux traité qu'un possesseur ordinaire. Cependant il jouit d'une faveur exorbitante de droit commun puisqu'il possède avant d'avoir *l'animus*; alors qu'il a seulement le *corpus* par le mandataire : « *Si procurator rem mihi emerit*

(1) *Sent.*, Paul, liv. V, tit. II, § 1.

ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas adquiritur etiàm ignoranti (1). »

Cette théorie de Nératius était-elle universellement admise ? Il est permis d'en douter lorsque l'on voit Julien (2) dire que, si le mandataire qui a reçu une chose pour le compte du mandant a l'intention de se l'approprier, le mandant n'a recueilli de la tradition faite aucun bénéfice : « *Nihil agetur.* »

Mais selon Ulpien (3), jurisconsulte progressiste, qui, surtout en matière de transfert de propriété, professait des idées nouvelles, que le mandataire ait cru ou non que l'acquisition était pour lui, qu'il ait espéré ou non la faire sienne : il importe peu, la mauvaise intention du mandataire ne nuit en rien au mandant : « *nihil agit procurator in sua persona, sed mihi adquirit.* » Il est néanmoins certain qu'à dater de Septime-Sévère et de Caracalla, l'opinion de Nératius avait force de loi, et avait été consacrée par un rescrit impérial (4).

L'acquisition immédiate de la possession amène nécessairement à l'acquisition de la propriété par le mandant, directement. De deux choses l'une, en effet, ou il s'agit d'une *res mancipi* et l'usucapion commence au profit du mandant et à son insu, dès que la tradition a été faite au mandataire ; ou il s'agit d'une *res nec mancipi*, et la propriété lui a été immédiatement transférée, puisque les *res nec mancipi* s'acquièrent par simple tradition. Nous venons de raisonner dans l'hypothèse d'une *res tradita a domino*. Si nous supposons qu'il est question d'une *res tradita a non domino*, notre solution cesse d'être exacte. Pour devenir propriétaire, le mandant doit usucaper, il doit donc être de bonne foi, et cette condi-

(1) 13 ; 41, 1, Nératius.
(2) 37, § 6, *eod. tit.*, Julien ; *Adde*, Gaii, *Com.* II, § 95.
(3) 13 ; 39, 5, Ulp.
(4) § 5, *Inst.*, liv. II, tit. IX.

tion essentielle manque tant qu'il ignore qu'il est devenu possesseur. « Pour cette hypothèse, donc, la faculté d'acquérir la possession par le mandataire, n'exerce aucune influence sur l'acquisition de la propriété elle-même (1).

Ce n'est pas seulement par une personne libre que le mandant peut acquérir la possession, elle peut aussi par l'esclave d'autrui. « *Sive a me, sive a nemine possideatur* (2) » ; mais il faut pour cela que l'esclave ait acquis la possession au nom du mandant.

§ 2. — *Droits de créance.*

Le mandataire ne peut obliger, ou rendre créancier, par son fait, le mandant, pas plus que le gérant d'affaires ne peut obliger ou rendre créancier le maître de l'affaire. Les conséquences des actes du mandataire se réalisent entre les tiers et lui : tel est le principe rigoureux du Droit romain, identique lorsqu'il s'agit et de droits réels et de droits de créance.

Mais il subsista plus longtemps en ce qui touche ces derniers, et le mandat conserva assez tard son caractère primitif. Cela tient sans doute à ce que l'obligation étant un lien de droit entre deux personnes déterminées, il était malaisé d'admettre tout d'abord qu'une tierce personne pût profiter de cette relation essentiellement personnelle; changer une des personnes c'est modifier en effet et détruire le rapport tout entier, sauf au cas de succession universelle, parce que le successeur universel est réputé continuer la personne du *de cujus*.

Une exception avait été apportée à la règle, on pouvait acquérir des droits de créance par les personnes sous puis-

(1) Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 451, 452, *passim*, 670, 671, note 1.
(2) 34, § 2; 41, 2, Ulp.

sance (1). On ne l'avait pas étendue aux obligations comme aux droits, et il ne fut jamais vrai, en Droit civil, de dire que l'on pouvait contracter des engagements par le fait des individus *alieni juris*.

Le fils de famille, en Droit civil, ne pouvait créer obligation à la charge du *pater familias*; de même, en Droit civil, l'esclave ne pouvait créer qu'une obligation naturelle pour lui-même.

L'ancienne théorie du mandat, en cette matière des droits de créance, nécessitait donc des réformes considérables. Elle présentait dans la pratique deux graves inconvénients (2). Elle laissait les parties exposées aux risques de leur insolvabilité : puis, refusant aux tiers toute action contre le mandant, elle les obligeait à ne traiter avec le mandataire que s'il offrait des ressources suffisantes de nature à leur assurer le paiement intégral de la totalité de ses obligations.

Elle était, par conséquent, fatale au crédit. C'est dans l'intérêt du crédit ainsi menacé que le préteur fit subir à la législation romaine des modifications importantes : le fils de famille ne pouvait obliger son *pater familias*, l'esclave son *dominus*, suivant le *jus civile*. Le droit prétorien admit que dans tous les cas où le fils de famille ou l'esclave aurait contracté par ordre du père ou du maître, il serait accordé un recours aux tiers contre ce *dominus*, ce *pater familias*.

Le tiers devra intenter l'action du contrat, avec l'addition des mots *quod jussu*. Est-ce un achat que l'esclave a fait sur l'ordre formel de son maître? L'action *venditi* compétera au vendeur contre le maître, mais ce ne sera pas l'action *venditi* proprement dite, ce sera une des actions désignées sous le nom d'actions *adjectitiæ qualitatis* : *In solidum prætor in patrem*

(1) *Inst.*, liv. III, tit. XXVIII.

(2) Clamageran, *du Louage d'industrie, du mandat, de la commission*, p. 50, n° 55.

dominumve comparavit (1). Dans la même hypothèse, l'esclave — et observons comme les Institutes que ce que nous disons de l'esclave est vrai également du fils de famille (2),— dans la même hypothèse, l'esclave a-t-il agi sans mandat, mais le maître a-t-il profité de l'acquisition ? Le tiers avec lequel l'esclave a traité sans la volonté du maître, aura néanmoins contre le maître l'action *de in rem verso* (3).

C'est sans mandat encore que l'esclave a traité, son opération n'a été d'aucun profit pour le maître, mais il a un pécule : le maître sera tenu jusqu'à concurrence du pécule, toujours en vertu de l'action du contrat, à laquelle sont ajoutés les mots : *De peculio, de in rem verso.*

Il nous reste à signaler l'innovation prétorienne la plus importante, la création par le préteur des actions *exercitoria et institoria*. La même pensée préside toujours à ses réformes, le motif qui le guide est toujours le même : assurer aux tiers avec lesquels traite une sorte de mandataire ou un mandataire réel, sous puissance ou non, un recours direct contre le mandant. Et, de même que dans le cas où l'esclave avait agi en vertu d'un ordre spécial, restreint à une affaire seule, les tiers avaient le droit de poursuivre le maître par l'action *quod jussu*, de même quand l'esclave agissait en vertu d'un mandat général, embrassant une série d'affaires du même genre, était-il juste d'accorder aux tiers le droit qui appartenait au maître et de leur permettre par réciprocité d'exiger judiciairement de lui l'exécution des obligations contractées par l'esclave, comme il pouvait, de son côté, les contraindre à l'exécution des engagements pris par eux envers ce même esclave.

C'est sous l'empire de cette idée de justice, et on peut le dire d'intérêt public, car les relations commerciales plus

(1) Gaii, *Com.* IV, § 70.
(2) *Inst.*, liv. III, tit. VII, § 1.
(3) *Inst.*, liv. III, tit. VII, § 1.

sûres, mieux garanties devaient, en raison de ces garanties nouvelles, se développer davantage ; c'est, disons-nous, sous cette double influence heureuse de l'équité et de l'intérêt général, que fut accompli le progrès dont nous venons de parler.

Il consiste à étendre, au cas de mandat général, l'action *quod jussu*, réservée au cas de mandat spécial. Des actions *adjectitiæ qualitatis*, elles aussi, furent accordées aux tiers, qui avaient traité avec ces sortes de mandataires que l'on appelle communément des préposés. Elles furent dénommées actions *exercitoria* et *institoria* (1). L'*exercitor* est l'armateur qui confie à son esclave le commandement d'un navire, et ce fils, cet esclave, se nomme *magister navis*. Celui qui traite avec ce *magister navis* a un recours contre l'*excitor*, il intentera l'action *exercitoria*, du nom du préposant.

Si la chose exploitée n'est plus un navire, le préposé prendra le nom d'*institor* et les tiers qui traiteront avec lui pourront poursuivre le maître, qui a confié cette exploitation par l'action *institoria* du nom du préposé (2).

Ils ont deux actions au lieu d'une : l'une contre le père, l'autre contre le fils; inutile de parler du recours contre l'esclave : lorsque le préposé sera un *servus*, le maître seul devra être mis en cause. Le droit concédé aux tiers d'actionner le préposant ne pourrait faire disparaître à leur détriment leur droit antérieurement consacré de poursuivre le préposé (3).

Si grandes que soient les analogies qui existent entre les deux actions, il n'y a pas entr'elles identité parfaite. Deux différences importantes ne permettent pas de les confondre.

a. L'action *exercitoria* peut être intentée non-seulement

(1) Gaii, *Com.* IV, § 71.
(2) 5; 14, 3, Ulp.
(3) 5, § 1; 14, 1, Paul.

contre l'*exercitor*, mais encore, si cet *exercitor* est un esclave, contre son maître, à condition toutefois que l'exploitation ait eu lieu du consentement de son maître (1). Par l'action *institoria*, le tiers n'a de recours que contre le préposant, c'est dire qu'elle ne lui sera pas utile si le préposant était esclave. Il ne pourrait atteindre son maître (2).

b. Lorsque le *magister navis* s'est fait remplacer par une autre personne — on appelle le substitué également *magister navis* – les tiers qui auront contracté avec cette autre personne auront recours contre l'*exercitor*, si cette substitution a eu lieu de son consentement (3). Cette solution admise *propter utilitatem*, n'avait pas été adoptée lorsqu'il s'agissait d'un *institor*.

Plus de faveur était donc accordée aux tiers qui traitaient avec un *magister navis* qu'à ceux qui contractaient avec un *institor*. L'action *exercitoria* avait une portée plus grande que l'action *institoria*. Sous tous les autres rapports, l'identité était complète, et, entr'autres ressemblances qui les rapprochent, il en est une qu'il convient de signaler : c'est que l'une et l'autre étaient données *in solidum* contre chacun des préposants (4).

Toutes deux étaient exclusivement destinées à garantir l'exécution de conventions commerciales. Poussant plus loin ses innovations, le préteur accorda ces mêmes actions, avec le caractère qu'elles avaient déjà, dans le cas où le préposé était une *libera persona* (5), et les motifs qui avaient amené le préteur à les créer, militaient avec la même force pour qu'elles fussent étendues au mandat civil.

Le préposé *extraneus* a vis à vis des tiers la situation juri-

(1) 1, § 19, *eod. tit.*, Ulp.
(2) 1, § 20.
(3) 1, § 5.
(4) 1, § 25; 13, § 2; 14, 3, Ulp.
(5) Const. 5, Code, liv. IV, tit. XXV.

dique du mandataire; reçoit-il un salaire, le contrat intervenu entre lui et le préposant est un contrat de louage; n'en reçoit-il pas, il est mandataire, et c'est au premier cas par l'action *locati conducti*, au second par l'action *mandati* que le préposant pourra le poursuivre (1). Mais s'il peut être assimilé — généralement il en sera ainsi — à un *locator operarum* dans ses rapports avec le préposant, dans ses relations avec les tiers, il tient du mandataire.

Et c'est précisément parce que cette analogie entre l'*institor* et le mandataire était frappante que Papinien crut devoir étendre au mandataire proprement dit les dispositions prétoriennes relatives à l'*institor*. Papinien (2), le premier, accorda aux tiers, devenus créanciers en vertu de contrats intervenus entre eux et le mandataire, une action utile contre le mandant: *ad exemplum institoriæ actionis;* mais aussi — et par une équitable réciprocité qui n'existait au profit du préposant que s'il n'avait aucun autre moyen de sauvegarder ses intérêts (3) — il accordait au mandant une action utile contre ces tiers.

Chacune des deux parties avait ainsi double action : le tiers pouvait agir contre le mandataire, en vertu du droit commun ; contre le mandant, depuis l'innovation de Papinien ; le mandant avait l'action *mandati directa* contre le mandataire d'après le droit civil et l'action utile dérivant du contrat contre les tiers.

Peut-être Papinien n'allait-il pas aussi loin et n'avait-il pas autorisé le mandant à exercer, sans une cession expresse, les actions acquises par le mandataire contre les tiers (4). Peut-être cette dernière innovation est-elle l'œuvre d'Ulpien ?

(1) 1, § 18; 14, 1.

(2) 13, § 25; 14. 3, Ulp.; 19, *eod. tit. proœm.*, Papin., 10, § 5, 17, 1, Ulp.; 31, *prœem.*, 3, 5, Pap.

(3) 2; 14, 3, Gaïus; 5, 46, 5, Paul.

(4) Accarias, *op. cit.* t. II, p. 527.

Quoi qu'il en soit, il est à peu près certain que le principe de la non-représentation est à peu près détruit. Le mandataire représente si bien le mandant dans ses rapports avec les tiers, que, s'il attaque directement ces tiers malgré la volonté contraire du mandant, il sera repoussé par une exception (1).

Les rapports s'établissent donc directs, immédiats entre les tiers d'une part et le mandant de l'autre; qu'est-ce à dire, sinon que le principe de la représentation a triomphé, Cependant, et c'est là tout ce qui reste dans le droit prétorien des vieilles règles du Droit civil, la personne du mandataire, du représentant n'est pas soustraite définitivement aux poursuites des tiers : *Est autem nobis electio utrum exercitorem an magistrum convenire velimus* (2).

Malgré cette concession aux idées primitives, les progrès de la législation romaine n'en sont pas moins considérables et les avantages de la représentation presque tous acquis.

La création de la dernière des actions prétoriennes marque encore un pas en avant. Si le tiers, avec lequel a traité une personne, a cru que cette personne était un mandataire, et était de bonne foi convaincu de l'existence d'un mandat, on lui accorde la *condictio certi*, si le mandant s'est enrichi à la suite de l'opération faite par le prétendu mandataire (3).

La distance parcourue depuis le point de départ, est grande, on le voit. Tandis qu'au début, si le mandat consistait dans l'acquisition d'un droit de créance, le mandataire devait devenir lui-même créancier, et, pour en transmettre le bénéfice au mandant, devait le constituer *procurator in rem suam*, à raison de l'incessibilité des actions personnelles (4); à l'époque des jurisconsultes classiques, la cession est supposée

(1) 28, 3. 3, Ulp.
(2) 1, § 17; 14, 1.
(3) 9, § 2; 12, 1, Ulp.
(4) Gaii, *Comm.*, § 38, 39; Const. 6, Code, livre IV, tit. X.

faite, le mandant exerce lui-même l'action utile, non comme *procurator*, mais pour son propre compte, et, que le mandataire meure sans héritiers ou qu'après avoir constitué le mandant *procurator in rem suam*, il meure avant la *litis contestatio* du procès pendant entre les tiers et le mandant, il n'importe guère : les droits du mandant sont désormais sauvegardés (1).

Par ces modifications aux anciennes règles, la théorie de la cession des actions personnelles se trouva simplifiée. Jadis deux moyens existaient pour éluder la règle qui déclarait incessibles les actions personnelles, ou, ce qui est la même chose, les créances.

Le cessionnaire stipulait, par ordre du créancier primitif, du débiteur. Par suite de la stipulation, le débiteur n'était plus tenu envers le cédant, mais il était obligé *ex stipulatu* envers le cessionnaire. Double inconvénient de ce mode de procédé : le consentement du débiteur était nécessaire; les sûretés spéciales et accessoires de la créance entre les mains du cédant, ne la garantissaient pas entre les mains du cessionnaire.

C'est dans le but d'éviter ce double inconvénient, que fut appliquée à la cession des créances la théorie du mandat; postérieurement toutefois à la période de la procédure des actions de la loi, puisque le mandat *ad litem* était impossible alors, et que la *procuratio in rem suam* n'en est guère qu'une variété.

Un mot de la *procuratio in rem suam* :

Le cédant donnait mandat au cessionnaire d'agir contre le débiteur. Le cédant confiait au cessionnaire l'exercice de l'action dont il était investi contre le débiteur, et, par la *litis contestatio*, il déduisait en justice, comme s'il eût été toujours sien, le droit cédé et se l'appropriait. Il méritait bien réellement le nom de *procurator in rem suam* : ne gérait-il pas, en

(1) 15; 12, 1, Ulp.

effet, sa propre chose? Et gérant sa propre chose, il devait être dispensé de rendre compte.

Comme l'idée de mandat domine dans la *procuratio in rem suam* et que le but des parties est une aliénation, la théorie primitive de la *procuratio in rem suam* ne garantissait pas les droits du *procurator*, du cessionnaire, d'une manière suffisamment énergique. Ce fut encore la jurisprudence qui eut l'honneur de transformer la *procuratio* et de l'adapter autant qu'il lui fut possible aux nécessités de la situation juridique pour laquelle elle avait été créée.

Autrefois, tant que, par un mode quelconque de paiement, la créance n'était pas éteinte, le véritable créancier était le cédant, le débiteur cédé se libérait donc valablement entre les mains du cédant (1), il pouvait opposer au *procurator* toutes les exceptions qu'il aurait pu valablement invoquer contre le cédant (2), il pouvait obtenir du cédant la révocation de la *procuratio*; enfin, la mort de l'une des parties mettait fin à la *procuratio*.

Ces principes rendaient l'emploi de la *procuratio* illusoire par rapport au *procurator*, et elle eût certainement disparu de la législation romaine, si les jurisconsultes n'avaient fini par considérer plutôt l'intention des parties que la forme du contrat. Pour eux, le *procurator* doit être plus un acquéreur (3) qu'un mandataire. C'est pourquoi la *procuratio* ne doit pas pouvoir être révoquée (4); la mort de l'une des parties ne saurait l'éteindre; dès qu'elle est connue du cédé, il ne doit pas pouvoir se libérer entre les mains du cédant (5).

Mais comment prouver que le cédé connaissait la *procuratio*? Comment établir sa mauvaise foi? Elle résultait de cir-

(1) 4; 18, 4, Ulp.; 5, *eod. tit.* Paul.
(2) 23, § 1, *eod. tit.*, Hermog.
(3) 13; 2, 14, Paul.
(4) 25; 3, 3, Ulp.; 25, *eod. tit.*, Ulp.
(5) Const. 2, Code, livre IV, tit. X; Const. 1, Code, livre V, titre XXXVIII; 16; 2, 14, Ulp.

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE I

constances souvent difficiles à apprécier, et cependant il importait que le débiteur cédé ne pût se libérer avant la *litis contestatio*, de telle sorte que le cessionnaire n'aurait eu qu'une action *ex empto* contre le cédant. Le moyen imaginé est bien simple, le cessionnaire doit signifier dénoncer au cédé la cession (1). Si, jusqu'à ce moment, le débiteur a pu payer valablement au cédant, à dater de cette signification, il ne peut se libérer qu'en payant au cessionnaire. De même, les exceptions opposables au cédant ne sont plus opposables au cédé.

Par cette série de modifications successives, la *procuratio*, s'appliquant à des choses incorporelles, produisit les mêmes effets que la tradition des objets corporels. De ces innovations à celles qui consistent à sous-entendre la *procuratio*, et, par suite, la cession d'actions dans bon nombre de cas, il n'y avait qu'un pas; nous savons que c'est à Papinien, peut-être à Ulpien, que ce progrès est dû, et que le mandant peut agir directement contre les tiers débiteurs de son mandataire, sans être, au préalable, constitué *procurator in rem suam*. Il y a cession tacite du mandataire au mandant des actions qu'il pourrait faire valoir en justice (2).

Les constitutions impériales ne firent que confirmer la théorie des jurisconsultes. Il est une innovation, toutefois, qui ne doit pas être passée sous silence. Avant Anastase, toute cession d'actions était permise, pourvu qu'elles fissent partie du patrimoine. Ce prince (3) décida que le cessionnaire d'une créance litigieuse ne pourrait poursuivre le débiteur cédé que jusqu'à concurrence du prix d'achat et des intérêts. Une exception était faite seulement dans trois cas déterminés. Justinien, voyant que la constitution d'Anastase

(1) Const. 6, Code, livre IV, tit. X; Const. 3, Code, livre VIII, titre XLII.

(2) Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 542.

(3) Const. 22, Code, liv. IV, tit. XXXV.

était violée par les spéculateurs contre qui elle avait été dirigée, étendit ses applications, ses prohibitions, aux hypothèses qui laissaient place à la fraude, et n'autorisa la cession des créances litigieuses que tout autant qu'elle était aliénée en entier et à titre gratuit (1).

B

DE LA THÉORIE DE LA NON-REPRÉSENTATION DANS LES ACTES JUDICIAIRES.

C'est surtout dans les actes relatifs à un procès que fut formulé avec énergie le principe de la non-représentation. « *Nemo alieno nomine lege agere potest* (2). » Cela était vrai, non-seulement des actions de la loi au nombre de cinq, mais encore de tous les actes juridiques qui leur empruntaient leur caractère propre et pouvaient en être considérés comme une fiction (*cessio in jure...*) Exceptionnellement cependant, « sous l'empire de cette procédure qui remonte aux origines nationales et se prolonge plus de cinq siècles (3), » il fut permis d'agir par autrui dans trois hypothèses : *pro populo, pro libertate, pro tutela* (4). Une loi Hostilia permit même de plaider pour ceux qui avaient été victimes d'un vol, alors qu'ils étaient prisonniers chez l'ennemi ou absents pour la cause de la patrie ou encore *in tutela* (5).

L'exception devint la règle sous la procédure formulaire : « *Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet hominem aut suo*

(1) Const. 23, 24, *eod. tit.*
(2) 123; 50, 17, Ulp.; Gaii, *Com.* IV, § 11, 12, 26, 24; 40, 2, Paul.
(3) Ortolan, *op. cit.*, t. II, p. 414.
(4) Gaii, *Com.* IV, § 82.
(5) Inst., liv. IV, tit. X, *proœm.*

nomine aut alieno; alieno veluti procuratio, tutorio, curatorio. »
Les Institutes ne parlent que *du procurator*. Gaïus parle du *cognitor et du procurator*.

Que sont-ils l'un et l'autre, et quelles différences y a-t-il entre eux? Le *cognitor in litem* est constitué en présence de l'adversaire avec des paroles solennelles, dont Gaïus rapporte le texte exact (1). Le *procurator* est constitué par simple mandat; il importe peu que l'adversaire soit ou non présent, qu'il sache ou qu'il ignore la constitution *du procurator*. Encore moins est-il nécessaire de recourir à des termes sacramentels. Mais que l'on plaide *per procuratorem* ou *per cognitorem*, l'*intentio* est formulée au nom du mandant, tandis que la *condemnatio* est prononcée au nom du mandataire (2).

Le résultat atteint n'est pas le même et la situation juridique du *cognitor* et du *procurator* diffère; dès que les paroles solennelles qui ont constitué le *cognitor* ont été prononcées, il est substitué aux lieu et place du mandant, il le remplace et le représente, et c'est au mandant ou contre le mandant que compétera l'action *judicati*. Plaide-t-on *per procuratorem*, les conséquences de l'action sont personnelles au *procurator*, sauf son recours contre le mandant (3).

Il y avait là un danger; l'adversaire du mandataire avait à craindre, s'il plaidait contre un *procurator*, que le mandant ne vînt à lui intenter un nouveau procès sur le même litige; aussi pouvait-il refuser d'accepter le débat en se fondant sur le défaut de qualité du *procurator*. Cette entrave disparaissait si le *procurator* donnait caution *ratam rem dominum habiturum* (4).

Les poursuites successives à raison des mêmes prétentions, n'étaient plus à redouter, l'adversaire du mandant

(1) Gaii, *Com.* IV, § 83.
(2) ..... § 86.
(3) Gaii, *Com.* IV, § 97; Pauli, *Sent.*, livre I, tit. II, § 4.
(4) Gaii, *Com.* IV, § 98; Pauli, *Sent.*, liv. I, tit. III, § 6.

n'avait plus de motifs pour refuser de répondre à l'action du *procurator*.

Les formalités nécessaires à la constitution du *cognitor* étaient rigoureuses, celles qui étaient requises pour la constitution du *procurator* étaient très simples ; un premier progrès consista à substituer celles-ci à celles-là, un deuxième à attribuer à la *procuratio* les effets avantageux (point de caution, représentation.....) spéciaux à la *cognitio* (1). L'assimilation est complète sous Justinien, et la législation, après avoir admis le principe de la non-représentation, consacra définitivement le principe contraire.

Notons, en terminant, que la *procuratio ad litem* est soumise, en ce qui concerne la capacité des parties, à des règles différentes de la procuration ordinaire. Les femmes, du moins en général, les infâmes, les soldats, les sourds-muets, ceux qui sont atteints d'une maladie incurable, les magistrats à la veille d'entrer en fonctions sont incapables d'agir pour autrui (2).

Autre différence avec la *procuratio* ordinaire, la révocation n'a lieu que *causa cognita* et pour des motifs prévus par la loi (3).

(1) *Frag. Vat.*, § 317, 322.

(2) ... 1, § 5 ; 3, 1, Ulp.; 41, 3, 3, Paul ; *Sent. de Paul*, liv. I, tit. II, § 1, 2 ; 54, 33, Paul ;,43, *eod. tit.*, Paul.

(3) 17, *eod. tit.*, Ulp.

TROISIÈME PARTIE

Des causes d'extinction du Mandat

Le mandat s'éteint, conformément au droit commun, par l'arrivée du terme ou la réalisation de la condition, lorsque le contrat a été fait avec ces modalités; par l'application des règles du droit commun, il s'éteint encore par l'accomplissement de l'opération ou de l'entreprise pour lesquelles il avait été donné, de même par l'impossibilité de l'exécution (1).

A côté de ces causes d'extinction, applicables à tous les contrats, il en est qui lui sont spéciales et qui découlent toutes de ce caractère propre au mandat, qu'il est avant tout fait : *intuitu personæ*, qu'il est un contrat de désintéressement et de confiance. Dès que la relation des personnes cessera d'être la même, dès que, pour une cause ou une autre, la confiance disparaîtra, le mandat doit prendre fin.

Révocation. — Recte mandatum contractum, si dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit evanescit (2). Il semblerait, à

(1) 56, § 4, 17, 1, Pap.; 27, § 2, *eod. tit.*, Gaïus; 185, 50, 17, Celsus.

(2) Inst., liv. III, tit. 26, § 9; *Comp.*, Gaii, *Com*, 111, § 159.

en juger par ces mots, que le mandat ne peut être revoqué que s'il n'y a pas eu un commencement d'exécution. Mais ce serait là attribuer aux termes qu'ont employés les Institutes une portée trop absolue, il faut les interpréter ainsi : Quand il y a révocation du mandat, les choses étant encore entières, aucune obligation n'a pu naître, c'est comme s'il n'y avait pas eu mandat.

Le contrat a-t-il été exécuté en partie, la révocation qui intervient peut bien faire cesser les effets dans l'avenir, mais elle ne saurait les anéantir dans le passé (1). Les actions *mandati* appartiennent aux deux parties pour tous les actes qui ont précédé la révocation, ou, mieux encore, la connaissance par le mandataire de la révocation du mandat (2). Il ne faut pas, en effet, que la révocation puisse nuire soit au mandataire, soit aux tiers de bonne foi, et il serait contraire à la nature du mandat de n'accorder qu'une action *negotiorum gestorum* au mandataire qui, dans l'ignorance de sa révocation, continuerait ses agissements (3).

La solution serait la même si nous nous placions dans l'hypothèse où, ne connaissant pas la mort du mandant, il poursuivrait l'accomplissement de l'affaire dont il s'est chargé. Dans ce cas également, le mandataire doit être muni de l'action *mandati* (4). Même motif d'équité vis à vis des tiers et les jurisconsultes romains admettaient sans difficulté que le paiement fait de bonne foi entre les mains du mandataire révoqué libérait le débiteur vis à vis du mandant, son créancier (5).

Il faut généraliser ce principe et accorder à tous les actes faits par les tiers de bonne foi avec le mandataire révoqué

(1) 15; 17, 1, Paul.
(2) 51; 46, 3, Paul.
(3) Gaii, *Com.*, III, § 160.
(4) 26, *proœm.*, 17, 1, Paul; 58, *Proœm. eod. tit.*, Paul.
(5) 34, § 3; 46, 3, Julien.

la même validité que s'ils les eussent faits avec un mandataire en fonctions (1).

La révocation peut être expresse ou tacite (exemple : nomination d'un second mandataire). Mais elle n'est pas toujours permise au mandant ; la révocation d'un *adjectus solutionis gratia*, sorte de mandataire qui a pour mission de recevoir un paiement, est en effet impossible. Comment admettre que l'une des parties, dans un contrat, puisse, de son seul mouvement, priver l'autre d'un droit acquis ; d'autant que l'on peut dire que l'*adjectus solutionis gratia* est le mandataire des deux parties en cause (2).

Mort du mandant. — Le mandataire, en acceptant le mandat, a voulu rendre un service au mandant, c'est la considération de la personne du mandant qui l'a fait agir ; si le mandant vient à mourir, le mandat doit prendre fin (3).

Même distinction qu'au cas de révocation : La mort du mandant est-elle intervenue *rebus adhuc integris*, il n'y a jamais eu mandat ; est-elle survenue après un commencement d'exécution, les obligations du contrat de mandat sont nées dans le passé et le mandataire pourra actionner par l'action *mandati contraria* les héritiers du mandant, comme il pourra être poursuivi par eux en vertu de l'action *mandati directa*.

Il est un cas cependant où la mort du mandant ne sera pas une cause d'extinction : c'est lorsqu'il aura été donné avec cette condition *post mortem mandantis*.

Mort du mandataire. — Plus encore que la mort du mandant, la mort du mandataire doit mettre fin au mandat ; car si l'*intuitus personæ* a déterminé l'une des parties à agir, c'est assurément le mandant. Les héritiers du mandataire ne lui offrent pas la même garantie que lui (4).

(1) 12, § 2, *eod. tit.*, Ulp.; 31, § 2; 3, 3, Ulp.

(2) 106; 46, 3, Gaïus.

(3) Inst., *loc. cit.*, § 10; 26; 17, 1; Const. 15, Code, liv. IV, tit. 35.

(4) § 10, Inst. *loc. cit.* 26; *proœm.*, 17, 1, Paul; 27, § 3, *eod. tit.*, Gaïus.

Comme ils ne peuvent ignorer la mort de leur auteur, ils n'auront jamais l'action *mandati* contre le mandant pour avoir continué ou terminé la gestion du mandataire, hormis dans le cas où le mandat avait pour objet une *fidejussio* (1).

Y a-t-il plusieurs mandataires, la mort de l'un d'eux ne mettra fin au mandat que s'ils devaient agir conjointement.

Les effets produits par la mort de l'une des parties sont également produits par sa *maxima, media, minima capitis deminutio*; toute *capitis deminutio* est une cause d'extinction du mandat.

Renonciation. — Le mandataire, n'ayant presque jamais un intérêt direct à l'exécution du mandat, doit pouvoir s'en affranchir (2). Cependant, il ne faut pas que sa renonciation soit inopportune, à peine de dommages-intérêts; car, après avoir consenti a être mandataire, il est lié vis à vis du mandant et ne doit pouvoir se soustraire aux engagements pris que s'il ne porte aucune atteinte aux droits du mandant. Il doit donc toujours lui signifier sa renonciation en temps utile et il n'est dispensé de le faire que s'il a une excuse sérieuse. La renonciation elle-même ne saurait être basée sur un pur caprice, sur un changement de volonté, il faut un fait important, une circonstance grave qui la légitime, tout au moins si les choses ne sont pas entières.

(1) 14, *eod. tit.*, Ulp.

(2) § 11, Inst. *loc. cit.*; Pauli, *Sent.*, liv. II, tit. XV, § 1; 22, § 11, 17, 1, Paul.

DROIT ANCIEN

DROIT ANCIEN

S'il est une partie de la législation romaine qui mérite le nom de raison écrite, qu'on lui a donné, c'est assurément celle qui a trait aux contrats. C'est en effet dans la théorie des contrats que se sont affirmées surtout les qualités maîtresses des jurisconsultes romains ; nulle part ils n'ont formulé des principes plus rationnels, déduit plus rigoureusement les conséquences logiques des principes posés, ni établi plus solidement un ensemble de règles précises et concordantes. Aussi leur œuvre, admirable à tous égards, était-elle la source à laquelle devaient puiser nécessairement et les auteurs modernes et les rédacteurs de notre Code. Les uns et les autres y ont puisé largement. Il est vrai qu'ils ont introduit quelques modifications, mais les grands principes sont restés les mêmes, les règles fondamentales sont encore à peu près identiques, les changements n'ont guère porté que sur quelques points secondaires. C'est sur ces innovations, dues soit aux édits ou aux ordonnances de nos rois, soit aux coutumes, soit à la jurisprudence, soit enfin à la doctrine, que nous aurons à insister quelque peu ; nous nous bornerons au contraire à exposer sommairement celles des décisions de notre vieux droit français qui ont été littéra-

lement empruntées au droit romain. L'étude du mandat ainsi comprise offrira ce double avantage qu'elle mettra mieux en lumière les côtés vraiment originaux du mandat dans notre ancien droit et qu'elle nous épargnera des redites ennuyeuses et sans intérêt (1).

A.

Le contrat de mandat, comme tous les contrats du droit des gens, existant nécessairement chez tous les peuples, exista de tout temps dans la Gaule. Son existence aux époques les plus reculées est constatée d'une manière indiscutable par plusieurs documents qui nous sont parvenus. Ainsi, en 489, il était déjà question du mandat, à propos d'une donation d'immeubles faite par le roi Odavocar au profit de Pierius ; la première des formules Andegavenses, — toutes antérieures à l'an 680, — après avoir rapporté le modèle d'une donation faite par un fiancé à sa fiancée, parle d'un mandat ayant pour objet l'insinuation de cette donation sur les registres de la curie d'Angers ; en 804, Angabertus donne un mandat identique : il charge son mandataire de veiller à l'insertion d'une donation faite par Harwich d'Angers à l'abbaye de Prüm (2) ; enfin, une formule de 805, plus complète que les autres, nous montre le mandataire rendant compte de sa gestion (3).

S'il était nécessaire d'établir plus clairement encore que par ces brèves citations l'application fréquente du mandat sous les rois de la première et de la deuxième race ; il nous suffirait de rappeler qu'à cette époque, pendant laquelle le

(1) Clamageran, *op. cit.*, p. 78.

(2) De Savigny, *Hist. du Droit romain au moyen âge*, t. I, p. 210.

(3) Girard, *Essai sur l'histoire du Droit français au moyen âge*, t. II, p. 438 et suiv.

combat judiciaire décidait du succès de toutes les contestations civiles ou criminelles, les femmes, les enfants, les vieillards combattaient par mandataires; et, résultat qui doit nous surprendre, c'était le mandataire qui, succombant, était noté d'infamie, qui, vaincu, perdait la vie ou la main seulement suivant les cas.

Autre preuve : chaque communauté religieuse comptait au nombre de ses membres un abbé chargé de défendre ses intérêts en champ clos. Cet *abbas miles* était-il autre chose qu'un mandataire? Cela est si vrai que, même plus tard, lorsque le duel judiciaire fut aboli dans les domaines de la couronne par une ordonnance de saint Louis de 1260, et proscrit dans tout le royaume au moins pour les causes criminelles par l'ordonnance de Philippe le Bel de 1310, « tous les moines rentés eurent parmi eux des religieux procureurs ou syndics (1). »

Ce procureur, ce syndic avait succédé à *l'abbas miles*, et hérité de sa mission de défendre les intérêts de la corporation à laquelle il appartenait, ses fonctions tendaient au même but, le mode de les exercer différait seul à cause de la transformation de la procédure; comme lui, et son nom l'indique mieux, il était un mandataire. Ajoutons, enfin, et cette dernière citation complétera notre démonstration incontestée d'ailleurs, que Beaumanoir donnait dans sa Coutume de Beauvoisis en 1233 la formule d'un mandement : « Si comme Pierres pri a Jehan, je voz pri que voz m'acetes la tere Guillame por mi et je m'en tenrai à ce que voz en feres (2). »

Après avoir ainsi constaté à diverses époques dans cette étude rapide l'existence du mandat, il convient de dire quelles sont les règles qui le régissent. Nous suivrons l'ordre que nous avons adopté dans la première partie de notre thèse.

(1) Despeisses, *du Mandement*, tit. IV, p. 166.
(2) *Cout.* de Beauvoisis, t. I, cap. 29, n° 5, p. 398.

Nous examinerons d'abord quels sont les éléments essentiels à la validité du contrat de mandat ; puis quels sont ses effets ; nous terminerons en indiquant quels sont ses modes d'extinction.

A.

ÉLÉMENTS ESSENTIELS AU CONTRAT DE MANDAT. SA FORMATION, SES MODALITÉS.

§ 1. — *Eléments essentiels au contrat de mandat.*

Comme en droit romain, pour qu'il y ait mandat, quatre conditions sont nécessaires :

1° Le mandat doit avoir un objet certain, licite et possible.

2° Il doit être gratuit.

3° Son exécution doit fournir au mandant un intérêt quelconque.

4° Les deux parties doivent consentir : pas de consentement, pas de mandat.

1° L'objet du mandat doit être conforme aux lois et aux bonnes mœurs. « Mais ce entendons, noz es mandements et es prières qui sont fetes selon les bonnes mœurs (1). »

L'opinion de Beaumanoir avait été celle de Desfontaines, comme elle fut dans la suite celle de Charondas. Desfontaines, en effet, avait dit avant lui dans son Conseil : « Mes je ne te dis pas qu'on doit garder toutes les convenances que on fait ; car, convenance faite por laide cause, ou por tricherie, ou contre bones mœurs, ou contre loi, ou costume du païs, ou contre l'establissement du soverein seigneur du païs, n'est mie à tenir (2). » Quatres siècles plus tard, les Pandectes du Droit français de Charondas résumaient d'un seul mot la

(1) Beaumanoir, *loc. cit*, n° 7.

(2) Desfontaines, ch. XV, n° 1, p. 106.

théorie de Desfontaines et de Beaumanoir, et la formulaient en termes aussi concis et énergiques que les jurisconsultes romains : « Pas de mandat sur choses vilaines et déshonnêtes (1). »

Quel était l'effet d'un mandat donné ainsi sur « choses vilaines? » L'influence du Droit romain s'aperçoit aisément dans la solution de cette question; le mandataire ne peut être contraint de l'exécuter, et bien plus : « s'il fit le meffet il doit être condamné pour le meffet, car cil qui font tex malices por mandement d'autrui en sunt en coupe (2). »

Si c'est au nom de la morale que toujours les législations ont annulé le mandat illicite, c'est au nom du simple bon sens qu'elles ont déclaré sans valeur le mandat ayant pour objet un fait impossible.

2° La gratuité est de l'essence du mandat : « la principale marque du mandement est d'être gratuit, car il prend son origine du plaisir et courtoisie que veut faire celui qui s'en charge (3). » Tel est aussi l'avis de Bourjon, qui semble traduire textuellement un fragment de Paul quand il écrit que : « la fonction du mandataire doit être gratuite comme tirant son origine de l'amitié (4). »

Ici se pose la même question que nous avons examinée en Droit romain : l'honoraire fait-il dégénérer le contrat de mandat en contrat de louage ou tout autre contrat ayant une affinité plus ou moins grande avec le louage? En d'autres termes, nos anciens auteurs admettaient-ils le mandat salarié? Leur opinion n'était-elle pas au contraire aussi formelle que celle des jurisconsultes romains, et ne considéraient-ils pas à leur tour toute rémunération, de quelque nom

(1) Charondas, *Pandectes du Droit français*, t. I, livre II, ch. 34, *du Mandement.*

(2) Beaumanoir, *loc. cit.*

(3) Charondas, *loc. cit.* p. 322, 323.

(4) Bourjon, *Droit commun de la France*, t. II livre VI, titre II, chap. VIII, p. 461.

qu'on l'appelât, comme incompatible avec l'idée du mandat? Leur théorie nous apparaît moins précise que celle de leurs modèles, et ils semblent avoir admis que, si le prix transformait le mandat en louage de services, l'honoraire lui conservait son caractère primitif : « Les procureurs constitués exerçant d'ordinaire une honnêteté et un office d'ami, leur fonction est gratuite, et, si l'on convenait de quelque salaire, ce serait une espèce de louage où celui qui agirait pour un autre donnerait pour ce prix l'usage de son industrie et de son travail. Mais la récompense qui se donne sans convention et par honneur est d'un autre genre et ne change pas la nature de la procuration (1). » Remarquons la précision faite par Domat : les parties ont-elles stipulé dans le contrat intervenu entre elles une rémunération ? pas de mandat possible; car l'honoraire doit être seulement donné après l'exécution de l'affaire. Pothier était plus absolu et n'établissait aucune distinction de ce genre : qu'il y eût promesse antérieure à l'accomplissement du mandat ou paiement d'un honoraire après cet accomplissement, il importait peu : « le contrat ne laissera pas d'être un contrat de mandat, » dit-il, puis il ajoute : « pourvu que ce qui est promis ne soit pas le prix du service que le mandataire se charge de rendre, ce service n'étant pas quelque chose d'appréciable (2), » et en ce point il se rallie à la doctrine de Domat : si la rémunération est un prix, le contrat sera un contrat de louage; si elle est un honoraire, il sera un contrat de mandat; l'honoraire ne fait pas obstacle à la gratuité du mandat, « il est un témoignage d'honnêteté et de courtoisie honorable. » L'application de ce principe a été faite à une espèce particulière; s'il y a entre le mandant et le mandataire une grande inégalité de condition et que le mandant soit en situation d'avoir un homme d'affaires, le mandataire

(1) Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. XV, sect. 1; 9.
(2) Pothier, *Traité du contrat de mandat*, nº 26.

a une action pour réclamer ses appointements, même en dehors de toute promesse de salaire (1). L'honoraire n'empêche donc pas le contrat, dans cette hypothèse, d'être un contrat de mandat ; il ne le dénature pas en un louage de services. Toute la difficulté se réduit donc, dans notre ancien Droit, à distinguer le prix de l'honoraire. Comment les distinguer l'un de l'autre ? Comme en Droit romain, le prix est réputé l'équivalent d'un service appréciable en argent, d'un service ignoble ; l'honoraire est la récompense de services qui ne sont pas susceptibles d'être appréciés d'une manière pécuniaire ; services qui constituent les professions libérales. Toutes ces distinctions et les motifs qui leur servent de base ont été empruntés, on le voit, à la loi romaine. Mais il faut le reconnaître, plus complets que nos anciens auteurs, les jurisconsultes romains avaient eu le soin de dresser une liste exacte, de donner une énumération limitative des professions libérales ; leur classification n'accusait aucune divergence entre eux, ne laissait aucune place à la controverse. Semblable accord était loin d'exister parmi les commentateurs français : Cujas (2), contrairement à l'opinion généralement admise de son temps, soutenait que les avocats n'exerçaient point une profession libérale. Tel était aussi le sentiment de Guy-Coquille pour les procurateurs *ad lites*, de la Coutume de Meaux (art. 25) pour les médecins, de Cujas (4) enfin, pour les professeurs enseignant les belles-lettres, les sciences et les beaux-arts.

3° et 4° Du troisième et du quatrième éléments essentiels à la validité du contrat de mandat, nous avons peu de chose à dire. Le mandant doit avoir un intérêt au moins indirect à la réalisation de l'affaire par lui confiée au mandataire, pour cette raison déjà donnée en Droit romain et décisive,

(1) Arrêt du Parlement d'Aix, 1735, juillet.
(2) Cujas, *Comment. in lib.*, 3 *resp.* Pap., *ad legem*, 7, *Mand.*
(3) *Cout. de Nivernais*, quest. 197.
(4) Cujas, *obs. lib.* 111, *cap.* 28.

que l'intérêt étant la mesure de l'action, celui-là n'a point d'action qui ne peut se prévaloir d'aucun intérêt. De quel droit, en effet, le mandant exigerait-il du mandataire l'accomplissement de ses obligations s'il n'y était pas intéressé ?

Enfin, il est nécessaire que l'accord de volonté des deux parties se forme sur chacun des trois autres éléments essentiels : nul contrat ne saurait prendre naissance sans ce consentement préalable des contractants ; c'est là une vérité juridique qui a la valeur d'un axiome, il suffit de l'énoncer.

§ 2. — *Formation du contrat de mandat, ses modalités.*

Le mandat est non-seulement un contrat synallagmatique imparfait et de bienfaisance, il est aussi du nombre des contrats consensuels ; il est parfait par le seul consentement des parties. Que ce consentement soit constaté par un écrit, qu'il soit verbal, la situation juridique des parties reste la même, elles sont aussi bien obligées dans la seconde hypothèse que dans la première : « Et ceste voie de serjanter pot estre en moult de manieres, car elle est à la fois par prière de bouce ; aucune fois advient-il que prière n'est pas féte de bouce, mais on le mande par lettres (1). » Le consentement peut être même tacite, et il s'induit, en ce qui concerne le mandant, de sa tolérance ; en ce qui touche le mandataire, d'un commencement d'exécution. L'acceptation du mandataire expresse ou tacite est aussi nécessaire à la formation du mandat que l'ordre du mandant. Quoique la théorie fût fixée sur la parfaite validité du mandat tacite, l'usage s'introduisit néanmoins de bonne heure de constituer les mandataires par actes sous seing privé ou par devant notaire. Cet acte, appelé procuration, offrait surtout un avantage considérable ; il évitait toute confusion entre le mandat et le simple conseil, entre le mandat et la recommandation ; hormis dans

(1) Beaumanoir, *loc. cit.* nos 5 et 6.

le cas de mauvaise foi, ni le conseil ni la recommandation n'engendrent aucune obligation à la charge de celui qui les donne : « Recommandant n'est pas mandant (1). »

Toutes les modalités peuvent être apposées au contrat de mandat; le terme aussi bien que la condition. Cependant le mandat de faire un acte déterminé après le décès du mandant était nul, ainsi qu'il arrivait à Rome avant les innovations de Justinien : « Homs mort n'a porteur de lettres (2). » Cette parole de Loysel signifie non pas que le mandat cesse par la mort du mandant, mais que le mandant ne saurait donner un ordre qui doive être exécuté après sa mort. Terminons cette première section en examinant si le mandat est toujours possible; si tout le monde peut être mandataire.

a. Le principe est que le mandat peut avoir pour objet toutes sortes de faits licites, toutefois il était des cas où par exception le mandat était impossible à raison de son objet; ainsi, sans parler de la maxime : *nul ne plaide en France par procureur*, dont nous déterminerons plus tard l'exacte portée, quand nous donnerons un aperçu du *procurator ad litem*; il n'était pas permis de prêter foi et hommage par mandataire. « L'hommage est un devoir de respect et de dignité, il est inséparable de la personne du vassal (3). »

Mais la dérogation subissait elle-même une exception, il y avait retour à la règle de droit commun et l'emploi d'un mandataire était autorisé lorsqu'il s'agissait soit de fiefs : « avenus au roi et mouvants d'autres seigneurs; » soit de fiefs appartenant à des communautés ou à des femmes mariées : le syndic de ces communautés, le mari de ces femmes prêtaient en leur nom foi et hommage (4). Pareille faveur

(1) Despeisses, *loc. cit.*, arrêts des Parlements de Paris, 23 décembre 1561, et de Toulouse, 8 mars 1574.

(2) Loysel, *Inst., Cout. de Laurière*, tome II, livre III; Bouteiller, *Somme rurale*, liv. I, tit. II, p. 55.

(3) Basnage, *des Fiefs et droits féodaux*, p. 166, chap. 105.

(4) Ducange : *Glossarium*, t. II, p. 663.

fut accordée par la coutume de Bretagne (art. 367), aux vassaux nobles d'un seigneur roturier, par la coutume de Paris (art. 67), aux conseillers de la Cour. Peut-être même, du consentement du seigneur, tout vassal jouissait-il de la même faculté. En tout cas, il est certain qu'on attribua toujours au seigneur le droit de commettre un mandataire spécial à l'effet de recevoir l'hommage des vassaux.

b. La capacité, pour être mandataire, était la règle; l'incapacité, l'exception. Etaient donc exceptionnellement incapables d'être mandataires les furieux, les soldats, les moines, les prêtres, tous les ecclésiastiques... (1).

B

DES EFFETS DU CONTRAT DE MANDAT.

Pour les mieux exposer, nous envisagerons ses effets d'abord à l'égard de chacune des parties contractantes, puis à l'égard des tiers. Nous aurons donc à nous occuper d'abord des obligations du mandataire, ensuite de celles du mandant, enfin des rapports juridiques que le contrat de mandat a créés entre le mandant et le mandataire d'une part et les tiers de l'autre.

§ 1. — *Obligations du mandataire.*

Les obligations que nos anciens auteurs mettent à la charge du mandataire sont identiques à celles qui lui incombaient en Droit romain, il doit donc :

1° Accomplir la mission qu'il a acceptée; 2° Y apporter tout le zèle d'un bon père de famille; 3° En rendre un compte fidèle et exact.

1° « Celui qui s'emploie aux affaires d'autrui par amitié

(1) Despeisses, *op. cit., du Mandement.*

doit faire l'office tout entier et à bon escient, » écrit Guy-Coquille (1). Loysel n'est pas moins explicite : « Qui s'entremet doit achever, et qui commence et ne parfait, sa peine perd (2). » Est-ce là autre chose que la traduction de quelques textes déjà cités ? Les jurisconsultes romains n'avaient-ils pas formulé bien avant ce même Loysel cette maxime : « Qui outrepasse sa charge chet en désaveu (3) ; » bien avant Charondas, n'avaient-ils pas dit : « Le mandataire ne peut quitter par repentance, à moins qu'il l'ait signifié dès le commencement (4). »

2° N'est-ce pas enfin toute la théorie romaine en matière de fautes qui revit dans ce passage de Charondas? « Le mandataire est tenu du dol et de la coulpe, mais on discute de la quelle coulpe. Il sera tenu de la coulpe légère et non des cas fortuits, à savoir qu'il est tenu de prester 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 (5). » C'est l'opinion d'Ulpien que reproduit ainsi Charondas ; comme le jurisconsulte romain, il estime que le mandataire doit être tenu de la *culpa levis in abstracto* ; il est précis et plus catégorique que Guy-Coquille, qui se borne à dire : « Celui qui prend charge des affaires d'autrui gratuitement est tenu de coulpe légère (6). » Pothier (7) ne parle pas un langage différent de celui de Beaumanoir : « Le mandant a le droit d'exiger du mandataire qui s'est chargé du mandat, non-seulement la bonne foi, mais tout le soin et

(1) *Cout. du Nivernais*, t. II, chap. IV, art. XXII, page 58.
(2) *Inst. coutumières*, liv. III, tit. II, R. 6.
(3) *Loc. cit.*, R. 2.
(4) Charondas, *op. cit.*, page 321.
(5) *Op. cit.*, p. 323.
(6) Guy-Coquille, *eod. loco.*
(7) Pothier, *op. cit*, n° 46.

toute l'habileté que demande l'exécution du mandat dont il s'est chargé. »

3° La troisième obligation du mandataire consiste, avons-nous dit, à rendre compte: « Il convient que cil qui administre autrui besoignes ou par garde ou par autre manière en rende raison là ou il a ce fait (1). » Il doit rendre tout ce qu'il a perçu comme mandataire : s'il voulait garder pour lui le bénéfice de ces diverses opérations, il serait contraint de restituer par une action accordée au mandant. Cette action, d'ailleurs, n'a point le caractère infamant qu'elle avait en Droit commun.

Cependant les droits du mandant sont peut-être mieux sauvegardés : ne jouit-il pas, en effet, dans la presque généralité des cas, d'une hypothèque sur tous les biens du mandataire? Dès que le mandat a été constaté par un acte notarié, il crée au profit du mandant un droit hypothécaire, car, dans notre ancienne législation, une constitution expresse n'était pas nécessaire, tout titre authentique avait cet effet de produire par lui-même hypothèque. Mais une question s'est posée : suffit-il que la procuration soit donnée devant notaire? Ne faut-il pas, en outre, que l'acceptation soit dressée devant cet officier public ? Tel est l'avis de Pothier (2). Il soutient, et avec raison, ce nous semble, que le contrat étant seulement parfait par l'acceptation du mandataire, le droit d'hypothèque ne naît au profit du mandant que si cette acceptation le lui confère, c'est-à-dire si elle est consentie par acte authentique. La conclusion de cette doctrine est la suivante : Il ne faut pas seulement s'attacher à la procuration du mandant ; l'acceptation du mandataire a-t-elle été faite dans les termes mêmes de la procuration, la procuration engendre alors un droit hypothécaire et à sa date ; l'acceptation est-elle intervenue postérieurement à la

(1) Desfontaines, *op. cit.*, chap. 32, n° 9, p. 369.
(2) Pothier, *op. cit.*, n° 66.

procuration, l'hypothèque n'existe qu'à partir du jour où cette acceptation a été faite devant notaire (1).

§ 2. — *Obligations du mandant.*

Elles peuvent être ramenées à trois principales: le mandant est tenu : 1° De restituer au mandataire les dépenses, avances et frais qui ont été faits à l'occasion du mandat; 2° De payer le salaire promis au mandataire ; 3° De s'abstenir de toute faute.

Nous nous proposons de parler seulement de la première de ces obligations, les deux dernières ne donnant lieu à aucune difficulté ni à aucun développement. Imposer au mandant l'obligation de rendre complétement indemne le mandataire, c'est une mesure de pure justice : « Despenses resnables et convenables pour faire les choses qui furent priées ou mandées; 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 pas quoi il le doi fere (2). » D'après Beaumanoir, les dépenses doivent avoir été effectuées de bonne foi. Cette condition est également exigée par Charondas : « Il est sans doute que le procureur et le mandataire se peut faire paier des dépenses et frais par luy faits de bonne foy pour accomplir et exécuter les mandements (3). » Tout cela est conforme à l'opinion des jurisconsultes romains ; mais il existe, sur un point de détail, il est vrai, une différence qu'il convient de signaler entre leur théorie et celle de quelques auteurs, qui admettent que les dépenses doivent être remboursées au mandataire, pourvu que le mandat ait été l'occasion de ces dépenses ; il n'est pas indispensable, suivant ces auteurs, qu'il en ait été la cause directe et immédiate : « Il faut balancer la

(1) Arrêts du 17 novembre 1587, 13 août 1608, 27 août 1740.
(2) Beaumanoir, *loc. cit.*, n° 11.
(3) Charondas, *op. cit.*, chap. XIII, liv. IV, p. 525.

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 (1). » Telle était au moins la doctrine de Domat; Pothier, s'en tenant à la rigoureuse décision du Droit romain, se montrait plus sévère et n'accordait de remboursement au mandataire, ou d'indemnité, que si les déboursés avaient été faits et les pertes subies *ex causa mandati*, il exigeait que l'affaire, objet du mandat, en eût été la « cause prochaine (2). » Une controverse plus vive et plus célèbre s'était, bien longtemps avant Pothier et Domat, élevée au sujet d'une question qui avait divisé les deux Ecoles romaines. On sait que le mandataire n'a droit à réclamer les avances qu'il a faites, que s'il s'est tenu exactement dans les limites du mandat; qu'il n'a aucun recours s'il les a excédées; on sait aussi que pendant longtemps on avait discuté le point de savoir si le mandataire qui avait acheté pour cent cinquante ce qu'il devait acheter pour cent, devait être admis à réclamer cent du mandant; Justinien avait mis fin aux divergences qui s'étaient produites. Elles reparurent dans notre ancien droit, non pas telles qu'elles s'étaient agitées entre les Proculéiens et les Sabiniens, le terrain de la discussion s'était déplacé. Beaumanoir suppose que l'ordre donné au mandataire lui enjoignait de se rendre acquéreur d'une chose moyennant cent livres; il l'a acquise, moyennant six vingts; il pourra, en abandonnant la différence, contraindre le mandant à prendre l'achat pour son compte : « Et ensi perdrait-il vingt livres, parce que il n'aurait pas usé selonc mon mandement (3) » La raison et l'équité conduisent là, disait Bourjon, justifiant cette solution et rejetant les mauvaises subtilités contraires (4). Ces arguments

(1) Domat, *Lois civiles*, livre I, tit. XV, sect. 1.
(2) Pothier, *Mandat*, n° 75.
(3) Cout. de Beauvoisis, *loc. cit.*, n° 7.
(4) *Op. cit.*, page 461.

de raison et d'équité avaient si bien touché Charondas, qu'il n'hésitait pas à conclure plus hardiment encore que les Proculéiens et que Beaumanoir et Bourjon : « Il me semble plus raisonnable, dit-il, que si le mandataire a acheté ladite somme de douze cents livres au lieu de mille indiqués au mandat, le mandant est tenu de payer toute la somme, parce qu'il ne serait pas équitable que le mandataire, pour lui avoir fait plaisir, en receust perte (1). » En terminant, mentionnons que l'ancien Droit emprunta au Droit romain la solidarité des co-mandants et confirma le droit de rétention qu'avait déjà le mandataire.

§ 3. — *Effets du contrat de mandat vis à vis des tiers.*

Il est inutile, croyons-nous, de rappeler longuement quelle était sur ce point la théorie romaine; un seul mot suffit pour la définir : Elle n'admettait pas le principe de la représentation; le mandataire s'obligeait en son propre nom envers les tiers, les tiers ne contractaient aucun engagement direct vis à vis du mandant, qui restait étranger à toutes les relations de droit nées de l'exécution du mandat. Ces règles furent, on ne l'a pas oublié, modifiées par des innovations successives; mais il est néanmoins certain que l'idée de la représentation ne se développa que d'une manière imparfaite et ne prévalut que dans des cas exceptionnels.

Dans notre ancien Droit, au contraire, la règle que le mandant est représenté par le mandataire, que les rapports juridiques s'établissent immédiatement entre le mandant et les tiers, est, sinon absolue, du moins générale. Pothier la formule en termes énergiques : « C'est le mandant qui est censé contracter par le ministère de son mandataire (2). »

(1) *Op. cit.* page 324.
(2) Pothier, *op. cit.*, nº 87.

Cette dérogation à la vieille théorie romaine ne fut pas admise sans difficulté, et les premiers auteurs la rejettent ; après avoir défini les mandataires : « Cil qui ne sunt ne fiancés, ne seremenié, ne retenu, ne por quant ils s'entremettent du service d'autrui par prière ou par mandement, » Beaumanoir se préoccupe de la situation juridique que le mandat crée aux parties contractantes et aux tiers. Quels sont, suivant lui, les effets du contrat ? Il suppose un mandat donné par Pierre à Jehan, dont l'objet est l'achat d'une terre appartenant à Guillame : « En tel cas, dit-il, sé Jehan l'acète, Pierres est tenu au paier. Ne porquant li dis Pierre n'es pas obligiés vers Guillame, car il n'a à li nulle convenance ni marcié, mais Guillame pot sivir Jehan qu'il li tiégne son marcié, et Jehan pot sivir Pierres qu'il le délivré de ce qu'il li feist fère de sa prière (1). » Il résume son opinion en ces termes, généralisant ainsi la règle dont il vient de faire application à une espèce particulière : « On ne peut sivir de marcié ni convenance autre que celui qui fit le marcié, quand il l'aurait fait pour autrui. Le mandement oblige celui qui fit le mandement envers celui à qui il l'a fait, et le mandataire est obligé envers celui à qui il fait le marcié ou la convenance, quand même il l'aurait fait pour autrui. » Beaumanoir se déclarait donc, comme les jurisconsultes romains, pour le principe de la non-représentation ; le mandataire s'oblige envers le mandant et envers les tiers, le mandant vis à vis de son mandataire seul : » Li sires est obligiés en tout ce que ses procureres fet selonc la vertu de la procuration. » Bouteiller (2) partage l'opinion de Beaumanoir. Charondas la repousse : « Les receveurs et les agents sont les *procuratores ad negotia*. S'ils veulent serrement contracter pour eux et à leur profit, ne doivent prendre ès contrats qu'ils font la qualité de receveurs, car, en prenant icelle qua-

(1) Cout. de Beauvoisis, *loc. cit.*, nos 5-7.

(2) Bouteiller, *Som. rurale*, liv. 2, chap. 67.

lité, ils sembleraient contracter au profit de celuy des biens duquel ils seraient administrateurs ou receveurs (1). »

« A l'inverse, s'ils veulent contracter pour ceux dont ils sont receveurs, ils doivent bien garder de s'obliger en leurs propres et privés noms, parce qu'ils seraient tenus de l'éviction, même après s'être retirés des affaires (2). » C'est la théorie de Charondas qui a prévalu ; elle fût celle de Bourjon, de Despeisses, de Papon, de Pothier enfin ; nulle disposition législative ne la sanctionna dans l'ancien droit, elle est due tout entière et exclusivement à la doctrine et à la jurisprudence ; elle est bien leur œuvre.

C.

DES CAUSES D'EXTINCTION DU MANDAT

Elles sont les mêmes qu'en droit romain ; la mort naturelle ou civile du mandant, la mort naturelle ou civile du mandataire, sa révocation, sa renonciation, mettent fin au mandat. Les règles étant identiques, nous n'avons aucune observation spéciale à présenter. Mentionnons toutefois que le mandat non révoqué avait, suivant certains auteurs, une durée de trente ans, suivant d'autres, une durée d'un an et un jour, enfin, que certaines procurations devaient être renouvelées dans un délai déterminé.

(1) Charondas, *op. cit.*, page 324.

(2) Charondas, *op. cit.*, page 322 ; Bourjon, *op. cit.*, page 461 ; Arrêts du Parlement de Dijon de 1560 et du 2 août 1613 ; Cour des aides de Montpellier, 28 janvier 1672 ; Parlement de Bordeaux, 17 septembre 1531 ; *adde* Papon, livre VI, titre des Procureurs, article 4.

APPENDICE.

Il est une espèce de mandataires, les *procuratores ad litem*, dont nous devons dire quelques mots parce qu'ils revêtent dans notre ancien Droit un caractère vraiment original. Sous les rois de la première et de la deuxième race, les parties étaient obligées de comparaître en personne au Mallum ou Mal (1), et si une circonstance grave les empêchait de se rendre elles-mêmes, elles avaient sans doute la faculté d'envoyer un ami, un parent, qui communiquait les raisons de leur absence et demandait en leur nom un délai ; mais jamais cet ami ou parent n'avait le droit de soutenir leur cause ; plaider par procureur était alors impossible. Une seule dérogation à ce principe avait été admise, la nécessité et l'esprit de justice l'imposaient en faveur « des personnes qui étaient enbesongnées par le commandement du roi ou du comte (2). » L'exception fut étendue sous les rois de la troisième race, et tout défendeur fut admis à répondre par procureur à l'action intentée contre lui : « Cascuns en soi deffendant pot envoier procureurs et pot fère li procurer... » Le demandeur ne jouissait pas d'un droit semblable : « Mais en demandant nus n'est oïs pour procureur (3). » S'il voulait soutenir ses prétentions par mandataire devant la cour du roi, il devait obtenir au préalable des lettres de grâce : « Jadis nul de pays coutumier n'était admis à faire de-

(1) Capit. de 802 ; formules de Marculfe, 21, livre I, coll. 387, de Sermond, 46.

(2) Beaumanoir, *op. cit.*, t. I, p. 75 ; Baluze, t. II, cap. 21, *capit regum francorum.*

(3) Beaumanoir, *op. cit.*, nº 16.

mande par procureur en la cour du roi sans lettres de grâces, si ce n'était pas prélat, communauté d'église ou des villes (1). » La nécessité des lettres de grâces dont étaient dispensés quelques privilégiés, disparut au moins d'après la coutume de Ponthieu (§ 162). La transformation opérée était grande, on le voit, puisque, après avoir interdit au début l'emploi du *procurator ad lites*, on en arrivait à décider qu'il serait possible. Mais la réforme fut plus radicale encore, car, après avoir été défendu, puis licite, le recours au *procurator ad lites* fut déclaré obligatoire.

« Sans les procureurs, les parties ne sont pas aujourd'hui reçues à comparoir en jugement à causes civiles (2). » En matière criminelle, la règle ne fut jamais et ne pouvait être celle-là : « En cas de crime ne pot pus fère procurer. » Toutefois un tempérament fut apporté, les universités poursuivies criminellement, les délinquants qui s'étaient exposés à de simples peines pécuniaires, eurent la faculté de *fère procurères*, comme dit Beaumanoir.

Après avoir ainsi déclaré obligatoire l'emploi des procureurs, il était de toute nécessité de compléter et de rendre utile cette création en la réglementant. Tel fut le but des ordonnances de 1463 et de 1498. Elles fixèrent le nombre de procureurs, exigèrent que chacun d'eux fût âgé d'au moins 25 ans, et tînt un registre où se trouveraient énumérées les causes plaidées et consigné le montant des honoraires reçus. De plus, le procureur devait toujours parler au nom du client ; il n'y avait d'exception que pour le roi et la reine (Ordonnance de Henry II, 30 novembre 1549). Et c'est là ce que signifie seulement l'ancienne maxime, vraie autrefois, inexacte aujourd'hui : *nul ne plaide en France par procureur, hormis le Roi.* Les honoraires furent tarifés, ils étaient prescriptibles par deux ans (art. 53. Ordonnance de 1446.

(1) Loysel, *Inst cout.*, t. II, liv. III, R. 24.
(2) Loyseau, *du Tiers Etat*, chap. VIII, page 51.

Arrêts du parlement de Paris, 28 février 1547, du parlement de Dijon, 1583-1584). Les obligations imposées étaient celles qui incombaient à tout mandataire, agir avec zèle dans l'intérêt du client, et lui restituer les pièces du procès qui lui appartenaient. Cette action en restitution était prescriptible par dix ans (Ordonnance de novembre 1697).

DROIT ACTUEL

Bon nombre de règles du droit romain sont passées dans notre droit actuel, comme elles étaient déjà passées dans notre ancien droit, et, ainsi que nous nous sommes efforcés de le faire dans la précédente partie de notre thèse, nous nous bornerons, lorsque nous les trouverons reproduites dans notre Code, à les rappeler en quelques mots; nous réserverons tous nos développements pour les innovations qu'ont apportées dans cette matière du mandat, les législateurs de 1804.

Nous suivrons encore le même plan : il est identique, sauf quelques différences dans la rédaction des rubriques, à celui qu'ils ont cru devoir adopter.

Nous étudierons donc, après avoir essayé de démontrer la rigoureuse exactitude de la définition qu'ils ont donnée du contrat de mandat, les éléments essentiels à la validité de ce contrat, ses caractères, ses formes. Tel sera l'objet de la première partie.

Dans la deuxième partie, nous nous occuperons des effets du mandat;

Dans la troisième partie, de ses modes d'extinction.

Définition. — L'art. 1983 définit le mandat en ces termes :

« 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. »

Jamais définition n'a été plus vivement attaquée ; parmi les auteurs, les uns la condamnent comme inexacte, d'autres la repoussent comme incomplète, bien peu l'admettent textuellement, et cependant elle ne nous paraît mériter aucun des reproches qui lui ont été adressés.

Est-il vrai qu'elle s'applique, non pas au contrat de mandat, mais à l'acte, à l'*instrumentum* (1), qui constate le pouvoir conféré au mandataire? Le premier paragraphe de notre article pris isolément, sans le rattacher au deuxième, semble, il est vrai, justifier cette critique ; cependant il suffit de les rapprocher l'un de l'autre, de considérer l'art. 1984 dans son ensemble, pour voir combien elle est peu fondée. Les rédacteurs du Code envisagent en effet successivement les deux éléments constitutifs du contrat de mandat et en précisent ainsi les caractères : c'est d'abord la procuration ou l'acte qui contient la volonté de celui qui donne le pouvoir, puis l'acceptation de ce pouvoir par celui-là à qui il est conféré. Avant l'acceptation, il n'y a qu'un acte, c'est l'acceptation qui transforme cet acte, cette procuration en un contrat (2). Tant que l'acceptation n'est pas intervenue, aucune obligation n'existe à la charge du mandataire.

Aussi le mot *pouvoir* qu'on lit dans le premier alinéa nous paraît-il parfaitement juste, et l'on peut s'étonner à bon droit que M. Duranton propose de lui substituer le mot devoir, alors que ce même auteur reconnaît que la procuration n'engendre aucune obligation avant d'avoir été acceptée (3).

(1) Delvincourt, t. III, 2e partie, p. 238; Paul Pont, *Petits contrats*, t. I, n° 798; Aubry et Rau, § 410, note 2.

(2) Cass., 21 juillet 1819.

(3) Duranton, t. 18, nos 189-190; Troplong, *du Mandat*, n° 9.

Pouvoir est le terme exact par rapport à la procuration, M. Duranton le reconnaît lui-même, et par suite seul exact dans la partie de notre article où il figure.

Une troisième critique, celle-ci plus importante à raison surtout de ses conséquences pratiques, a été enfin dirigée contre la définition du Code : « Elle rapetisse à l'excès l'idée qu'on doit se faire d'une procuration quand elle veut que le procureur ou mandataire fasse la chose, non pas seulement pour le mandant, mais encore au nom de ce même mandant (1). » Il suffit donc, d'après M. Troplong, à qui nous empruntons cette citation, que le mandataire agisse pour le mandant, il n'est pas absolument nécessaire qu'il agisse en son nom. En d'autres termes, si le mandat suppose généralement la représentation du mandant par le mandataire, il est des cas assez nombreux où il l'exclue. N'en est-il pas ainsi par exemple, suivant notre droit actuel, dans les contrats de commission et de command ?

Tel n'est pas notre avis, et nous estimons que : « l'idée de mandat entraîne nécessairement avec elle l'idée d'une représentation juridique ; qu'une représentation juridique quelconque ne suffit pas : il faut que le représentant agisse au nom du représenté, et non pas en son propre nom (2) »

En vain nous oppose-t-on que la doctrine romaine était tout autre. Nous n'ignorons pas qu'à Rome le mandataire n'engageait point le mandant envers le tiers, pas plus qu'il n'engageait les tiers envers lui ; mais nous savons aussi que cette théorie, que nous avons qualifiée d'un mot : théorie de la non-représentation, admise par quelques-uns de nos vieux auteurs français, était rejetée par d'autres qui avaient généralisé le principe contraire, introduit exceptionnellement et imparfaitement par les derniers jurisconsultes de l'époque classique. Le Code a définitivement repoussé la théorie de

(1) Troplong, *op. cit.*, nos 8-36.
(2) Paul Pont, *op. cit.*, no 823.

la non-représentation, et l'on est mal venu à ne pas reconnaître qu'il a, sur ce point, abrogé les anciennes règles du droit romain. Il ne s'est pas borné, ainsi qu'on l'a écrit, « à modifier, à élargir la situation du mandataire, » il l'a entièrement transformée. La preuve s'en trouve dans la précision même que l'on attaque.

Pourquoi le législateur aurait-il renoncé à suivre, dans la définition du mandat, son guide habituel : Pothier, si ce n'est pour innover, pour témoigner qu'il répudiait hardiment les anciennes doctrines? Pourquoi surtout ces mots : *et en son nom*, si ce n'est pour lever tous les doutes?

On insiste cependant et l'on soutient que, dans le mandat, la représentation n'a pas toujours lieu : témoin, le contrat de commission. L'argument ne porte pas. Qu'est-ce en effet qu'un commissionnaire? L'art. 94 du Code de commerce, reproduisant les anciens articles 91 et 92, répond à cette question : « Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte du commettant. — Les devoirs et les droits d'un commissionnaire qui agit au nom du commettant sont déterminés par le Code Napoléon, livre III, tit. XIII. »

Il convient donc de distinguer deux sortes de commissionnaires, ceux qui agissent en leur propre nom et ceux qui agissent au nom d'autrui, parce que leur situation juridique n'est pas identique. Sans doute, dans leurs rapports avec le commettant, ils ont les mêmes droits et les mêmes devoirs ; ces droits et ces devoirs sont ceux d'un mandataire vis-à-vis de son mandant, nous ne faisons aucune difficulté de le reconnaître ; mais l'identité cesse, et l'intérêt de la distinction apparaît par suite, lorsqu'on en arrive à envisager les relations à l'égard des tiers. Bien différents sont alors les effets du contrat conclu par un commissionnaire agissant en son propre nom ou par un commissionnaire parlant au nom du commettant. C'est de ce dernier seul qu'il est vrai de dire qu'il est un mandataire ; le Code de commerce lui attribue expressément les mêmes droits, lui impose les mêmes obli-

gations ; il dénie les uns et les autres au commissionnaire contractant en son nom, celui-là il n'entend nullement l'assimiler au mandataire. Puisqu'il faut que le commissionnaire agisse au nom et pour le compte du commettant, pour être traité ainsi qu'un mandataire, que conclure sinon que le caractère distinctif du mandat consiste précisément dans cette nécessité d'agir au nom d'autrui, dans le rôle essentiellement représentatif du mandaire.

On objecte qu'il est une foule de cas où je charge une personne d'acheter une chose en son propre nom et toutefois pour mon compte ; que, dans ces cas, cette personne est liée envers moi à titre de mandataire, que je suis tenu envers elle à titre de mandant, sans qu'il puisse être question dans ces hypothèses de représentation et alors cependant que la convention intervenue est un mandat. — Que les relations qui se sont établies entre cette personne et moi soient celles de mandataire et de mandant, nous ne le contestons pas ; mais les tiers auront-ils une action directe contre moi ? Pourrai-je de mon côté exiger d'eux l'exécution des engagements pris envers celui que nous appellerons mon mandataire ? Tous les résultats juridiques du mandat se réaliseront-ils, tels que le Code les a exposés ? Évidemment non : le contrat intéressera exclusivement les deux contractants ; les tiers ne pourront s'en prévaloir contre moi et je ne pourrai l'invoquer contre eux : eux et moi, nous ne connaissons que la personne à qui j'ai donné ordre d'acheter.

La vérité est que ces sortes de conventions ne constituent pas un mandat, elles sont des contrats innommés, des contrats de commission civile, si l'on préfère, car pour nous le contrat de commission n'a point nécessairement pour objet une opération commerciale, et nous admettons aussi facilement le mandat commercial que la commission civile.

Afin d'établir plus solidement leur thèse et de démontrer que l'idée de mandat ne se lie pas intimement à l'idée de la représentation, nos adversaires invoquent l'exemple du contrat de command. Le contrat de command est celui par

lequel une personne enjoint à une autre — le commandé — de faire acquisition pour elle, mais en ayant soin de taire son nom, d'un immeuble dont la vente est poursuivie selon la procédure de la saisie immobilière. L'exemple est encore mal choisi. Aux termes de l'art. 707 du Code de procédure civile, le commandé qui s'est rendu dernier enchérisseur est tenu « dans les trois jours de l'adjudication, de déclarer l'adjudicataire et de fournir son acceptation, sinon de représenter son pouvoir. » Cette obligation démontre surabondamment qu'il n'agit pas en son nom personnel, et il représente si bien celui pour le compte duquel il s'est rendu acquéreur, que, la déclaration de command effectuée, il sera complètement libéré envers les tiers, pour qui il aura toujours été un étranger, la personne dénommée étant réputée, par suite de l'effet rétroactif de la déclaration de command, avoir été seule adjudicataire *ab initio*.

Un argument de texte nous est enfin opposé : l'art. 1998, exigeant que le mandant exécute les engagements contractés par le mandataire, prouve qu'il est des cas où la représentation peut ne pas exister. Si le mandat suppose nécessairement la représentation, si le mandant ne peut pas ne pas être tenu par les agissements du mandataire, pourquoi le Code parle-t-il de cette obligation? Il est donc des cas où elle ne lui incombe pas? A cette argumentation, notre réponse sera bien simple. L'art. 1998 contraint, il est vrai, le mandant à accomplir les engagements pris par son mandataire. Mais au regard de qui cette obligation lui est-elle imposée? Au regard des tiers; et la décision de l'art. 1998, bien loin d'exclure la nécessité de la représentation, se concilie admirablement avec les dispositions de l'art. 1984, qui l'établit comme le principe fondamental du mandat.

Après avoir ainsi essayé de réfuter les objections formulées contre notre opinion, il faut la justifier par des arguments directs. Pour cela, aux textes formels des articles 1990, 1996, 1998 — que nous devrons étudier au cours de cette thèse et dont nous croyons pour cela inutile de reproduire

maintenant les termes — il suffit d'ajouter ces paroles si décisives du tribun Tarribbe : « Relativement aux tiers, le mandataire ne contracte aucune obligation personnelle, il fait l'affaire de son commettant... il n'est que le simple organe de ce commettant, qui demeure seul obligé envers les tiers... Il n'a été que son image, il n'a fait que le représenter; la foi de la convention lie donc le commettant aussi pleinement que s'il eût assisté en personne à la rédaction du contrat... La personne du mandataire disparaît, comme un échafaudage devenu inutile après la construction de l'édifice (1). » Dans la discussion qui a eu lieu au Conseil d'État, dans les divers rapports présentés, soit au Tribunat, soit au Corps législatif, partout il n'est question, comme dans le Code civil, que du mandataire agissant au nom du mandant, jamais du mandant agissant en son propre nom. Point de distinction analogue à celle que fait le Code de commerce, quand il traite des commissionnaires.

Et qu'on ne parle donc ni des lacunes ni des vices de la définition de l'art. 1984 ! La définition est aussi exacte — nous croyons du moins l'avoir démontré — qu'elle est complète. Supprimer de l'art. 1984 les mots : *Et en son nom*, c'est la dénaturer, c'est la confondre avec celle du louage de services. Combien la méprise serait alors facile : le mandat, ainsi que le contrat de louage, aurait pour objet : *de faire quelque chose;* l'art. 1984 serait la répétition de l'art. 1710 ! On a compris combien cette conclusion répugnait à l'esprit du Code et on s'est efforcé de trouver un caractère spécial à chacun des deux contrats de louage et de mandat, caractère grâce auquel il fût possible de les distinguer l'un de l'autre. On n'a cru pouvoir rien faire de mieux que de transporter dans notre droit civil actuel l'ancienne théorie romaine, en dépit de la condamnation formelle que le législateur avait prononcée contre elle, et on a prétendu que le caractère pro-

(1) Locré, t. XV, p. 218-270; spécialement 250 *passim*.

pre du mandat, celui qui faisait défaut dans le contrat de louage de services, c'était la gratuité.

On a donc donné la définition suivante, qui aurait le mérite d'être d'une correction juridique irréprochable ou tout au moins qui serait plus précise que celle de l'art 1984 : « Le contrat de mandat est un contrat consensuel et imparfaitement synallagmatique, par lequel une personne, appelée mandataire ou procureur, s'oblige gratuitement ou moyennant un honoraire, à gérer et conduire à fin, pour autrui, l'affaire licite qui a été confiée à sa bonne foi et à sa prudence, et de laquelle il doit compte (1). »

Tandis que, suivant nous, le mandat existe à la seule condition que le mandataire ait le pouvoir de faire un acte juridique qui oblige le mandant envers les siens et les tiers envers le mandant, sans s'obliger lui-même, selon la définition de M. Troplong, pour apprécier et déterminer la nature du contrat, il faut s'attacher exclusivement à la gratuité. Le service rendu, l'a-t-il été gratuitement, a-t-il été récompensé par un honoraire? Le contrat est un contrat de mandat, l'honoraire ne fait pas obstacle à la gratuité. Est-ce un prix qui a été payé? Les parties auront entendu se soumettre aux obligations qui dérivent du contrat de louage. L'honoraire et le prix diffèrent comme les professions libérales diffèrent des professions sordides; l'un reconnaît des services inappréciables en argent, l'autre est l'équivalent d'un travail qu'il paie exactement.

Ainsi se trouve reproduite une théorie que nous avons longuement examinée en droit romain, mais qui, vraie à Rome, au moins dans quelques-unes de ses affirmations, nous paraît moins juste sous l'empire de notre législation. Nulle part, en effet, elle n'établit de distinction entre le prix et l'honoraire; nous savons, au contraire, que les jurisconsultes romains les discernaient avec soin; nulle part elle ne

(1) Troplong, *op. cit.*, n° 5.

dresse une liste limitative ni même énonciative des professions libérales. — Cette énumération figure au Digeste.

Ne trouvant donc aucun texte dans le Code pour appuyer leur doctrine, nos adversaires ont été obligés d'aller chercher des arguments, au point de vue philosophique, dans la différence qui sépare les travaux intellectuels des travaux manuels, dans la différence du mobile ; au point de vue historique, dans l'ancien droit français et les textes romains. Nous les suivrons sur le terrain où ils ont placé eux-mêmes la discussion, et hâtons-nous de dire que ni leurs considérations philosophiques ni leurs considérations historiques ne nous semblent décisives.

Ils prétendent que le nom de professions libérales doit être réservé uniquement à celles qui relèvent de l'esprit, à toutes les autres convient la qualification de professions illibérales. Il est assez difficile de préciser cependant une ligne de démarcation entre les œuvres de l'intelligence et les travaux manuels. Où finissent celles-là? Où commencent ceux-ci ? Les travaux les plus simples ne révèlent-ils pas un effort de l'intelligence aussi bien que de la volonté ? Comment le prix — sous cette seule dénomination — ne payerait-il pas également le travail de l'esprit et celui du corps? Pourquoi parler de prix pour l'une, d'honoraire pour l'autre? Prix et honoraire sont « le résultat de la balance entre l'offre et la demande ! (1) » ils ne sauraient jamais être réputés l'équivalent rigoureux du service rendu.

Toute distinction, dans l'état actuel de notre législation, entre l'honoraire et le prix, entre les professions libérales et illibérales, est purement arbitraire. On a entrepris, cependant, de la justifier en s'attachant à une soi-disant différence dans le mobile de ceux qui les exercent. C'est exagérer, sinon méconnaître la vérité des choses, que de dire des uns qu'ils agissent exclusivement en vue d'un lucre à réaliser, des autres qu'ils obéissent aux seuls sentiments d'humanité

(1) Clamegeran, *op. cit.*, n° 297.

et de désintéressement (1) : « Toutes les professions sont susceptibles d'inspirer le dévouement, mais aucune n'a le dévouement pour principe. Elles reposent toutes sur ce sentiment intime de l'homme qui lui dit que toute peine mérite son salaire (2). »

Il faut bien reconnaître toutefois que la thèse philosophique de nos adversaires avait été celle de nos anciens auteurs et aussi des jurisconsultes romains : c'est dire qu'ils insistent avec grande énergie sur ces précédents historiques ; mais la question est de savoir précisément si le Code n'a pas rompu définitivement avec les vieilles doctrines, et les précédents historiques n'ont de valeur aujourd'hui que si le Code a consacré leurs errements. L'a-t-il fait ? On l'affirme et on en trouve la preuve dans son silence : Ce silence équivaudrait à la confirmation pure et simple de la théorie admise jadis. Cette interprétation est erronée, à notre avis. La distinction entre les nobles professions et les travaux sordides répugnait trop à l'esprit égalitaire du législateur de 1804 pour qu'il la sanctionnât, pour qu'il attribuât aux professions libérales le monopole de l'abnégation et du désintéressement ; les travaux préparatoires du Code n'accusent aucune pensée semblable à celle que veulent y lire les partisans de la doctrine contraire à la nôtre ; s'ils parlent de la gratuité, ce n'est point pour dire qu'elle détermine invariablement et fixe la nature du contrat de mandat.

Donc, et en résumé, le Code ne distingue point les professions libérales de celles que nous appellerons les professions industrielles ; il n'établit aucune différence entre le prix et l'honoraire ; il ne porte pas que le contrat, qui, gratuit, serait un mandat, devient un contrat de louage de services par le paiement d'un prix, mais il indique, aussi nettement qu'il est possible, que le caractère particulier au

(1) Troplong, *op. cit.*, n° 175.
(2) Clamageran, *op. cit.*, n° 298

contrat de mandat c'est le pouvoir représentatif qui appartient toujours et nécessairement au mandataire. En conséquence, la définition de l'art. 1984 reste entière sans exiger aucune addition ni aucun changement.

C'est grâce surtout à ce caractère spécial au contrat de mandat — la nécessité de la représentation — qu'il est malaisé, impossible même de confondre le contrat de mandat avec quelques autres contrats, quoiqu'il existe entre eux d'assez grandes analogies.

Le contrat de louage de services a sans doute quelques points de contact avec le mandat, mais il importe cependant de ne point se méprendre, car les différences sont nombreuses et utiles à connaître.

Le louage d'ouvrage est un contrat synallagmatique, le mandat, qu'il soit gratuit ou salarié, est toujours unilatéral : *ab initio*.

Conséquences :

a. L'écrit dressé par les parties pour constater l'existence du contrat de louage devra être fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct; chaque original devra contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits (art. 1325). Aucune formalité pareille n'est exigée pour le contrat de mandat.

b. Tandis que le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, mais en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise (art. 1794), le mandant a le droit de révoquer le mandataire sans que cette révocation permette au mandataire de réclamer le salaire promis.

Autre intérêt de la distinction que nous nous bornons à tracer : les co-mandants sont solidairement responsables à l'égard du mandataire choisi; la solidarité qui pèse sur eux découle de la convention elle-même, aucune clause n'est nécessaire. Au contraire, lorsque le contrat intervenu est un contrat de louage, ceux des contractants qui jouent le rôle

de co-locateurs ne sauraient être réputés solidaires envers le locataire, si une stipulation spéciale et formelle ne leur a imposé la solidarité.

Sans vouloir nous appesantir plus longtemps sur les différences qui existent entre les deux contrats, il apparaît, par le rapide exposé que nous venons d'en faire, qu'il convient de les distinguer, et pour cela, quand une partie se sera obligée à faire quelque chose pour une autre, moyennant un prix ou gratuitement, nous conclurons qu'elle est tenue en qualité de mandataire, si elle a pouvoir de représenter l'autre partie, qu'elle est engagée comme locataire, si ce pouvoir ne lui appartient pas. Mais nous ne nous attacherons jamais à la clause, en vertu de laquelle, en échange du service rendu, elle serait autorisée ou non à réclamer un prix, car ce criterium nous paraît inexact de tous points.

Il est d'autres contrats avec lesquels le mandat a quelque analogie : le dépôt, le cautionnement par exemple ; mais l'un est un contrat réel qui n'oblige point à faire quelque chose, l'autre est un contrat accessoire, c'est dire, par *a contrario*, que le mandat, que nous avons qualifié déjà de contrat unilatéral ou mieux synallagmatique imparfait, est en outre consensuel et principal. Ajoutons que, quoique la gratuité ne soit pas de l'essence du mandat, elle est néanmoins de sa nature, et que, par suite, dans la presque généralité des cas, il joindra aux caractères que nous lui connaissons déjà celui de contrat de bienfaisance.

Développant donc la définition de l'art. 1984, dont du reste nous respecterons fidèlement l'esprit, nous dirons que le contrat de mandat est un contrat synallagmatique imparfait, consensuel, par lequel l'une des parties, capable, donne à l'autre le pouvoir, que celle-ci a accepté, de la représenter à l'effet de faire, en son nom et pour son compte, un acte juridique honnête, licite, possible, auquel elle est intéressée (1).

(1) *Comp*, Aubry et Rau, *op. cit.* § 410, p. 636.

PREMIÈRE PARTIE

Des éléments essentiels à la validité du contrat de mandat. De sa forme.

CHAPITRE I

DE L'OBJET DU MANDAT

Les éléments essentiels du contrat de mandat, tels qu'ils résultent de la définition précédente, sont au nombre de cinq :

L'objet du mandat doit être un acte juridique, possible et licite ;

Le mandant doit être intéressé à l'exécution du mandat ;

Il faut que le mandataire ait pouvoir de représenter le mandant ;

Que le mandant soit capable de s'obliger ;

Que l'accord de volonté se soit formé entre les parties.

Parlons tout d'abord de la première de ces conditions essentielles. C'est l'application des principes du droit commun qui veut que le mandat soit nul, s'il a pour objet un fait illicite (C. f. art. 1108, 1131, 1133 C. civil). Aucune des obligations qui découlent du contrat ne prend alors naissance : le mandataire est sans recours contre le mandant, comme le mandant sans action contre le mandataire ; en un mot, aucun des effets ordinaires du contrat de mandat ne se réalise. Cela est vrai non-seulement quand l'affaire est contraire aux lois d'une façon absolue, mais encore lorsqu'elle est contraire d'une manière relative : c'est-à-dire lorsque,

licite pour toute personne, elle cesse de l'être pour les contractants, à raison de leur qualité propre. Il existe néanmoins entre les deux hypothèses une différence considérable : dans la première, la condition de bonne foi du mandataire ne saurait être mise en cause ; même justifiée par impossible, elle ne lui créerait pas une situation meilleure, il n'a jamais le droit de répéter ses dépenses, de réclamer le salaire promis, de demander une indemnité à raison du préjudice subi par suite de l'exécution du mandat. Dans la deuxième hypothèse, au contraire, la question de bonne foi doit se poser ; si nous supposons par exemple qu'un tuteur ait donné mandat d'acheter les biens de son pupille pour son compte, contrairement à la prohibition des art. 450 et 1596 C. civil, nous accorderons un recours au mandataire qui se sera conformé aux ordres du mandant, ignorant sa qualité de tuteur, et par voie de conséquence, le caractère illicite du mandat. Mais, raisonnant dans l'hypothèse où le mandant aurait donné l'ordre au mandataire d'introduire des marchandises par contrebande (1), de se livrer pour son compte à la traite des noirs (2), de servir d'intermédiaire pour des opérations de bourse prohibées (3), nous formulerons une conclusion plus énergique et plus absolue : le mandant n'est pas reçu à demander compte au mandataire, le mandataire n'est pas reçu en justice à se faire indemniser par le mandant (4).

L'objet du mandat doit donc être licite et honnête : nul doute qu'il ne doive s'agir en outre d'une affaire future. Nous ne trouvons, sur ce point, dans le Code que la consécration des principes posés par la loi romaine et suffisam-

(1) Turin, 12 décembre 1807.

(2) Cass., 7 novembre 1832.

(3) Cass., 26 fév. 1845 ; Colmar, 15 juillet 1863 ; Limoges, 12 décembre 1868.

(4) Troplong, *op. cit.*, n° 21 ; Duranton, t. 18, n° 194.

ment développés quand nous l'avons étudiée. Les espèces varient à l'infini, mais les solutions et les motifs qui justifient ces solutions étant les mêmes, nous croyons superflu d'insister, d'autant plus qu'aucune difficulté sérieuse ne saurait s'élever.

Comme en droit romain aussi, l'objet du mandat doit être un acte juridique, la définition de l'article 1984 exige cette condition, puisqu'elle parle de représentation et que la représentation ne se conçoit pas en dehors des actes juridiques. En principe tous les actes juridiques peuvent faire l'objet d'un contrat de mandat; cependant il est des exceptions qui dérivent soit de la nature de ces actes, soit d'une prohibition formelle du législateur. A titre d'exemples, nous pouvons citer la prestation de serment (art. 121, C. de pr. civ.), la comparution devant le président du tribunal civil imposée aux époux qui veulent obtenir la séparation de corps (art. 877, C. de pr. civ.). Les parties doivent elles-mêmes prêter serment ou comparaître : les prescriptions du Code de procédure ne permettent aucun doute à cet égard.

C'est au droit romain enfin que notre législation a emprunté cette autre condition essentielle : le fait doit être possible, c'est-à-dire d'une nature telle qu'il puisse également être accompli par le mandant (1) et par le mandataire. Ainsi il est incontestable que l'avoué qui, aux termes de l'article 711 du Code de procédure civile, ne saurait enchérir pour le saisi à peine de nullité de l'adjudication ou de la surenchère, et de dommages-intérêts, ne pourrait davantage se rendre adjudicataire pour une personne, mandataire de ce saisi.

Autre exemple d'impossibilité juridique : le mandataire déjà chargé de vendre des biens ne peut se rendre acquéreur de ces biens (art. 1596, § 2) directement; il ne le peut non

(1) Troplong, *op. cit.*, n° 33; du Louage, 834, en sens contraire.

plus en ayant recours à un intermédiaire ; dans un cas comme dans l'autre, son intérêt d'acquéreur serait contraire à son devoir de mandataire, et ce motif, qui justifie les dispositions de l'article 1596, conserve la même valeur dans les deux hypothèses.

Nous déciderons au contraire que le mandat, donné par Pierre à Paul de vendre en son nom et pour son compte certains objets lui appartenant, et le mandat donné à Paul par Guillaume d'acheter en son nom et pour lui ces mêmes objets, doivent sortir à effet l'un et l'autre (1) ; la raison en est qu'une double opération juridique interviendra, à laquelle Paul restera complétement étranger, les relations s'établiront directes entre Pierre, le vendeur, et Guillaume, l'acquéreur ; à l'égard de tous deux, Paul jouera le rôle d'un *nudus minister;* simple mandataire, il n'aura aucun intérêt à exiger ou à consentir de meilleures conditions ; il n'est point à craindre, comme dans l'hypothèse prévue dans l'article 1596, qu'il se laisse guider par une pensée de spéculation ; l'impossibilité juridique disparaît avec la raison qui lui servait de base, et partant le mandat de Pierre et le mandat de Guillaume sont à l'abri de toute attaque : la loi a voulu que le mandataire n'eût point le droit d'acheter les biens qu'il avait mission d'aliéner ; mais elle s'est bornée et devait se borner à lui interdire toute acquisition pour son compte. Hors de cette hypothèse, la prohibition n'a plus sa raison d'être.

(1) Cass., 11 août 1860 ; Duranton, *op cit.*, n° 207.

CHAPITRE II

DE L'INTÉRÊT

Le mandat peut être donné dans l'intérêt exclusif du mandant : il est, sans contestation aucune, parfaitement valable ; dans l'intérêt du mandant et d'un tiers, même solution ; dans l'intérêt du mandataire et du mandant, pas la moindre difficulté non plus.

Que décider s'il a été donné dans l'intérêt exclusif d'un tiers? Il sera inefficace, puisque le mandant ne saurait en poursuivre l'exécution (1). Mais, et c'est avec cette précision qu'il est vrai de dire que le mandat dans l'intérêt d'un tiers est valable si l'on suppose une gestion d'affaires antérieurement entreprise par le mandant, comme le mandant est tenu vis-à-vis du tiers dont il administre les affaires par l'action *negotiorum gestorum*, dans le cas où son mandataire manque à ses engagements il a un intérêt réel à ce que le contrat soit rigoureusement observé ; ayant un intérêt, il a une action ; et, par voie de conséquence, le mandat par lui conféré réunit les conditions essentielles à sa validité. Mais est-ce là un mandat dans l'intérêt d'un tiers? N'est-il pas, avec plus de vérité, donné dans l'intérêt du mandant, qui, par lui, se libère vis-à-vis du tiers des obligations qu'il avait contractées en qualité de gérant d'affaires? Cette hypothèse et toutes autres analogues, ne sont pas une dérogation à la règle posée : que le mandat doit nécessairement être fait dans l'intérêt, au moins indirect, du mandant ; elles en sont la confirmation évidente (2), car elles ne sau-

(1) Aubry et Rau, § 410, n° 5.
(2) Duranton, *op. cit.*, n° 201.

raient être réputées des hypothèses de mandat intervenu dans l'intérêt d'un tiers.

Le cas le plus rare, assurément, c'est le cas où le mandant n'a envisagé que l'intérêt de ses mandataires : point de mandat possible dans ce cas. Le mandant n'a donné qu'un conseil, qu'une recommandation. Aucune obligation n'incombe à la charge du mandant ni du mandataire (1). Celui qui a suivi le conseil ou la recommandation n'est pas recevable à demander une indemnité à raison de leurs conséquences fâcheuses ; il était libre de ne pas s'y conformer ; il ne doit s'en prendre qu'à lui-même. Cependant il est équitable d'apporter un tempérament à cette doctrine sévère et d'accorder un recours utile à celui que nous appellerons improprement le mandataire, si le conseil est empreint de dol, de fraude ou de mauvaise foi (2). Aussi tandis que la jurisprudence unanime admet que l'avocat n'encourt aucune responsabilité à raison des conseils par lui donnés à ses clients, s'il n'a pas agi avec fraude ou dol (3), que l'avoué qui a conseillé consciencieusement un procès ne peut être responsable de sa perte (4), elle ne fait aucune difficulté de reconnaître que l'avoué qui, dans un but de chicane et de mauvaise foi, dans un intérêt personnel, engage une partie dans des poursuites frustratoires, est responsable et peut encourir des dommages-intérêts (5).

C'est dans ces limites qu'il faut savoir se renfermer : aller au-delà, dans un sens comme dans l'autre, c'est fausser l'esprit de la loi pour aggraver ou diminuer arbitrairement et outre mesure le principe de la responsabilité civile qui doit être sagement appliqué.

(1) *Contra*, Paris, 17 novembre 1834.

(2) Paris, 1 mai 1807 ; Troplong, nos 15, 16 ; Duranton, *op. cit.*, Lo 202 ; Aubry et Rau, § 410, note 9.

(3) Cass., 22 déc. 1840 ; Bruxelles, 7 avril 1857.

(4) Paris, 27 mars 1843.

(5) Paris, 1 août 1820 ; Cass., 22 mai 1832 ; 25 février 1834.

Remarquons que, dans toutes les espèces où celui qui donne un conseil a été déclaré responsable, il lui a été fait application des articles 1382-1383 Cod. civ., jamais des règles qui régissent le mandat, c'est qu'il est contraire à la nature des choses de l'assimiler à un mandataire. La tendance de la jurisprudence est cependant, et surtout en ce qui concerne les notaires et les officiers ministériels, d'augmenter les obligations de ceux qui donnent des conseils (1) ; il y a, dans quelques-unes des décisions jurisprudentielles, comme un souvenir, sinon une exagération de cette règle du droit romain, que le conseil émanant d'un homme qui fait profession de donner des avis sur une matière spéciale, est pour lui une source de responsabilité. Cette règle est-elle aussi rigoureuse aujourd'hui ?

CHAPITRE III.

DE LA NÉCESSITÉ DE LA REPRÉSENTATION.

Dans l'examen de la définition de l'article 1984, nous nous sommes suffisamment expliqué sur cet élément essentiel à la validité du mandat, pour n'avoir pas besoin d'y revenir.

CHAPITRE IV.

DE LA CAPACITÉ.

La quatrième condition essentielle pour que le contrat de mandat puisse se former, c'est que le mandant ait la capa-

(1) Paul Pont, *op. cit.*, nº 835.

cité suffisante pour s'obliger. Cette capacité est déterminée par les règles générales sur la capacité de contracter ; la preuve en est que l'article 1990 se réfère exclusivement à la capacité requise pour recevoir un mandat : « Les femmes et les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires ; mais 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 accepte le mandat sans autorisation de son mari, que d'après les règles établies au titre du contrat de mariage et des devoirs respectifs des époux. »

De la capacité nécessaire pour donner un mandat, pas un mot, et, si les rédacteurs du Code ont jugé inutile de s'exprimer sur ce point, c'est qu'ils ont voulu ne point déroger au droit commun : « Il est évident que celui-là seul qui a la capacité de traiter une affaire peut en confier l'exécution à un autre ; le pouvoir donné par le mandat est nécessairement circonscrit dans celui qu'aurait le commettant lui-même, s'il traitait ou agissait en personne (1). » Ces paroles du tribun Tarrible n'indiquent-elles pas nettement que le mandant doit être capable de contracter, que les articles 1123, 1124, 1125 C. civ. doivent recevoir leur application dans notre matière, que ni les mineurs, ni les interdits, ni les femmes mariées non autorisées ne peuvent donner mandat ? Pour juger de la capacité du mandant, il faut se placer au jour de la procuration et non au jour de l'exécution des actes par le mandataire (2).

Le mandat donné par un incapable est nul, car le mandataire ne peut avoir plus de droits que son mandant ; mais la nullité n'en est que relative, et seul l'incapable a la faculté de s'en prévaloir. Il importe de remarquer cependant que le mandant qui, quoique incapable, aurait retiré un bénéfice

(1) Locré, t. XV, p. 247.
(2) Cass., 2 nivôse an V.

réel de l'exécution du mandat, serait tenu jusqu'à concurrence de l'enrichissement à lui procuré.

Remarquons aussi que l'incapacité ne s'oppose à la validité du mandat que si l'acte, objet du mandat, est du nombre de ceux que ne pourrait accomplir lui-même le mandant. Si l'incapacité du mandant n'est pas pleine et entière (mineur émancipé, femme mariée), le mandat sera valable quant aux actes dont l'exécution directe lui sera permise. Le mineur peut faire tous actes qui ne sont que de pure administration (art. 481), l'interdit pourvu d'un conseil judiciaire tous ceux qui ne lui ont pas été défendus par le jugement qui a prononcé son interdiction (art. 513) ; la femme séparée de biens (art. 1449, 1536), en vertu soit d'un jugement, soit de l'adoption du régime matrimonial de la séparation de biens, conserve la libre administration de ses biens; la femme mariée sous tout autre régime a l'administration de ses biens paraphernaux (art. 1576). A l'exception de ces hypothèses et de celles qu'ont prévues les articles 220 (femme mariée marchande publique) et 487 (mineur émancipé commerçant), l'incapacité des personnes énumérées dans l'article 1123 est complète ; elles ne sauraient donc conférer un mandat que dans les cas exceptionnels que nous venons d'énumérer: ainsi qu'elles auraient pu s'obliger en agissant par elles-mêmes, ainsi le peuvent-elles par intermédiaire.

L'acte, objet du mandat, doit-il être rangé au nombre de ceux que la loi leur défend expressément d'exécuter, point de mandat possible : Est donc nul, pour défaut de capacité de la mandante, le pouvoir illimité donné par la femme à son mari (1) d'emprunter et pour des causes non déterminées. L'accomplissement de ce mandat nul n'impose au mandant incapable aucune obligation ni vis-à-vis du mandataire (qui, lui, supportera sans recours les dépenses effectuées), ni vis-à-vis des tiers (2). Ni le mandataire ni les tiers ne seront

(1) Amiens, 1 mars 1839.
(2) Cass., 14 janvier 1862.

admis à invoquer leur bonne foi, ainsi qu'ils peuvent le faire lorsqu'ils ont agi après la révocation, l'extinction du mandat qu'ils ignoraient. C'est que les deux hypothèses sont différentes, puisque dans l'une il est question d'un mandat nul dès le début, dans l'autre d'un mandat valable *ab initio*.

Le mandant doit être capable, cela est certain. En est-il de même du mandataire? Le mandataire n'agissant pas en son propre nom, n'étant que l'instrument du mandant, au nom duquel il contracte, il n'est pas nécessaire qu'il ait une capacité propre. Telle est la conclusion qui se dégage de la lecture de l'article 1990. En décidant que le mineur émancipé et la femme mariée peuvent être mandataires, cet article dit par cela même que les incapables (il cite à titre d'exemples, il est vrai, le mineur émancipé et la femme, mais son énumération n'est point limitative) peuvent tous être mandataires. Et pourquoi n'exige-t-il pas la capacité ordinaire du mandataire aussi bien que du mandant? La raison en a été donnée dans le rapport présenté au Tribunat : « 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... Le commettant ne peut être soumis dans le choix de son mandataire à d'autres règles que celles de sa confiance. Il est absolument indifférent à la tierce personne avec laquelle on doit traiter que le mandataire ait ou n'ait pas la capacité de contracter... que le mandat ait été donné à un mineur ou à un majeur, à un homme jouissant de la plénitude de ses droits civils... L'état du mandataire, la faculté plus ou moins resserrée qu'il peut avoir de contracter sont donc sans objet dans son intérêt personnel et dans celui de la personne avec laquelle il a traité ; quant au commettant, la loi ne doit pas s'en occuper, puisque son choix a été l'effet absolument libre de sa volonté (1). »

(1) Locré, t. XV, p. 249.

C'est par cet ensemble de considérations que se justifie l'opinion (combattue par M. de Fréminville (1), d'après laquelle les mineurs non émancipés aussi bien que les interdits peuvent être choisis comme mandataires, puisque, dans les rapports du tiers et du mandant, la capacité du mandataire n'est point à considérer : qu'importe que ce mandataire soit un mineur émancipé ou un interdit, une femme mariée ou un mineur non émancipé. Les effets du contrat ne différeront nullement, ils se réaliseront entre le mandant et les tiers, conformément aux mêmes règles. L'art. 1990 n'est point et ne peut être réputé exclusif : dans cet article « le législateur paraît avoir été préoccupé de la crainte qu'on n'envisageât comme un simple acte d'administration l'acceptation d'un mandat qui aurait pour objet un acte de cette nature, et qu'ainsi on ne considérât comme valablement obligés, par suite de cette acceptation, et le mineur émancipé et la femme mariée qui se serait réservé l'administration de ses biens (2). »

Nous n'avons envisagé la capacité du mandataire jusqu'ici que relativement aux tiers ; nous avons dit que ces tiers avaient deux seuls points à examiner, savoir : si le mandant était capable de s'obliger et si le mandataire agissait dans les limites de son mandat. Jamais ils n'ont à se préoccuper de la capacité du mandataire. Cette question, qu'ils n'ont pas à se poser, est importante au contraire dans les rapports du mandataire et du mandant ; car s'il est vrai de dire, qu'au regard des tiers, le mandataire incapable est pleinement assimilé au mandataire capable, vis-à-vis du mandant il n'en est pas ainsi. Aussi, après avoir formulé en termes absolus le principe que les femmes et les mineurs peuvent être choisis pour mandataires, le législateur a-t-il

(1) Fréminville, *de la Minorité*, t. II, n° 941 *ter*.

(2) Aubry et Rau, § 411, note 10; Rennes, 27 août 1819; Rouen, 27 février 1855.

fait immédiatement une précision fort juste en disposant que l'action du mandant contre le mandataire incapable, qu'il a lui-même choisi, est soumise aux règles générales concernant les obligations des mineurs et des femmes. Le meilleur commentaire de cette disposition finale de l'art. 1990 se trouve dans le rapport du tribun Tarrible : « Si le commettant a fixé son choix sur un mineur, sur une femme mariée ou sur toute autre personne qui n'avait pas la libre faculté de s'engager (ces termes prouvent encore bien que l'art. 1990 est purement énonciatif), il n'aura de reproches à faire qu'à sa propre imprudence, et les obligations qui sont à la charge du mandataire demeureront soumises à la nullité ou à la restitution, inséparables des engagements contractés par les personnes de cette classe. » La pensée du législateur apparaît nettement : le mandat conféré à un mandataire incapable a la même valeur, au regard des tiers, que s'il avait été confié à un mandataire capable ; mais, entre le mandant et le mandataire, le mandat ne crée point des relations identiques suivant qu'il a été donné à un mandataire incapable ou un mandataire capable. Ce dernier est soumis à des obligations — nous les étudierons dans la prochaine partie de notre thèse — dont n'est jamais tenu le mandataire incapable ; à lui, le mandant ne peut demander compte ni d'une mauvaise gestion, ni d'une inexécution totale ou partielle, ni de la non-reddition des comptes, sans s'exposer à l'action en nullité qui, aux termes des articles 1125 et 1304, compète à l'incapable.

Il ne pourra recourir contre lui que par l'action *de in rem verso* ou à raison de détournements commis à son préjudice et constitutifs du délit d'abus de confiance prévu et puni par l'art. 408 du C. pénal. Toutes autres demandes, basées sur toutes autres causes, sont irrecevables ; il ne doit accuser que lui-même si le mandataire n'a pas mené à bonne fin l'opération juridique dont il a été chargé ; il a été imprudent en faisant un mauvais choix, il doit subir les conséquences

de sa trop grande confiance ; le législateur ne lui doit aucune protection.

CHAPITRE V

DU CONSENTEMENT

Ainsi que dans tous les contrats, le consentement des parties est nécessaire, et si le consentement n'existe pas, le mandat ne peut se former ; existe-t-il, mais entaché de dol, de fraude, d'erreur ou de violence : le contrat est annulable conformément aux règles ordinaires et aux articles 1110, 1111, 1112, 1113, 1116, 1117 C. civ. qui les consacrent.

CHAPITRE VI

DES FORMES DU CONTRAT DE MANDAT

Ce chapitre nous arrêtera plus longtemps, il sera le commentaire de l'art. 1985, dont voici le texte : « Le mandat peut être donné ou par acte public, ou par écrit sous-seing privé, même par lettre. Il peut aussi être donné verbalement, mais la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément au titre des contrats et des obligations conventionnelles en général. — L'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulte de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire. »

L'article 1985 envisage deux questions : la question de forme proprement dite et la question de la preuve du mandat. Comme le Code, nous examinerons d'abord la pre-

mière. Nous nous demanderons par suite (*a*) quelles doivent être les formes du contrat de mandat, pris dans son ensemble (*b*), puis quelles sont les formes de la procuration (*c*), enfin quelles sont les formes de l'acceptation (1).

a. Le contrat de mandat se forme par le concours des deux volontés du mandant et du mandataire; il n'est assujetti à aucune formalité essentielle, aucune expression sacramentelle n'est exigée des parties. Il peut être donné par écrit, verbalement même (2), contrairement au projet primitif du Code.

Le Code admet-il, reconnaît-il le mandat tacite? La négative compte quelques partisans (3).

Suivant eux, le texte de l'article 1985 est formel, il dit que le mandat peut être donné par écrit, même par lettre et verbalement, il n'autorise point d'autre forme et il entend si bien exclure le mandat tacite, que, parlant dans le deuxième paragraphe de la forme de l'acceptation, il prend soin de s'expliquer et de préciser qu'elle pourra n'être que tacite. L'opposition entre les deux alinéas de l'article 1985 est concluante. En autorisant l'acceptation tacite, le législateur exige, par un argument *a contrario* irrésistible, que le mandat soit exprès; l'énumération du premier paragraphe est donc limitative, et la forme du mandat astreinte à une manifestation extérieure.

Le premier argument de cette doctrine ne nous parrait pas exact, et nous ne faisons aucune difficulté d'admettre la validité du mandat tacite. C'est, on l'a vu, en comparant les termes du deuxième alinéa à ceux du premier, et en argumentant par *a contrario* que l'on a essayé de justifier la solution contraire à la nôtre. Ce mode d'argu-

(1) Paul Pont, *op. cit.*, n° 842.

(2) La législation des Iles Ioniennes ne reconnait pas la validité d'un mandat verbal.

(3) Toullier, t. XI, n° 25; Proudhon, *Usufruit*, t. III, n° 1347; Taulier, t. VI, p. 514.

mentation est, plus que dans toutes les autres questions, défectueux ici, puisqu'il ne tend à rien moins qu'à renverser les principes les plus certains, qu'ont, dans une foule d'articles, consacrés les rédacteurs du Code : pour eux, dès que le consentement est incontestable, dès qu'il s'est manifesté d'une manière évidente, sans que l'on ait à rechercher comment il s'est manifesté, cela suffit pour assurer pleine validité au contrat. Cette théorie est affirmée notamment dans les articles 1738, 1759, relatifs à la tacite reconduction ; dans l'article 1922, où il est dit que « le dépôt volontaire ne peut être régulièrement fait que par le propriétaire de la chose déposée, ou de son consentement exprès ou tacite, » dans l'article 1998 et surtout dans l'article 1578, où le défaut d'opposition de la femme est réputé équivaloir à un mandat par elle donné à son mari, d'administrer ses biens paraphernaux. A ces exemples, joignons celui de l'article 556 du Code de procédure civile.

Que conclure de cet ensemble de dispositions? Que le consentement tacite, sauf précision contraire que le Code fait toujours, a la même valeur pour la formation du contrat que le consentement exprès. Et l'article 1985 n'a pas dérogé à cette règle constante. Il parle, il est vrai, de la possibilité de donner mandat par écrit ou verbalement, alors qu'il dit de l'acceptation qu'elle peut être tacite ; mais il suffit de se reporter aux travaux préparatoires pour s'expliquer aisément la lacune — si lacune il y a — commise dans la rédaction du premier paragraphe. Le projet du Code voulait que le mandat fût toujours donné par écrit, ainsi que l'exigent, paraît-il, quelques législations étrangères actuellement. Le Tribunat n'accepta pas cette disposition et entendit soumettre le mandat à l'application du droit commun : nulle raison ne lui paraissant justifier une dérogation à la règle d'après laquelle l'écriture n'est nécessaire, au point de vue de la preuve, que pour les sommes excédant 150 francs (art. 1341). De là le mot mandat verbal, par opposition au mandat écrit, et la précision faite en ce qui touche la preuve.

Du mandat tacite, pas un mot, pourquoi le mentionner? « Le droit commun comble la lacune, et l'admission du mandat purement verbal entraîne nécessairement l'admission du mandat qui ressort des faits (1). » Il est une raison topique, enfin, et qui suffirait à condamner la thèse contraire : si la manifestation du consentement était soumise à la formalité essentielle de la parole et de l'écriture, le mandat cesserait d'être un contrat consensuel, il perdrait ce caractère que, à n'en point douter, les rédacteurs du Code ont nettement voulu lui attribuer : « Le mandat n'est assujetti à aucune forme particulière qui soit essentielle à sa validité, dit le tribun Bertrand de Greuille, exprimant la même pensée que son collègue Tarrible, qui avait déjà écrit dans son rapport : « Le consentement réciproque est le principe essentiel de ce contrat; il est de la nature des contrats consensuels que le consentement puisse être donné dans toute forme propre à le manifester. » Bien loin d'exclure comme insuffisant un mode quelconque de manifestation du consentement, le législateur les a tous admis. Concluons donc que le mandat tacite est reconnu par le Code. Telle est aussi la solution à laquelle s'est arrêtée définitivement une nombreuse jurisprudence. Elle a dédaigné et l'argument tiré de l'opposition des deux paragraphes de l'article 1985, et l'interprétation de l'article 1372, mise en avant dans le but de justifier la théorie de MM. Toullier et Proudhon. Examinons, en deux mots, la portée de cette autre objection : L'article 1372 déclare que le quasi-contrat de gestion d'affaires résulte des agissements volontaires du gérant, soit que le propriétaire connaisse sa gestion, soit qu'il l'ignore. Le Code repousse si bien l'idée du mandat tacite, qu'il en fait un des cas de gestion d'affaires : le mandat tacite ne peut se concevoir, en effet, dit-on, que dans l'une des hypothèses prévues par l'article 1372, celle où le propriétaire, connaissant la gestion, ne fait rien pour

(1) Troplong, *op. cit.*, nº 124.

l'entraver. Tel est l'argument tiré de l'article 1372, et qui, avec celui que l'on déduit de la rédaction de l'article 1985, suffirait à condamner notre opinion. Le mandat tacite est proscrit du Code par l'article 1985, dit-on, et transformé par l'article 1372 en quasi-contrat de gestion d'affaires. Nous nous sommes suffisamment expliqué sur le premier point, expliquons-nous sur le deuxième : L'interprétation que l'on donne de l'article 1372 ne nous semble pas exacte, elle est trop littérale ; les mots *soit qu'il la connaisse*, sur lesquels on s'appuie, n'ont pas la portée restreinte qu'on leur attribue, ils signifient que le quasi-contrat de gestion d'affaires existe lorsque le maître, connaissant la gestion, n'a point voulu s'y opposer. C'est la volonté, distincte de la pure tolérance, qui sépare le quasi-contrat de gestion d'affaires du mandat tacite. Nous aurons d'ailleurs l'occasion d'insister davantage sur le sens de l'article 1372, en étudiant bientôt une autre controverse, à laquelle il a donné naissance.

Bornons-nous en ce moment à constater que la jurisprudence est fixée dans notre sens et qu'elle admet la validité du mandat tacite. Le cédant qui produit dans un ordre pour le cessionnaire, est réputé le mandataire tacite de ce dernier (1) ; la femme mariée est, en général, à considérer comme ayant mandat tacite du mari pour les dépenses du ménage (2) ; elle peut même, selon les circonstances, et lorsqu'elle est dans l'habitude de faire les affaires de son mari, être regardée comme ayant mandat tacite pour acheter les marchandises nécessaires à la profession ou commerce de ce dernier, et même pour accepter les traites fournies sur lui (3) ; la remise des pièces à un officier ministériel le constitue mandataire tacite (4) ; l'héritier qui a administré toutes

(1) Poitiers, 17 août 1854.
(2) Cass., 2 avril 1822 ; 25 janvier 1821.
(3) Cass., 14 janv. 1826 ; Douai, 21 nov. 1849 ; Aix, 10 déc. 1864.
(4) Cass., 3 août 1840.

les affaires de la succession, délivré des quittances des prix de ventes, par lui consenties, au vu et su de ses cohéritiers, peut en être réputé le mandataire tacite (1); telles sont — rapportées en petit nombre — quelques-unes des décisions intervenues; elles sont formelles, et toutes conformes à notre doctrine.

Mais ne faut-il pas voir un abandon de cette jurisprudence constante dans les arrêts qui décident que les domestiques ne sauraient être réputés mandataires tacites de leurs maîtres, à l'effet d'acheter à crédit les provisions du ménage (2). Remarquons la précision faite surtout par deux de ces arrêtés (28 avril 1838, 8 août 1872) : Les domestiques ne sont pas mandataires tacites lorsqu'ils achètent à crédit; ils peuvent être et doivent être qualifiés ainsi quand ils achètent au comptant (le marchand qui, sans avertir le maître, a fait des fournitures à crédit à une domestique pour une somme considérable, est coupable d'une imprudence et ne peut dès lors, s'il est révélé qu'il y a eu détournement par cette domestique des sommes qu'elles recevait pour ces achats quotidiens, prétendre faire retomber la perte à la charge du maître). Par ces diverses précisions, les arrêts cités se rattachent à notre théorie; ils interprètent sainement l'étendue du mandat tacite donné aux domestiques; ils ne contestent pas l'existence de ce mandat, ils le limitent (3).

Une autre question se pose, celle-ci encore très controversée; la possibilité du mandat tacite étant démontrée, quand y aura-t-il mandat tacite? Faut-il voir, comme en droit romain, un mandat tacite dans le fait de celui qui laisse gérer ses affaires par un tiers sans s'y opposer? M. Troplong (4) soutient l'affirmative; mais nous croyons cette solution erro-

(1) Cass., 3 nov. 1813.

(2) Cass., 22 janv. 1813; Paris, 13 nov. 1828; Paris, 28 avril 1838; Paris, 8 août 1872.

(3) Aubry et Rau, § 411, n° 1; Paul Pont, *op. cit.*, n° 846.

(4) Troplong, n°s 118 et suiv.

née de tous points. A l'appui de sa thèse, qui a pour conséquence de faire revivre dans notre droit actuel la maxime romaine : *semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur*, M. Troplong donne de ces mots contenus dans l'article 1372 : *soit que le maître connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore*, une interprétation particulière. Suivant lui, l'hypothèse prévue par le texte est celle où le maître de l'affaire, ignorant tout d'abord la gestion, n'en a connaissance qu'après coup. C'est là le cas de gestion d'affaires, tel que le prévoit l'article 1372 ; mais si le maître connaît dès le début la gestion et ne s'y oppose pas, l'hypothèse est non plus une hypothèse de gestion d'affaires, mais de mandat tacite. A l'en croire, cette théorie est celle des jurisconsultes romains. Les textes du Digeste, par lui invoqués, sont nombreux, nous ne devons ni les énumérer ni les discuter, puisque nous avons donné leur véritable signification dans la partie consacrée au droit romain de cette thèse ; qu'il nous suffise de dire qu'ils sont étrangers à la question débattue et ne fournissent aucun argument à la cause développée par M. Troplong. Nous ne doutons pas que l'interprétation donnée par M. Troplong, de l'art. 1372, ne soit arbitraire, qu'aucune précision dans le texte ou dans les travaux préparatoires du Code ne l'autorise ; mais en supposant même qu'elle soit exacte, il est impossible de ne pas reconnaître que l'art. 1372 renferme une innovation législative ; il convient de l'accepter en son entier et de n'en point restreindre l'application. L'article 1372 ne distingue pas entre « les actes consommés avant que le maître n'ait eu connaissance de la gestion et ceux que le gérant n'aurait accomplis que depuis cette connaissance acquise. » Que les premiers fussent constitutifs du quasi-contrat de gestion d'affaires, que les seconds, par application de la règle : *Patientia inducit mandatum*, fussent constitutifs du mandat tacite, cela est certain en droit romain, mais cela n'est point vrai en droit français. L'article 1372 signifie que « le silence du maître ne suffit pas pour emporter mandat, » et cela dans tous les cas : le mandat, tacite ou non, exige plus que le

silence, il exige la manifestation d'une volonté positive du mandant (1).

Résumons en quelques lignes les deux controverses : *le mandat tacite est reconnu par notre Code*, l'art. 1372 ne fait pas obstacle à cette doctrine parce que la volonté de laisser gérer l'affaire, volonté qui fait défaut chez le maître, existe certaine et incontestable chez le mandant ; l'argument *a contrario*, tiré de la comparaison des deux paragraphes de l'art. 1985, n'est pas non plus concluant à l'encontre de cette même doctrine, parce qu'il contiendrait une dérogation complète à toutes les règles du droit commun et qu'un simple argument *a contrario* ne saurait entraîner d'aussi graves conséquences, alors surtout que bon nombre d'articles protestent contre les conclusions auxquelles il faudrait s'arrêter, si on l'admettait.

Il faut considérer comme constitutifs d'un quasi-contrat de gestion d'affaires, et non d'un contrat de mandat, les faits accomplis au vu et su du maître qui ne s'oppose pas à leur accomplissement. Il ne saurait être question de mandat tacite, parce que cette hypothèse est spécialement prévue par l'art. 1372. Sans doute, en droit romain la solution était différente, mais les textes formels du droit romain ne sont pas reproduits dans notre Code civil ; bien au contraire, on y lit la condamnation catégorique de la théorie exposée dans ces textes. Quant à restreindre la portée de l'art. 1372, il n'y faut pas songer, rien n'autorise une interprétation restrictive, qui serait arbitraire.

Ces deux questions offrent un intérêt pratique très grand, car, selon que l'on attribuera le caractère de gestion d'affaires ou de mandat, à l'acte ou à la série d'actes accomplis, on arrivera à des résultats juridiques bien différents. Sans vouloir insister sur ces différences, qui distinguent le quasi-contrat du contrat, nous devons dire toutefois que le gérant

(1) Aubry et Rau, § 411, note 2.

d'affaires n'aura de recours que pour ses dépenses utiles ou nécessaires; et encore si l'affaire a été bien administrée (art. 1575); le mandataire a droit au remboursement de toutes les impenses pourvu qu'elles aient été faites de bonne foi et sans que l'on doive rechercher si l'affaire a ou n'a pas réussi (art. 1999). Deuxième différence : la mort du maître ne met pas fin à la gestion, le gérant doit la continuer jusqu'à ce que l'héritier du maître en puisse prendre lui-même la direction (art. 1373); la mort du mandant fait cesser le contrat de mandat, et ce n'est que dans le cas de péril en la demeure, de danger imminent que le mandataire doit poursuivre ses agissements (art. 2003).

Ce simple aperçu suffit pour faire comprendre que l'intérêt de la question est grave et n'est pas purement théorique, ainsi que l'a écrit M. Toullier; aussi lui avons-nous consacré quelques développements et nous sommes-nous efforcé de démontrer que le mandat tacite existait dans le Code, qu'il résultait, « soit de la situation respective des parties, soit de faits précis ou de circonstances impliquant nettement l'idée que celui qui agit au nom d'une autre personne avait le pouvoir d'agir ainsi (1). »

Pour être complet, terminons en observant que le mandat peut être conféré sous condition ou à terme.

b. Des formes de la procuration considérée en elle-même. — La procuration peut être donnée par écrit, verbalement, par signes, aucune solennité sacramentelle n'est requise. La procuration en blanc est même valable, à la condition toutefois que la désignation de la personne mandataire émane de celui à qui la procuration en blanc a été remise (2). Quand la procuration est constatée par un acte sous-seing privé, elle échappe aux prescriptions des articles 1325, 1326, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas nécessairement être faite en

(1) Paul Pont, *op. cit.*, n° 847.
(2) Cass. 4 août 1835.

double original ni être soumise à la formalité du *bon ou approuvé*. « En tout cas, ces mots, même lorsqu'il s'agit d'un mandat pour faire des emprunts illimités, sont suffisamment remplacés par ceux de *bon pour procuration* (1). »

La règle générale est telle que nous venons de l'établir, telle que la formule l'art. 1985 : la procuration est valablement donnée par acte public, par écrit, verbalement.

Il est cependant des cas exceptionnels où la forme authentique est non pas possible, mais obligatoire ; dans ces cas, la procuration par acte sous-seing privé serait absolument nulle et ne conférerait au mandataire désigné aucun droit, ne lui imposerait aucun devoir, même après son acceptation. Quels sont les cas sur lesquels le législateur a pris soin de s'expliquer, parce qu'ils contiennent tous une dérogation au principe ordinaire posé dans l'art. 1985? Dans le Code civil, aux termes de l'art. 36 : « Dans les cas où les parties intéressées ne seront point obligées de comparaître en personne, elles pourront se faire représenter par un fondé de procuration spéciale et authentique. » Suivant l'art. 66 : « Les actes d'opposition au mariage seront signés sur l'original et sur la copie, par les opposants ou par leurs fondés de procuration spéciale et authentique. » Selon l'art. 933, l'acception d'une donation doit être également passée par acte authentique, avec cette précision spéciale que, une « expédition devra en être annexée à la minute de la donation, ou à la minute de l'acceptation qui serait faite par acte séparé. » Dans le Code de procédure, les articles 216, 218, 353, 384, 511 exigent également une procuration authentique quand il s'agit d'une inscription de faux, du désaveu d'un avoué, d'une récusation de juge, d'une prise à partie. L'art. 2 de la loi du 21 juin 1843, dit enfin : « A l'avenir, les actes notariés contenant donation entre-vifs, donation entre époux pendant le mariage, révocation de donation ou de testament, reconnaissance

(1) Cass., 6 février 1861.

d'enfants naturels, et les procurations pour consentir ces divers actes, seront, à peine de nullité, reçus conjointement par deux notaires ou par un notaire en présence de deux témoins. »

Mais si précis que soient les termes de la loi de 1843, des difficultés se sont néanmoins élevées sur le point de savoir si, en dehors des cas prévus par le Code civil et le Code de procédure, il était d'autres exceptions où la procuration par acte authentique était indispensable pour constituer un mandataire.

Des auteurs ont non-seulement contesté que le mandataire, à l'effet de consentir une hypothèque sur les biens du mandant ou d'obtenir la main-levée de cette hypothèque, dût être muni d'une procuration notariée, mais encore ils se sont refusés à admettre que cette procuration fût nécessaire pour la révocation de testament, la donation par contrat de mariage, la reconnaissance d'un enfant naturel.

Examinons la valeur de leur système; en voici l'exposé rapide : La règle générale en matière de mandat est formulée dans l'art. 1985. Cet article, nettement explicite, déclare que la procuration peut être donnée de toute façon, elle n'impose aucune forme spéciale. Ce n'est qu'exceptionnellement que le mandat doit être constaté par acte authentique, à peine de nullité de l'opération faite par le mandataire. Les cas exceptionnels sont limitativement énumérés par le législateur. Aucune autre dérogation à la règle générale ne saurait être admise par analogie. Ce serait en effet faire œuvre de législateur que d'étendre à certaines hypothèses, à certaines situations juridiques les sévérités que la loi a expressément réservées pour quelques-unes. Et que l'on remarque bien les conséquences de la doctrine contraire. Elle ne tend à rien moins qu'à créer des nullités nouvelles; c'est dire, puisqu'il serait assurément difficile de préciser dans quelles limites elle saura se borner, qu'elle est dangereuse ou tout au moins arbitraire.

D'ailleurs sur quoi repose-t-elle? Sur une confusion cer-

taine entre la procuration qui n'est soumise légalement à aucune formalité, et l'acte que doit faire le mandataire, lequel acte est soumis à la nécessité de la forme authentique. Exiger pour l'une ce que la loi exige seulement pour l'autre, c'est violer le texte, c'est résister à l'esprit du Code, qui répugne à l'idée de multiplier les causes de nullités.

Telle est la théorie qui fut longtemps adoptée par la jurisprudence et que soutiennent de nombreux auteurs (1). Elle est résumée, en ce qui concerne particulièrement la procuration à l'effet de constituer une hypothèque, dans l'arrêt suivant : « Attendu que le mandat à l'effet de consentir une hypothèque et l'acte constitutif de cette hypothèque sont deux choses tout à fait distinctes;

« En ce qui concerne le mandat, attendu que le Code établit comme une règle générale que tout mandat, quel qu'en soit l'objet, peut être donné par acte sous signature privée, et que, s'occupant dans une disposition ultérieure du mandat à l'effet de consentir hypothèque, il ne déroge point à la règle qu'il vient d'établir ; il dit, et rien de plus, que ce mandat doit être exprès, et que dans l'espèce ce mandat est exprès.

« En ce qui concerne l'acte constitutif de l'hypothèque, attendu que cet acte est authentique et consenti par un mandataire spécialement autorisé à grever d'hypothèque les biens de son mandant, rejette (2). »

Antérieurement à la loi de 1843, la même controverse existait avec les mêmes arguments à l'appui, en ce qui touche les donations par contrat de mariage. M. Duranton n'hésitait pas à appliquer au mandat donné dans le but d'accepter les libéralités entre époux, par contrat de mariage, la solution de la Cour de cassation : « Il ne serait pas nécessaire que la procuration donnée par un futur époux pour le repré-

(1) Persil, *sur l'art.* 2127, n° 6; Batur, *Hyp.*, t. II, n° 167; Troplong, t. II, *Privil. et hyp.*, n° 510.

(2) Cass., 27 mai 1819; Caen, 22 juin 1824; Cass., 5 juillet 1827; Cass., 21 mars 1826.

senter dans son contrat de mariage et accepter les libéralités qui lui seraient faites par des tiers ou par le futur conjoint, fût dans la forme authentique ; la raison qui a porté à ne point exiger que l'acceptation des donations fût expresse, dans ce cas, veut de même qu'on reste dans le droit commun en ce qui concerne le mode du mandat donné pour accepter (1). »

En un mot, deux arguments ont été surtout invoqués. On s'est prévalu de la portée générale, absolue de l'art. 1985 en dehors d'une exception législative formelle et de la distinction qu'il convient d'établir entre la procuration donnée au mandataire et l'acte que doit accomplir ce mandataire.

Si décisifs que puissent paraître les deux arguments par lesquels on s'efforce de justifier la thèse en vertu de laquelle la procuration sous-seing privé suffirait pour permettre au mandataire de constituer valable hypothèque, nous estimons qu'ils ne sont pas spécieux et par suite que la thèse elle-même est sans valeur.

Et, d'abord, il nous paraît impossible de continuer à soutenir que la procuration authentique n'est pas absolument indispensable pour consentir les divers actes énumérés dans l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843. Nos adversaires, sous peine d'être illogiques, doivent renoncer à étendre désormais leur théorie à ces actes. Il serait contradictoire, en effet, de prétendre d'une part que la procuration authentique est nécessaire lorsque le législateur s'en explique formellement, et d'autre part que la loi de 1843 n'a pas apporté par ses dispositions précises une dérogation au principe de l'art. 1985. Elle consacre une innovation législative, ou mieux elle s'est bornée à donner force de loi à la doctrine qui avait rencontré, dans M. Merlin et dans quelques arrêts (2), un appui

(1) Duranton, t. VIII, n° 433.

(2) Toulouse, 19 août 1824 ; Lyon, 29 déc. 1827 ; Cass., 21 juillet 1830.

solide ; mais la volonté du législateur de 1843 est aussi certaine et conséquemment aussi respectable que celle du législateur de 1804.

Il est important de reconnaître quels sont les motifs qui ont présidé à la rédaction de l'art. 2 de la loi de 1843. Ces motifs, une fois mis en lumière, nous nous demanderons s'ils ne militent pas avec la même force dans quelques autres cas analogues et si la décision de la loi de 1843 ne doit pas être généralisée à tous les actes authentiques. L'esprit de la loi de 1843 est, à n'en pas douter, conforme à celui qui a inspiré un arrêt de la Cour de cassation, antérieur de deux mois à la promulgation de la loi. Après avoir posé en principe que le consentement de la partie qui charge un mandataire de faire un acte est soumis au mode de manifestation, que la loi lui imposerait, si elle figurait personnellement dans cet acte lui-même, l'arrêt ajoute : « Attendu qu'un acte de donation fait devant notaire en vertu d'un acte sous-seing privé ne manifeste pas la volonté du donateur dans la forme authentique, puisque son consentement, qui est une condition essentielle pour la validité de la donation, n'a pas été reçu par un officier public (1). »

La conclusion évidente, celle à laquelle s'est rallié le législateur de 1843 et qui a été la raison déterminante des dispositions nouvelles par lui introduites, c'est que la procuration qui confère le pouvoir de donner est inséparable de l'acte de donation et forme avec lui un tout indivisible qui doit être assujetti dans chacune de ses parties aux règles de l'art. 931 (2).

L'application de ce principe a été faite plus tard, par la Cour de cassation, à la constitution d'hypothèque, comme elle l'avait été déjà, le 21 juillet 1830, à la main levée d'hypothèque : « Attendu qu'aux termes de l'art. 2127, l'hypothè-

(1) Cass., 19 avril 1843.

(2) Demolombe, *Traité de la paternité et de la filiation*, t. I, n° 407.

que conventionnelle ne peut être consentie que par un acte authentique ; qu'il suit de là que la procuration dans la même forme est nécessaire pour la validité de l'hypothèque constituée par un mandataire sur les biens de son mandant ; la loi, en l'absence d'une disposition expresse, ne pouvant être présumée avoir entendu autoriser le mandant à faire, indirectement et par l'intermédiaire de ses mandataires, ce que personnellement il ne pourrait faire (1). »

Il faut donc, à notre avis, décider que, si l'acte, dont l'accomplissement a été confié au mandataire, est assujetti pour sa validité à la forme authentique, la procuration donnant le pouvoir de faire cet acte doit être également faite devant notaire.

Cette solution, que nous nous sommes presque contenté d'énoncer en l'appuyant seulement des décisions de la Cour suprême, justifions-la plus sérieusement.

Il est hors de doute que l'art. 1985 reconnaît, ainsi que nous l'avons fait nous-même, que la procuration peut être valablement donnée en toute forme ; qu'à cette règle incontestable le Code a apporté des dérogations. Mais ces dérogations sont-elles les seules dans lesquelles il faille dire que la procuration doive être authentique (2) ?

Nous n'hésitons point à répondre négativement. Tandis que nos adversaires veulent un texte spécial pour la procuration elle-même, nous prétendons que la disposition qui assujettit un acte à la forme authentique renferme implicitement une disposition qui assujettit à cette même forme la procuration conférée pour exécuter cet acte.

Cette interprétation est confirmée si l'on s'attache à la vé-

(1) Cass., 19 janv. 1864 ; Riom, 31 juillet 1851 ; Cass., 7 fév. 1854 ; Amiens, 9 avril 1856 ; Toulouse, 9 juillet 1859 ; Bordeaux, 26 avril 1864.

(2) Demolombe, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, n° 153 ; Besançon, 19 février 1861.

ritable signification de la disposition légale qui astreint une convention à la forme authentique. Que veut dire la loi lorsqu'elle prescrit qu'une convention doit être nécessairement consentie par acte notarié? Elle subordonne alors la validité de cette convention à la manifestation du consentement dans cette seule forme. Il faut que le consentement des deux parties soit constaté par acte notarié, cela est absolument rigoureux. Si le consentement était manifesté de toute autre façon, la convention serait radicalement nulle. Peut-on dire, dès lors, que le mandant qui autorise le mandataire à agir par acte sous-seing privé, ait manifesté sa volonté conformément aux prescriptions légales? Que son consentement, son adhésion à l'acte constitutif de l'hypothèque ait été donné par acte authentique? Cela ne saurait se soutenir, car, pour nous en tenir à l'hypothèse d'une constitution d'hypothèque, « l'acte constitutif de cette hypothèque n'est pas seulement celui où le mandataire stipule au nom du mandant, c'est encore celui où le mandant dépose sa volonté (1). »

La procuration et l'acte constitutif forment un tout indivisible, l'authenticité doit couvrir et l'une et l'autre, puisqu'il importe également de les protéger contre toute action des tiers et que la contestation dirigée contre la procuration rejaillirait et mettrait en question la constitution d'hypothèque. Ce que nous avons dit de l'acte constitutif d'hypothèque est aussi vrai de tous les actes authentiques; la procuration sert à établir le consentement de la partie qui s'oblige, ce consentement doit être manifesté dans la forme authentique; donc la procuration doit être rédigée par acte authentique.

Cette conclusion nous paraît irréfutable (2), ajoutons que la jurisprudence l'a sanctionnée par de nombreux arrêts, après l'avoir trop longtemps méconnue. Il est encore une objection

(1) Paul Pont, *Privil. et hyp.*, t. I, n° 470.

(2) Merlin, *Rép.* v° *hyp.*, sect. 2, § 2; Grenier, t. I, n° 68; Taulier, t. VII, p. 260; Aubry et Rau, § 411.

que l'on pourrait formuler contre elle : pourquoi le législateur de 1843 a-t-il parlé de procurations notariées à propos de donations, puisque la règle générale est que tout acte passé devant notaire doit être fait en vertu d'une procuration passée en la même forme. La réponse est bien simple : c'est que la loi de 1843 n'a point jugé l'authenticité ordinaire suffisante, elle exige la présence réelle du notaire second ou de deux témoins.

c. De la forme de l'acceptation envisagée séparément. — Elle peut être tacite et résulter d'une foule de circonstances, dont l'appréciation appartient souverainement aux tribunaux ; généralement, elle s'induit d'un commencement d'exécution ; parfois même, de faits négatifs. Il est impossible néanmoins d'établir une règle fixe, les circonstances de fait pouvant se multiplier à l'infini, il est plus prudent de s'en remettre au pouvoir discrétionnaire des magistrats.

d. Des preuves du mandat. — L'article 1985 a trait, en outre, à la preuve du mandat. Il se réfère, bien entendu, seulement au cas où le mandat est verbal, car s'il était écrit, la question de preuve ne pourrait s'agiter, puisque l'*instrumentum*, quel qu'il fût, acte sous-seing privé, authentique, simple lettre missive même (1), affirmerait, par lui-même, l'existence du contrat et les conditions stipulées entre parties. Nous savons, d'ailleurs, ce qu'il faut entendre par mandat verbal ; c'est donc aussi bien du mandat tacite que du mandat verbal, *stricto sensu*, que le législateur a réglementé la preuve (2). Il a assujetti l'un et l'autre aux règles du droit commun ; la preuve du mandat verbal se fera donc conformément aux articles 1341, 1343, 1353 ; l'aveu, le serment produisent, en notre matière, leurs effets ordinaires ; de même, c'est l'application des règles du droit commun qui veut que la convention non écrite, ni avouée ni reconnue, ne puisse

(1) Cass., 6 février 1837.

(2) Cass., 17 novembre 1856.

être établie par témoins, si la valeur du litige excède 150 fr. et s'il n'y a pas de commencement de preuve par écrit (articles 1341, 1343, 1347); de même enfin, les présomptions ne seront admises que dans les cas où le Code autorise la preuve testimoniale (art. 1353) (1).

Telles sont les règles qui régissent la preuve du mandat entre parties; sont-elles les mêmes quand il s'agit d'établir l'existence du mandat à l'égard des tiers? Une divergence existe entre la doctrine (2) d'une part, et la jurisprudence de l'autre (arrêt du 7 mars 1860). Tandis que les auteurs prétendent qu'il faut user de distinction et permettre aux tiers la preuve par témoins ou par présomption, quand le mandataire a agi au nom du mandant, et cela dans des hypothèses où la preuve testimoniale serait refusée aux parties, la Cour de cassation repousse toute distinction et se montre aussi sévère vis-à-vis des contractants eux-mêmes, et telle est la vraie solution qu'il faut adopter en présence des textes formels qui n'établissent aucune distinction analogue à celle que veut faire la doctrine entre les tiers et les parties. Au point de vue de la preuve, ils sont assimilés de tous points (3).

Peut-être conviendrait-il cependant d'accorder aux tiers le droit de prouver que les agissements du mandataire constituent un quasi-contrat de gestion d'affaires envers eux, et, par suite, d'établir l'obligation du maître par les présomptions, la preuve testimoniale étant possible dans le quasi-contrat.

Le Code s'est montré moins exigeant pour la preuve de l'acceptation que pour la preuve du mandat, la disposition finale de l'article 1985 est explicite (l'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire), elle laisse aux tribunaux une fa-

(1) Cass., 7 mars 1860.

(2) Troplong, *du Mandat*, nos 142-145; Taulier, t. VI, page 516; Massé et Vergé, t. V, p. 39, no 4.

(3) Paul Pont, *op. cit.*, no 876.

culté d'appréciation presque illimitée. A eux il appartient de n'admettre comme preuve que des faits absolument corrélatifs à l'objet même du mandat. »

CHAPITRE VII

DES DIVERSES ESPÈCES DE MANDATS

a. En droit romain, le mandat était essentiellement gratuit; en droit français, il l'est seulement de sa nature. Une double conséquence résulte de cette différence, c'est que la convention de salaire ne fait pas du contrat de mandat un contrat de louage, pas plus qu'elle ne le transforme en contrat synallagmatique. L'article 1986 ne laisse aucune place au doute : « Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire. » La présomption de non-gratuité est la présomption générale; en l'absence de toute stipulation contraire, les tribunaux n'alloueront au mandataire aucun salaire. Cependant cette règle de l'article 1986 n'a pas une portée aussi absolue qu'on pourrait le croire, et, lorsqu'il s'agit de mandats, dont l'exécution rentre dans l'exercice d'une profession, il y a une exception confirmée par le bon sens et par l'usage (1) : « Celui qui vit de son état n'a pas besoin de stipuler un salaire quand il est chargé de faire, au nom d'une personne, un acte de son ministère ou de sa fonction (2). »

La règle de l'article 1986 cesse d'être vraie dans cette hypothèse, il faut la renverser et dire que la présomption de non-gratuité est seule admissible quand le mandataire est

(1) Rennes, 18 février 1815; Bordeaux, 25 janvier 1842; Montpellier, 27 juin 1855; Cass., 14 janvier 1856.

(2) Paul Pont, *op. cit.*, n° 884.

chargé d'accomplir un acte juridique dont l'exécution fait partie de ses attributions : « Il y a à cet égard une convention tacite qui résulte nécessairement de la qualité du mandataire ; et pour qu'un pareil mandat fût gratuit, il faudrait, en quelque sorte, une stipulation comme il en faudrait une avec toute autre personne pour intéresser le mandat (1). »

Quelles sont les personnes qui sont appelées à bénéficier de cette présomption de non gratuité ? Sans parler des mandataires commerciaux (2), et nous bornant aux mandataires civils, nous dirons que tous les officiers ministériels, en l'absence de toute clause contraire, doivent être réputés rendre service moyennant paiement d'honoraires. Pas de difficulté si l'acte à eux confié est un de ceux que seuls ils peuvent faire en vertu d'une attribution spéciale de la loi ; mais même le mandat est-il en dehors de leurs fonctions, la solution sera la même, pourvu qu'il se rattache à ces fonctions, par les connaissances propres qu'il exige pour être mené à bonne fin. La raison qui justifie cette décision est aisée à apercevoir : n'est-ce point en effet la profession même du mandataire qui a déterminé le choix du mandant ? et la volonté réciproque des parties n'est-elle point certaine dans ces divers cas ? Le mandant n'a-t-il pas compté devoir donner au mandataire une rétribution convenable ? Le mandataire n'a-t-il pas pensé de son côté que le mandant le rétribuerait ? Toutefois remarquons que si le salaire exigé était exorbitant il appartiendrait aux tribunaux de le réduire à de plus justes proportions, du moins suivant une jurisprudence presque constante (3).

b. La deuxième division que fait le Code, et sur laquelle il insiste davantage, se trouve mentionnée dans l'art. 1987.

(1) Duranton, t. XVIII, nº 197.

(2) Montpellier, 24 août 1821 ; art. 91 et suiv., 74 et suiv., C. de commerce.

(3) Cass., 7 fév. 1855 ; 18 avril 1855 ; 12 janvier 1863.

« Il est (le mandat) spécial et pour une affaire ou certaines affaires seulement, ou général et pour toutes les affaires du mandant. »

Avant d'étudier en détail avec les art. 1988, 1989 ces deux sortes de mandats, il convient de dire que l'on distingue aussi le mandat conventionnel, légal, judiciaire, d'après le principe d'où il découle. Le mandat conventionnel a sa source dans le consentement des parties, le mandat légal dans une disposition expresse de la loi (tuteur, mari, père... Art. 120, 134, 450, 389, 1428, 1531, 1539), le mandat judiciaire dans une décision de la justice (le curateur du présumé absent, le notaire chargé de le représenter, art. 113, 112, 497).

Considéré d'après son objet, le mandat est dit encore *ad litem* ou *ad negotia*. Mais la distinction la plus importante est celle que consacre le Code dans l'art. 1987, s'attachant à l'étendue qui sépare le mandat général du mandat spécial.

Que faut-il entendre par mandat général ? « Le mandat est général lorsque, d'une part, il embrasse toutes les affaires du mandant, et que, d'autre part, il confère au mandataire le pouvoir de faire, au nom et pour le compte de ce dernier, tous les actes juridiques susceptibles d'être accomplis par un mandataire. Le mandat qui ne présente pas ce double caractère, n'est pas spécial qu'elle qu'en soit d'ailleurs l'étendue (1). » Cette opinion n'est point celle de M. Troplong. « Le sens de l'art. 1987 est que la procuration est générale ; alors même qu'elle renferme le mandataire dans une certaine fonction, pourvu que dans cette fonction elle lui laisse le pouvoir de faire toutes les affaires prévues ou imprévues qui s'y rattachent successivement (2). » Une définition du mandat général et du mandat spécial nous semble assez difficile à donner, aussi croyons-nous qu'il vaut mieux s'at-

(1) Aubry et Rau, § 412.

(2) Troplong, *op. cit.*, n° 274.

tacher à la dénomination de l'art. 1988 (1). « 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. »

Les limites dans lesquelles doivent s'exercer les pouvoirs du mandataire général sont ainsi nettement tracées ; la précision que fait le Code ne permet plus de discuter, comme on l'avait fait autrefois sur les *procuratores totorum bonorum cum liberâ administratione* ou *simpliciter*. La controverse qui s'était agitée entre Vinnius, Pothier et les autres commentateurs modernes ne peut plus se reproduire, et c'est pour y mettre fin — les travaux préparatoires du Code en témoignent — que le législateur, répudiant la vieille distinction, a préféré déterminer exactement l'étendue des droits et devoirs qui incombent au mandataire, muni d'une procuration conçue en des termes généraux. La disposition de l'art. 1988 est plus exacte, elle repose sur une interprétation judicieuse de la volonté de celui qui confère un mandat en termes généraux : « En matière de propriété, on ne doit pas facilement présumer qu'on ait voulu remettre à un tiers le pouvoir d'en disposer (2). » Mais une question préalable s'impose à notre examen : que faut-il entendre par mandat conçu en termes généraux, par mandat exprès ? Le mandat est conçu en termes généraux, ou, pour parler plus brièvement quoique avec moins d'exactitude, le mandat est général lorsqu'il ne détermine pas la nature des actes que doit accomplir le mandataire. Mais dès que le mandant a eu soin de préciser, dans l'ordre qu'il a donné, la nature des actes que le mandataire doit exécuter, le mandat est exprès. C'est d'après cette interprétation que la Cour de cassation a décidé qu'il fallait considérer, comme mandat exprès, celui qui a pour objet la vente des immeubles du mandant, une cons-

(1) Paul Pont, *op. cit.*, n° 835.

(2) Berlier, *sic* Tarrible ; Locré, t. XV, p. 227.

titution d'hypothèque sur ces immeubles, alors que ces immeubles ne sont pas nominativement désignés; de même le mandat donné pour contracter un emprunt, sans que le montant de la somme à emprunter soit fixé en termes formels, est un mandat exprès (1).

Il suffit alors qu'aux termes de l'art. 1988 le mandat soit exprès, il n'est pas nécessaire qu'il soit spécial : il ne faut pas confondre le mandat exprès et le mandat spécial. Nous savons ce qu'est un mandat exprès ; c'est celui « qui autorise le mandataire, en termes formels, à passer, ou à faire tels ou tels actes restant dans la catégorie des actes de disposition (2) » ; tandis que le mandat spécial « indique nominativement l'affaire en vue de laquelle il est donné. »

Il est des cas où la loi exige cette spécialité ainsi entendue. Citons les hypothèses des articles 36, 66, dont nous avons déja parlé 412, 1356 du Code civil; 198, 216, 352, 412, 556 du Code de procédure. Faute par lui d'avoir ainsi d'avance précisé nominativement l'affaire, objet du mandat, le mandant n'a, dans ces diverses espèces, investi le mandataire d'aucun droit.

Après avoir dit dans quels cas le mandat est conçu en termes généraux, dans quels cas il doit être réputé exprès, il nous reste à examiner, pour compléter et terminer le commentaire de l'art. 1988, quels sont les actes permis à un mandataire général. L'art. 1988 répond à cette question en disant qu'il a le pouvoir de faire les actes d'administration. Mais que faut-il entendre par actes d'administration? La question offre un intérêt pratique manifeste, puisque selon que tel acte appartient ou non à la catégorie des actes dits d'administration, il n'est ou n'est point opposable au mandant par les tiers qui ont traité avec le mandataire général.

(1) Aubry et Rau, § 412, note 3 et texte; Pont, *op. cit.*, nº 900; Cass., 18 mars 1840; 6 déc. 1858; 6 fév. 1861.

(2) Aubry et Rau, § 412, alinéa 4.

On ne peut guère définir d'une manière invariable, absolue les actes d'administration, pas plus d'ailleurs que les actes de disposition. Cependant, en thèse générale, il est incontestable que le mandataire général a le droit et même le devoir de faire tout acte qui tend à assurer la conservation des droits du mandant et à améliorer son patrimoine (1).

« On peut ramener l'administration d'un mandataire aux cinq objets suivants : 1° faire payer les débiteurs du mandant ; 2° acquitter ses dettes ; 3° passer les conventions nécessaires à la conservation et à l'exploitation de ses biens ; 4° aliéner même certains objets ; 5° et en général veiller à la conservation des droits du mandant (2). »

1° D'après la définition que nous avons donnée des actes d'administration, nous déciderons que le mandataire général, chargé du recouvrement des créances du mandant, a le pouvoir d'encaisser les capitaux exigibles, d'en donner bonne et valable quittance aux débiteurs libérés, de consentir en leur faveur main-levée des inscriptions hypothécaires qui affectaient leurs biens, de les poursuivre par toutes voies et moyens de droit, s'ils se refusent à payer ; de leur adresser des commandements, assignations et sommations ; d'intenter les actions personnelles et mobilières qui compètent au mandant ; de former des oppositions, d'en donner main-levée, d'introduire des actions possessoires (3).

Peut-il en outre poursuivre une saisie immobilière ? Nous ne le croyons pas. A l'argument de texte que fournit l'art. 556 du Code de procédure civile (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), il convient de joindre cette considération que la procédure de la saisie

(1) Troplong, *op. cit.*, n° 278.
(2) Paul Pont, *op. cit.*, n° 910.
(3) Troplong, n° 289, 291.

immobilière est fort longue, très coûteuse et que le mandant ne doit pas être contraint d'en supporter les frais énormes sans une volonté bien certaine de sa part de s'engager dans cette voie (1).

Pour continuer l'énumération des droits qui appartiennent au mandataire général, lorsqu'il se voit obligé de demander à la justice les paiements des créances dues au mandant, nous dirons qu'il n'a point le pouvoir de transiger (arg. d'anal. de l'art. 467), d'acquiescer à un jugement, de déférer le serment litis-décisoire 2). Tous ces actes exigent un mandat exprès ; leurs conséquences sont trop graves en effet pour que l'on ne puisse raisonnablement admettre qu'en conférant un mandat général, le mandant ait entendu confier des droits aussi exorbitants à son mandataire.

Un devoir de ce mandataire — ce n'est pas seulement un droit — c'est de faire servir les revenus perçus ou les capitaux touchés à l'amélioration des biens du mandant, ou encore à l'acquisition d'immeubles : ces sortes d'acquisitions sont celles que le Code préfère.

2° Dans un autre ordre d'idées, le mandataire doit acquitter les dettes du mandant ; en désintéressant ses créanciers, il fait un acte d'excellente administration. Il peut donc, puisqu'il doit payer les créanciers, recevoir les assignations, commandements, sommations faites par ces créanciers, défendre aux actions personnelles et mobilières, consentir en leur faveur une *datio in solutum* ; « une cession de lettre de change pour acquitter une dette devant équipoller à un paiement en écus, il s'ensuit qu'elle rentre dans les actes d'administration (3) », qu'elle est par suite permise au man-

(1) Troplong, n° 290 ; Duranton, t. XVIII, n°s 229 et 230 ; Bruxelles, 13 fév. 1809 ; Aix, 10 juin 1833.

(2) Duranton, t. XIII, n° 587 ; Cass., 27 avril 1831 ; Nîmes, 12 janvier 1848 ; Rennes, 6 août 1849 ; Grenoble, 23 févr. 1827.

(3) Bruxelles, 21 décembre 1809.

dataire général, ainsi que toute novation, du moins quand elle est plus avantageuse pour le mandant débiteur. En ce qui concerne les actions judiciaires intentées contre le mandant, il faut remarquer que les pouvoirs du mandataire sont aussi restreints comme défendeur que comme demandeur; nous n'aurions guère dès lors qu'à répéter ce que nous avons dit précédemment. Cependant tandis qu'il lui est défendu de se désister, il lui est au contraire permis d'accepter le désistement du créancier; la raison qui motive ces deux solutions s'aperçoit sans peine; dans la première hypothèse il compromettrait les droits de son mandant, droits auxquels il ne porte aucune atteinte dans la deuxième.

3° Mais de tous les devoirs qui incombent au mandataire général, le plus impérieux, sans contredit, et le plus fréquent, est celui qui l'oblige à veiller à la conservation, à l'amélioration des biens du mandant. Qui veut la fin veut les moyens; c'est par application de ce dicton que le mandataire général, devant assurer la parfaite exploitation des biens du mandant, peut faire avec les ouvriers tels marchés qu'il juge convenables, consentir des baux d'une durée *maxima* de neuf années, même d'une terre échue au mandant, par succession, après la procuration (1); faire l'achat des objets nécessaires à l'exploitation des terres, contracter des emprunts avec beaucoup de prudence et pour les besoins de l'administration (2).

Il ne saurait être évidemment question de lui accorder le droit de grever d'hypothèques les biens du mandant, pour sûreté de ces emprunts.

4° A s'en tenir au texte de l'article 1988, les aliénations seraient permises au seul mandataire exprès, jamais le man-

(1) Cass., 8 août 1821; *Comp.*, art. 595, 1429, 1430, 1718; Troplong, n° 279; Merlin, Rep. v° *Procuration*; Paris, 22 fév. 1826; Gand, 24 fév. 1843; Cass., 28 janv. 1868.

(2) Cass., 15 fév. 1830; 12 nov. 1834; 28 juin 1836.

dataire général n'aurait la faculté d'aliéner. Ainsi interprété, notre article consacrerait une exagération nuisible aux intérêts du mandant, qu'il veut au contraire sauvegarder. Il défend au mandataire d'aliéner, cela est vrai, mais de quelles aliénations a-t-il entendu parler? Contient-il une prohibition pour celles des aliénations qui ont avant tout le caractère d'actes d'administration? Cette opinion ne saurait se soutenir, et il faut décider que, formel en ce qui concerne les ventes d'immeubles, pour lesquels la portée de l'article 1988 est absolue, le législateur devait se montrer et s'est montré moins rigoureux, en ce qui touche les ventes des récoltes, du croît des animaux, et généralement de toutes choses sujettes à dépérissement. Quoique les donations soient interdites au mandataire général, il convient néanmoins de ne pas étendre la nullité à ces donations modiques, que l'usage consacre sous le nom de gratifications ou cadeaux.

5° Enfin, le mandataire général ne doit avoir rien de plus pressé que de maintenir intacts les droits du mandant : il doit donc interrompre les prescriptions qui courent au préjudice de ce mandant, renouveler les inscriptions hypothécaires, même en son nom personnel (1).

En un mot, il faut toujours, pour savoir si le mandant est lié par les actes de son mandataire général, apprécier le caractère de ces actes. Sont-ils des actes d'administration, et nous avons énuméré les principaux (recouvrements des capitaux, interruption des prescriptions, emprunts pour réparations ou nécessités de l'exploitation, paiements des dettes, saisies mobilières, poursuites mobilières et personnelles, perceptions des revenus, baux de trois, six ou neuf années, vente de récoltes), sont-ils des actes d'administration, avons-nous dit, ils sont opposables au mandant comme si lui-même les avait accomplis. Constituent-ils plutôt des actes de propriété (aliénations, hypothèques, baux d'une durée de plus

(1) Bourges, 12 fév. 1841.

de neuf ans (art. 1429), actions immobilières, transactions, compromis, acceptation de succession, novation, suivant quelques auteurs du moins), le mandataire général a outrepassé ses pouvoirs, le mandant n'est pas tenu, en cette qualité, vis-à-vis des tiers.

L'étendue des pouvoirs qui appartiennent au mandataire général étant ainsi précisée, examinons — et cette matière n'est ni moins importante ni moins délicate — quelle est l'étendue des pouvoirs résultant d'un mandat exprès? L'article 1989 donne une règle d'interprétation pour une espèce unique; en pénétrant les motifs qui ont dicté cette règle, nous réussirons peut-être à la généraliser. Quoi qu'il en soit, l'article 1989 est ainsi conçu : « Le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat; le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre. » La première phrase n'est que la reproduction littérale du principe romain : *diligenter fines mandati custodiendi sunt;* cette règle est commune à tous les mandataires, aussi le développement qu'elle comporte sera-t-il mieux placé quand nous étudierons les obligations des parties contractantes entre elles et vis-à-vis des tiers, en d'autres termes, les effets du contrat de mandat.

En disant que le mandat de transiger ne renferme pas celui de compromettre, le législateur a manifesté clairement sa pensée, il dispose que « le mandat spécial de faire certains actes d'une nature déterminée, doit être restreint aux actes pour lesquels il a été donné, et ne peut être étendu à d'autres actes analogues, ni même à des actes qui pourraient, jusqu'à un certain point, être envisagés comme une suite naturelle de ceux que le mandataire a été chargé de faire (1). » Telle est la véritable pensée qui a inspiré le législateur, les travaux préparatoires du Code en font foi : « Les deux pouvoirs de transiger et de compromettre, quoique

(1) Aubry et Rau, § 412, p. 642.

tendant l'un et l'autre à terminer un procès, diffèrent cependant 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 convenables ; le second lui donne celle de soumettre le procès à un jugement d'arbitres. Terminer par son propre jugement ou par le jugement d'autrui, sont deux choses différentes, que le mandataire ne peut confondre sans dénaturer l'objet du mandat. » Le tribun Bertrand de Greuille n'est pas moins explicite que le tribun Tarrible : « La seule volonté du mandant doit toujours servir de règle au mandataire. Il ne pourra pas même compromettre, s'il a reçu le pouvoir de transiger, parce que, quoique ces deux actes aient entre eux une certaine corrélation, néanmoins le compromis n'anéantit point le procès. »

Il est donc certain que le législateur a entendu renfermer le mandat exprès dans les limites qu'impose la procuration ; c'est l'acte même, porté par cette procuration, que doit accomplir le mandataire, tout acte équivalent, au moins dans la généralité des cas, lui est rigoureusement interdit. Mais il est juste d'apporter un tempérament à cette règle, et d'accorder au mandataire le pouvoir de faire tout acte qui, sans être littéralement exprimé dans la procuration, s'y trouve néanmoins virtuellement compris (1), soit comme moyen d'exécution de l'affaire à lui confiée, soit encore comme une conséquence nécessaire de cette affaire (2).

Ces principes connus, il nous paraît intéressant de voir quelle application en a été faite à quelques espèces par la doctrine et surtout par la jurisprudence. Afin de mieux faire voir la différence qui existe entre le mandat conçu en termes généraux et le mandat exprès, nous adopterons, point par point, l'ordre que nous avons suivi dans l'examen de l'article

(1) Aubry et Rau, *eod. loc.*, Paul Pont, *op. cit.* nº 937; Troplong, *op. cit.*, nº 319.

(2) Cass., 4 janvier 1843.

1988 ; cette comparaison permettra de mieux juger l'étendue des pouvoirs conférés par l'un et par l'autre.

Nous chercherons, par conséquent, à préciser les règles d'interprétation d'un mandat exprès, ayant pour objet un acte qui se rattache, soit au recouvrement des créances du mandant, soit au désintéressement de ses créanciers, soit aux conventions à conclure avec des tiers, soit enfin aux aliénations.

a. Le mandat a été donné à l'effet de recouvrer les créances du mandant. Nul doute que, comme le mandataire général, le mandataire spécial — on sait avec quelle acception nous prenons ces deux mots — ne puisse faire les actes implicitement et nécessairement sous-entendus dans le mandat; il pourra donc consentir, en faveur des débiteurs, une main-levée d'inscription hypothécaire, parce que, d'une part, s'ils ne l'obtenaient point, les débiteurs se refuseraient à payer, et que, d'autre part, l'hypothèque ne doit pas survivre à l'extinction de la dette. Mais il serait imprudent d'aller au-delà, et, quelque difficile qu'il soit de déterminer quelles sont les suites nécessaires, inévitables, les conséquences forcées que comporte l'objet du mandat, il convient d'interpréter, d'une façon restrictive, la procuration donnée au mandataire.

Aussi est-ce se conformer à la volonté du mandant que de décider que le mandat de percevoir les revenus n'emporte pas celui de toucher les capitaux, que le pouvoir de toucher les arrérages d'une rente n'implique pas la faculté de recevoir le prix de rachat de cette rente (1), l'importance de la somme est tout autre, en effet, dans les deux hypothèses, et la confiance du mandant peut avoir été déterminée par la modicité de son *quantum*. « Le paiement d'un capital fait à un notaire chargé, comme mandataire du créancier, de placer divers capitaux et d'en percevoir les intérêts, n'est pas

(1) Cass., 4 thermidor an IX.

libératoire pour le débiteur de ces capitaux, ce mandat ne pouvant être réputé comprendre le droit de toucher le capital sans l'intervention du créancier (1). »

Cette décision est irréprochable : elle s'attache à la volonté du mandant, la constate, la précise, la limite. C'est également par une exacte interprétation des termes du mandat, qu'il a été jugé que : « la stipulation d'une élection de domicile dans l'étude d'un notaire pour le paiement des intérêts et le remboursement du capital d'une obligation ne confère pas au notaire le pouvoir de donner quittance ; par suite, le paiement fait entre les mains du notaire est nul, à moins qu'il ne soit ratifié expressément par le créancier (2). » Résumons les motifs qui ont amené la Cour de Lyon à se prononcer en ce sens et à adopter la solution donnée par la Cour de cassation dans plusieurs affaires analogues (3) : Les effets de l'élection de domicile sont tous limitativement énumérés dans l'article 3 du Code civil, et on n'y lit point une disposition qui permette de décider que l'élection de domicile confère au débiteur le pouvoir de payer entre les mains de celui qui réside au domicile élu. L'article 1258, conforme en cela à la théorie qui se dégage des articles 1239 et 1247, confirme cette solution puisqu'il exige concurremment, en matière d'offres, deux conditions : d'abord que les offres soient faites au créancier ayant la capacité de recevoir ou à celui qui a pouvoir de recevoir pour lui, puis qu'elles soient faites au lieu fixé par la convention. Mais il impose ces deux conditions cumulativement ; le débiteur qui satisfait à l'une d'elles seulement, ne fait point des offres valables. Il faut appliquer au paiement les règles qui régissent les offres réelles ; elles imposent évidemment la décision à laquelle s'est arrêtée la jurisprudence. Et l'intérêt est considérable. Le danger serait

(1) Colmar, 18 avril 1856.
(2) Lyon, 16 février 1860.
(3) Cass., 23 novembre 1830 ; 17 août 1831 ; 21 novembre 1836.

grand, en effet, pour le créancier, si l'on admettait une solution différente de celle que proclame la Cour de Lyon; si le paiement fait au notaire, dans les circonstances de fait que la rubrique de l'arrêt développe suffisamment, était valable à l'égard du créancier, le débiteur serait libéré vis-à-vis de lui par cela seul qu'il aurait fait le versement : « l'acquéreur d'un immeuble, dit en effet la Cour de cassation, ayant à préciser la portée de l'article 1138, obligé par l'acte de vente à verser aux mains d'un notaire le montant de son prix payable au vendeur, se trouve libéré envers son vendeur, par le seul effet de ce versement ; par suite, la somme ainsi versée appartient au vendeur et se trouve perdue pour lui et non pour l'acquéreur, si elle est détournée par le notaire (1). » Il s'agissait, aussi dans l'espèce sur laquelle a statué la Cour de Lyon, de savoir sur qui devait retomber l'insolvabilité du notaire, qui, du débiteur ou du créancier prétendu mandant, devait supporter les conséquences de son détournement ; il fallait nécessairement opter entre l'un et l'autre. Mais le mandant n'est point en faute, il avait défini, aussi bien que cela lui avait été possible, l'étendue des pouvoirs du notaire ; tant pis pour le débiteur, c'est lui qui a commis une imprudence, puisqu'il a négligé de se renseigner sur la situation exacte du mandataire, et qui partant doit être seul responsable des suites de cette imprudence ; il devra donc payer une deuxième fois.

Si le mandat de toucher les revenus n'implique pas celui de toucher les capitaux, si l'élection de domicile chez un tiers n'équivaut pas au mandat donné à ce tiers de recevoir le remboursement des obligations, à plus forte raison convient-il de décider que le mandat de toucher une créance ne renferme pas celui de poursuivre les débiteurs qui ne paient pas à l'échéance. Ainsi il a été décidé que : « le mandat d'encaisser des coupons au porteur, donné à un banquier ou

(1) Cass., 26 mars 1867.

agent de change résidant au lieu où doit se faire le paiement, ne comprend pas celui de faire, en cas de difficulté ou de retard de la part de la compagnie débitrice, des sommations extra-judiciaires ou des actes introductifs d'une demande en justice (1). »

Le mandataire, chargé spécialement de recouvrer les créances, ne pourrait, non plus, faire des saisies, même mobilières : le mandat de recouvrer ne pouvant pas être réputé renfermer celui de poursuivre, à plus forte raison ne peut-il impliquer le pouvoir d'engager le mandant dans cette procédure si dispendieuse de la saisie (2).

Dans un ordre d'idées différent, « le mandat de recevoir le remboursement d'une créance ne confère pas au mandataire le pouvoir de faire remise au débiteur d'une partie de cette créance (3). » Comment admettre, en effet, que le mandant, en conférant ce mandat, ait entendu faire une libéralité au débiteur. Cette intention de libéralité ne se présume pas ; elle est, au contraire, repoussée par les termes mêmes du mandat, puisqu'il enjoint au mandataire de recouvrer cette créance ; la donation ou la remise et le recouvrement d'une créance sont, non-seulement deux choses différentes, ce sont deux choses opposées. Aussi n'est-il pas besoin de justifier plus longuement l'arrêt de la Cour de cassation et voilà pourquoi si le mandataire a fait remise au débiteur d'une partie de sa dette, le mandat doit être interprété en ce sens que faculté était laissée au mandataire de recevoir un paiement partiel ; de telle sorte que le débiteur sera valablement libéré jusqu'à concurrence de la somme par lui versée entre les mains du mandataire.

Le mandat, à l'effet de recevoir le paiement d'une créance, ne comporte pas celui de transiger sur cette créance ; ce sont,

(1) Nancy, 24 fév. 1869.
(2) Paul Pont, *op. cit.*, n° 940.
(3) Cass., 24 juin 1867.

en effet, deux opérations parfaitement distinctes, puisque l'une a pour objet la conservation des droits du mandant, que l'autre tendrait à compromettre.

Observons que les solutions diverses que nous venons d'établir sont indépendantes de la forme que peut revêtir la procuration. Elles doivent être maintenues, même lorsque le mandat est donné au mandataire sous forme de cession, mais une précision est nécessaire. Les rapports entre parties, c'est-à-dire entre le mandant et le mandataire restent les mêmes dans cette hypothèse; ils varient, au contraire, à l'égard des tiers; quant à eux, le mandataire est un véritable propriétaire, la cession lui en a transporté tous les droits, et, par suite, tous les actes qu'il fait doivent sortir leur plein et entier effet (1). Il peut même arriver que : « le mandat de recouvrer une créance, donné sous la forme de cession de la créance, constitue un mandat illimité donnant pouvoir de transiger et de renoncer à une partie de la créance; » mais c'est là une dérogation certaine à la règle générale, et qui ne peut se justifier que par l'appréciation des circonstances de fait.

b. Quand le mandat exprès a été donné à l'effet de payer les dettes du mandant, le mandataire doit se borner à acquitter ces dettes, son obligation, quel que soit l'objet du mandat, reste toujours la même, ainsi que la règle d'interprétation que nous avons posée et d'après laquelle tout acte, même analogue à celui qu'il est chargé d'accomplir, lui est interdit. Une des espèces soumises aux tribunaux le prouvera surabondamment. Ainsi il a été jugé que : « le mandat de régler et d'acquitter toutes les dettes du mandant, ne donne pas le droit de souscrire des lettres de change (2). » Il est vrai que cette décision a été rendue antérieurement à la loi du 22 juillet 1867, dont l'article I a aboli la contrainte par

(1) Bordeaux, 25 juillet 1826.
(2) Aix, 10 juin 1833.

corps en matière commerciale, circonstance qui peut n'avoir pas été étrangère à la solution de l'affaire soumise à la Cour d'Aix ; le mandant débiteur n'était point, en vertu de sa dette civile, contraignable par corps, en transformant sa dette en dette commerciale, le mandataire avait aggravé sa situation de débiteur. Mais, malgré l'innovation introduite par la loi de 1867, nous estimons néanmoins que l'arrêt de la Cour d'Aix doit être maintenu actuellement, car la souscription des lettres de change dénature le caractère de la dette — antérieurement civile — du mandant et modifie sa situation ne serait-ce qu'en ce qui concerne la compétence des tribunaux ; elle l'assujettit, en outre, à un ensemble d'obligations spéciales, rapportées au titre VIII du Code de commerce.

Nous déciderons, précisant toujours l'étendue du mandat exprès à l'effet de payer les dettes du mandant, qu'il ne permet point d'emprunter, même pour payer ces dettes. Cependant il est des cas où il faut faire fléchir la rigueur du principe ; nous citerons, à titre d'exemple, le cas où un individu a été chargé par un entrepreneur de constructions de conduire certains travaux et de payer les ouvriers ; dans cette espèce, le mandataire est réputé autorisé à emprunter pour remplir l'objet de son mandat, si le mandant n'a pas réuni les fonds nécessaires et n'était pas sur les lieux au moment de l'emprunt (1). C'est grâce à cette double circonstance que l'arrêt a été ainsi rendu, c'est grâce à cette double circonstance qu'il peut se justifier.

c. Le mandat exprès a été donné à l'effet de passer des conventions avec les tiers en obligeant le mandant : l'objet de ces conventions constituant plutôt un acte d'administration qu'un acte de disposition. — Le mandat de louer n'emporte pas par lui-même le droit de toucher le prix ; le mandant, en effet, a pu avoir assez de confiance dans l'habileté du mandataire pour le croire capable de contracter un

(1) Bordeaux, 9 février 1829.

bail à de bonnes conditions, pas assez dans sa probité pour lui laisser entre les mains une somme quelconque. Mais le mandat de louer, sans précision de durée, est valable : que le mandataire ait consenti un bail d'une durée de trois, six, neuf années, il importe peu. Bien plus, le mandat de louer à tels prix, clauses et conditions que le mandataire jugerait convenable, a été considéré comme suffisant pour autoriser le mandataire à consentir un bail de quinze années (1).

Le mandat à l'effet d'emprunter impose au mandataire l'obligation de s'en tenir aux termes mêmes du mandat; il ne doit point s'en écarter, aussi bien en ce qui touche les conditions et charges accessoires que pour le montant de l'emprunt. Ce n'est là qu'une conséquence de la règle que nous avons établie, et la Cour de cassation en a fait maintes fois l'application; quand elle a décidé dans une espèce où l'objet du mandat était non d'emprunter, mais de traiter, composer, transiger, prendre tous arrangements en cas de faillite, que ce mandat était censé comprendre le pouvoir d'adhérer à une société en commandite formée entre le débiteur en déconfiture et ses créanciers (2); quand la Cour de Douai a jugé qu'un pouvoir donné par un marchand à sa femme, à l'effet de gérer et administrer leurs biens et affaires, suffit pour autoriser la femme à emprunter (3), elles se sont bornées à consacrer — avec beaucoup d'autres décisions judiciaires — cette autre règle d'équité, en vertu de laquelle le mandat embrasse le pouvoir de faire non-seulement l'acte lui-même pour lequel il a été particulièrement donné, mais encore tous les actes qu'il suppose nécessairement. Cela est vrai de tous les mandats, quel que soit leur objet.

d. Mandat exprès à l'effet d'aliéner, d'hypothéquer ou de faire tout autre acte de propriété. — C'est surtout alors que le mandat a pour objet l'exécution d'un acte se ratta-

(1) Paris, 27 novembre 1813.
(2) Cass., 4 janvier 1843.
(3) Douai, 15 février 1814.

chant à l'exercice du droit de propriété que doivent être sévèrement appliquées les prescriptions du Code : le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat. Tout acte équivalent, analogue lui est défendu ; de même ne peut-il se prévaloir de la maxime : *Qui peut le plus peut le moins* ; cela est si vrai que le pouvoir de vendre ne conférerait pas celui d'hypothéquer, à moins toutefois que la vente n'ait été indiquée que comme moyen de procurer au mandant des fonds qui lui sont absolument nécessaires (1). Entre l'hypothèque et la vente, existent, en effet, des différences profondes, qu'il est inutile de signaler en détail, parce qu'elles sont d'évidence ; ne nous attachant qu'au but poursuivi par le mandant, nous affirmons que la vente et l'hypothèque ne lui permettent pas indistinctement de l'atteindre (2) ; en aliénant, le mandant a eu sans doute la volonté de consacrer le montant de la vente à désintéresser ses créanciers ; en hypothéquant l'immeuble, il en a augmenté le nombre ou tout au moins leur en a-t-il substitué un autre, dont les exigences seront peut-être plus grandes. Il voulait payer ses dettes et il reste débiteur ; c'est donc la vente et la vente seule que doit conclure le mandataire ; la première règle que nous avons posée lui impose, en effet, l'obligation d'accomplir l'objet même du mandat ; aux termes de la seconde, lorsque la convention est passée et que le but du mandant est rempli, la mission du mandataire est terminée, il ne peut faire aucun autre acte, cet acte fût-il la suite nécessaire de l'affaire juridique à lui confiée. Conséquences : Le mandat de vendre n'autorise pas le mandataire à faire commandement à l'acheteur de payer (3), ni de défendre à l'action en nullité de la vente intentée par l'acquéreur contre lui (4), ni de ratifier l'adjudication, faite postérieurement au

(1) Bruxelles, 29 mars 1806.
(2) Troplong, *op. cit.*, n° 322.
(3) Bruxelles, 15 octobre 1819.
(4) Même arrêt.

mandat, de la chose qu'il était chargé de vendre (1), ni de toucher le prix, au moins en principe, sans qu'il y ait à distinguer si le mandat parle de vente à terme ou de vente au comptant, s'il s'agit de vente d'objets mobiliers ou d'immeubles. Cependant, il conviendra de consulter l'intention probable des parties, la teneur de la procuration : dans le doute, il est certain que le mandataire chargé de vendre n'a pas, en vertu de ce mandat, le droit de percevoir le prix (2).

Mais si la faculté de toucher le prix de la vente lui est accordée par la procuration, il peut valablement accepter du débiteur le paiement de quelque façon qu'il soit effectué, c'est dire qu'il sera autorisé à céder les sommes provenant de la vente et à toucher le prix de la cession (3). Même, car ce droit se trouve virtuellement compromis dans son mandat, pourra-t-il régler les honoraires des officiers ministériels chargés de la vente (4); et, si en outre du pouvoir de vendre et de toucher le prix, il avait celui de donner des quittances subrogatoires, il jouirait incontestablement aussi du droit de faire des transports-cessions (5).

Le mandat a été donné pour constituer une hypothèque sur les biens du mandant. Ce mandat doit être exprès, suivant le texte formel de l'art. 1988; aucune expression sacramentelle n'est d'ailleurs requise. Il ne confère d'autre droit que celui de consentir des affectations hypothécaires, et jamais, par exemple, celui d'accorder aux créanciers hypothécaires la faculté de faire vendre l'immeuble hypothéqué sans formalités de justice (6).

(1) Tribunal de la Seine, 14 janvier 1836.

(2) Bruxelles, 1er juillet 1820 ; Cass., 18 nov. 1824 ; Rouen, 9 novembre 1839 ; Trib. de Châteaubriant, 19 nov. 1868 ; Cass., 1 avril 1839 ; Rouen, 26 janvier 1853.

(3) Paris, 21 avril 1806.

(4) Paris, 21 avril 1806.

(5) Nancy, 22 janvier 1842.

(6) Bordeaux, 21 décembre 1832.

Nous disions que le mandat à l'effet de constituer hypothèque était valable pourvu qu'il fût exprès et en l'absence de termes solennels. La preuve en est que ce mandat peut s'induire de la nature de l'acte confié au mandataire : « Le mandat à l'effet de constituer en dot soit une somme déterminée payable dans les délais qu'il conviendra au mandataire de fixer, soit une rente perpétuelle en raison du capital, emporte, comme moyens essentiels de remplir le mandat, pouvoir de consentir hypothèque sur les biens du mandant pour sûreté de la dot constituée en rente perpétuelle ; le mandant, au nom duquel cette rente a été constituée remboursable à sa volonté et avec hypothèque, ne pourrait se refuser à la réalisation de l'hypothèque, sous prétexte qu'il faudrait que le mandat fût exprès sur ce point (1). » Dans cette hypothèse, la dation de la garantie hypothécaire, étant un des moyens essentiels pour remplir l'objet même du mandat, se trouvait virtuellement comprise dans la procuration.

Le mandat de transiger doit être aussi strictement observé. On se rappelle quelles raisons ont poussé le législateur à préciser qu'il ne renfermait point celui de compromettre ; la différence qui existe entre la transaction et le compromis ne lui avait pas échappé. Cette différence subsiste, moins évidente sans doute, entre le compromis et la transaction par médiation d'arbitres. Aussi la Cour d'Aix a-t-elle bien jugé en décidant que le mandat de transiger, même par médiation d'arbitres, ne conférait pas au mandataire le pouvoir de compromettre (2) : « la transaction, même par médiation d'arbitres, reste toujours une transaction qui peut n'avoir rien de définitif, les parties étant libres de refuser la médiation, si elles n'en acceptent pas les bases, et n'est pas le jugement en dernier ressort auquel elles doivent se

(1) Paris, 17 mars 1827.
(2) Aix, 6 mai 1812.

soumettre, après que les arbitres ont prononcé le différend dont la connaissance leur a été déférée par le compromis (1). »

Le mandat de transiger ne comporte pas celui de proroger un compromis (2). Le pouvoir de comparaître pour autrui devant le bureau de conciliation n'implique pas le pouvoir de transiger (3) ; mais nous ferons au contraire résulter ce mandat de transiger, et par suite celui de reconnaître la dette jusqu'à une partie de la demande, du mandat donné à l'effet de se concilier (4).

Mais il faut limiter la transaction à l'objet même du mandat (5) : « ainsi le mandataire à l'effet de gérer et d'administrer, même de transiger et de compromettre, n'a pas qualité pour renoncer au nom de son mandant à l'exercice d'un droit, en reconnaissant que ce droit de servitude est une concession volontaire et de pure complaisance (6). » Cependant si au mandat de transiger était joint le mandat de se désister, il faudrait admettre que les aveux, les reconnaissances du mandataire seraient opposables au mandant, et que la renonciation à une exception, consentie dans l'instance par le mandataire (avoué), serait valable (7). Mais il faut ne point abuser de cette extension. Elle n'est vraie qu'autant qu'il y a eu dans la pensée des contractants un lien nécessaire entre l'acte exprimé et l'acte qui le suit (8). »

Nous avons rapporté le plus grand nombre d'arrêts possible sur les diverses questions qui précèdent, afin de mieux justifier les règles d'interprétation que nous avons cru de-

(1) Paul Pont, *op. cit.*, n° 955.
(2) Cass., 18 août 1819 ; Cass., 21 juillet 1852.
(3) Dalloz, v° *Conciliation*, n° 291.
(4) Douai, 13 mai 1836.
(5) Bruxelles, 16 mai 1811.
(6) Rouen, 26 janvier 1853.
(7) Cass., 26 mars 1834.
(8) Troplong, *op. cit.*, n° 320.

voir adopter. Il en résulte que le mandataire général a le droit de faire les seuls actes d'administration et aussi les actes qui en sont la suite naturelle et nécessaire ; que le mandataire spécial au contraire doit se borner à l'accomplissement de l'affaire à lui confiée, sans être muni d'aucun pouvoir; quant aux actes qui seraient la conséquence immédiate de cette affaire, il n'a le droit d'exécuter que ceux qui virtuellement sont compris dans son mandat (1).

Notre première partie est ainsi terminée. Abordons maintenant l'examen des effets du contrat de mandat; nous trouverons dans cette deuxième partie de fréquents emprunts à la législation romaine, que nous nous contenterons de rappeler aussi brièvement qu'il nous sera possible.

DEUXIÈME PARTIE

Effets du contrat de mandat.

CHAPITRE I

OBLIGATIONS DU MANDATAIRE ENVERS LE MANDANT

Les obligations du mandataire en droit français sont celles du mandataire en droit romain; il doit :

a. Exécuter le mandat dont il s'est chargé ;

b. Apporter à l'exécution de ce mandat tous les soins d'un bon père de famille ;

(1) Laromhière, *des Obligations*, t. III, p. 88, n° 6.

c. Enfin rendre compte de sa gestion.

Examinons successivement chacune de ces obligations.

a. L'article 1991 se réfère à la première : « Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat, tant qu'il en demeure chargé et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution. Il est tenu de même d'achever la chose commencée au décès du mandant, s'il y a péril en la demeure. » Le premier paragraphe de cet article n'est que la reproduction presque textuelle d'un fragment de Paul que nous avons cité et commenté dans notre thèse de droit romain. Comme le jurisconsulte romain, le Code veut que celui qui accepte un mandat l'accomplisse jusqu'au bout, à peine de dommages-intérêts; mais observons la précision de l'article 1991: cette obligation n'incombe au mandataire que tant qu'il demeure chargé de l'exécution du mandat; une des causes qui mettent fin au contrat survient-elle, cette obligation disparaît pour lui; exceptionnellement toutefois, elle survit à l'extinction du mandat, s'il y a péril en la demeure. L'article 1991 parle seulement du cas où le mandat prend fin par le décès du mandant; il y a lieu de généraliser la solution du deuxième alinéa de l'article 1991 et de l'étendre à tous les modes d'extinction.

Aucune raison sérieuse ne permet en effet de distinguer et d'appliquer dans leur sens strict les termes dont s'est servi le législateur ; les intérêts du mandant, que doit avant tout sauvegarder le mandataire, lui imposent le devoir d'achever la chose commencée, quel que soit l'événement qui fasse cesser le mandat.

Une autre exception — mais en sens inverse — à la règle qui veut que le mandataire termine, hormis dans le cas d'extinction du mandat, l'opération à lui confiée doit être admise, et cela dans l'intérêt même du mandant : le mandataire est au courant d'événements imprévus qui, s'ils étaient connus du mandant, auraient pour effet de motiver de sa part un changement de volonté. Il est, dans cette hypo-

thèse, du droit et même du devoir du mandataire de suspendre ses agissements.

Tout cela était vrai en droit romain, comme cela est vrai dans notre droit actuel. N'est-ce point la théorie romaine qui veut encore que le mandat soit accompli en entier et qui considère comme une inexécution l'exécution seulement partielle, à moins de précisions contraires (1) ? N'est-ce point elle qui impose au mandataire l'obligation de se renfermer strictement dans les limites tracées? de s'en tenir au contenu du mandat, même en ce qui concerne les modes d'exécution, et quoique ceux qu'il voudrait adopter lui parussent préférables (2). Enfin il n'est pas jusqu'à l'ancienne controverse entre les Proculéiens et les Sabiniens qui ne s'agite également sous l'empire de notre législation (3). Ce sont là des points sur lesquels nous nous sommes assez longuement étendu pour qu'aucune explication nouvelle ne nous paraisse ni nécessaire ni utile.

La sanction de toutes les obligations dont est tenu le mandataire, et spécialement de l'obligation qui lui est imposée par l'art. 1991, consiste dans une réparation due par le mandataire au mandant. Le mandataire est responsable vis-à-vis du mandant du dommage causé. Cette responsabilité incombe à tout mandataire sérieux (4). Il est de toute évidence qu'elle ne peut naître que si le mandant a supporté un préjudice réel, dans le sens de l'art. 1149, c'est-à-dire si l'inexécution des obligations du mandataire lui a occasionné une perte ou l'a privé d'un gain.

(1) Cass., 6 avril 1831.

(2) Grenoble, 23 décembre 1854 ; Rouen, 8 décembre 1856 ; Montpellier, 10 juillet 1829.

(3) Troplong, n° 270 ; *Contrà*, Paul Pont, *op. cit.*, n° 982 ; Delamarre et Lepoitvin, *Traité du contrat de commission* (1re éd.), t. II, p. 162.

(4) Metz, 15 janv. 1856 ; Orléans, 7 janvier 1842.

Précisons, ainsi que le fait la jurisprudence : la perte doit être réelle et non éventuelle (1). En outre, il faut qu'elle puisse être exclusivement attribuée au mandataire. Si elle ne réunit pas ces deux conditions essentielles, le mandant n'a aucune action ; il serait également dénué de tout recours contre le mandataire s'il avait ratifié ses agissements à son égard (2) ; la ratification vis-à-vis des tiers n'aurait pas semblable effet : elle ne modifierait en rien les droits du mandant contre le mandataire (3).

b. Le mandataire doit apporter à l'accomplissement de la mission qu'il a acceptée les soins d'un bon père de famille ; aux termes de l'art. 1992, il « répond non-seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. — Néanmoins la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire. » L'art. 1992, il est aisé de s'en apercevoir, consacre et reproduit l'opinion des jurisconsultes romains qui assujétissaient le mandataire à la *culpa levis in abstracto*. Point de doute en ce qui concerne le mandataire salarié ; l'art. 1992 est précis, il se réfère, par sa rédaction et par son esprit, à l'art. 1137 *in pr.*

Mais que décider par rapport au mandataire gratuit ? Le rapprochement des dispositions de l'art. 1137 *in fine* (l'obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent) des dispositions de l'art. 1992, § 2, pourrait laisser quelque place au doute et semblerait justifier l'opinion de ceux qui soutiennent que la faute du mandataire gratuit doit être appréciée *in concreto* (4). « Rien

(1) Paris, 9 mars 1811 ; Cass., 5 janvier 1852.

(2) Cass., 9 mai 1853.

(3) Cass., 28 mars 1855.

(4) Troplong, *op. cit.*, n° 393 ; Mourlon, t. III, p. 441 ; Massé et Vergé, t. V, p. 41, n. 3.

n'indique, dans le texte de la loi, que le point de comparaison ne doive pas être toujours le type abstrait du bon père de famille. » Ce qu'il faut conclure seulement c'est que l'étendue de la responsabilité du mandataire varie suivant qu'il reçoit ou non un salaire. « En cas de fautes suivies de dommages, on fera une distinction entre le mandataire salarié et celui qui ne l'est pas, car l'on sent que celui qui reçoit un salaire est plus rigoureusement que l'autre astreint à tous les soins que la chose comporte. » D'après ces lignes, empruntées au rapport du conseiller d'Etat Berlier, la nature des fautes qui sont imputables au mandataire salarié et au mandataire gratuit reste la même ; en d'autres termes, la base d'appréciation qu'ont les tribunaux est identique, c'est toujours la fait considéré *in abstracto* qu'ils doivent envisager ; la différence consiste en ce que la conséquence de cette faute commise sera plus ou moins grave, plus ou moins rigoureuse, selon que le mandat sera gratuit ou salarié : c'est donc une pure différence de *quantum* dans le montant des dommages à allouer (1).

Le mandataire répond de son dol, de sa faute ; non des cas fortuits ou de force majeure, à moins qu'il ne soit en faute ou en demeure quand ces cas fortuits ou de force majeure se sont réalisés (art. 1148, 1302), et à moins aussi qu'il ait accepté semblable responsabilité par une clause générale (art. 1392, § 2) (2). Mais — et ceci était admis à Rome — il pourra refuser de prendre à sa charge la simple faute, jamais le dol.

Quand le mandataire est-il en faute ? En ne faisant pas ce qui lui est prescrit, ou en faisant ce qui lui est interdit, *in omittendo* aussi bien que *in committendo*. Tel est le principe, nous devons nous borner à le formuler ; on comprend aisément que nous devions renoncer à donner des exemples de

(1) Delamarre et Lepoitvin, t. II, n° 233 ; Pont, *op. cit.*, n° 991 ; Cass., 2 janvier 1832 ; 3 juin 1856 ; Angers, 28 mars 1833.

(2) Nancy, 24 février 1869 ; 26 févr. 1870 ; Rennes, 31 mars 1815.

fautes, sous peine de nous engager dans un grand nombre de citations. Et, du reste, l'application de ce principe ne peut guère offrir de difficulté qu'en fait (1) ; en droit, il est certain que tout acte de négligence, d'impéritie, de mauvaise administration, constitue une faute. Cependant, demandons-nous — c'est là une double question controversée qu'il importe de résoudre — si le mandataire est responsable de la perte de la chose à lui confiée, lorsque, ne pouvant conserver que cette chose ou la sienne, il a préféré la sienne.

L'art. 1882 rend, dans la même hypothèse, le commodataire responsable. La même solution doit-elle être admise contre le mandataire? Faut-il distinguer selon que le mandataire est ou n'est point salarié? Aucune de ces opinions n'est la nôtre; nous repoussons la première, parce que l'art. 1882 est exorbitant du droit commun, dérogatoire à la théorie générale des fautes et par suite applicable exclusivement à l'hypothèse prévue. La deuxième ne nous semble pas préférable, elle se rattache à la distinction que nous avons condamnée et qui attribuerait aux fautes une nature différente à raison de la stipulation de salaire faite par le mandataire. Nous aimons mieux décider la question en fait et dire que le mandataire tombera sous le coup de l'art. 1882, si la valeur de la chose confiée dépasse la valeur de sa propre chose. Un bon père de famille eût-il hésité à sauver la première, dans ce cas? Ce qu'un bon père de famille eût fait, le mandataire doit le faire aussi; sa responsabilité, certaine dans l'hypothèse où l'objet perdu, appartenant au mandant, avait plus de prix que celui dont il était propriétaire et qu'il a conservé sa responsabilité, disons-nous, cesse lorsque c'est sa propre chose qui a le plus de valeur (2).

La deuxième question est d'une application plus fréquente:

(3) Cass., 11 janv. 1830; 9 août 1837; 29 avr. 1819; 26 juillet 1849; 10 août 1870.

(1) Paul Pont, *op. cit.*, n° 998; *Contrà*, Troplong, *op. cit.*, n° 409,

les pertes que le mandataire, par l'oubli de ses devoirs, a causées au mandant peuvent-elles se compenser avec les bénéfices qu'il lui a procurés? Cette espèce a été prévue pour les associés, et l'art. 1850, d'après l'opinion de Pothier, la résout dans le sens de la non-compensation. Convient-il d'étendre cette solution au mandataire? Nous ne le pensons point, alors surtout que les pertes et les bénéfices résultent d'affaires connexes, toutes faisant partie du même mandat. Pothier soutenait l'opinion contraire, se fondant sur les textes du droit romain, et les rédacteurs du Code ont suivi son opinion dans la rédaction de l'art. 1850; mais les textes invoqués se rapportent tous et sont spéciaux au contrat de société; un seul (fr., 11. — Paul, 22, I Dig.) se réfère à la matière du mandat et il consacre notre décision. Elle est plus favorable au mandataire, qui, avant tout, rend un service, et plus équitable puisqu'elle permet d'apprécier en bloc le résultat de ses opérations et de lui tenir compte de son zèle (1).

c. La troisième obligation du mandataire consiste, avons-nous dit, à rendre compte de sa gestion. « Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de 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. » Toutes ces précisions sont l'œuvre du droit romain, qui avait voulu que, comme tout administrateur, le mandataire présentât un état complet et fidèle de sa gestion, et avait compris que cette obligation de rendre compte était inhérente au contrat de mandat. Lui aussi avait dit que le mandataire ne pouvait s'approprier ce qui lui avait été indûment payé pour le compte du mandant. Le Code se borne, encore une fois, à copier les décisions des jurisconsultes ro-

(2) *Sic* Paul Pont, *op. cit.*, n° 999; Troplong, n°s 403, 133; Delamarre et Lepoitvin, t. II, n° 147; *Contrà*, Bruxelles, 20 juin 1819; Delvincourt, t. III, p. 241, n. 7; Duranton, t. XVIII, n° 244.

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE I

mains, il obéit, dans ses décisons, à la même inspiration : le mandataire ne doit retirer aucun bénéfice de l'exécution du mandat ; il a droit à un simple salaire, s'il a pris soin de le stipuler ou s'il exerce une profession qui fasse présumer que ses agissements sont salariés ; tous autres profits sont illégitimes.

L'obligation de rendre compte a précisément pour but de permettre au mandant de constater que tout ce que l'accomplissement du mandat a pu faire arriver entre les mains de son mandataire a été exactement remis ; c'est dire que l'état dressé doit être complet et minutieusement détaillé (1).

Que doit-il comprendre ? « Tout ce que le mandataire a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant. » Ainsi s'exprime l'article 1993 ; mais ses termes, pris dans leur sens restrictif, conduiraient à une interprétation inexacte. Le compte doit comprendre, non-seulement ce que le mandataire a reçu pour le compte du mandant, mais encore les dommages-intérêts dont il est redevable au mandant pour avoir méconnu quelqu'une de ses obligations ; tout ce qu'il a manqué de recevoir par sa faute (2), enfin et exceptionnellement, tout ce qu'il a perdu, même sans sa faute (lorsqu'il a accepté de répondre des cas fortuits ou de force majeure, ou encore lorsque, n'ayant pas assumé semblable responsabilité, il a touché une indemnité à raison de ces cas fortuits) (3).

Doit-il faire compte des gains illicites qu'il a pu réaliser en accomplissant le mandat ? M. Troplong (4) distingue deux hypothèses : ou le mandataire avait une procuration, dont l'objet était illicite, et le mandant ne saurait être écouté dans

(1) Nancy, 25 avril 1844.
(2) Paris, 18 avril 1836.
(3) Troplong, n° 434.
(4) Troplong, n° 421 et suiv. ; Pont, *op. cit.*, n° 1008.

ses réclamations, puisqu'il n'y a point mandat, ce contrat devant, comme tous autres, avoir pour objet un fait conforme aux lois et aux bonnes mœurs à peine de nullité ou mieux d'inexistence ; deuxième hypothèse : l'objet du mandat était licite, mais le mandataire, par des opérations qu'il a faites volontairement et spontanément, a retiré de ces opérations des bénéfices naturellement injustes. Dans ce deuxième cas, le mandataire doit, suivant M. Troplong, tenir compte de ces bénéfices au mandant : l'un a commis un délit, l'autre est innocent, la chose sera donc remise entre les mains du mandant, il est plus digne, il offre plus de garanties.

D'accord avec cet auteur sur la solution que comporte la première espèce, nous nous séparons de lui en ce qui touche la deuxième. Nous pensons que, dans le second cas, le mandant n'a aucun droit à ces bénéfices illicites. Sans doute, nous épargnons ainsi l'auteur d'un acte immoral que l'opinion contraire frappe dans ses intérêts. Mais cette peine pécuniaire est-elle bien nécessaire? Les dispositions pénales sous le coup desquelles le mandataire tombera ne l'atteindront-elles pas plus sûrement et plus sévèrement? Ajoutons — et c'est la raison déterminante — que le mandant ne doit pouvoir, en principe, obtenir du mandataire que ce qu'il aurait eu le droit de réclamer, s'il avait agi directement par lui-même (1).

L'article 1993 ne nous donnerait qu'une idée incomplète de l'étendue de l'obligation de rendre compte ; il convient d'ajouter à ses dispositions, pour mieux savoir ce dont le mandataire doit faire raison au mandant, les prescriptions de l'article 1996 : « 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 qu'il est mis en demeure. » Il résulte de cet article qu'il est deux cas

(1) Metz, 6 février 1824 ; Boileux, t. VI, p. 590.

seulement où le mandataire doit des intérêts au mandant.

Observons que l'article 1996 renferme une double dérogation au droit commun ; aux termes de l'article 1153, § 3, les intérêts ne sont dus qu'à dater du jour de la demande en justice, notre article les fait courir, dans le premier cas, du jour de l'emploi ; dans le second, du jour de la mise en demeure. Telle était aussi la théorie romaine ; la jurisprudence l'applique à tous les mandataires (1) ; notaire (2), syndic de faillite (3), caissier (4), mari, femme (5), tous les mandataires, en un mot, sont tenus de payer les intérêts au mandant, à dater du jour de l'emploi de ces sommes ; que ces sommes soient des capitaux ou des intérêts, la règle est la même.

Le Code précise, et cette précision est importante, que les intérêts ne sont dus que si le mandataire les a employés : il ne suffit pas qu'il les ait reçus, c'est là une condition essentielle.

La preuve de cet emploi, qui peut même constituer un délit (art. 408 Cod. Pénal), incombe au mandant, c'est également lui qui doit établir le jour où l'emploi a eu lieu ; tout cela par application des principes du droit commun, qui impose le fardeau de la preuve au demandeur. Dès que cette double preuve est faite, les intérêts ne peuvent pas ne pas être alloués au mandant ; il y a droit, même dans le cas où il n'aurait subi aucun préjudice, sans qu'il ait à redouter que le mandataire puisse se prévaloir contre lui du bénéfice de la prescription quinquennale, des dispositions de l'article 2277 (6).

Le taux des intérêts dus est le taux légal ; ainsi : « un

(1) Cass., 17 février 1836 ; 19 décembre 1853 ; 9 août 1842.

(2) Besançon, 13 février 1844.

(3) Cass., 1 décembre 1841.

(4) Cass. 26 août 1835.

(5) Cass., 14 février 1823 ; Cass., 13 décembre 1824 ; Agen, 16 juillet 1833.

(6) Aubry et Rau, § 413, n. 6 ; Troplong, *Prescript.*, n° 1028 ; Paul Pont, n° 1043 ; Cass., 22 mai 1822, 7 mai 1845.

mandataire salarié chargé de recevoir des fonds, à charge de les déposer à la Caisse des consignations, est tenu, s'il les a employés à son profit, d'en payer les intérêts, non pas à 3 0/0 (intérêts que paie la Caisse), mais au taux légal de 5 0/0 (1). »

Parlons maintenant du deuxième cas prévu par l'article 1996, du cas où le mandataire est débiteur du mandant, en tant que reliquataire. Une double différence existe entre le deuxième cas et le premier; toutes les autres observations ne se rattachant pas à cette double différence demeurent entières, nous ne les reproduirons pas.

a. Les intérêts courent du jour de la mise en demeure : ils ne courent donc pas de plein droit. Il y a lieu d'appliquer l'article 1139. « Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation soit par un autre acte équivalent, soit par l'effet de la convention, lorsqu'il porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure. » C'est en vertu de cet article qu'on admet que la mise en demeure peut résulter d'une simple sommation extra-judiciaire ou de tout autre acte équivalent (2), par exemple de la correspondance des parties, alors surtout qu'il s'agit d'un mandat commercial (3). Mais attribuer semblable portée soit à une saisie-arrêt (4), soit à une demande en reddition de compte (5), ce serait méconnaître la signification, le caractère de ces deux actes. Ce ne peut être, en effet, par la demande en reddition de compte que le mandataire est constitué reliquataire, c'est seulement par la vérification définitive, jusqu'au moment où le compte a été apuré, il ne saurait être question de mise en demeure, puisqu'il n'est point certain qu'un reliquat existe. De même la saisie-

(1) Caen, 16 février 1842.
(2) Bourges, 13 avril 1840.
(3) Cass., 14 mars 1821 ; Delamarre et Lepoitvin, t. II, n° 464.
(4) Cass., 21 août 1872 ; Caen, 25 février 1846.
(5) Douai, 6 janvier 1849 ; Cass., 20 avril 1863.

arrêt a bien pour effet de mettre les sommes saisies hors de la libre disposition du mandataire, mais elle n'a point cette conséquence de faire courir les intérêts (1).

b. L'article 2277 est applicable aux intérêts dont le mandataire est redevable parce qu'il est reliquataire ; il se libérera donc de cette obligation de les payer par le laps de temps de cinq ans. L'apurement du compte a fixé définitivement le montant de la créance ; l'article 2277 peut donc être invoqué ; s'il ne le peut dans la première hypothèse que prévoit l'article 1996, cela tient à ce que la quotité de la somme due est indéterminée, puisque la créance n'a pas encore été liquidée.

On voit, par ce rapide aperçu, en quoi consiste l'obligation de rendre compte, ce que doit comprendre ce compte. Il va sans dire que le mandataire doit faire raison de tout ce qu'il a touché indûment ou par erreur, de la part d'un prétendu débiteur du mandant. Si nous revenons sur ce dernier point, sur lequel nous avions négligé de nous expliquer parce qu'il est reproduit des jurisconsultes romains, c'est pour faire une précision que nous recueillons dans un arrêt de la Cour de cassation : le mandataire sera tenu de faire parvenir au mandant les sommes qui lui ont été remises pour lui, si le débiteur, de qui il a reçu les sommes, s'est trompé sur l'existence ou l'étendue de la dette ; son erreur porte-t-elle sur le chiffre réel de la somme versée, le mandataire n'est point débiteur du mandant pour l'excédant. Et pourquoi ? parce qu'il est réputé avoir touché cet excédant en dehors de sa procuration, en dehors des limites dans lesquelles il conservait sa qualité de mandataire. La conclusion est que le mandataire, si les sommes versées entre ses mains ne sont point réclamées dans les délais légaux, sera bien et dûment propriétaire de l'excédant, pourvu qu'il en ait fait, conformément à la loi, le dépôt à la Caisse des consignations (2).

(1) Pont, *op. cit.*, n° 1049.

(2) Cass., 10 juin 1868.

Cette précision nécessaire faite, examinons une question qui divise la doctrine (1) et la jurisprudence (2). Le mandataire peut-il être affranchi de l'obligation de rendre compte, quoique cette obligation soit intimement liée au contrat de mandat?

D'après la Cour de cassation, l'affirmative n'est point douteuse et elle doit, en effet, prévaloir. En quoi la clause par laquelle le mandant dispense le mandataire de rendre compte est-elle illicite? Quelle est la disposition légale qui interdit une clause semblable? En l'absence de tout texte prohibitif, il convient d'adopter la solution consacrée par la Cour de cassation. Peut-être faudrait-il s'attacher parfois aux circonstances, mais il est certain que la clause valable, constituant une sorte de libéralité, ne peut être consentie et acceptée que par ceux ayant la capacité de recevoir ou de donner entre vifs.

Il est incontestable enfin que l'obligation de rendre compte n'incombe pas au mandataire par la force même des choses dans un grand nombre de circonstances : ainsi il en serait dispensé lorsqu'il aurait compté à son mandant, avant qu'il eût reçu le mandat, la somme qu'il aurait touchée seulement après le mandat et en vertu de son contenu (3); ou encore lorsque c'est son mandant et non lui qui serait resté nanti des pièces relatives à l'exécution du mandat et qui seraient nécessaires pour établir et justifier le compte (4); ou enfin lorsqu'il apparaîtrait d'après les circonstances de la cause que le mandat devait recevoir une exécution immédiate; dans cette dernière hypothèse, il serait réputé libéré par cela seul qu'on ne l'aurait pas actionné dans un délai très court (5).

(1) Pont, n° 1003; Troplong, n° 415; Merlin, *Rep.* v° *Mandat*, § 4; Delamarre et Lepoitvin, t. II, n° 361.

(2) Bruxelles, 15 juillet 1817; Cass., 24 août 1831; 18 janv. 1832.

(3) Cass., 3 mai 1815.

(4) Cass., 11 juin 1839; Cass., 30 déc. 1862; 5 janv. 1852.

(5) Paris, 22 juin 1827; Cass., 12 janv. 1830; Rolland de Villargues, v° *Mandat*, n° 177.

Pour terminer nos observations sur ces divers points, mentionnons que l'action en reddition de compte est donnée au mandant, à ses héritiers, contre tout mandataire personnellement (1) et exclusivement, qu'elle se prescrit par trente ans, à dater du jour où le mandat a pris fin (2).

Nous venons d'étudier quelles sont les trois obligations dont est tenu le mandataire; s'il les méconnaît, il est en faute. En principe, il ne répond que de ses propres fautes, parce que, d'ordinaire, il se charge d'accomplir seul le mandat. Cependant il est des cas où il est responsable également, vis-à-vis de son mandant, de la gestion d'autrui.

Quels sont ces cas? L'article 1994 nous l'apprend : « Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion : 1° Quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ; 2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable. Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée. » Le législateur distingue trois hypothèses : *a*. La procuration est muette, elle ne refuse ni n'accorde le droit de substitution ; *b*. Elle accorde ce droit avec désignation de personnes. *c*. Elle accorde ce droit sans désignation de personnes. Nous compléterons en examinant une quatrième espèce : *d*. La procuration interdit au mandataire de se substituer quelqu'un.

a. La première hypothèse dont nous avons à nous occuper est la première dont parle notre article 1994 : « le mandataire n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un, » il est responsable des actes de son substitué. Est-ce parce qu'il a commis une faute en se substituant une tierce personne? Il suffit de jeter un coup d'œil sur les travaux préparatoires du Code pour voir combien est erronée l'opinion de ceux qui

(1) Cass., 8 mai 1861; 13 déc. 1834; 22 déc. 1851.
(2) Cass., 16 avril 1845; 6 juillet 1829.

le soutiennent (1). Sans doute cette manière de voir était bien celle du consul Cambacérès ; mais après une discussion assez longue, à laquelle prirent part Berlier, Treilhard et Tronchet, Cambacérès renonça lui-même à son avis et admit que le mandataire avait le droit de se substituer un tiers, qu'il ne commettait aucune faute par le fait de cette substitution et qu'il ne serait responsable que si le mandat qu'il avait accepté recevait une mauvaise exécution du substitué. Le mandataire ne peut se décharger sur ce tiers de toute responsabilité, il reste obligé vis-à-vis du mandant, aux termes mêmes du contrat ; il ne saurait lui appartenir d'imposer un nouveau mandataire au mandant, le choix qu'il a fait doit l'engager, non-seulement pour ce qui est de ses propres agissements, mais encore à raison des agissements du tiers. Bien plus, le mandant a double action : l'une contre le mandataire primitif, l'autre contre le tiers substitué ; action soumise aux mêmes conditions d'exercice, qu'elle soit intentée contre l'un ou contre l'autre, la responsabilité du substitué et du mandataire devant être appréciée d'après les mêmes règles (2).

b. Dans le cas où le mandataire use de la faculté que lui a accordée le mandant de se substituer une personne, qu'il lui a nominativement désignée, il n'est plus tenu d'aucune obligation vis-à-vis du mandant, ni de son chef ni du chef du substitué (3), à moins, toutefois, qu'il ne demeure chargé de veiller à l'exécution du mandat (4). Hormis dans cette hypothèse où un devoir de surveillance lui est encore connexe, le contrat intervenu entre le mandant et le mandataire primitif a fait place à un nouveau contrat, auquel ce dernier reste étranger ; les relations juridiques s'établissent exclusi-

(1) Troplong, nos 446-450 ; Boileux, t. VI, p. 591.

(2) Cass., 21 août 1837; Caen, 19 novembre 1836 ; Aubry et Rau, § 413, note 14.

(3) Cass., 10 juillet 1827.

(4) Cass., 26 novembre 1860 ; 23 avril 1872.

vement entre le substitué, devenu mandataire immédiat, et le mandant.

c. Le mandataire a reçu du mandant le pouvoir de se substituer quelqu'un, mais le substitué n'a pas été désigné par le mandant. Le mandataire ne répond que de son choix « la seule garantie qui demeure imposée au mandataire est celle de choisir ou de se substituer un remplaçant qui offre des garanties vraisemblables de capacité ou de solvabilité (1). » Si la personne choisie n'est ni notoirement incapable, ni notoirement insolvable, le mandataire primitif devient irresponsable comme dans l'hypothèse précédente et le substitué est seul mandataire.

d. Le mandat refuse au mandataire le droit de se substituer quelqu'un. En se substituant quelqu'un au mépris de la prohibition formelle du mandat, le mandataire est en faute ; il viole, en effet, le contrat qu'il a librement consenti ; aussi une lourde responsabilité doit-elle lui incomber. Il aura donc à supporter toutes les conséquences de la conduite du substitué, il répondra et des fautes quelles qu'elles soient et même des cas fortuits (2). Enfin, au regard du mandant, les actes du substitué seront nuls et de nul effet (3).

Faisons une observation générale qui s'applique à chacune des quatre espèces : le pouvoir accordé ou la prohibition faite au mandataire de se substituer un tiers, peuvent être, indifféremment, ou exprès ou tacite.

Un dernier point nous reste à examiner : Quels sont les droits du mandant contre le substitué? L'article 1239 du Code allemand refuse toute action directe du mandant contre le substitué, mais cette doctrine, conforme à l'opinion de Pothier, n'est pas celle du Code : L'article 1994 dit que le mandant pourra exercer directement contre lui son action, et par

(1) Nancy, 31 août 1832.
(2) Paul Pont, n° 1023.
(3) Duranton, t. XVIII, n° 252; Troplong, n° 449.

analogie, il permet de conclure que, réciproquement, le substitué a une action directe contre le mandant (1). La conséquence de cette règle c'est que, ni le mandant ni le substitué, ne seront, dans leur recours, soumis à l'application de l'article 1166. Cette dérogation au droit commun leur est utile, en ce qu'elle leur permet d'éviter le concours des créanciers du substituant et d'obtenir le paiement intégral de leurs créances.

Une autre conséquence de ce que l'action du substitué contre le mandant, du mandant contre le substitué, est directe, c'est que la compensation qui se serait opérée entre le mandataire substituant d'une part et le mandataire substitué d'autre part, n'est pas opposable au mandant (2).

Il semblerait, à s'en tenir littéralement au texte de l'article 1994, que le mandant a toujours une action directe. Ainsi entendue, cette interprétation est trop absolue ; il importe, en effet, de distinguer. Les termes de l'article 1994 sont exacts, et l'action directe sera concédée au mandant, si le mandataire primitif a fait connaître au substitué sa qualité de mandataire, et, par suite, l'existence du mandat à lui confié (3 . Tout autre sera la solution qu'il conviendra d'adopter, si le mandataire primitif a laissé ignorer au substitué qu'il agissait lui-même au nom et pour le compte d'un mandant (4). La différence dans ces décisions tient à ce que, dans le premier cas, le substitué accepte purement et simplement, et peut accepter de devenir le mandataire direct du mandant à la place du mandataire primitif; il connaît d'avance les obligations qu'il s'impose, il consent à s'y soumettre. Peut-on tenir le même langage dans la deuxième hypothèse ? Il n'a de relations qu'avec le mandataire primi-

(1) Cass., 7 juillet 1814; Paris, 12 juillet 1845.
(2) Paris, 3 fév. 1866; Orléans, 9 juin 1870.
(3) Rennes, 24 août 1859; Lyon, 8 juillet 1858; Cass., 20 av. 1859.
(4) Lyon, 7 décembre 1859; Rennes, 28 juillet 1858.

tif, son mandant; il entend s'obliger envers lui, mais envers lui seul. Il est si peu mandataire à l'égard du mandant que, ne le connaissant pas, il n'agit point en son nom et ne le représente pas.

Les relations du substitué et du mandataire sont celles de mandataire et de mandant (1); les rapports du mandant et des tiers restent les mêmes que si le mandataire primitif avait agi, pourvu que le substitué ait traité au nom du mandant. A-t-il contracté au nom du mandataire, ce mandataire joue, à l'égard des tiers, le rôle de mandant; enfin, la situation du mandataire envers les tiers diffère suivant que la substitution s'opère ou non avec l'ordre, ou tout au moins du consentement du mandant; les tiers alors ne connaissent point le mandant ou ne connaissent que lui (2). Enfin, si la substitution a été faite au nom du mandataire, le mandataire se trouve transformé en un simple commissionnaire, personnellement responsable à ce titre. Entre le substitué et les tiers, les droits et les obligations sont ceux qui appartiennent ou incombent aux mandataires.

Une dernière question se réfère aux obligations du mandataire envers le mandant. La solidarité existe-t-elle au profit du mandant lorsque plusieurs mandataires ont été constitués pour la même affaire? L'art. 1995, dérogeant aux règles admises suivant nous en Droit romain, et consacrées actuellement par le Code prussien, et confirmant le principe doctrinal posé dans l'art. 1202, exige que la solidarité soit exprimée. A défaut de toute clause formelle, les co-mandataires ne sont pas solidairement responsables vis-à-vis du mandant; telle est la règle; il est aisé de la justifier; les mandataires rendant avant tout un service, il est juste de resserrer leurs obligations dans les bornes naturelles. Ce-

(1) Paris, 10 nov. 1812.

(2) Cass., 7 décembre 1857.

pendant elle subit une exception quand le fait commis par les mandataires constitue un délit (1).

De quelle solidarité la loi a-t-elle entendu parler quand la convention expresse ou la loi l'impose aux co-mandataires ? De la solidarité dite parfaite (2) ; chacun d'eux sera responsable pour le tout, comme s'il avait été chargé seul de l'accomplissement du mandat. En conséquence, les articles 1206 — relatif à l'effet interruptif de la prescription ; — 1207 — relatif à l'effet de la demande en justice ou, ici, de la mise en demeure sur le cours des intérêts ; — ces articles, disons-nous, doivent recevoir leur entière application. Enfin, l'art. 1205 doit également être observé dans notre matière : « Si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres co-débiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose, mais ceux-ci ne sont point tenus des dommages-intérêts. » De même ne seraient-ils point tenus à raison de ce que l'un d'eux aurait fait en outrepassant le mandat (3).

Nous avons toujours raisonné dans l'hypothèse où les mandataires auraient été constitués par un même acte, c'est l'hypothèse du Code. Que décider si les mandataires avaient été établis par actes séparés ? La solution sera la même ; le principe de l'art. 1202 conserve toute sa force ; il n'y a de solidarité que celle qui est exprimée, ou tout au moins celle qui a dû nécessairement découler de l'intention certaine des parties et alors que cette intention ne pourrait être raisonnablement contestée par elles (4). On peut donc condamner comme solidaires deux mandataires qui ont défendu à l'ins-

(1) Cass., 29 décembre 1852 ; Rodière, *de la Solidarité*, nos 49 et 50 ; Cass., 3 mai 1865.

(2) Pont, *op. cit.*, no 1037.

(3) Aubry et Rau (3e éd.), t. III, p. 466, note 12 ; Cass., 6 av. 1841.

(4) Caen, 12 mars 1827.

tance et pris des conclusions, en noms collectifs, et qui dans tout les actes du procès et dans leurs interrogatoires se sont regardés comme obligés conjointement à l'exécution du mandat. Les mandataires successifs, non solidaires, peuvent néanmoins être poursuivis pour le tout dans plusieurs hypothèses : citons celles où l'objet du mandat serait indivisible, où ils auraient consenti une hypothèque comme garantie de leur gestion, où ils se seraient maintenus, même après la cessation de leur pouvoir par le décès du mandant, en possession illégale de ses biens, causant ainsi un préjudice à ses héritiers.

CHAPITRE II

OBLIGATIONS DU MANDANT VIS-A-VIS DU MANDATAIRE

Les obligations du mandat sont éventuelles, le contrat de mandat étant, comme en Droit romain, un contrat synallagmatique imparfait. Elles peuvent se ramener à trois ; le mandant doit :

a. Rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat ;

b. Lui payer le salaire promis (art. 1999) ;

c. L'indemniser des pertes qu'il a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable (art. 2000).

Il est traité de ces deux premières obligations dans l'art. 1999 ; de la troisième, dans l'art. 2000. Nous avons reproduit les termes de ces articles, et nous suivrons, dans notre bref exposé, l'ordre qu'ils tracent.

a. Rembourser au mandataire les dépenses faites pour

l'exécution du mandat, c'était une obligation trop juste pour que le Code ne l'imposât pas au mandant, ainsi qu'avait fait le droit romain. C'est bien le moins, en effet, que le mandataire rendant service ne supporte pas les charges d'une opération qui ne lui procurera aucun profit. Les avances s'évaluent au jour où elles ont été faites (1), et il importe peu que ce soit le mandataire lui-même, ou un tiers, par esprit de libéralité ou pour toute autre cause, qui les ait effectuées. Une seule condition est exigée : il est de rigueur que les dépenses aient été consacrées de bonne foi à l'exécution du mandat. Cette unique condition, la bonne foi, étant incontestablement remplie : « le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursements et paiements, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi ni fait réduire le montant des frais et avances, sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres (art. 1992, § 2). » Toutes ces dispositions sont littéralement tirées du Droit romain : celle qui suit et que rapporte l'art. 2001 est également d'origine romaine. « L'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant, à dater du jour des avances constatées. » Cet article déroge, comme l'art. 1996 à la règle générale posée par l'art 1153 en faisant courir les intérêts du jour des avances constatées, et les deux dérogations s'expliquent par le même motif; le mandataire, comme le mandant, ne doit pas être en perte à raison de l'exécution du mandat. Une autre raison justifie encore la double dérogation à l'art. 1153 ; si les intérêts devaient courir seulement à dater du jour de la demande, le mandataire et le mandant auraient dû, pour sauvegarder leurs droits, introduire de fréquentes demandes en justice ; leurs bons rapports eussent été altérés et l'exécution du mandat, c'est-à-dire l'intérêt du mandant, eût été compromise. Il est certain d'ailleurs que l'expression dont

(1) Cass., 15 mars 1854.

se sert le Code est synonyme d'avances faites (1). Il ne pouvait être question de constatation en justice.

Les avances doivent être établies et prouvées par le mandataire à l'aide de telles pièces justificatives qu'il lui sera possible de produire, et, par avances, il faut entendre non-seulement les versements effectués, mais aussi les sommes tenues à la disposition du mandant, quoique non employées, en vertu de l'ordre donné au mandataire. L'intérêt des avances est le taux légal ; donc 5 °/₀ si le mandat a un caractère civil, 6 °/₀ s'il a pour objet une opération commerciale et cela, même dans le cas où le mandataire et le mandant ne seraient pas commerçants, et où le mandant aurait été assigné devant le tribunal civil (2).

Enfin la prescription de cinq ans n'est pas applicable à ces interêts, l'art. 2277 ayant uniquement en vue les intérêts de sommes dont le montant est parfaitement déterminé. C'est donc par trente ans que se prescrira l'action du mandataire, du moins tant que le règlement à intervenir entre le mandant et lui n'aura pas été définitivement arrêté (3).

b. Le mandant doit payer le salaire promis ; que le mot promis, contenu dans l'art. 1999 ne soit pas interprété *stricto sensu* ; il convient de généraliser et de décider que le mandant doit payer tout salaire promis par une clause expresse ou résultant d'une convention tacite, ou s'induisant de la nature de l'acte accompli par le mandataire, de sa profession. (L'art. 1004 du Code autrichien dit que la non-gratuité résulte de la condition du mandataire.) Dans toutes ces espèces, le devoir du mandant est le même ; il doit payer le salaire si toutefois aucune faute, *a fortiori* aucun dol, ne

(1) Troplong, n° 674 ; Duranton, n° 270 ; Aubry et Rau, § 414, p. 648 (dern. éd.).

(2) Cass., 18 févr. 1836. — Bordeaux, 17 janv. 1839.

(3) Rouen, 4 mai 1843.

peuvent être reprochés au mandataire (1). Sauf cette hypothèse, le prix fixé doit être intégralement compté au mandataire.

Peut-il être réduit alors que les tribunaux le jugent exagéré? M. Troplong (2) et une jurisprudence nombreuse (3) n'hésitent pas à accorder aux tribunaux ce droit de réduction, bien à tort suivant nous, car les conventions légalement formées, tenant lieu de loi entre les parties, il importe de les faire respecter, alors surtout qu'elles n'ont rien d'illicite et qu'elles ont été librement consenties. Mais par contre, il faut admettre que si la réalisation de l'affaire n'est point due au mandataire (4), si un cas fortuit ou de force majeure a entravé l'exécution du mandat, alors que cette exécution n'était point commencée, il faut admettre, pensons-nous, que tout droit au salaire est perdu pour le mandataire. Convient-il de donner la même solution quand le cas fortuit se produit au cours de l'exécution? Il est plus équitable alors de récompenser dans le passé les efforts et le zèle du mandataire et d'épargner au mandant le paiement des services qui ne pourront lui être rendus. Ce que nous disons des cas de force majeure doit s'entendre avec la même portée des cas d'extinction du mandat (5).

Il n'en est pas du salaire comme des avances; si, comme les avances, il est dû quoique l'affaire n'ait pas réussi, il n'est pas, comme elles, productif d'intérêts de plein droit; une demande en justice est nécessaire pour les faire courir, l'article 1153 seul est applicable (6).

(1) Rouen, 16 février 1829; Cass., 7 août 1837.

(2) Troplong, nos 228, 246, 632...

(3) Cass., 11 mars 1824; 22 août 1854; 18 avril 1855; 12 janvier 1863; Paris, 3 avril 1873; Cass., 1er juillet 1856; 29 janv. 1867; 8 avril 1872.

(4) Cass., 11 novembre 1834.

(5) Bruxelles, 24 févr. 1810; Grenoble, 13 juin 1864.

(6) Cass., 10 février 1836; 23 mars 1819.

c. Le mandant doit indemniser le mandataire des pertes par lui subies à l'occasion de sa gestion. *A l'occasion*, dit l'article 2000, et par là il tranche définitivement les controverses qui s'élevaient dans le droit romain et dans notre ancien droit; il n'exige point, avec Pothier, que le mandat ait été la cause directe de ces pertes, il suffit qu'il en ait été l'occasion. Et cette solution est toute de justice. « Tout dommage, toute perte, tout préjudice subis par le mandataire dans ce qui est véritablement l'exécution du mandat, à cause ou à l'occasion de cette exécution donnent droit à une indemnité que celui-ci peut réclamer du mandant (1), » pourvu que le mandataire salarié ou non n'ait commis aucune imprudence. L'équité répugne en effet à admettre que le fait de rendre un service puisse être préjudiciable à celui qui le rend avec zèle et désintéressement.

Comme garanties de ces diverses obligations que nous venons d'exposer brièvement, le mandataire a contre le mandant, à qui elles incombent, une action, qui peut être intentée solidairement à chacun des co-mandants, puis un droit de rétention. Disons quelques mots seulement de chacune de ces garanties.

a. L'action qui appartient au mandataire est une action personnelle, prescriptible pour trente ans (2), chirographaire — au moins en général — privilégiée cependant dans quelques cas particuliers (art. 2102, § 3 et 6; art. 6, 95, C. de Com.). Elle peut être exercée pour le tout contre l'un des co-mandants, ou, si l'on préfère, le mandataire jouit de plein droit contre eux du bénéfice de la solidarité (art. 2002). Telle était la décision admise en droit romain, et elle ne saurait être réputée contradictoire de celle que les rédacteurs du Code ont consacrée dans l'article 1995. « S'il est juste, disait avec raison Berlier, que, dans un acte officieux et sou-

(1) Pont, *op. cit.*, n° 1113.

(2) *Exception pour les avoués et les huissiers*, art. 2272, § 2, 2273, § 1.

vent gratuit, celui qui rend le service ait une action solidaire contre ceux qui tirent d'un 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. »

Mais cette solidarité si équitable est soumise à plusieurs conditions, il faut que le mandat soit constitué par le même acte, qu'il ait été donné par plusieurs personnes pour une affaire commune. Ces trois conditions doivent être nécessairement réunies : l'une d'elles fait-elle défaut, les co-mandants ne seront pas solidaires (1).

Nous avons dit que tout mandataire avait le recours solidaire de l'article 2002 ; il est certain qu'il appartient à tout mandataire conventionnel (2 ; le mandataire légal ne saurait au contraire se prévaloir des dispositions de cet article, car la solidarité constitue un droit anormal ; un texte formel peut seul faire bénéficier ceux qu'il désigne. Il est évident d'ailleurs que les termes employés dans l'article 2002 établissent que le législateur a eu en vue seulement les mandataires conventionnels.

b. Droit de rétention. — Nous avons admis sans difficulté que le mandataire avait un droit de rétention ; cependant la question est vivement controversée, et la chose n'est point étonnante si l'on songe que deux écoles se sont formées « sur l'étendue des conditions qui sont nécessaires pour que le droit de rétention puisse être invoqué. » L'une, « considérant le droit comme une faveur spéciale accordée par la loi, comme un privilége *sui generis*, par conséquent comme un droit exceptionnel, le restreignent aux cas où la loi en a fait la concession par une déclaration expresse (3). » L'autre « le rattachant aux principes généraux ou à l'équité, n'hésitent

(1) Cass., 7 février 1866 ; 12 mars 1833 ; 5 janv. 1819.
(2) Cass., 11 février 1834 ; Troplong, n° 689.
(3) Mourlon, *Exam. crit.*, n° 231 ; Pont, *op. cit.*, n° 298.

pas à l'étendre par analogie et le déclare applicable dans tous les cas où il existe au profit du possesseur un lien de droit né à l'occasion de la chose possédée (1). » Ce n'est pas ici, croyons-nous, le lieu de discuter la valeur respective des arguments produits; qu'il nous suffise de dire que, partisans du système extensif, nous croyons que les articles 1619, 1749 et 1948 ne prévoient pas les seules hypothèses où doive être accordé le droit de rétention.

A notre sens, il faut et il suffit, pour que le droit de rétention naisse, que celui qui l'invoque soit devenu créancier, à l'occasion de la chose qu'il détient, du propriétaire de cette chose; c'est dire que le mandataire, étant ainsi devenu créancier, pourra, bien qu'aucun texte précis ne le lui ait concédé, se prévaloir du droit de rétention; il pourra exercer ce droit sur les meubles comme sur les immeubles, pour se garantir du paiement non-seulement de ses déboursés et des indemnités auxquelles il peut prétendre aux termes de l'art. 2000, mais encore du montant du salaire promis (2). C'est que le droit de rétention est légitimé « par cela seul que l'obligation de restituer existe concurremment avec une autre obligation née à l'occasion de la chose; toutes les fois, en un mot, qu'on rencontre un lien entre la chose et la créance, qu'il y a *debitum cum re junctum* (3). »

(1) Troplong, *Priv. et hyp.*, t. I, n° 238; Aubry et Rau, tom. III, p. 115; DeOlombe, t. IX, n° 682.

(2) Cass., 17 janvier 1866; Bruxelles, 13 novembre 1817; en sens divers, Bordeaux, 14 janvier 1830; Cass., 10 août 1870; Metz, 2 janvier 1869; Rouen, 15 juin 1860; Cass., 12 août 1873, 29 novembre 1871.

(3) Cette conclusion et l'exposé sommaire des arguments qui la justifient ont été empruntés à la thèse de doctorat de notre excellent ami J. de Gounon-Loubens (*de la Rétention légale en Droit romain et en Droit français*), thèse récemment soutenue devant la Faculté de Toulouse, et que nous voudrions avoir l'autorité suffisante pour diguement louer.

CHAPITRE III

EFFETS DU CONTRAT DE MANDAT VIS A VIS DES TIERS

Pour apprécier les effets du contrat de mandat vis à vis des tiers, considérons successivement les obligations du mandataire et celles du mandant à leur égard. Elles font l'objet des articles 1997 et 1998.

a. Aux termes de l'art. 1997 : « Le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité, une connaissance suffisante de ses pouvoirs, n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au-delà, s'il ne s'y est personnellement soumis. » Cet article prévoit les cas où, par exception, le mandataire s'oblige vis à vis des tiers. Le principe général et qui résulte par *a contrario* de cet article, c'est que le mandataire ne contracte aucune obligation vis à vis des tiers, même au cas où il excède ses pouvoirs ; il est alors responsable exclusivement envers le mandant, étant à l'encontre des tiers un simple intermédiaire, un *nudus minister*. Et réciproquement, à raison de cette même qualité d'intermédiaire, il n'oblige point les tiers envers lui. Cette règle est propre au droit français, car on sait qu'en droit romain les agissements du mandataire avaient de tout autres effets.

Etudions les dérogations apportées à cette règle incontestée : Une condition est nécessaire, c'est que le mandataire ait outrepassé son mandat ; elle n'est pas suffisante, nous l'avons déjà dit, il faut en outre — c'est le premier cas prévu par l'art. 1997 — qu'il n'ait pas donné aux tiers une connaissance suffisante de ses pouvoirs. Une question préalable se pose et doit donc être résolue : Quand a-t-il donné suffi-

sante connaissance de ses pouvoirs, et surtout à qui incombe l'obligation de prouver que les termes de la procuration étaient suffisamment connus des tiers ? Est-ce le mandataire qui devra établir qu'il a mis ces tiers au courant de l'étendue de son mandat? Sont-ce ces tiers qui, au contraire, devront démontrer qu'ils ont été insuffisamment renseignés? En thèse générale, il faut imposer le fardeau de la preuve aux tiers ; ils ont traité avec ces mandataires agissant en cette qualité; ils sont présumés avoir pris connaissance complète de ses pouvoirs (1) ! Mais il est plus prudent de laisser, sur ce point, un pouvoir discrétionnaire aux tribunaux (2); suivant les espèces qui peuvent varier à l'infini et les circonstances de la cause, l'obligation devra peser sur les tiers ou sur le mandataire.

Deuxième dérogation : Le mandataire a dépassé les limites de son mandat, point d'obligation à sa charge, mais il sera tenu vis à vis des tiers, si, donnant suffisante connaissance de ses pouvoirs, il s'oblige personnellement et garantit l'exécution par le mandant des engagements qu'il contracte outre le contenu du mandat. Ces deux seules dérogations exceptées, le droit commun reprend son empire et la responsabilité du mandataire à l'encontre des tiers, des tiers à l'encontre du mandataire disparait dans tous les autres cas.

b. Passons aux obligations du mandant envers les tiers : L'art. 1998 les résume en ces termes : « Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement. » Les obligations du mandant ne naissent donc qu'à une double condition : La première

(1) Delvincourt, t. III, p. 241, n° 6.

(2) Cass., 26 juin 1845; Douai, 15 mai 1844; Aubry et Rau, § 415, note 11.

que le mandataire aura agi au nom du mandant; la deuxième qu'il se soit renfermé dans les limites du mandat. Telle est la théorie générale, elle découle de ce principe de la représentation, sur lequel nous avons insisté en étudiant l'art. 1984, et qui veut que le mandataire soit réputé l'instrument du mandant, lequel seul agit en réalité : *Qui mandat ipse fecisse videtur.*

Comment admettre que le mandant puisse se dispenser d'exécuter les engagements pris par le mandataire dans les limites que lui trace le mandat, puisque dans ces conditions il est censé les avoir contractés lui-même? Comment admettre, d'un autre côté, que le mandant puisse être contraint de ratifier les engagements contractés par le mandataire au-delà ou en dehors de ses pouvoirs, puisque, pour cet excédant, il n'y a pas mandat, et que le mandataire ne pouvant agir au nom du mandant ne le représente pas? Il est incontestable, d'ailleurs, qu'en ce qui concerne les tiers, le contenu apparent de la procuration détermine exactement l'étendue des droits conférés au mandataire; ainsi toutes modifications ultérieures à la procuration qui investit le mandataire du droit d'agir, ne sont pas opposables aux tiers (1); de même les tiers ne sauraient supporter les conséquences de tout acte frauduleux ou dolosif commis par le mandataire, bien que cet acte constitue un excès de pouvoir (art. 1384) (2).

Nous parlons, cela va sans dire, des tiers de bonne foi (3); seuls ils jouissent des avantages que nous venons d'énumérer (arg. d'anal., art. 2005, 2009.). La mauvaise foi aurait pour effet de les en priver; ils n'auraient aucun recours possible contre le mandant, à moins que celui-ci n'eût ratifié les actes faits par son mandataire.

(1) Paris, 17 août 1827; Cass., 24 février 1829.

(2) Cass., 8 novembre 1843; 14 juin 1847.

(3) Cass., 8 mars 1825; Amiens, 11 mai 1854; Orléans, 12 novembre 1860.

Quels sont donc les résultats juridiques que comporte la ratification ? Par elle, le mandant réparant le défaut de volonté qui existait de sa part au moment de l'acte, couvre l'excès de pouvoir commis par le mandataire ; de telle sorte que cet acte, qui d'abord ne lui était pas opposable, se transforme et devient un acte valablement exécuté par le mandataire dans les limites de son mandat. Le mandant enfin se soumet à l'application des art. 2001 et 1999 pour ces actes ainsi ratifiés : *Ratihabitio mandato comparatur.*

Il importe de ne point confondre cette ratification avec celle dont il est parlé dans l'article 1338 (1). Dans l'art. 1338, le législateur traite des obligations nulles ou rescindables et il dispose que pour effacer cette annulabilité il est nécessaire d'accomplir certaines formalités : « L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation, contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision, n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée. » Bien différente est la ratification à laquelle se réfère l'art. 1998. L'acte ratifié n'est ni annulable ni rescindable, il n'est pas opposable au mandant, il est vrai, mais parce qu'il est *res inter alios acta*, parce que le mandataire a commis un excès de pouvoir, a méconnu la volonté précise du mandant (2). Si cette volonté apparaît certaine, le vice dont l'acte était entaché quant à lui s'efface, et il s'approprie les conséquences de cet acte, *ab initio*, sans que l'effet rétroactif de la ratification puisse nuire en quoi que soit aux tiers (art. 1338, § 3) (3).

(1) Delvincourt, t. III, p. 248, n. 5; Duranton, t. XIII, n° 265, et t. XVIII, n° 258; Aubry et Rau, § 415, n. 4; Troplong, n° 609; Pont, n° 1071.

(2) Cass., 26 décembre 1815; Paris, 19 janvier 1826; Angers, 26 janvier 1849.

(3) Cass., 21 mars 1826; 6 juillet 1831; Riom, 31 juillet 1851; Paris, 14 mai 1853; Cass., 7 février 1854.

La ratification couvre valablement tous les excès de pouvoir d'un mandataire, même d'un mandataire apparent (1); qu'elle soit expresse ou tacite, elle a la même force; expresse, elle peut être verbale ou écrite, elle est soumise dans tous les cas aux règles qui régissent la matière des preuves; tacite, elle peut s'induire d'une foule de circonstances impliquant nécessairement chez le mandant la volonté de s'approprier les actes du mandataire (2). Elle ne peut jamais, quant au mandataire, résulter d'une approbation contenue dans une lettre missive adressée à des tiers; les lettres sont en effet la propriété personnelle et exclusive de ceux à qui elles sont destinées : aucune autre personne n'est admise à s'en prévaloir (3).

Il suit de là qu'il faut soigneusement distinguer la ratification à l'égard du tiers de la ratification à l'égard du mandataire; la première n'enlève point au mandant le droit de recourir contre le mandataire à raison de ses abus de pouvoir (4).

Enfin, et c'est par là que nous terminerons, la ratification, comme tous les actes d'un débiteur, est soumise à l'application de l'art. 1167 : faite en fraude des droits des créanciers, elle peut être attaquée par eux et annulée par la justice.

(1). Cass., 14 mars 1860.

(2). Bruxelles, 22 janvier 1809; Cass., 18 novembre 1824; 3 juin 1845, 9 mai 1853, 27 juillet 1863, 4 juin 1872, 14 janvier et 25 novembre 1873.

(3). Cass., 4 avril 1821.

(4). 28 mars 1855.

TROISIÈME PARTIE

Des modes d'extinction du mandat.

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. » Cette énumération est doublement défectueuse, aujourd'hui, la mort civile ayant été abolie par la loi du 31 mai 1854, il faut supprimer cette cause d'extinction ; de plus, il convient d'ajouter la consommation de l'affaire, pour l'exécution de laquelle le mandat a été donné, la réalisation du terme ou l'avénement de la condition dans l'hypothèse où ces deux modalités auraient été opposées au contrat.

Nous insisterons peu sur ces diverses causes d'extinction, nous avons, croyons-nous, suffisamment expliqué, dans la thèse de droit romain, pourquoi la mort du mandant et du mandataire, la révocation du mandataire, sa renonciation, la consommation de l'affaire, l'échéance du terme, l'avénement de la condition doivent nécessairement faire cesser le contrat de mandat. Nous n'avons qu'à nous référer aux développements donnés, et il suffit presque de reproduire les articles du Code pour saisir sa théorie, conforme de tous points à celle du droit romain.

a. Mort naturelle ou civile. — Sur l'article 2003 nous ferons de courtes observations ; la mort civile ayant été abolie par la loi de 1854, il ne saurait en être question comme d'une des causes d'extinction du mandat ; mais les effets de la mort

civile ayant été attribués à l'interdiction légale, l'interdiction légale mettra fin, comme jadis la mort civile, au contrat de mandat. En principe, le décès de l'une des parties fait cesser le contrat, sauf la dérogation introduite par l'article 1991, qui contraint le mandataire à continuer la gestion s'il y a péril en la demeure et la disposition de l'article 2010, qui impose aux héritiers du mandataire la double obligation de donner avis de la mort de leur auteur au mandant, et pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour les intérêts de celui-ci. On ne peut pas dire que le cas de décès *post mortem mandantis* soit un échec à notre règle, puisque le décès du mandant est le terme incertain, l'événement qui permet au mandataire d'agir et même l'y oblige (art. 1025); la preuve en est que si le décès du mandant était une cause d'extinction du mandat, le contrat aurait été nul *ab initio*.

Mais une exception incontestable, c'est celle qui veut que le mandat donné dans l'intérêt du mandant et du mandataire, d'un mandataire ou d'un tiers, subsiste même après la mort de l'un des contractants. Cela tient à ce que le contrat intervenu est alors un contrat mixte, si nous pouvons ainsi dire, participant à la fois des caractères et du mandat et des contrats synallagmatiques (l'exemple de l'*adjectus solutionis gratiâ* est aussi vrai dans notre droit que dans le droit romain ; même solution si l'objet du mandat exige la continuation des agissements) (1).

b. Changement d'état. — L'article 2003 cite l'interdiction, mais à titre d'exemple seulement ; il faut généraliser : tout changement d'état, survenu dans la personne du mandant, met fin au contrat de mandat, dès qu'elle le rend incapable de s'obliger, ou tout au moins réduit les pouvoirs conférés dans la limite où peut s'exercer la capacité du mandant, restreinte par ce changement d'état.

(1). Cass., 22 mai 1860.

Ainsi il convient d'étendre à la faillite l'effet de la déconfiture (1).

c. Il est plus spécialement traité de la révocation et de ses effets dans les articles 2004, 2005 et 2006 : « Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble, et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre soit l'écrit sous-seing privé qui la constate, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minute. » — « La révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire. » « 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. »

Ces trois articles n'appellent pas de longues explications. Le droit de révocation concédé au mandant, absolu lorsque le contrat a été fait en vue de son intérêt exclusif, lui est refusé si le mandat a été constitué en outre, dans l'intérêt du mandataire et d'un tiers : le concours de toutes les parties intéressées est nécessaire alors pour opérer cette révocation. Par application de la même idée, le mandant qui révoque un mandataire salarié, peut, d'après les circonstances de fait, être condamné à indemniser le mandataire à raison d'une révocation non motivée (2).

Nul doute que la révocation puisse être expresse ou tacite, verbale ou écrite. La révocation tacite résulte d'un ensemble de faits propres à déterminer chez toutes parties la certitude non équivoque que le mandant a la volonté de s'opposer à la continuation des agissements du mandataire. Un exemple de révocation tacite nous est donné par l'article 2006. Cependant les termes de cet article sont peut-être plus absolus

(1). Douai, 20 février 1847. — Cass., 24 août 1847. Le Code autrichien s'explique formellement sur ce cas d'extinction (Art. 1024).

(2). Bordeaux, 7 juillet 1837.

qu'il ne conviendrait : toute procuration donnée à un deuxième mandataire ne met pas fin, par elle-même, ou mieux par la notification qui en doit être faite, aux pouvoirs du premier mandataire, il est nécessaire qu'elle soit incompatible avec la première ; précisons qu'il n'est même pas nécessaire qu'elle soit valable, que la constitution même nulle d'un second mandataire n'en entraîne pas moins la révocation.

L'article 2006 porte que les effets de la révocation sont subordonnés à la notification qui doit en être faite. Cette notification peut être faite de beaucoup de façons : le vœu de la loi est rempli, et par suite la révocation est valable dès que le mandataire en a eu une connaissance suffisante, ou encore lorsque le mandant a usé du droit que lui confère l'article 2004 ; la reprise de la procuration écrite, remise par lui au mandataire est même un moyen plus sûr pour lui, car les tiers ne peuvent plus, dès l'instant où le mandataire n'est plus porteur de sa procuration, se prévaloir vis-à-vis du mandant de leur bonne foi, et exiger de lui l'accomplissement des obligations contractées envers eux.

La contre-partie de la révocation du mandataire, c'est sa renonciation. Elle doit être faite conformément aux dispositions de l'article 2007 : « Le mandataire peut renoncer au mandat en notifiant au mandant sa renonciation. — Néanmoins si cette renonciation préjudicie au mandant, il devra être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat, sans en éprouver, lui-même, un préjudice considérable. » Toute renonciation, pour être valable, doit donc être notifiée au mandant et ne lui causer aucun préjudice. Tel est le principe ; cependant, chacune de ces conditions comporte une exception ; la renonciation même préjudiciable au mandant est valable si l'exécution du mandat compromet gravement les intérêts du mandataire ; même non notifiée, elle produit ses effets, si le mandataire a été empêché de faire cette notification qu'exige l'article 2007 par une excuse sérieuse : ma-

ladie, éloignement, cas de force majeure, cas fortuit...

d. Effets de l'extinction du mandat. — Ces effets sont différents suivant que la cause qui les engendre se réalise toutes choses entières ou, au contraire, lorsque l'affaire a reçu un commencement d'exécution. La dissolution du mandat intervient-elle *rebus ad hùc integris?* Jamais le contrat de mandat n'a existé, nous l'avons dit. Se produit-elle après un commencement d'exécution? Les effets produits dans le passé sont définitivement acquis soit au mandataire, soit aux tiers : au mandataire tant qu'il ignore la cause de la dissolution (art. 2008) ; aux tiers, tant qu'ils peuvent être réputés de bonne foi, et il faut remarquer que la notification faite au mandataire ne suffit pas pour constituer les tiers de mauvaise foi (art. 2005) ; les tiers devront donc, pour plus de sûreté, être spécialement et nominativement avertis. Comment? La loi ne précise aucun moyen, n'impose aucun mode particulier, ce qu'elle entend seulement, c'est que la publicité soit suffisante, indiscutable.

Nous connaissons la portée de l'article 2010, dont nous avons dit un mot. Les héritiers du mandataire sont tenus, comme leurs auteurs, de la double obligation dont il parle. Point de doute pour les héritiers majeurs et pleinement capables ; pour les héritiers mineurs, les femmes, il convient, croyons-nous, de se montrer moins rigoureux, leur inexpérience des affaires, leur ignorance des prescriptions légales les protége contre l'application stricte de l'article 2010.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. Les sociétés, en général, ne constituent pas une personne morale.

II. Le prodigue, pourvu d'un conseil judiciaire, contracte une obligation naturelle susceptible d'être cautionnée.

III. Le mari est propriétaire même de la dot qui se compose de corps certains non estimés.

IV. Les prohibitions établies par les lois Julia et Pappia Poppœa étaient sanctionnées par la nullité du mariage, même avant Marc-Aurèle.

V. L'appréhension matérielle de la possession par le successeur, est une condition nécessaire de l'*accessio possessionum*.

DROIT COUTUMIER

I. Chez les Franks il n'a jamais été permis à chacun de suivre la loi qu'il lui plaisait de choisir.

II. Les bénéfices ecclésiastiques ne tirent pas leur origine du droit germanique, mais du droit canonique.

III. La maxime « nulle terre sans seigneur » n'était pas de droit commun.

IV. La théorie admise dans notre ancien droit en matière de cession de créances, ne rappelle en rien la théorie romaine du *procurator in rem suam* : elle découle en effet du droit germanique, non du droit romain.

DROIT CIVIL

I. Les donations entre époux sont révoquées de plein droit par la séparation de corps prononcée contre l'époux donataire.

II. La femme étrangère, mariée hors de France à un étranger, n'a point d'hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France.

III. La séparation de biens, conséquence de la séparation de corps, remonte au jour de la demande, comme la séparation de biens demandée principalement.

IV. Le mineur, placé sous la tutelle légale de son père, encourt, comme héritier de sa mère, la déchéance que prononce la loi du 23 mars 1855, par le défaut d'inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage, et non pas seulement par le défaut d'inscription dans l'année qui suit la cessation de la tutelle.

V. L'héritier bénéficiaire, adjudicataire par licitation d'un immeuble de la succession, peut purger.

VI. La caution est nécessairement subrogée contre le tiers détenteur, non le tiers détenteur contre la caution.

VII. Le créancier antérieur qui paie un créancier postérieur est subrogé de plein droit, aussi bien que le créancier postérieur qui paie un créancier qui lui est préférable.

PROCÉDURE CIVILE

I. Le successible condamné en qualité d'héritier pur et simple ne subira cette qualité *ergà omnes*, que si la nature

des prétentions, produites par lui au cours du procès, constitue un acte d'héritier.

II. Une saisie-arrêt ne peut pas être valablement faite par les créanciers d'une succession vacante.

III. On ne peut proroger la juridiction des tribunaux ordinaires dans une affaire dont la connaissance appartient aux tribunaux d'exception.

IV. Un Etat étranger peut être cité en France, lorsque la décision à intervenir n'oblige pas le tribunal français à s'ingérer dans les règlements administratifs de cet Etat.

DROIT COMMERCIAL

I. La prescription dont parle l'art. 108 C. de Com. n'est applicable qu'au cas de perte ou d'avarie, et non au cas de retard.

II. La faillite résulte de la cessation de paiement seulement des dettes commerciales et non des dettes civiles.

III. Le porteur est obligé de recevoir le paiement partiel qui lui est offert par l'accepteur.

IV. La femme peut être arbitre.

DROIT CRIMINEL

I. L'étranger, légalement jugé dans son pays à raison d'un crime commis en France, peut être de nouveau poursuivi à raison des mêmes faits et traduit devant les tribunaux français compétents, à son retour en France.

II. Le tribunal de répression, saisi d'une poursuite en adultère contre la femme, n'est point tenu de surseoir au cas où la prévenue invoquerait devant lui la nullité du mariage.

III. Le condamné par contumace à une peine afflictive et infamante qui a été repris ou qui s'est présenté après cinq

ans à dater de l'arrêt de condamnation, et a été alors condamné contradictoirement à une peine simplement correctionnelle, à suite de la déclaration du jury, ne saurait être admis à invoquer la prescription de cinq ans.

IV. L'accusée d'infanticide, acquittée par le jury, ne peut, à raison du même fait, être poursuivie correctionnellement pour homicide par imprudence.

DROIT DES GENS

I. Les créanciers d'une nation ne peuvent saisir les objets appartenant au domaine public de cette nation.

II. Le droit des gens doit accorder à l'un des belligérants le droit de saisir en mer la propriété privée de l'autre belligérant.

III. L'annexion doit être consentie par les habitants de la province qne le vainqueur se propose d'annexer.

IV. Les causes d'extradition doivent augmenter avec les progrès de la civilisation; l'indépendance des Etats ne sera nullement compromise par cette extension des cas d'extradition.

DROIT ADMINISTRATIF

I. La dualité des juridictions administratives et judiciaires est contraire au principe de la séparation des pouvoirs.

II. Les ministres n'ont pas le droit de faire des règlements. Ce droit est réservé exclusivement aux maires, aux préfets et au chef du pouvoir exécutif.

III. Si, au cours d'un travail public, l'administration indique à l'entrepreneur de nouvelles carrières pour en extraire des matériaux et que celui-ci refuse ce changement, si l'administration persiste dans sa volonté, l'entrepreneur devra être indemnisé de tout ce qu'il aurait pu gagner dans

la fourniture et le transport des matériaux, selon les dispositions de l'art. 1794 du Code civil.

ÉCONOMIE POLITIQUE

I. L'impôt progressif serait nuisible au développement de la richesse publique, puisqu'il découragerait l'épargne.

II. On ne peut dire d'*une façon absolue* que le système du libre échange soit préférable au système protecteur.

III. La liberté illimitée de l'intérêt, conforme au droit, ne saurait être réputée dangereuse au point de vue social.

IV. La notion du droit de propriété ne comporte pas nécessairement la liberté complète du droit de tester.

Vu par le Président de la Thèse,

ROZY.

Vu par le Doyen de la Faculté,

Le 18 juin 1877.

DUFOUR.

Vu et permis d'imprimer :

Toulouse, le 21 juin 1877.

Le Recteur de l'Académie,

DREYSS

« 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 (statut du 9 avril 1825, art. 11), 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. »

Cette Thèse sera soutenue en séance publique, dans une des salles de la Faculté de Droit de Toulouse.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

AVANT-PROPOS. — Origine, étymologie, définition du mandat. 7

PREMIÈRE PARTIE

DES ÉLÉMENTS ESSENTIELS A LA VALIDITÉ DU CONTRAT DE MANDAT; DE SA FORME ET DE SES MODALITÉS

CHAPITRE PREMIER. — De l'objet du mandat. 11
CHAPITRE II. — De l'intérêt 14

APPENDICE AU CHAPITRE II

DU MANDAT QUALIFIÉ

A. Analogies qui existent entre le *mandatum pecuniæ credendæ et la fidejussio* 24
B. Différences. 30

C. Comparaison du *mandator pecuniæ credendæ* avec le *fidejussor indemnitatis*. 38
Aperçu sur les *procuratores totorum bonorum*. 39
Chapitre III. — De la gratuité. 41
Chapitre IV. — Du consentement. 48
Chapitre V. — Des formes du mandat. 49
— De ses modalités. 53

DEUXIÈME PARTIE

DES EFFETS DU CONTRAT DE MANDAT

Chapitre Ier. — A. Des obligations du mandataire . . 57
— B. De l'action *mandati directa* 67
Chapitre II. — A. Des obligations du mandant. . . . 72
— B. De l'action *mandati contraria*. . . . 80
Chapitre III. — De la théorie de la non représentation dans les actes juridiques. . . . 82
— A. Actes extra-judiciaires. 86
— B. Actes judiciaires. 101

TROISIÈME PARTIE

Des causes d'extinction du mandat 104

DROIT ANCIEN. 109

DROIT ACTUEL

Justification de la définition de l'art. 1984. 129

PREMIÈRE PARTIE

DES ÉLÉMENTS ESSENTIELS A LA VALIDITÉ DU CONTRAT DE MANDAT. DE SA FORME

CHAPITRE Ier. — De l'objet du mandat. 141
CHAPITRE II. — De l'intérêt 145
CHAPITRE III. — De la nécessité de la représentation . 147
CHAPITRE IV. — De la capacité. 147
CHAPITRE V. — Du consentement. 153
CHAPITRE VI. — Des formes du contrat de mandat. . . 153
CHAPITRE VII. — Des diverses espèces de mandats. . . 171

DEUXIÈME PARTIE

EFFETS DU CONTRAT DE MANDAT

CHAPITRE Ier. — Obligations du mandataire envers le mandant. 193
CHAPITRE II. — Obligations du mandant envers le mandataire. 212
CHAPITRE III. — Effets du contrat de mandat vis-à-vis des tiers. 219

TROISIÈME PARTIE

DES CAUSES D'EXTINCTION DU MANDAT. 224
POSITIONS 229

Toulouse, Imprimerie VIALELLE et Cie, rue du Lycée, 9.