

dans les termes de la loi. L'acceptation tacite d'un mandat est une question de fait qui doit être abandonnée à l'appréciation du juge et que la loi aurait tort de définir, tout dépendant des circonstances de la cause (1).

§ II. De la capacité.

394. La première condition requise pour être mandataire, c'est de vivre. Cela est certes inutile à dire. Toutefois Troplong soulève la question; nous transcrivons ses paroles. « N'appellez pas mandat, dit-il, les faits et agissements qu'une congrégation religieuse impose à ses membres enchaînés par un vœu d'obéissance. La société de Jésus, par exemple, doit une entière obéissance à ses chefs. Le jésuite n'a pas de compte à leur demander; il est soldat et fait partie d'une milice où la première règle de discipline est de se soumettre. Il ne saurait avoir la position libre du mandataire qui, s'il a des obligations à remplir, a aussi des droits à exercer. Ainsi quand la société envoie le père Brisacier à Rome pour attaquer et faire condamner le beau livre d'Arnauld *De la Fréquente Communion*, Brisacier sera-t-il un mandataire? Non; le jésuite n'est qu'un instrument : *sicut baculus* ou *perinde ac cadaver* (2). »

Nous recommandons ces lignes, et chaque mot de ces lignes, à toute l'attention de nos lecteurs. Un *cadavre* ne peut être mandataire, pas plus qu'un *bâton*. Mais un *cadavre* peut-il figurer dans un contrat quelconque, comme acheteur, donataire? Un *cadavre* peut-il recevoir un legs, ou recueillir une succession? Question plus grave : Un *cadavre* peut-il voter, être électeur? Nous écrivons ces mots un jour d'élection; on y voit des *cadavres* exercer le droit de souveraineté. Troplong a raison de dire que cela est une impossibilité juridique. Ce n'est pas le jésuite, ce n'est pas le moine qui parle et qui agit, c'est son général. A l'époque où Troplong écrivait, le dogme de l'infaillibilité n'était

(1) Pothier, *Du mandat*, nos 32 et 33. Pont, t. I, p. 444, n° 870.

(2) Troplong, *Du mandat*, n° 42.

pas encore proclamé. Aujourd'hui il faut dire de tout prêtre ce que Troplong disait des jésuites : tous les clercs, séculiers ou réguliers, doivent une obéissance aveugle au pape; tous sont devenus des machines, des bâtons ou des cadavres. Ils sont donc tous radicalement incapables de quelque acte juridique que ce soit. Nous connaissons la distinction qu'on opposera à la doctrine de Troplong; la loi civile ne reconnaît plus les vœux; à ses yeux, le jésuite n'est point un cadavre. Tristes accommodements avec la vérité, pour échapper aux conséquences d'un dogme absurde! Une seule et même personne peut-elle être tout ensemble un cadavre et un homme vivant? Il y a fiction, mensonge, d'un côté ou de l'autre. Toujours est-il qu'il y a là un grave danger pour les peuples : la direction spirituelle de milliers de fidèles, l'éducation intellectuelle des générations naissantes, sont confiées, en tout ou en grande partie, à des *cadavres*! C'est Rome qui règne, par l'organe de ceux qui ne sont plus que ses instruments. Est-ce là l'exercice de la souveraineté du peuple? La vie politique, comme la vie civile, n'est que fiction et mensonge.

395. Le code parle de la capacité requise pour être mandataire; il ne parle pas de la capacité requise pour être mandant. Tarrible, le rapporteur du Tribunal, dit qu'il était inutile de définir la capacité du mandant, puisqu'elle résulte de la nature même du mandat : « Ce contrat n'ayant d'autre objet que celui de confier au mandataire la gestion d'une affaire dont tout l'intérêt se rapporte au commettant, il est évident que celui-là seul qui a la capacité de traiter cette affaire peut en confier l'exécution à un autre, et qu'ainsi 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). » En réalité, c'est le mandant qui parle, qui contracte, qui agit; il doit donc être capable de faire ce qu'il fait par l'intermédiaire du mandataire.

Il suit de là que l'on ne peut pas exiger du mandant la pleine capacité de contracter que l'article 1108 semble exi-

(1) Tarrible, Rapport, n° 10 (Loché, t. VII, p. 379).

ger de tous ceux qui contractent. La femme mariée est placée parmi les incapables : est-ce à dire qu'elle ne puisse pas donner un mandat ? Cela dépend des conventions matrimoniales qui peuvent donner à la femme une certaine capacité. Si elle est séparée de biens, soit par contrat, soit par jugement, elle a la libre administration de ses biens ; elle est donc capable quant à cette administration ; partant, elle peut donner un mandat concernant des actes d'administration qu'elle a capacité de faire. Il en est de même du mineur émancipé : quoiqu'il soit au rang des incapables, l'émancipation lui confère une certaine capacité, analogue à celle de la femme séparée de biens ; pouvant faire par lui-même des actes d'administration, il a aussi le droit de donner à un mandataire pouvoir de les faire. Quant aux personnes placées sous conseil judiciaire, la règle est la capacité, l'incapacité est l'exception. Cela détermine aussi leur capacité de donner un mandat (1).

396. La cour d'Amiens a fait une application intéressante de ces principes. Une femme donne à son mari procuration générale et spéciale à l'effet d'emprunter, de telles personnes qu'il jugerait à propos, les sommes qu'il jugerait convenables et nécessaires à leurs affaires, fixer les intérêts, l'époque de leur service et celle du remboursement des capitaux, obliger solidairement la constituante avec le mandataire au paiement des obligations en principal, intérêts et accessoires, céder et déléguer aux prêteurs les reprises et créances matrimoniales de la dame constituante, les subroger dans l'effet de l'hypothèque légale attachée aux reprises de créances, le tout antérieurement et de préférence à ladite dame. En vertu de cette procuration, le mari contracte divers emprunts, dans lesquels il agit tant en son nom personnel que comme mandataire de sa femme, solidairement obligée avec lui. Plus tard, la femme, séparée de biens par jugement, oppose à ces obligations contractées en son nom la nullité du mandat. La cour d'Amiens lui donna gain de cause. La femme est incapable, elle ne peut agir qu'avec l'autorisation de son mari ou de

(1) Pont, t. I, p. 485, n° 961.

justice, et cette autorisation doit être spéciale, l'autorisation générale n'est valable que pour l'administration de ses biens. Or, la femme ne peut donner un mandat que dans les limites de sa capacité ; elle ne peut donc donner à son mari qu'un mandat spécial quand il s'agit d'emprunts. Il y avait une difficulté : le mandat, disait-on, est spécial, puisqu'il porte uniquement sur les emprunts. Cela est vrai d'après l'article 1988. Mais, dans l'espèce, il ne s'agissait pas de savoir si le mandat était général ou spécial d'après l'article 1988 ; il s'agissait de déterminer la capacité de la femme mariée, et celle-là est régie par l'article 223 ; incapable d'emprunter sans une autorisation pour chaque emprunt, elle était par cela même incapable de donner un mandat général d'emprunter. Cette interprétation de la loi est aussi fondée en raison. Si la femme est déclarée incapable, c'est pour que le mari veille à ses intérêts et à ceux de la famille, en examinant chaque acte que la femme est dans le cas de faire, avant de donner son autorisation. Il faut donc empêcher la femme de faire par voie de procuration ce qu'elle est incapable de faire personnellement. La procuration litigieuse violait ce principe, c'était un mandat qui donnait au mari le pouvoir de ruiner la femme (1).

397. Faut-il être capable pour accepter un mandat ? Le code ne répond pas directement à la question ; il se borne à dire que les femmes mariées et les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires ; or, les mineurs émancipés et les femmes mariées sont incapables de contracter, donc il y a des incapables qui peuvent accepter un mandat ; partant, la capacité de contracter n'est pas requise de la part des mandataires pour la validité du mandat. Il est vrai qu'il y a des incapables dont la loi ne parle pas, les mineurs non émancipés et les interdits ; mais ce que l'article 1990 dit de deux catégories d'incapables doit être étendu à tous ; parce qu'il n'y a aucune raison pour déclarer les uns capables d'être mandataires et pour déclarer les autres incapables. Les motifs que l'on a donnés pour justifier la disposition de l'article 1990 s'appliquent identi-

(1) Amiens, 1^{er} mars 1839 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 57).

quement aux mineurs non émancipés et aux interdits; et c'est le cas de dire que là où il y a des motifs identiques de décider, il doit y avoir même décision. Toutefois il y a une raison de douter : l'article 1990 ne déroge-t-il pas à la règle générale de l'incapacité de contracter, en déclarant que certains incapables sont capables de contracter un mandat? Et toute exception n'est-elle pas de la plus stricte interprétation? Nous répondons que le point de départ de cette argumentation n'est pas exact. Il n'est pas vrai de dire que l'article 1990 rende les incapables capables de contracter : cela est une impossibilité juridique. A vrai dire, cette disposition est une conséquence de la nature spéciale du mandat, en ce qui concerne le rôle que le mandataire y joue. C'est ce que va nous dire le rapporteur du Tribunal. S'il en est ainsi, on ne peut plus appliquer à l'article 1990 le principe d'interprétation qui régit les exceptions; il faut dire, au contraire, avec le rapporteur du Tribunal, que la disposition est générale et comprend tous les incapables. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (1).

On demande pourquoi la loi ne parle pas des mineurs émancipés et des femmes mariées, alors que l'article 1124 déclare tous les mineurs incapables de contracter ainsi que les interdits? On a dit que le législateur a voulu seulement déterminer les effets de l'acceptation du mandat conféré à des incapables qui ont l'administration de leurs biens sans en avoir la disposition (2). C'est chercher trop loin, nous semble-t-il, et la remarque ne serait pas même juste en ce qui concerne les femmes mariées; car il n'y a que les femmes séparées de biens qui aient la capacité d'administrer, tandis que l'article 1990 parle des femmes mariées en général qui sont incapables d'administrer aussi bien que de disposer. Il y a une explication beaucoup plus simple de l'article 1990, et l'explication la plus naturelle est toujours la meilleure. La loi n'a pas pu supposer que les mineurs non émancipés et les interdits acceptent un mandat,

1) Duranton, t. XVII, p. 210, n° 212, et tous les auteurs. Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. IV, p. 639, note 10, § 411, et Pont, t. I, p. 486, n° 985.

(2) Aubry et Rau, suivi par Pont (voir ci-dessus, note 1).

c'est-à-dire agissent et contractent, parce que, d'après notre droit, les mineurs et les interdits ne figurent jamais dans les contrats, alors même qu'ils y sont personnellement intéressés : c'est le tuteur qui les représente dans tous les actes civils. Tandis que les mineurs émancipés et les femmes mariées n'ont point de représentant légal, ils agissent eux-mêmes, leur incapacité consiste en ce qu'ils doivent être assistés ou autorisés; on conçoit donc légalement qu'on les choisisse pour mandataires.

398. Au premier abord, la disposition de l'article 1990 paraît étrange. C'est la loi qui déclare incapables de contracter les mineurs émancipés et les femmes mariées, et voilà la loi qui les déclare capables de contracter un mandat. La contradiction n'est qu'apparente. Le mandat a pour objet un fait juridique; donc régulièrement le mandataire traite avec des tiers. Doit-il être capable de contracter, sous ce rapport? Non, car ce n'est pas lui qui contracte, c'est le mandant; les tiers n'ont pas action contre le mandataire, ils ont action contre le mandant, il suffit donc que le mandant soit capable, l'incapacité du mandataire est chose indifférente en ce qui concerne les tiers. « Que le mandat, dit Tarrible, ait été donné à un mineur ou à un majeur, à une femme mariée ou à un homme jouissant de la plénitude de ses droits civils, la personne du mandataire disparaît comme un échafaudage devenu inutile après la construction de l'édifice, et la transaction relative au commettant, seul intéressé, a toute la solidité dont il est susceptible. »

Le mandat a une autre face : 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 (art. 1991); l'article 1992 ajoute qu'il répond, non-seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. De là naît la question de savoir si l'incapable chargé d'un mandat est tenu, à l'égard du mandant, des obligations qui naissent du mandat. L'article 1990 répond à la question en ces termes : « Le mandant n'a d'action contre le mandataire mineur que d'après les règles générales relatives aux obligations des mineurs. »

C'est dire que le mineur peut lui opposer sa minorité, par suite son incapacité; or, son incapacité consiste à ne pas être lésé; donc le mineur ne peut jamais éprouver un préjudice de l'acceptation du mandat. On dira que le mandant sera lésé si, ayant souffert un dommage de l'inexécution du mandat, il ne peut pas réclamer de dommages-intérêts contre le mineur mandataire. La réponse à l'objection est facile. Le mandant a choisi un mandataire incapable, et sachant qu'il n'aurait pas d'action contre lui; il doit accepter les conséquences de son fait. Tout ce que la loi pouvait faire, c'était de lui laisser une entière liberté dans son choix; il peut confier le mandat à un incapable, mais s'il le fait, il s'expose aux conséquences de son incapacité.

Il en est de même de la femme mariée. D'après l'article 1990, le mandant n'a d'action contre la femme mariée, sans autorisation de son mari, que d'après les règles établies au titre du *Contrat de mariage et des droits respectifs des époux* (1). La loi aurait dû ajouter le titre du *Mariage*, car c'est dans ce titre que se trouvent les règles qui régissent l'incapacité de la femme mariée. Toujours est-il que la femme mariée pourra opposer son incapacité au mandant, de même que le mineur, et cette incapacité est encore plus absolue, puisque le défaut d'autorisation vicie et annule tout ce que la femme fait.

399. Reste une difficulté, particulière à la femme. Elle accepte un mandat sans autorisation. Le mari peut-il s'opposer à ce que la femme reçoive ou exécute le mandat? Berlier, l'orateur du gouvernement, répond que le mari a incontestablement ce droit. Cela nous paraît très-douteux. Le rapporteur du Tribunat est bien plus réservé, il se borne à dire que les auteurs du code ont pensé que les femmes, en général, respecteraient le précepte qui leur commande l'obéissance à leur mari, et qu'elles n'accepteraient pas un mandat contre leur gré ou leur volonté (2). Mais qu'arrivera-t-il si la femme ne le respecte pas? Le mari pourra-t-il demander la nullité du mandat? La négative

(1) Berlier, Exposé des motifs, n° 5 (Loché, t. VII, p. 374).

(2) Tarrille, Rapport, n° 10 (Loché, t. VII, p. 380).

nous paraît certaine; elle est écrite dans la loi. L'article 1990 permet aux femmes mariées d'accepter un mandat sans autorisation maritale; la femme agit donc légalement en acceptant le mandat sans y être autorisée. Ceci n'est pas une violation de la puissance maritale, au moins en ce qui concerne l'incapacité de la femme mariée. Qu'est-ce que l'incapacité de la femme mariée? Elle ne peut faire aucun acte juridique sans y être autorisée; cette autorisation est requise pour sauvegarder les intérêts de la femme et ceux de toute la famille; or, l'acceptation du mandat ne compromet aucunement ces intérêts, puisque la femme n'encourt aucune responsabilité. Le mari n'a donc ni droit ni intérêt à s'opposer à l'acceptation du mandat. Sans doute il peut ne pas lui convenir que sa femme remplisse l'office de mandataire; en ce sens il peut lui défendre de l'accepter, mais cette défense n'a rien de commun avec l'incapacité de la femme, ni avec l'autorisation maritale. Si la femme désobéit, elle manque à son devoir, mais le mandat n'en restera pas moins valable.

400. L'application des principes qui régissent l'incapacité soulève une question très-délicate. Un incapable donne un mandat; le mandataire et les tiers qui concourent à l'exécution du mandat sont de bonne foi : nul dans son principe, le mandat est-il valide par la bonne foi de ceux qui l'exécutent? Voici l'espèce dans laquelle la difficulté s'est présentée. Un commerçant est déclaré en faillite le 3 juillet 1860; le 15 juin, il avait tiré sur un marchand une lettre de change formant le prix des marchandises qu'il venait de lui expédier, et le 7 juillet, ainsi quatre jours après la déclaration de sa faillite, il chargea une maison de banque de Jersey de faire opérer pour lui le recouvrement en France de cette lettre de change qu'il lui endossa, en causant son endossement en ces termes : *valeur à recouvrer*. La traite fut touchée par les correspondants du banquier, lequel versa entre les mains du failli, alors à Jersey, la somme ainsi recouvrée. Action des syndics de la faillite, en nullité du paiement ainsi que du mandat donné par le failli pour le recevoir. Le tribunal de commerce déclara le mandat nul, et condamna en consé-

quence le mandataire et son correspondant à restituer la somme payée. Sur le pourvoi en cassation, cette décision a été confirmée par un arrêt de rejet. La cour rappelle qu'aux termes de l'article 443 du code de commerce, le jugement déclaratif de faillite emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le failli de l'administration de tous ses biens. Il s'ensuit que le mandat donné par le failli postérieurement à ce jugement, et ayant pour objet la disposition d'une partie de son actif, n'est pas valable et ne peut conférer un droit qu'il n'était plus capable d'exercer lui-même. C'est l'application rigoureuse du principe qui régit la capacité du mandant (n° 395). Reste à savoir si la bonne foi du mandataire et des tiers valide le mandat. Le pourvoi invoquait les articles 2008 et 2009 : « Si le mandataire ignore la mort du mandant ou l'une des autres causes qui font cesser le mandat, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide; et, dans ce cas, les engagements du mandataire sont exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi. » N'en faut-il pas conclure par analogie que la bonne foi du mandataire et des tiers valide le mandat donné par un incapable? La cour de cassation répond que l'analogie n'existe point; les articles 2008 et 2009 supposent un mandat valable et qui a pris fin sans que le mandataire et les tiers en aient eu connaissance; tandis que, dans l'espèce, il n'y a jamais eu de mandat, puisqu'il était nul dans son principe. On conçoit que le mandataire régulièrement constitué soit fondé à exciper de sa bonne foi, quant aux causes d'extinction de ses pouvoirs, qu'il a pu ignorer, mais la bonne foi ne peut pas valider un contrat nul; ici il faut appliquer le principe que ceux qui contractent avec un incapable sont censés connaître son incapacité. La cour de cassation ajoute que cette décision rigoureuse est aussi fondée en équité : l'exception réclamée au nom de la bonne foi du mandataire et des tiers donnerait lieu à d'inévitables abus et à des fraudes au préjudice de la masse des créanciers, en laissant au failli la faculté de disposer indirectement de ses biens postérieurement à son dessaisissement (1).

(1) Rejet, 14 janvier 1862 (Daloz, 1862, 1, 168).

§ III. De l'objet.

N° 1. PRINCIPE.

401. Le mandat a pour objet de faire *quelque chose* pour le mandant et en son nom. C'est l'expression, un peu vague, de l'article 1984. La *chose* doit être un acte juridique; il ne s'agit pas d'un fait matériel à accomplir, il s'agit de représenter le mandant, ce qui est un fait juridique. En principe, tout acte juridique peut faire l'objet du mandat. Il y a cependant des exceptions, des actes qui doivent être accomplis par la personne même qui est dans le cas de les faire. En matière de mariage, il y a plusieurs de ces exceptions. Nous avons enseigné que le mariage ne peut pas être contracté par mandataire; ce point est controversé. L'article 294 exige la comparution en personne devant l'officier de l'état civil des époux dont le divorce par consentement mutuel a été admis; il faut la présence des époux pour prononcer la dissolution du mariage, comme il faut leur présence pour le former. D'après le code de procédure (art. 877), les époux, en cas de demande de séparation de corps, sont tenus de comparaître en personne devant le président du tribunal. Le code de procédure veut encore que le serment soit fait par les parties en personne et à l'audience (art. 121). La nature de ces divers actes explique le motif pour lequel la loi ne permet pas de les accomplir par mandataire (1).

402. Le fait doit être licite. C'est l'application d'un principe général qui a été exposé au titre des *Obligations*. Quand le fait est illicite, la loi ne reconnaît aucun effet à la convention, c'est une obligation sur cause illicite, puisque la cause se confond avec l'objet des contrats, et quand la cause est illicite, l'obligation est inexistante; elle ne peut avoir aucun effet (art. 1131 et 1133). Il a été jugé que celui qui a accepté le mandat de faire la contrebande n'a aucune action contre le mandant s'il est condamné à

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 640, note 12, § 411. Pont, t. I, p. 407, n° 811.