

l'expérience en offrent de quotidiens. Si vous priez votre ami qui va voyager en Suisse de vous rapporter une montre de Genève; si vous écrivez à votre ami de Nancy de vous acheter comptant à Baccarat un vase de cristal, et de vous le remettre à son premier voyage à Paris, il est clair que cet ami n'a pas besoin de faire-savoir au vendeur qu'il agit en votre nom. Qu'importe, en effet, au vendeur qui est payé comptant? Le mandat est ici une affaire qui ne concerne que vous et votre ami.

Enfin, pour ne pas multiplier les citations, contentons-nous de rappeler le contrat de command qui donne à l'art. 1984 un si remarquable démenti.

L'art. 1984 n'a donc pas parlé avec une exactitude rigoureuse. Pour l'interpréter sagement, il faut le prendre dans un sens indicatif du cas le plus ordinaire, et non pas dans un sens limitatif et prohibitif (1). D'après les idées qui ont présidé à la constitution du mandat chez les Romains, il est certain que le mandataire ne pouvait pas agir au nom du mandant (2); voilà le point de départ. Or, dans le passage de ces idées jusqu'à nous, serait-il arrivé,

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 4, n° 26, *in fine*, et t. 2, n° 342.

Mon com. du *Louage*, t. 3, n° 810.

Un article publié par moi, *Revue de législation*, t. 16, p. 69.

Pothier, dans sa définition du mandat, n'exige pas que le mandataire agisse au nom du mandant. (Mandat, n° 4.)

(2) *Suprà*, n° 4.

non pas seulement qu'on aurait modifié et élargi cette situation du mandataire, mais que le propre du mandat eût été de l'exclure entièrement, pour lui substituer un rôle toujours représentatif!! C'est ce que nous ne pouvons admettre.

9. Ce n'est pas tout. L'art. 1984, après avoir donné la définition de l'ordre d'agir, se borne à rapprocher cet ordre de l'acceptation, et il paraît croire que la définition du contrat de mandat suit naturellement et forcément de cette juxtaposition. Mais il se trompe. Ce qui en effet n'était qu'un *pouvoir* d'agir avant l'acceptation devient, depuis l'acceptation, une *obligation* d'agir; et le mandataire n'a pas seulement le pouvoir d'agir, il en a le devoir. Or, l'art. 1984 n'exprime pas cette partie du rôle du mandataire; il laisserait même croire, si on le prenait à la lettre, que le mandataire peut répudier le mandat en tout état de cause, et se comporter en homme dont le pouvoir ne dépend que de sa volonté (1). Il n'en est cependant pas ainsi, et si on combine l'art. 1984 avec l'art. 1991, on voit que le mandataire est *tenu d'accomplir le mandat*. Le mot *pouvoir*, inséré seul dans l'art. 1984, est donc insuffisant et trompeur (2).

10. Maintenant qu'on aperçoit les lacunes et les vices de la définition de l'art. 1984, nous dé-

(1) Mon com. du *Louage*, t. 3, n° 810.

MM. Championnière et Rigaud, t. 2, n° 1479.

(2) *Infrà*, n° 13.

velopperons celle que nous avons donnée ci-dessus, en nous rattachant à Cujas (1).

Nous avons dit que le mandat est un contrat consensuel. En effet, il est parfait par le consentement (2), et n'est pas du nombre des contrats qui, comme le dépôt, exigent la tradition d'une chose (3). Aussitôt que la volonté du mandant et celle du mandataire se sont rencontrées, le contrat a atteint son dernier degré de perfection. Le mandataire s'oblige à tous les devoirs énumérés dans les art. 1991 et suivants, et le mandant se soumet à tous ceux des art. 1998 et suivants (4).

11. Nous avons ajouté que le mandat est imparfaitement synallagmatique. En effet, la seule obligation qu'il engendre principalement et directement est celle du mandataire qui, par l'acceptation de la procuration, s'engage à faire l'affaire dont il s'agit, et à rendre compte (5). C'est pourquoi les Romains appelaient cette obligation *obligatio man-*

(1) *Suprà*, n° 4. Voici la définition de M. Merlin : une convention par laquelle quelqu'un se charge de faire quelque chose pour une autre personne. (Répertoire, v° *Mandat*.)

*Junge*. M. Championnière et Rigaud, t. 2, n° 1479.

(2) Paul : *Consensu contrahentium consistit*. L. 1 D., *Mandati* (lib. 32, *ad edict.*).

*Junge* l. 2, *e oblig. et actionib.*

(3) Art. 1919 C. c.

(4) Pothier, n° 4.

(5) *Infrà*, nos 28 et 39, et 107.

*dati directa* (1). Quant à l'obligation du mandant d'indemniser le mandataire, elle n'est qu'indirecte (*obligatio mandati contraria*); elle découle moins d'une obligation particulière au mandat, et spécifique, que du principe général qui ne veut pas qu'on s'enrichisse aux dépens d'autrui. Elle ne naît même que *ex post facto*, et point par une inévitable nécessité; car si le mandataire n'a rien déboursé, et qu'aucun honoraire ne lui ait été promis, le mandant est exempt de toute obligation; tandis qu'au contraire il ne peut y avoir de mandat sans que le mandataire ne contracte, par une nécessité invincible, l'obligation d'agir et de rendre compte (2).

12. Nous avons donné au mandataire le nom de procureur. Je sais cependant qu'un savant jurisconsulte, Hilliger, veut qu'il y ait entre le procureur et le mandataire la différence de l'espèce au genre : *Differunt ut genus et species. Omnis procurator mandatarius; non contra* (3). Puis il ajoute tout de suite comme exemple : *Qui ex meo mandato, alteri dat pecuniam, pro me fidejebet. Mandatarius est, non procurator*. Mais Hilliger ne donne-t-il pas au mot mandat une trop grande extension? Ne le fait-il pas sortir des termes caractéristiques dans les-

(1) Ulp., lib. 42, § 7 et 9, D., *Mandati*.

(2) Pothier, n° 5.

*Junge* mon com. du *Prêt*, nos 7, 198, 246, et mon com. du *Dépôt*, 7. MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 4, n° 96. *Infrà* mon com. du *Cautionnement*, n° 522.

(3) Sur Doneau, lib. 43, c. XI, note (1) de la page 864.

quels il doit rester renfermé pour signifier l'agissement spécial dont nous nous occupons ici ?

Sans doute, si on voulait appeler du nom de mandat tous les ordres d'agir, Hilliger aurait raison; mais il n'en est pas, et il ne saurait en être ainsi. L'ordre que je donne à mon fermier pour me faire un charroi, que je me suis réservé par mon contrat de bail, ne doit pas être rangé dans la catégorie du mandat; il se rattache au contrat de louage. Il en est de même de la commission dont je charge mon domestique. Cicéron l'a très bien dit: *Non omnes sunt, aut appellantur procuratores, qui negotii nostri aliquid gerunt* (1). Chez les Romains, on ne confondait pas avec le mandat les ordres que le maître et le père de famille donnaient à leur esclave ou à leur fils *in potestate*, lesquels, étant tenus d'obéir, étaient obligés, non pas *ex mandato*, mais en vertu de leur état de dépendance (2). Il faut donc voir, dans cette matière, si l'ordre n'aboutit pas à un agissement spécial distinct du mandat. Dans le cas d'affirmative, il serait bien inutile de chercher un procureur, un mandataire, puisqu'il s'agit d'autre chose que du mandat. Mais, toutes les fois que l'agissement sera concentré dans les fins du mandat proprement dit, celui qui aura accepté l'ordre pourra toujours être qualifié de procureur: c'est ce qu'ont

(1) *Pro Cecinâ*, n° 20.

(2) Heineccius sur les *Instit.*, *Mandati*, § 954. V. le titre du Digeste *Quod jussu*.

enseigné les Doneau (1), les Cujas (2); c'est ce qu'ont positivement déclaré les lois romaines (3). D'ailleurs, quelle autre définition pourrait-on donner du mandataire que celle qu'Ulpien donne du procureur: *Procurator est qui aliena negotia, mandatu domini, administrat* (4). Enfin l'art. 1984, défectueux à tant d'égards, est ici dans le vrai quand il constate la synonymie du mandataire et du procureur; il parle la vraie langue du droit.

13. Notre définition ajoute que le mandataire s'oblige à agir: ceci a de l'importance.

Si, avant d'accepter l'ordre, le mandataire ne puise que dans sa bonne volonté seule la résolution de se charger de l'affaire, après son acceptation il est étroitement lié à des devoirs nombreux qui sont désormais de nécessité pour lui. *Ab initio, voluntatis; ex postfacto, necessitudinis*. Maître dans l'origine d'accepter ou de refuser la mission proposée à ses soins, il en devient esclave quand les choses ne sont plus entières par l'effet de son adhésion (5).

14. Or, puisque le mandat impose une charge, et que le mandataire a contracté une obligation

(1) *Quem uno verbo mandatarium et procuratorem in usu juris nominamus*. Lib. 13, c. XI, n° 1.

(2) V. *suprà*, n° 4, note, la définition du mandat: *animo procuratoris*, dit Cujas.

(3) L. 10, § 7, D., *Mandati*.

Ulpien exige, pour qu'il y ait mandat, *animo procuratoris*.

(4) L. 1 D., *De procurator*.

(5) *Suprà*, n° 9.

caractérisée, on ne confondra pas cette obligation avec les services bénévoles qu'une personne consent à rendre à une autre sans y être tenue et sans entendre se lier. Je le répète : le mandat, qui dans l'origine n'était qu'un acte officieux, se traduit, en définitive, en un acte d'obligation et de nécessité. Mais tous les services qu'on rend n'ont pas ce caractère ; ils n'aboutissent pas à cette fin juridique. Il y en a qui restent précaires jusqu'au bout. C'est au jurisconsulte à examiner si les parties ont voulu, oui ou non, passer sous le joug d'un contrat engendrant charge, obligation et action.

C'est par suite d'une telle appréciation qu'il faut décider que la personne qui rend un service par pure complaisance, ou par humanité (1), ne s'engage ni comme mandataire ni comme locateur d'ouvrages. Une assistance bénévole reste dans le domaine des actes volontaires et libres ; elle n'a pas pour cause un *vinculum juris* (2).

15. Aussi Ulpien enseigne-t-il dogmatiquement que, pour que l'agissement prenne le caractère du mandat, il faut que la personne qu'on a chargée

(1) La loi 2 D., *De proxeneticis*, où l'on trouve les mots *philanthropiæ nomine*, n'est pas applicable à cet ordre d'idées. Ulpien appelle du nom de *philantropium* le salaire du proxénète (Cujas, *Observ.*, lib. XI, c. 18), et il dit que, malgré le salaire, le courtier n'est pas censé s'obliger lors même qu'il a vanté l'affaire.

(2) Casaregis, *disc.* 30, n<sup>os</sup> 40, 42, 43. L. 12 D., *Mandati*, et 1, *fin.*, C., *Quod cum eo*.

de ses intérêts ait entendu agir *procuratoris nomine* (1) ; car si elle n'a voulu que donner ou des avertissements dictés par l'amitié, ou même des conseils, elle n'a pas contracté d'obligation ; elle n'est tenue qu'autant qu'elle aurait commis un dol. (2) *Nemo*, dit Caius (3), *ex consilio obligatur, etiam si non expediat ei cui dabitur; quia liberum est cuique apud se explorare an expediat sibi consilium*. Et Ulpien : *Consilii non fraudulentum, nulla obligatio est* (4). Entre le mandat et le conseil, il y a une énorme différence. Si je fais librement ce que mon ami m'a conseillé loyalement, de quoi pourrai-je me plaindre en cas de non-succès ? Était-ce un ordre qu'il me donnait ? N'étais-je pas maître de suivre son avis (5) ? Sans doute, si le conseil était frauduleux, j'aurais une action contre lui (6). Mais, même dans ce cas, l'action ne serait pas l'action *mandati*, ce serait l'action *de dolo* (7).

Voici un exemple de cette règle : J'ai à Rome un mandataire, à qui j'écris de ne placer mes fonds qu'après avoir consulté Sempronius, mon ami ; ce

(1) Ulp., l. 10, § 7, D., *Mandati*, et Cujas, cité *suprà*, n<sup>o</sup> 4 (note).

(2) *Id.*

(3) L. 2, § 6, D., *Mandati*. Junge Justinien, *Inst.*, § 6 ; D., *Mandati*.

(4) L. 47 D., *De regulis juris*.

(5) L. *In re mandatâ*, C., *Mandati*.

(6) Ulp., l. 47 D., *De reg. juris*.

(7) Favre sur la loi 2, § 6, D., *Mandati*.

Doneau, lib. 13, c. X, n<sup>o</sup> 12 et 13.

dernier donne à mon représentant un avis loyal; mais il se trouve que le placement conseillé est mauvais. Aurai-je une action contre Sempronius? Non. Sempronius n'est intervenu dans mes affaires que par complaisance; il n'avait pas accepté un vrai mandat. *Non animo procuratoris intervenit, sed affectionem amicalem promisit in monendis procuratoribus.* » Ce sont les paroles d'Ulpien (1).

16. C'est pourquoi la jurisprudence décide que l'avocat qui se trompe dans les consultations qu'il donne à ses clients est exempt de responsabilité toutes les fois qu'il n'a pas usé de fraude ou de dol à leur égard pour les induire en erreur (2). L'impéritie est en général une faute (3); mais elle n'est pas nécessairement un dol. Et comme le conseil inexpérimenté n'oblige pas celui qui le reçoit; comme ce dernier n'est pas tenu de le suivre, et que s'il s'y est conformé, c'est par un effet de sa pleine et entière liberté, son acquiescement volontaire efface l'imprudence du consultant, ou, en tout cas, la compense par une imprudence égale. Il faut donc dire avec Bartole : *Consultor, qui imperitè consuluit, non tenetur nisi de dolo* (4). Ceci n'empêche pas que l'avocat imprudent ne puisse être appelé à

(1) L. 40, § 7, D., *Mandati*.

(2) Favre sur la loi 10, § 7, D., *Mandati*.

(3) L. 142, *De reg. juris*.

(4) Sur la loi 10, § 7, D., *Mandati*; et dans son com. de la loi 2, appliquant cette règle à l'avocat, il avait dit : *Si advocatus dederit malum consilium, non tenetur; nisi de dolo fecerit.*

rendre compte de sa conduite devant le conseil de l'ordre, gardien de l'honneur et de la dignité de cette noble profession. Mais, en ce qui concerne la partie à qui le consultant n'a fait que donner son avis, il n'y a pas de recours légal (1).

Il faut d'ailleurs remarquer, pour atténuer la responsabilité morale de l'avocat, que les matières sur lesquelles il fait profession de donner des conseils sont ordinairement difficiles, sujettes à controverse, et que l'erreur vient souvent y surprendre les esprits les plus attentifs.

17. Ce que nous disons des avocats, il faut l'appliquer aux notaires, aux agents de change, etc., etc., qui communiquent leur opinion sur une affaire, à un client qui la leur demande. C'est encore le cas de la règle : *Nemo ex consilio obligatur*. On comprend difficilement que, dans un des motifs d'un arrêt du 17 novembre 1834, la Cour royale de Paris ait avancé, contre l'autorité de tant de textes et d'opinions imposantes, que le conseil est une source de responsabilité (2). Ce considérant (inutile du reste pour la décision) ne peut être que l'effet d'une distraction passagère. La règle n'en subsiste pas moins.

18. Et elle serait applicable quand même le notaire et l'agent de change auraient vanté de bonne foi

(1) Voyez un arrêt de la Cour de cassat. du 22 décembre 1840, req., qui offre un argt. au soutien de cette doctrine (Devill., 41, 4, 39).

(2) Dal., 35, 2, 15.

l'affaire comme bonne : « *Si proxeneta*, dit Ulpien, *intervenit faciendi nominis, ut multi solent; videamus an possit quasi mandator teneri? Et non puto teneri, quia hic monstrat magis nomen, quam mandat, tametsi LAUDET NOMEN* (1). » Ni le notaire ni l'agent de change n'ont entendu prendre sous leur responsabilité personnelle la réussite de l'affaire; ils ont dit leur opinion, et voilà tout; il n'ont entendu s'obliger ni comme mandataires ni comme mandants (2).

19. Il en serait autrement, suivant le président Favre, si le conseil avait été donné avec des circonstances telles qu'il eût persuadé le client de faire ce qu'il ne voulait pas faire, et ce qu'il n'aurait pas fait, sans l'interposition d'une personne qui, par son autorité, entraîne sa confiance, et lui laisse croire qu'elle se constitue son agent (3) : « *Si consilio meo persuasus id feceris, quod alioqui facturus non eras, teneor mandati* (4). »

Quoique Noodt désapprouve cette opinion sur le fondement de la loi 2 D., *De proxeneticis*, précitée (5), je ne la crois pas moins solide. La loi dont se prévaut Noodt ne prévoit que le cas où l'agent

(1) L. 2 D., *De proxenet.*

Noodt a expliqué à merveille cette loi, *Interpret. juris*, lib. 4, c. 12, n° 4.

(2) Arrêt de la chambre des req. du 22 décembre 1840 (Devill., 41, 1, 39).

(3) Sur la loi 2, § 6, D., *Mandati*.

(4) Arg. des Inst., *De mandat.*, § 6, *in fine*, et Caius, III, com. 156.

(5) *Probabil. juris*, l. 4, c. 12, n° 4.

intermédiaire s'est borné à vanter sincèrement l'affaire pour laquelle il a rapproché les parties. Mais notre hypothèse va plus loin : elle suppose que le conseil a usé de son ascendant sur l'esprit de son client, et que son interposition, ses promesses et ses recommandations ont donné à croire à ce dernier qu'il voulait répondre de l'affaire. La jurisprudence offre des exemples de notaires qui, dans les circonstances que je viens d'indiquer, ont été déclarés responsables. Les juges consulteront les faits; ils auront égard à la qualité des personnes, à leurs lumières, à leur position; ils rechercheront si celui qui a donné le conseil n'avait pas intérêt à le donner. Il y a dans cette matière mille nuances qui peuvent avoir de l'importance, et que le juge ne négligera pas. Mais, dans le doute, il ne supposera pas facilement que celui dont la mission était seulement de donner un conseil a voulu aller au delà et se faire garant du succès (1).

20. Voici du reste quelques espèces :

Un notaire, sachant qu'un sous-officier d'artillerie, c'est-à-dire une personne peu versée dans la connaissance des affaires, a des fonds à placer,

(1) Paris, 22 mai 1832 (Dal., 32, 2, 130; Devill., 32, 2, 459).

16 août 1832 (Dal., 32, 2, 208; Devill., 32, 2, 567).

26 janvier 1833 (Dal., 35, 2, 142; Devill., 33, 2, 157).

Cassat., ch. civ., 19 mars 1845; *Gazette des trib.* du 4 avril 1845.

vient s'interposer spontanément pour le placement de ces fonds ; il indique les emprunteurs ; il assure qu'ils sont solvables, et c'est par son intermédiaire que le prêt s'opère. Arrêt de la Cour de Douai du 22 décembre 1840, qui décide que ce notaire s'est constitué mandataire, et qu'il doit répondre de l'insuffisance des sûretés promises (1).

21. Un autre notaire, au lieu de se renfermer dans ses fonctions, se fait le négociateur d'un prêt ; il écrit à un de ses clients pour lui proposer un bon placement de 2,800 fr., et cependant il n'a pris aucun renseignement sur la solidité de l'hypothèque offerte. Bien plus, tout indique dans sa conduite qu'il a voulu dissimuler des circonstances qui auraient ébranlé la confiance du prêteur dans le prêt. Arrêt de la Cour de Rennes du 14 septembre 1841 qui le déclare mandataire responsable et coupable d'une faute équivalant à dol. Sur le pourvoi, arrêt de la chambre des requêtes du 14 décembre 1841, qui rejette (2).

22. Une demoiselle Chrestien, peu familière avec les affaires, s'adresse à un notaire de Toulouse pour le placement de 20,000 francs ; elle était étrangère à la localité. Le notaire sert d'intermédiaire au placement, qui en définitive se trouve mauvais. La demoiselle Chrestien intente une action en responsabilité contre le notaire ; celui-ci répond : « J'ai été votre conseil et non pas votre

(1) Devill., 41, 2, 139 ; Dal., 41, 2, 139.

(2) Devill., 42, 1, 143.

» mandataire. » Mais, par arrêt de la Cour royale de Toulouse du 30 mai 1829, le notaire a été condamné : « Considérant que des divers faits constatés dans la cause, et notamment des qualités respectives des parties ; de la circonstance que la demoiselle Chrestien était étrangère à la ville de Toulouse ; de l'avis inséré dans un journal ; des détails convenus par Ollier (notaire) ; de ses entrevues avec la demoiselle Chrestien ; de l'absence de tous rapports entre celle-ci et le sieur Suau, emprunteur ; du choix fait du domicile d'Ollier pour les paiements à faire à la demoiselle Chrestien ; du soin pris par Ollier de faire procéder aux inscriptions hypothécaires, de l'élection de domicile faite chez lui... il résulte que la demoiselle Chrestien avait donné et que le sieur Ollier avait accepté le mandat de placer par bonne hypothèque une somme de 20,000 francs, etc. (1). »

23. Il y aurait beaucoup moins de difficultés si l'intervention du notaire se trouvait mélangée d'un mandat formel à l'effet d'opérer un placement sur bonne et valable hypothèque. Comment alors lui serait-il possible de se retrancher dans le rôle de simple conseil ?

Cette espèce s'est présentée devant la Cour de Paris, qui, par arrêt du 18 février 1842, s'est pro-

(1) Dal., 30, 2, 181.

Devill., 30, 2, 144.

Junge arrêt de la ch. civ. de la Cour de cassat., 19 mars 1845. *Gazette des tribunaux* du 4 avril 1845.

noncée avec d'autant plus de raison contre le notaire, que ce dernier avait traité seul avec l'emprunteur; qu'il avait fait à sa diligence les inscriptions, les élections de domicile, les significations; que c'était lui qui recevait et payait les intérêts à leur échéance, etc., etc. (1).

24. L'espèce que voici était moins claire. Il n'y avait pas de mandat formel. Le notaire n'avait fait que recevoir la somme objet du prêt, et passer l'acte. Mais de la réception de cette somme on tirait la preuve d'un mandat, dont l'existence enlevait au notaire la qualité de conseil. Précisons les faits :

Le sieur de Grosbois, voulant opérer le placement de 84,000 francs, remet cette somme au notaire Bertinot. Un acte est dressé dans l'étude de M<sup>e</sup> Bertinot, par lequel de Grosbois prête ces 84,000 francs à La Chesnaye, avec hypothèque sur deux maisons. Les parties étaient présentes à l'acte; il fut convenu que l'emprunteur s'obligeait à rapporter dans vingt jours un certificat constatant que les immeubles n'étaient pas grevés au delà de 40,000 francs.

Du reste, Bertinot s'était chargé d'opérer l'inscription au profit de Grosbois.

Les fonds ayant été remis à La Chesnaye avant que ce dernier n'eût fait les justifications promises, et les sûretés s'étant trouvées douteuses, de Grosbois actionne le notaire comme responsable de

(1) Devill., 42, 2, 204.

l'exécution d'un mandat mal géré, et voici son système d'attaque : Vous n'étiez pas, disait-il, le simple ministre de l'acte passé dans votre étude. Vous n'étiez pas non plus un simple conseil pour les parties qui s'adressaient à vous. Vous étiez mon mandataire. Je vous avais remis, à ce titre, 84,000 fr. pour les verser entre les mains de l'emprunteur. Mais ce versement ne devait pas être pur et simple d'après les termes du contrat; il ne devait s'opérer que suivant des conditions de garantie. Le mandat était complexe. Il vous obligeait, vous, mandataire, à ne remettre les fonds qu'après que les sûretés exigées de l'emprunteur auraient été pleinement fournies. Or, vous avez versé les 84,000 fr. sans vous inquiéter des promesses de La Chesnaye et sans les vérifier. Donc, vous avez encouru la responsabilité du mandataire qui commet une faute grave.

Ce système fut adopté par la Cour royale de Paris (1), et, sur l'épreuve du pourvoi, la chambre des requêtes décida que la décision attaquée se trouvait dans le domaine souverain du juge du fait (2).

25. L'arrêt de la Cour royale de Paris peut cependant paraître sévère, et le rapport de M. Joubert lui donna cette qualification. Grosbois était présent lorsque les fonds furent versés entre les

(1) Arrêt du 29 août 1834.

(2) 3 septembre 1835. Dal., 36, 1, 17 et 18.

Devill., 36, 1, 145-146.