

tation dans le cas où, sans envoyer de procuration formelle à la personne absente, on se borne à la prier de se charger d'une affaire par une lettre missive à laquelle elle ne répond pas (1). Cette espèce rentre dans celle d'Ulpien (2); elle reçoit la même solution.

151. Cependant il faut remarquer, avec Pothier, que si la personne à qui cette prière a été adressée faisait son état de gérer les affaires d'autrui, comme un procureur *ad lites*, on présumerait facilement une acceptation par suite du défaut de réponse (3).

152. Il en serait de même du commissionnaire. Je vous écris, à vous, commissionnaire aux assurances, pour vous prier d'assurer mon bâtiment qui va partir pour Naples; vous ne me répondez rien. Ma lettre qui, s'adressant à une personne dont la fonction est de prendre des assurances, est plus qu'une prière, et constitue un vrai mandat, a été reçue par vous. Le devoir de votre charge est d'agir, sans perte de temps, conformément aux ordres qui vous sont transmis, et vos correspondants sont en droit d'espérer que vous ne négligerez pas le soin de leurs intérêts. Ils sont même fondés à compter sur vous, à moins que vous ne les avertissiez, à temps, que vous ne voulez ou ne pouvez vous acquitter du mandat. Le défaut de réponse à ma lettre implique donc de votre part une acceptation tacite du mandat; et si, me laissant

(1) Pothier, 33.

(2) L. 8, § 4, D., *De procurat.*

(3) N° 33.

dans une ignorance préjudiciable, vous ne preniez pas l'assurance, et qu'un sinistre arrivât à mon navire, le juge devrait *ex æquo et bono* vous condamner à des dommages et intérêts pour inexécution d'un mandat tacitement accepté (1).

ARTICLE 1986.

Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire.

SOMMAIRE.

153. Le mandat prend sa source dans l'amitié et la bienfaisance.
154. Il est gratuit par sa nature, mais non pas par essence. Toutefois l'honoraire et la récompense donnés au mandataire ne changent pas le mandat en louage. Comment l'honoraire se concilie avec la gratuité de ce contrat. Paroles de M. Bertrand de Greuille.
155. A Rome, le mandat était gratuit par essence.
156. Néanmoins on admettait l'honoraire *ex post facto*. Exposé de cette théorie. Comment les Romains classaient les contrats qui, sans être des louages d'ouvrage, n'étaient cependant pas des mandats purs à cause de l'honoraire.
157. Suite.
Réflexion sur cette théorie du droit romain.
158. En France, on ne distingue pas entre l'honoraire stipulé *ab initio*, et l'honoraire promis après coup. On ne considère pas le mandat comme altéré par la stipulation d'honoraires, et cette stipulation ne le fait pas dégénérer en louage.
159. Conséquences de cette jurisprudence.

(1) *Infrà*, n° 344.

160. Cas où les Romains voyaient un contrat innomé, et que nous rapportons à la classe du mandat.
161. Autre cas où l'on voit l'exagération des Romains sur la gratuité du mandat.
162. Suite.
163. Conclusion. Le mandat n'est gratuit en France que par sa nature, et non par son essence.
164. Pour quelle raison, alors même qu'il n'est pas gratuit, ne devient-il pas un contrat de louage d'ouvrages? La réponse à cette question est dans la différence de l'*honoraire*, qui est propre au mandat, et du *prix*, qui est propre au louage.
D'autres auteurs ont soutenu que la différence des deux contrats git tout entière dans le rôle représentatif, ou non, de la personne rétribuée.
Réfutation de cette solution.
165. En effet, la différence est si peu dans le rôle, que le même fait qui tombe en louage s'il est salarié, tombe en mandat s'il est gratuit.
166. Suite.
167. Suite.
168. Règle donnée par le jurisc. Paul. Tout ce qui est louage devient mandat quand il n'y a pas de prix. Et réciproquement, tout ce qui est mandat devient louage si l'on stipule un prix. Ces deux règles sont fondamentales.
169. Elles ont servi de guide à tous les interprètes.
170. Et il faut rejeter avec eux l'idée que le mandat ne diffère du louage qu'en ce que le mandataire représente le mandant à l'égard des tiers, tandis que celui qui loue son travail n'a pas de fonctions représentatives. Celui qui loue son travail peut avoir un rôle représentatif; le mandataire peut n'en avoir pas.
La différence des deux contrats n'est donc pas là.
171. Elle est dans le prix et, par suite, dans la qualité des faits, les uns susceptibles de prix, les autres qui ne comportent qu'un honoraire.

172. Le prix est de l'essence du louage, et ce prix est l'équivalent de l'ouvrage payé.
Au contraire, l'honoraire est propre au mandat, et il se distingue du prix en ce qu'il n'est pas et ne peut être l'équivalent du fait récompensé.
173. Suite.
174. Les Romains avaient très bien aperçu cette différence entre l'*honoraire* et le *prix*.
175. Elle est profonde dans le droit français. Le Code a entendu la maintenir.
176. Il suit de là qu'il y a des faits qui n'entrent pas en louage d'ouvrage.
177. Quels sont ces faits.
Bartole n'a pas donné une bonne règle pour les discerner.
178. Et Jason en a donné une qui manque également d'exactitude et de précision.
179. La seule vraie est de distinguer les faits de nature à être payés, et les faits de nature à être récompensés.
Examen de quelques textes.
180. Suite.
181. Conclusion. Le véritable obstacle à ce qu'un fait tombe en louage est dans la dignité, l'honneur de ce fait.
182. Application de ces idées aux professions diverses, les unes libérales, les autres mercantiles.
Réflexions générales sur la hiérarchie des professions.
183. Il y a entre elles inégalité de mérite et d'honneur.
184. Coup d'œil jeté sur les professions inférieures.
185. Coup d'œil jeté sur le degré immédiatement supérieur, où l'on ne fait le bien d'autrui que parce que c'est le seul moyen de faire le sien propre.
186. Autres professions qui, en faisant le bien de celui qui les exerce, ont aussi en vue le bien de ceux à qui elles s'adressent.

Ces professions donnent lieu au contrat de mandat, les autres au contrat de louage.

187. Accord de la philosophie et du droit dans cette matière. Les jurisc. romains ont marché sur les mêmes idées que Sénèque.
188. Exemples de ces distinctions entre les diverses professions.
Le pilote ne fait qu'un contrat de louage avec ses passagers. Sénèque en donne la raison, et Ulpien est de son avis.
189. *Quid* de l'architecte et du constructeur? Même concordance à cet égard entre Sénèque et Paul.
190. Mais le médecin, le précepteur, qui se transforment en amis, ne sont pas des locateurs d'ouvrages. C'est ce qui résulte de la doctrine de Sénèque ratifiée par les jurisc. romains.
191. Voilà donc le principe de la différence entre le louage et le mandat rétribué.
192. Saumaise a nié cependant cet accord de la jurisprudence romaine avec la morale des bienfaits développée par Sénèque.
Erreur de ce savant.
193. Résumé de son argumentation.
194. Suite.
195. Suite.
196. Suite.
197. Suite.
198. Suite.
199. Par cette argumentation, Saumaise a prétendu réfuter Grotius et ses interprétations des lois romaines.
Réponse d'Heralduis à Saumaise.
Texte qui prouve que la théorie du droit romain sur l'honoraire et le prix est, quoi qu'en dise Saumaise, empruntée à la morale des bienfaits. Toutes les fois qu'une profession est inspirée par des vues bienfaisantes, ses actes ne tombent pas en louage.

200. C'est là le résumé du droit romain sur cette matière; c'est aussi le résumé de la philosophie de Sénèque.
201. Suite et preuve.
202. Saumaise n'a pas bien compris le titre du Digeste, *De extraordinariis cognitionibus*.
203. Il n'a pas bien compris Sénèque. Preuve.
204. Suite.
205. De ce qu'il y a des hommes mercenaires dans les professions libérales, la profession n'en est pas moins libérale. C'est le caractère général de la profession qu'il faut considérer, et non les écarts de certains hommes.
206. Réponse à une objection de Saumaise.
207. Saumaise n'aurait pas dû confondre le prix et l'honoraire, ainsi qu'il le fait.
208. Saumaise a méconnu la portée du titre du Digeste *De extraordinariis cognitionibus*.
Vrai caractère de ce titre.
209. Sous l'apparence d'un point de compétence, on y trouve un point de philosophie, de morale et de haute jurisprudence.
210. Suite et résumé.
211. Le professeur contracte-t-il un louage ou un mandat?
212. Réfutation de l'opinion favorable au louage.
213. Suite.
214. Suite. Explication d'une assertion de Cujas.
215. De l'avocat.
216. Du procureur *ad lites*.
217. Des notaires.
218. Des huissiers.
219. Des médecins.
220. Du prêtre.
221. De l'*agrimensor*; de l'arpenteur.
222. Du peintre et du compositeur de musique.
223. Conclusion. Critique des législations étrangères qui ont adopté d'autres principes et ont fait dégénérer en louage les conventions passées avec ceux qui exercent les arts et les professions libérales.

224. Réponse à une objection.
225. Suite. Différence entre la vente d'un livre, d'un tableau, et l'engagement que l'homme contracte pour accomplir certains faits.
226. Ces distinctions ne sont pas de pure théorie; elles ont une utilité pratique. Exemples.
227. Suite.
228. Application de cette théorie aux matières commerciales, et difficulté de la concilier avec la fin du commerce, qui est le lucre.
Cependant elle y trouve son application,
229. bien que, de droit, le mandat soit salarié dans le commerce;
230. Ce qui est le contre-pied du droit civil, où le mandat est censé gratuit. Du reste, le commerce a plus d'avantage à ce que le mandat soit salarié qu'à ce qu'il soit gratuit.
231. Néanmoins, il y a aussi dans le commerce des mandats gratuits.
232. Examen de quelques cas de mandat, afin de voir s'ils deviennent louage ou restent à l'état de mandat.
233. De la *preposition*. Elle est louage quand elle n'est pas gratuite.
Textes à l'appui de cette vérité.
234. Suite. Mais quand la *preposition* est gratuite, elle est un vrai mandat.
235. Suite.
236. Application de ceci aux facteurs, préposés, commis aux écritures, etc.
237. Au capitaine de navire, bien qu'à l'égard des tiers le capitaine représente le propriétaire.
Et à d'autres agents, qui, quoique ayant un rôle représentatif, n'en sont pas moins des locateurs d'ouvrages.
238. Suite.
239. Des *commissionnaires*.
Le commissionnaire agit quelquefois gratuitement. Alors la commission est un mandat évident.

240. La commission est aussi un mandat alors qu'il y a salaire ou provision.
241. Preuves de ce point de droit.
242. Sentiment de Marquardus. Vrai caractère de la provision.
243. Sentiment de Scaccia.
244. La provision n'est qu'une prime légère; elle ne peut dépasser certaines bornes. Elle n'est donc pas un prix.
245. Du *courtier*.
246. De l'*agent d'affaires*.
247. Son salaire est toujours sujet à règlement par les tribunaux. C'est pourquoi ce n'est pas un vrai prix.
248. Conclusion sur la conciliation du salaire avec la gratuité du mandat.
249. Des conventions qui règlent le salaire.
De l'usage.
250. En quoi consiste le salaire.
251. En général, le salaire ne dépend pas du succès.
252. Néanmoins, la convention peut faire du succès une condition du salaire.
253. L'action pour le salaire est chez nous une suite du mandat, une branche de l'action *mandati*. En cela, il y a une différence entre notre droit et le droit romain.

COMMENTAIRE.

153. La nature du mandat est d'être gratuit.
« C'est un office de l'amitié, disait M. Berlier dans son exposé des motifs (1). Ainsi le définit le droit romain, et notre projet *lui conserve ce noble caractère.* »

(1) Fenet, t. 14, p. 584.

En effet, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus (1), ce contrat se présente aux yeux de la jurisprudence comme prenant son origine dans des rapports d'amitié. « *Mandatum nisi gratuitum nullum est. Nam originem ex officio atque amicitia trahit.* » Ce sont les paroles de Paul (2); et j'aime à leur donner pour commentaire celles de M. Tarrible dans son rapport au Tribunat: « Le projet proclame que le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire. Il impose ainsi à ce contrat le beau caractère du désintéressement et de la générosité. La loi civile, toujours respectable, semble devenir plus touchante lorsqu'on la voit féconder dans le cœur des citoyens les sentiments officieux qui les portent à se rendre mutuellement des services gratuits, et les ennobler en traçant les règles qui doivent les diriger (3). »

154. J'ai dit que le mandat est gratuit par sa nature; mais je ne dis pas qu'il le soit par son essence, comme le dépôt et le commodat. La convention des parties peut assurer au mandataire une récompense, et rien n'est plus légitime. « Certaines affaires n'exigent-elles pas des soins si prolongés et si assidus (disait M. Bertrand de Greuille (4)),

(1) Nos 1 et 2, où je cite les paroles importantes de Cicéron et d'Ulpien.

(2) L. 1, § 4, D., *Mandati*.

(3) Fenet, t. 14, p. 592.

(4) Disc. devant le Corps législatif.

Fenet, t. 14, p. 606.

Junge M. Tarrible, p. 592.

» et un développement de moyens tels que l'ami
 » le plus désintéressé ne puisse s'en charger sans
 » rétribution? Et lorsque l'affection est encore la
 » cause première et déterminante du bon office
 » qu'il consent à rendre, voudrait-on humilier sa
 » personne, dégrader ses services, en les rangeant
 » dans la classe de ceux qu'on reçoit des merce-
 » naires ou d'autres salariés? Non sans doute! Le
 » dévouement, le zèle de l'amitié, sont quelque
 » chose d'inappréciable, et c'est le cœur et non
 » l'argent qui peut acquitter la dette de la recon-
 » naissance. » Ce langage est excellent; tout cela
 est aussi bien dit que bien pensé.

155. A Rome cependant, des idées plus absolues poussèrent plus loin les conséquences de la gratuité du mandat. Non-seulement le mandat était gratuit par sa nature, il l'était encore par son essence. Toute stipulation d'une récompense le faisait dégénérer en un autre contrat (1). On considérait le mandat comme incompatible avec l'idée de bénéfice et de spéculation intéressée.

156. Et néanmoins, nous voyons dans les livres du droit romain que l'on permettait, à la suite du mandat, des récompenses de nature à témoigner au mandataire la reconnaissance du mandant. On admettait l'honoraire *ex post facto*; on le laissait venir après coup comme gage de gratitude ou à titre d'indemnité. C'est ce qu'Ulpien nous apprend en ces termes: *Si, remunerandi gratia, honor intervenit,*

(1) Paul, l. 1, § 4, D., *Mandati*.

erit mandati actio (1); et Papinien (2), ainsi que les rescrits impériaux, sont d'accord sur ce point avec lui (3). Mais les interprètes du droit romain (4) ont grand soin de faire remarquer, et nous ferons remarquer avec eux, que, pour que le mandat conserve son vrai caractère et qu'il ne dégénère pas en un autre agissement, il faut que cet honoraire ne soit promis et donné qu'après coup. Car si le mandat n'est pas gratuit *ab initio*, si le mandataire n'entreprend pas la gestion confiée à ses soins dans une vue tout-à-fait gracieuse et désintéressée, le contrat ne peut plus mériter le nom de mandat. L'agissement sera un louage d'ouvrages si le fait est de nature à être loué (5); s'il n'est pas de nature à tomber en louage, ce sera un contrat sans nom qui donnera ouverture à l'action *præscriptis verbis* ou *in factum* (6).

Ainsi, par exemple, l'agrimenseur salarié (7), le proxénète qui reçoit un honoraire (8), ne sont pas des mandataires, parce qu'ils sont récompensés *ab initio*, ce qui répugne au mandat romain.

(1) L. 6, D., *Mandati*. Junge l. 10, § 7, D., *Mandati*.

(2) L. 7, D., *Mandati*, et l. 56, § 3, D., *Mandati*.

(3) L. 1, C., *Mandati*: «*De salario autem quod promisit, apud præsidem provinciæ cognitio præbebitur (Sever. et Anton.)*».

(4) Doneau, lib. XIII, com. 10, 8. Noodt, *Mandati*. Favre, *Rationalia*, sur les lois 6 et 7, D., *Mandati*.

(5) Doneau, *loc. cit.* Noodt, *loc. cit.*

(6) Doneau et Noodt.

(7) L. 1, D., *Si mensor* (Ulp.).

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

Mais ils ne sont pas pour cela locataires d'ouvrages, parce que leur ministère ne roule pas sur des faits susceptibles de location. Il en est de même de l'avocat; l'honoraire donné *ab initio* l'éloigne du mandat; mais la dignité de son ministère l'éloigne du louage (1).

En cette matière donc, comme en toute autre, on applique avec un soin particulier la maxime : *Initium inspiciendum est* (2). Si dans l'origine le mandat a été accepté sans arrière-pensée et avec le pur désir de rendre service, il reste vrai mandat, malgré la promesse faite plus tard d'un honoraire. Cet honoraire ne change pas la nature de l'agissement. Mais aussi, si dans l'origine le mandataire a stipulé un honoraire, il n'y a plus de mandat proprement dit : c'est, ou un louage, ou un contrat sans nom. Telle est la doctrine résumée par les commentateurs du droit romain. Dans ce système, ce serait à tort que Wissembach aurait pensé qu'à Rome il y avait deux espèces de mandat : le mandat gratuit, et le mandat salarié (3). Suivant les explications que nous reproduisons ici, et qui sont les vraies, il n'y a qu'une espèce de mandat, le mandat gratuit, qui ne cesse pas d'être tel quand *ex post facto* un honoraire vient le récompenser (4). C'est en ce sens qu'Ulpien a parlé d'un procureur salarié, *procurator sala-*

(1) Bartole sur la loi 1, D., *Si mensor*.

Balde sur la loi 1, C., *De suffragiis*.

(2) L. 8, D., *Mandati*.

(3) Sur le Digeste, *Mandati*, n° 3.

(4) Hilliger sur Doneau, *loc. cit.*, note (7).

riarius (1); salarié après coup, pour qu'il soit vrai mandataire, mais étant autre chose qu'un mandataire pur, si la convention de salaire accompagne le contrat.

157. Du reste, dès l'instant que le mandant s'était engagé après coup à donner au mandataire un honoraire, ce dernier avait une action en justice pour se faire payer si le mandant manquait à sa parole. Mais cette action n'était pas l'action *mandati* (2), bien que les parties fussent entre elles dans les termes d'un mandat. Comment en effet le mandat, gratuit par son essence, aurait-il pu engendrer une action tendant à obtenir une récompense (3)? L'action admise dans ce cas était en dehors du mandat; elle différait de l'action *mandati*. C'était ce qu'on appelait, non pas proprement une action, mais une poursuite extraordinaire (*persecutio extraordinaria*) (4), dont le préteur ou le président de la province était le juge au fond (5).

On reconnaît ici le formalisme rigoureux du droit romain, et en même temps cependant l'esprit progressif de ses jurisconsultes, qui, tout en

(1) L. 10, § 7, D., *Mandati*.

(2) Cujas sur la loi 7, D., *Mandati*, dans son com. du 2^e livre des Réponses de Papinien.

(3) *Causa salarii*, dit Cujas, *nihil commune habet cum causâ mandati*. (*Loc. cit.*)

(4) Cujas, *loc. cit.*

(5) Papinien, l. 7, D., *Mandati*.

Sévère et Antonin, l. 1, C., *Mandati*.

Ulp., l. 1, D., *De extraord. cognit.*

restant enfermés dans le cercle du vieux droit, trouvent moyen d'y adapter leurs vues d'amélioration et les innovations réclamées par les mœurs.

158. En France, nous ne nous sommes pas attachés à la distinction entre l'honoraire promis *ab initio*, et l'honoraire promis *ex post facto*. Nous ne croyons pas que le mandat soit altéré par une stipulation d'honoraire contemporaine du contrat (1). Non pas que notre jurisprudence admette que le mandat puisse devenir un contrat intéressé de part et d'autre, à l'égal du louage d'ouvrages. Ce n'est pas pour tomber dans une confusion si grande que nous repoussons les distinctions trop subtiles du droit romain. Entre le mandat absolument gratuit, et le louage de services, nous admettons un intermédiaire, à savoir, le mandat salarié, qui est fort différent du louage de services, et qui ne cesse pas d'être un mandat (2), quoiqu'il se sépare du mandat purement gratuit par quelques nuances remarquables.

159. Par l'effet de ce changement de jurisprudence, beaucoup d'agissements que le droit romain n'osait pas ranger dans la classe du mandat, à cause de la stipulation d'honoraires expresse ou sous-entendue au moment du contrat, et qu'il ne pouvait rapporter au louage de services, à cause de la nature des faits, sont rentrés chez nous

(1) Pothier le laisse entendre, n^o 23.

(2) M. Berlier (Fenet, t. 14, p. 584, 585).

M. Tarrible (*id.*, p. 592).

M. Bertrand de Greuille (*id.* p. 606).

dans le domaine du mandat, auquel ils auraient appartenu chez les Romains si la stipulation d'honoraires avait été postérieure au contrat. Laissant à l'écart la subtilité des classifications et la rigueur des actions, nous ne faisons pas de difficulté de reconnaître l'action *mandati* là où les Romains croyaient ne pouvoir accorder que l'action *in factum* ou *præscriptis verbis*.

160. Ulpien, par exemple, pose l'espèce suivante qui est à noter :

Je vous charge de vendre pour 1000 fr. tel bijou qui m'appartient ; si vous le vendez plus cher, le surplus sera pour vous. Sera-ce un mandat ? Non, dit-il ; car le mandat doit être gratuit : *Mandata gratuita esse debent* ; et ici il y a une récompense pour le mandataire. Que sera-ce donc ? Ce sera un contrat innomé qui produira l'action *in factum* (1). Mais dans nos principes le mandat est évident (2).

161. Autre exemple qui présente des combinaisons plus délicates :

Je vous mande de recouvrer 100 fr. de mon débiteur qui est à Carthage, pendant que je recouvrerai 100 fr. de votre débiteur à Rome. Peut-on dire qu'il y a là un double mandat ? Quelque certaine que paraisse l'affirmative, et bien que vous et moi nous rendions un service réciproque par cette délégation de pouvoirs, le droit romain, poussant à l'excès les scrupules sur la gratuité du mandat, voulait que l'agissement en question ne fût pas

(1) L. 43, D., *De præscript. verbis*.

(2) V. mon com. de la *Société*, t. 1, n° 34.

qualifié de vrai mandat, parce que chacun des contractants est mû par l'unique désir d'être utile à soi-même et non pas de faire plaisir à l'autre partie (1). Mais c'est là une exagération que repoussent nos idées : le mandat est évident.

162. En serait-il de même si nous étions convenus de faire ce recouvrement à nos dépens, dit Paul, à la condition toutefois que ces dépens seront égaux de part et d'autre (2) ? Oui. Mais s'ils ne le sont pas, si l'un de nous est exposé à être en perte, ne peut-on pas dire qu'il répugne à la nature du mandat que le mandataire puisse supporter un dommage pour l'affaire dont il est chargé (3) ? Ou bien ne faut-il pas répondre, au contraire, que certains pactes peuvent altérer la nature du mandat, et que celui-ci est du nombre (4) ; que c'est ainsi que tout le monde reconnaît que si je vous dis : « Faites-vous payer 1000 fr. » qui me sont dus ; je vous alloue 10 fr. pour vos » frais de recouvrement ; mais si vous dépensez » davantage, ce sera à votre charge (5), » tout le

(1) Favre sur la loi 5, § 4, D., *Præscript. verbis*.

(2) Paul, l. 5, § 4, *De præscript. verbis*, et Cujas sur ce texte (*lib. 5, Quæst. Pauli*).

(3) Voyez Cujas sur la loi 5, § 4, D., *De præscript. verbis* (l. 5, *Quæst. Pauli*). Commentant ce doute de Paul, il dit : *Abhorret à NATURA mandati ut mandatarius, sive procurator, oneretur impensis, et ex administratione alieni negotii in damno versetur*.

(4) Paul, *loc. cit.*, et Pothier (*Pandectæ Just.*), sur cette loi, *De præscript. verbis*, n° 20, d'après Cujas, *loc. cit.*

(5) Paul, l. 5, § 4, D., *De præscript. verbis*, et Cujas, *loc. cit.*