

Sénèque, si on veut y bien faire attention, repousse cette généralisation. Il dit expressément : « Une convention a fixé le prix; donc celui qui a reçu le service n'est tenu à rien de plus qu'à ce à quoi il s'est engagé. Je vous paie ce que vous m'avez demandé et je suis quitte. Est-ce que je dois à un vendeur au delà du prix convenu (1)? »

195. Et ce que dit Sénèque en termes si formels, Ulpien le tient évidemment pour sous-entendu et accordé. Où voit-on, en effet, Ulpien séparer le travail de l'idée qui a inspiré ce travail? Où voit-on qu'après avoir parlé du prix, il porte son attention sur le bienfait qui résulte de la guérison et de l'enseignement (2)? Le juge ne doit y voir qu'une chose : le prix et rien de plus. *Judex de illa tantum mercede extra ordinem cognoscit.*

196. Cela est si vrai, qu'Ulpien, après avoir parlé des médecins et des professeurs auxquels on veut que nous devions de la reconnaissance, passe à des personnes qui exercent des professions évidemment inférieures et mercenaires, comme sont les *librarii, notarii, tabularii, à quibus*, continue Saumaise, *ultra operam nullum beneficium acceptum potest dici* (3). Ce sont gens dont le travail se paie au pied de la lettre, et qu'on ne peut ranger dans la catégorie de ceux qui rendent des bienfaits.

La loi romaine ne dit donc pas ce qu'on lui fait

(1) P. 545.

(2) P. 543.

(3) P. 543.

dire. Elle ne recherche pas au delà du prix un mérite inestimable.

197. Argumentera-t-on du passage de Sénèque où ce philosophe, continuant à parler des médecins et des professeurs, signalant ceux qui de médecins et de professeurs se transforment en amis, enseigne qu'on n'est pas quitte envers eux par un simple et modeste honoraire? Oh! je l'accorde pour ceux-là! mais de là même je conclus qu'il n'est rien dû, outre le prix, à ceux qui traitent leur malade ou leur élève comme le premier venu, et ne se livrent pas pour lui à des soins extraordinaires et plus recherchés qu'ils ne le font à l'égard de leurs autres malades ou de leurs autres élèves. D'ailleurs Sénèque en fait positivement la remarque et montre par-là son véritable point de vue.

198. Au surplus, il n'est pas besoin de s'élever jusqu'aux professions libérales de la médecine et du professorat pour comprendre qu'on doit de la gratitude aux services dont le principe est dans l'affection. Est-ce que si mon domestique me soigne avec plus de dévouement qu'on n'en doit à un maître, je ne lui dois pas de reconnaissance (1)?

Pourquoi donc, dans ce dernier cas, le serviteur ne trouve-t-il pas de place dans l'énumération d'Ulpien? Par une raison très simple qui dispense d'entrer dans les distinctions de ce système de philosophie, fort étranger aux lois romaines. Il y a, à leurs yeux, deux espèces de professions mer-

(1) P. 546, 547.

cenaires (1) : les premières plus honnêtes, comme le professeur des arts libéraux et autres arts et états que des textes spéciaux assimilent aux arts libéraux quoiqu'ils ne le soient précisément pas; les secondes, moins honnêtes, comme les métiers et ouvrages des mains. Ceux qui à Rome exerçaient les professions de la première espèce avaient pour le paiement de leur salaire un recours extraordinaire devant le préteur (2) ou le président de la province. Le titre du Digeste *De extraordinariis cognitionibus* établit ce point de droit, et leur accorde cette faveur. Quant à ceux qui exerçaient les autres professions moins honnêtes, ce n'était pas le préteur ou le président de la province qui connaissait *extra ordinem* des questions de salaire soulevées par eux. Ils étaient justiciables des édiles (3). Une foule de passages de l'histoire romaine établissent que les ouvriers, les filles publiques, les proxénètes de débauche, les gens tenant taverne étaient sous la juridiction de l'édile, soit qu'il fallût les forcer à remplir leurs obligations et leur infliger des corrections, soit qu'il s'agît de faire droit à leurs demandes.

Enfin, au-dessus de ces professions, toutes mercenaires à divers degrés, il s'en trouvait de telle-

(1) *Artium et professionum mercenariorum duo erant genera* (p. 547).

(2) Pothier croit, d'après un passage de la satire 7 de Juvenal, que c'était, non pas le préteur, mais les tribuns qui étaient compétents. (*De extr. cognit.*)

(3) P. 548.

ment saintes qu'il n'était pas permis à ceux qui les exerçaient de réclamer en justice un salaire qui aurait diminué leur dignité; tels étaient les philosophes et les professeurs de droit (1); ceux-là seuls n'étaient pas mercenaires; tous les autres l'étaient, et le bienfait ne se rencontrait pas en eux.

Ainsi donc le titre du Digeste, dans lequel on s'est plu à voir un traité de morale tout entier sur le mérite des services et des bienfaits, ne règle qu'une affaire de compétence. Il ne faut y rien voir au delà.

199. Cette argumentation de Saumaise est une réponse en forme à Grotius, que ce critique éminent prend pour point de mire de ses coups. Elle valut à Saumaise une contre-réponse de Désiré Heraldus (2), où les raisons ont pour cortège les injures les plus violentes, suivant l'usage des érudits de cette époque (3). Laissons les injures à l'écart, et discutons avec calme les objections de Saumaise. Nous allons les voir s'évanouir.

Jamais, dit-il, l'idée d'un bienfait ne s'est présentée à la pensée d'Ulpien, et toute cette matière, qui va se résumer dans un prix, est par cela même étrangère à la matière des bienfaits!! Mais comment l'immense savoir de Saumaise a-t-il perdu de vue un texte célèbre dans lequel Ulpien a mis précisément et le mot et la chose : *Non crediderunt*

(1) P. 548.

(2) *Animad. in Salmasii observ. ad jus atticum*, lib. 5, c. 20.

(3) Ainsi Heraldus appelle Saumaise : « *homo ad maledicendum natus, homo arrogans, etc., etc.* »

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 (1). Il s'agit dans ce texte d'un agrimenseur salarié, et la question est de savoir si sa mauvaise foi dans ses opérations doit donner lieu à une action dérivant du louage d'ouvrages. Que répond Ulpien? Nos aïeux ont placé si haut la profession des agrimenseurs, ces conservateurs respectables du droit de propriété, qu'on ne saurait les considérer comme locataires d'ouvrages; leur ministère tient plutôt de la nature du bienfait; on le reconnaît par un honoraire, on ne le paie pas.

Il y a donc des professions vouées à des services dont la cause impulsive est dans la bienfaisance; et cette cause impulsive est ce qui décide, en droit, si ces services se rapportent ou non au contrat de louage. Quand la bienfaisance en est le principe, ils n'ont pas de prix dans le sens précis que comporte ce mot, parce que la bienfaisance ne se paie pas; on lui montre sa gratitude par un honoraire.

Saumaïse est donc dans la plus grande de toutes les erreurs quand il s'imagine que la question de bienfaisance n'entre pour rien dans la théorie qui nous occupe; elle est, au contraire, fondamentale et essentielle; Ulpien l'enseigne formellement pour ce qui concerne les agrimenseurs.

200. Ce que ce jurisconsulte vient de nous dire

(1) L. 1, D., *Si mentor*.

de cette classe si respectable et si considérée, Sénèque l'avait enseigné de son côté pour deux autres professions non moins honorables, celles des médecins et des professeurs; car, s'attachant à une objection pareille à celle de Saumaïse, il réfute ceux qui soutiennent qu'on est quitte envers le médecin ou envers le professeur parce qu'on leur a compté quelque argent. Il prouve que l'argent n'est que l'indemnité de leur temps, tandis qu'il reste au delà quelque chose qui tient du bienfait et à quoi l'on doit affection et respect: *caritas et magna reverentia* (1). L'argent s'adresse à leur labeur matériel, mais il ne les paie pas de leur mérite: *mercedem non meriti, sed occupationis* (2). On n'est pas quitte envers eux par cette récompense: *nec adversus illos mercede defungor* (3). Voilà bien le système exposé par Ulpien pour les agrimenseurs; le voilà érigé en règle par la philosophie pour les médecins et les professeurs. Or, si cette rencontre de deux grands esprits n'est pas concertée, elle me paraît concluante, précisément par ce qu'elle est fortuite. Si, au contraire, elle est méditée, elle n'est pas moins décisive. Ce n'est pas quelque chose de léger que l'assentiment d'un Ulpien.

201. Mais ce n'est pas tout. Le droit romain s'est aussi occupé nommément des médecins et des professeurs. Les met-il sur la même ligne que les ouvriers dont le travail tombe en louage? Bien au

(1) *De benef.*, VI, 15.

(2) *Loc. cit.*

(3) VI, 16.

contraire! il les en distingue par des dispositions spéciales (1); il les traite comme les agrimensseurs; leurs récompenses sont décorées du titre d'honoraires (2), elles ne sont pas des loyers (3). Pourquoi ce nom d'honoraires? Ulprien ne nous en a-t-il pas déjà donné la raison? N'est-ce pas à cause du bienfait qui se trouve dans leurs services? *Sed magis operam beneficii loco prebari* (4).

202. Disons donc que la théorie du droit romain est entièrement calquée sur la théorie de Sénèque, et que toutes deux reposent sur l'existence d'un principe de bienfaisance dans les faits qu'elles veulent apprécier. Ce principe, nié par Saumaise, ressort avec évidence de l'étude et de la comparaison des textes. Il éclaire tout le titre du Digeste *De extraordinariis cognitionibus*, et Saumaise n'a bien compris ni ce titre ni Sénèque lui-même.

203. On va peut-être se récrier sur ce que, non content de montrer la faiblesse de Saumaise quand il veut interpréter les jurisconsultes, j'ose affirmer que ce grand maître en critique littéraire n'a pas saisi le vrai point de vue du philosophe Sénèque. Rien n'est cependant plus certain, et Heraldus le lui a prouvé (5). Saumaise néglige à chaque in-

(1) L. 1, § 7, D., *De extraord. cognit.* (Ulp.).

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

(2) Ulp., l. 1, D., *De extraord. cognit.*

(3) Arg. de la loi 1, D., *De proxenet.*, et de la loi 1, D., *Si mentor.*

(4) L. 1, D., *Si mentor.*

(5) *Loc. cit.*, n° 8.

stant les propositions générales de Sénèque pour faire prédominer quelques aperçus particuliers et secondaires de sa discussion; il tient plus de compte des objections que des solutions, et il renverse l'ordre des idées du moraliste romain. La thèse de Sénèque est celle-ci : Celui-là est un ingrat qui s'imagine ne rien devoir au delà de ce qu'il a payé aux personnes qui sont vouées à ces professions relevées qui ont pour but de conserver ou d'embellir notre existence : *In optimis verò artibus quæ vitam aut conservant aut excolunt, qui nihil se plus existimat debere quàm pepigit, ingratus est* (1). Ce n'est pas tout que d'avoir payé le prix de la peine; il reste encore le prix du cœur. *Pretium operæ solvitur; animi debetur* (2). C'est cette thèse que Saumaise développe avec solidité et avec son abondance toujours si ingénieuse, si vive et si éloquente.

204. Il est vrai que, descendant dans une analyse sévère des services rendus par tel médecin ou tel précepteur, Sénèque veut que cette dette du cœur soit moins lourde, ou même qu'elle disparaisse entièrement si le médecin soigne son malade sans affection (3), si le précepteur jette la science à son élève sans s'inquiéter si ce dernier la recueillera (4). Mais ces manquements individuels d'hommes qui méconnaissent le génie libéral et philanthropique de leur profession n'ébranlent pas la vé-

(1) VI, 17.

(2) *Loc. cit.*

(3) *Sine ullo affectu.*

(4) *In medium effunderet.*

rité du principe posé par Sénèque. Les professions vouées au soulagement de l'humanité, à la conservation de la vie, à l'amélioration du moral des hommes, commandent à ceux qui les exercent le dévouement et le zèle désintéressé; or, les règles générales de philosophie et de morale doivent prendre leur point de départ dans la supposition que les faits de l'homme sont d'accord avec son devoir. Seulement, il y a le chapitre des exceptions auquel les fautes sont renvoyées.

205. Mais c'est surtout dans le droit (où le besoin de règles est si impérieux) que l'on est conduit à généraliser par masse sans trop s'inquiéter de certains détails. Vous nous dites qu'il y a des médecins âpres au gain et des professions mercenaires; nous le savons, et quand il s'agira de déterminer le caractère de leurs rapports, nous verrons jusqu'à quel point il faudra leur faire une position spéciale. Mais ce qu'il y a de sûr, c'est que, par leur nature propre, la médecine et le professorat ont été institués dans des vues philanthropiques; que ces professions ont, aux yeux du public et à leurs propres yeux, un but généreux et plus relevé que l'intérêt; qu'elles sont troublées dans leur esprit quand elles dégèrent en pure industrie. Eh bien! c'est à ces caractères que nous nous attachons pour rapprocher leurs actes des contrats de bienfaisance, et pour les séparer du louage, contrat essentiellement intéressé. Nous sommes fidèles à l'esprit traditionnel et général de ces professions essentiellement libérales; nous les classons suivant leurs nobles tendances. Heureux si par ce

respect que nous leur montrons, par cette considération dont nous environnons ceux qui les exercent, nous pouvons contribuer à conserver intactes les qualités qui font leur honneur.

206. Saumaise insiste et nous dit : Voyez l'inconséquence. Puisque le bienfait vous paraît de si grande importance, pourquoi ne mettez-vous pas dans la même classe que le médecin, le simple mercenaire, le domestique, par exemple, qui vous a servi avec un dévouement particulier et exemplaire? Ne lui devez-vous pas de la reconnaissance pour son bienfait? Et si vous lui devez de la reconnaissance, que deviennent toutes ces classifications que vous bâtissez sur la morale des bienfaits?

Ce qu'elles deviennent! elles restent ce qu'elles sont, parce que l'argument de Saumaise est insignifiant.

Mon domestique m'a servi avec un dévouement plus assidu et plus fervent que ne le font ordinairement les hommes de cette classe. Mais allez lui demander s'il se contente de ma reconnaissance? Descendez dans son cœur, et voyez s'il n'attend pas une gratification pécuniaire, un supplément de gages ou quelque chose d'analogue, comme témoignage de ma satisfaction! Ne le confondez donc pas avec celui qui, exerçant une profession libérale, n'exige au delà de son honoraire qu'un sentiment de gratitude et des marques de considération.

Mais ce n'est pas tout; ce serviteur mercenaire dont parle Saumaise, et qui se distingue par un zèle plus affectueux que les mercenaires n'en mon-

trent d'habitude (1), assurément je le loue de tout mon cœur et ne veux rabaisser aucune de ses qualités. Mais, par cela même qu'il a fait plus qu'il n'est d'ordinaire de faire dans sa condition (2), je me garde bien de juger par ses services individuels du mérite de cette même condition. Puisqu'il s'est élevé au-dessus de son état, c'est donc que l'esprit de son état n'exigeait pas rigoureusement de lui ce surcroît de zèle et d'attachement; c'est que ce surcroît si méritoire et si digne de reconnaissance est en dehors du contrat qu'il a passé avec moi. Et, dès lors, il n'y a aucune comparaison à faire entre cette profession et les professions libérales. Dans la première, on se distingue en bien lorsqu'on montre ce zèle et ce dévouement auxquels on n'est pas obligé; dans les secondes, on se distingue en mal si l'on s'abstient de ces sentiments de sympathie; de ces efforts de zèle qui y sont de règle invariable et de devoir.

Et comme le droit mesure ses classifications théoriques sur les données générales, il s'ensuit que, sans entrer dans des détails de mérite ou de démérite individuels, il demeure dans la vérité alors qu'il maintient dans leur rang élevé les professions libérales dont l'esprit est un esprit de bienfaisance et de philanthropie, tandis qu'il relègue à

(1) *Opera entator*, dit Sénèque (VI, 17).

(2) Saumaise le reconnaît formellement, et je prends la question telle qu'il la pose. *Sed idem dici potest de servo mercenario, si MINISTERIIS COMMUNIBUS non contentus, plus quam dominum VULGÒ SERVUS SOLET, me diligit* (p. 546).

un rang inférieur celles qui ne tendent par leur but direct qu'à l'intérêt personnel et au gain.

207. Maintenant, comment Saumaise a-t-il pu donner aux premières le nom de mercenaires, à cause de la récompense à laquelle elles ont droit? Quel abus de mots! Quelle confusion d'idées! Quel oubli de nos textes et de leur distinction entre l'honoraire et le prix! On serait presque tenté de croire avec Heraldus qu'il a voulu parler le langage de l'envie et de l'invective, si l'on ne savait que, plus lettré que jurisconsulte, il a souvent sacrifié à de purs arguments de grammaire des vérités incontestables dans le droit. Qu'on le sache bien! notre langue est ainsi faite (et en cela elle a suivi les susceptibilités de la langue de Rome), que ce n'est pas sans une expression de mépris et d'injure qu'on étend le nom de loyers à des récompenses qui n'ont rien de mercenaire et auxquelles un sentiment délicat, plutôt que des préjugés aristocratiques, a donné la dénomination d'honoraires.

208. Saumaise n'a voulu voir dans le titre du Digeste *De extraordinariis cognitionibus* qu'une affaire de compétence, et non une question de philosophie. Mais je ne reconnais pas ici le bon sens habituel de ce critique. Et d'abord, pourquoi une question de compétence ne serait-elle pas dominée par des raisons philosophiques, comme il y en a au fond de toutes les questions de droit? Depuis quand les études du jurisconsulte doivent-elles s'arrêter à l'écorce des faits, et négliger ou dédaigner les hautes raisons qui les expliquent? Oui! il y a

une question de compétence et de procédure dans le titre du Digeste *De extraordinariis cognitionibus*. Mais cette question est grosse de beaucoup d'autres, qui ne peuvent se résoudre qu'à l'aide de la morale et de la philosophie ; et les jurisconsultes romains n'ont pas reculé. La morale et la philosophie étaient les instruments de leur science. Il les ont mis en œuvre.

209. Pourquoi était-il si important de déterminer la juridiction devant laquelle devaient être portées les contestations relatives aux honoraires ? parce que les honoraires, alors même qu'ils étaient réglés par une convention, n'étaient pas entièrement soumis, comme le prix d'un louage, à la volonté des parties ; parce que la dignité des professions libérales imposait à ceux qui les exerçaient une juste mesure à laquelle l'arbitraire du juge devait les ramener quand ils s'en étaient écartés par des exagérations. Le magistrat revêtu de ce pouvoir discrétionnaire était le préteur ou le président de la province, qui prononçait lui-même *extra ordinem*, et d'après les circonstances, sans être lié par la convention, comme en matière de louage. Voilà pourquoi Ulpien recherche avec tant de soin quelles sont les professions que le magistrat admet à cette cognition extraordinaire. Voilà pourquoi il s'applique à les distinguer des professions mercenaires, qui n'ont rien de littéraire et de libéral. Qu'importe, après cela, que dans le nombre il y en ait quelques-unes qui ont perdu le lustre qu'elles avaient à Rome ? L'opinion a changé, je l'accorde. Et, par exemple, nous n'assi-

milerons pas, comme le fait Ulpien, les nourrices aux avocats, aux médecins, aux professeurs (1). Si les Romains tenaient les nourrices en aussi grand honneur que l'était, aux yeux de la république française, l'étranger qui avait nourri un vieillard (elle le gratifiait du droit de cité), notre manière de voir n'est plus la même à cet égard. Mais, à travers ces modifications dans les distinctions sociales, un principe est resté immuable, et nous en avons doté notre droit. C'est que, malgré le tarif matériel auquel on pourrait, au point de vue économique, rapporter tous les services des hommes, il n'en est pas moins vrai qu'en philosophie et en morale, il existe des professions qui, eu égard à l'intention qui préside à l'accomplissement de leurs services, ne se paient pas par une indemnité égale à leur mérite. Si on récompense l'acte extérieur par un honoraire, on laisse l'intention dans le domaine de la reconnaissance : il y a donc dans ces services un côté gratuit. C'est par cet endroit qu'ils se rattachent au mandat, dont la nature est d'être un office, et point au louage, dont l'essence est d'être un marché.

De là, la nécessité d'étudier la qualité des faits qu'on reconnaît par un honoraire, et ceux que l'on achète avec un prix. La morale est ici l'auxiliaire de la jurisprudence ; elle lui prête son flambeau.

La qualité des faits, une fois fixée, engendre la distinction du prix ; ce prix est tantôt équivalent

(1) L. 1, § ult., D., *De extraord. cognit.*

au service, comme dans le louage, tantôt bien inférieur, comme dans le mandat. On voit que nous avons raison de dire ci-dessus que la qualité des faits et la nature du prix sont deux circonstances qui se tiennent par des liens intimes. De la qualité des faits on conclut à la nature du prix ; de la nature du prix on conclut en définitive au caractère du contrat.

210. L'important, dans l'application de cette belle théorie, où le droit se montre si philosophique et si moral, n'est pas de chercher un rapport de valeur entre le service rendu et la somme promise. Ce rapport, calculé comme il devrait l'être sur le taux habituel des récompenses, sur le prix ou sur l'honoraire courant, ne donnerait que des résultats insignifiants si on le séparait de la qualité des faits et du mobile dont ces faits dérivent. Le point capital en cette matière est donc, surtout, d'arriver à une appréciation rigoureuse de la qualité des faits et de leur valeur morale. Dans cette appréciation on recherche l'intention, le sentiment d'obligeance et de générosité, l'opinion de l'agent, l'opinion du public, surtout l'esprit de la profession. Il y a des services que tout le monde juge de la même manière et sur lesquels le doute n'est pas permis. On sait à quoi s'en tenir, par exemple, sur les services que rendent un journalier, un artisan, un homme dont toute l'intelligence est placée dans les mains. D'un autre côté, qui conteste l'excellence inappréciable de certaines professions dont le but est d'éclairer l'homme, de le perfectionner, de se dévouer à sa conservation ?

Entre ces deux degrés il y a d'autres professions qui se manifestent par moins d'infériorité ou moins d'éclat. On a quelquefois hésité sur ce qu'on en doit faire, et les jurisconsultes se sont partagés entre le mandat et le louage. Mais les mœurs ont fini par faire cesser ces incertitudes. L'opinion publique, souveraine en ces matières (1), et aidée de la distinction des professions littéraires et des professions mécaniques (2), des professions libérales et des professions purement mercantiles, a réglé les rangs ; en sorte que, dans les matières civiles, il y a bien peu de cas où la question puisse se présenter avec des nuages. Parcourons, en effet, les professions étrangères au commerce.

211. Nous avons parlé ailleurs du professeur qui se livre à un enseignement (3) ; nous venons d'en dire quelques mots avec Sénèque. Faut-il rappeler l'heureuse influence du professeur sur la jeunesse et par conséquent sur le bonheur de la patrie (4) ? C'est lui qui ouvre l'intelligence et façonne le cœur des enfants, qui leur prodigue les soins et la surveillance d'un père, qui conserve la chasteté de leur âme et prépare des citoyens à l'État.

« *Exigite ut mores teneros ceu pollice ducat,*
 » *Ut si quis cerâ vultum facit : exigite ut sit*
 » *Et pater ipsius cœtus, ne turpia ludant,*
 » *Ne faciant vicibus (5). »*

(1) *Tantum valet usus*, dit Noodt (*Loc. cond.*).

(2) Ulp., l. 1, § 7, D., *De extraord. cognit.*

(3) Mon com. du *Louage*, t. 3, n° 798.

(4) Cicér., *Off.*, 1, 46.

(5) Juvénal, satir. 7, *in fine*.