

qui nous montrent sous quel point de vue moral les jurisconsultes romains avaient considéré le lien formé entre associés. Partant de ce principe que ce lien établit comme une sorte de fraternité « *cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat* », ils avaient décidé que les associés ne peuvent être condamnés les uns envers les autres que chacun jusqu'à concurrence de ses moyens : « *in quantum facere potest* (1). » C'est ce qu'on nomme le bénéfice de compétence. Et d'un autre côté, l'édit du prêteur avait mis au nombre des personnes notées d'infamie l'associé qui, poursuivi par l'action *pro socio*, aurait été condamné : « *qui pro socio damnatus erit* (2). »

1547. Outre l'action *pro socio*, les associés peuvent avoir encore les uns contre les autres l'action *communi dividundo*. Il importe beaucoup de ne pas confondre entre elles ces deux actions. L'action *pro socio* a pour but d'obtenir de son coassocié l'exécution des obligations que la société lui impose; l'action *communi dividundo* a pour but de faire partager la chose commune. La première concerne toutes les prestations personnelles quelconques auxquelles les associés sont tenus : qu'il s'agisse de choses corporelles ou incorporelles, de créances (*nomina*) ou de faits; et elle tend à obtenir condamnation. La seconde tend, comme point essentiel et principal, à obtenir l'adjudication, c'est-à-dire l'attribution à chaque associé, par sentence du juge, de la propriété exclusive du lot qui lui est dévolu. Aussi Paul a-t-il raison de dire que l'action *communi dividundo*, malgré l'existence de l'action *pro socio*, était indispensable. « *Communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem præstationes pertinet, quam ad communium rerum divisionem* (3). » En résumé : l'action *pro socio* fait exécuter le contrat de société; l'action *communi dividundo* fait cesser la communion, du moins quant à la chose partagée.

1548. Remarquons bien, néanmoins, que l'action *communi dividundo* peut être intentée non-seulement à la fin de la société, pour faire partager la masse des choses communes; mais même durant la société, pour faire partager un seul objet ou quelques objets en particulier, si le contrat est tel qu'un pareil partage doive avoir lieu. — Remarquons encore que dans l'action *communi dividundo*, quoique la mission principale du juge soit de

(1) Dig. 17. 2. *Pro socio*. 63. pr. et §§ 1 à 3. fr. Ulp. — 42. 1. *De re judic.* 16. f. Ulp. — (2) Dig. 3. 2. *Qui not. infam.* 1. f. Julian., où se trouve le texte de l'édit; et 6. § 6. f. Ulp. — Gai. Com. 4. § 182; et ci-dessous, liv. 4. tit. 16 § 2. — (3) Dig. 10. 3. *Comm. divid.* 1. f. Paul. Voir aussi Dig. 17. 2. *Pro socio*. 43. f. Ulp. « *Pro socio actio... et nominum rationem habet, et adjudicationem non admittit.* » Les créances (*nomina*) ne comportent pas adjudication; en conséquence, elles ne peuvent être l'objet d'une action *communi dividundo*. Mais par l'action *pro socio*, les associés obtiendront, les uns des autres, à ce sujet, reddition de compte et cession de leur part d'action.

faire adjudication, il doit, en outre, tenir compte des indemnités que les associés pourraient se devoir, pour une cause quelconque, au sujet de la chose partagée, et qu'il a le pouvoir de prononcer pour cela des condamnations. — Enfin, en conséquence de ces deux observations, posons ce principe : que l'action *pro socio* et l'action *communi dividundo* peuvent exister cumulativement sans se détruire l'une par l'autre; de telle manière, toutefois, que, dans les points qui leur sont communs, nul n'obtienne par l'une de ces deux actions ce qu'il a déjà obtenu par l'autre (1).

1549. Si les actes commis par l'un des associés dans la chose commune étaient de nature à donner naissance à des actions particulières, par exemple, s'ils constituaient des délits, comme un vol, un rapt, un dommage injustement causé, les associés auraient, indépendamment de l'action *pro socio*, les actions résultant de ces faits : par exemple, l'action *furti*, *vi bonorum raptorum*, *legis Aquiliæ*, et autres : toujours de manière à ne pas obtenir deux fois la même chose (2). Enfin nous en dirons autant des actions naissant de la stipulation, si les associés avaient revêtu de cette forme quelques-uns de leurs engagements (3).

TITULUS XXVI.

DE MANDATO.

TITRE XXVI.

DU MANDAT (4).

1550. Nous connaissons déjà ce principe saillant du strict droit civil des Romains : que nul ne peut se faire représenter par un autre dans les actes du droit, si ce n'est par les individus soumis à sa puissance, qui n'ont qu'une seule et même personne avec lui. Nous l'avons dit à l'occasion de la tutelle (tom. II, n° 234), de l'acquisition des droits réels (tom. II, n° 608 et 630), et de la formation des obligations (ci-dess., n° 1336). Chacun peut seul, pour soi-même, agir dans les actes juridiques, contracter, acquérir; et le droit créé, actif ou passif, est constitué seulement en la personne de ceux qui ont agi. Tel est le principe rigoureux, sauf les adoucissements graduels qui y ont été apportés. Ce principe ne doit pas être perdu de vue dans la théorie du mandat; c'est sur lui que repose la notion exacte de ce contrat chez les Romains.

1551. En effet, malgré la rigueur du principe, à part quelques actes éminemment civils, tels que les actions de la loi et tous leurs dérivés, la mancipation et tous ses dérivés, le testament, la création ou l'adition d'hérédité, dans lesquels chaque citoyen fut

(1) Sur tous ces points, conférez : Dig. 17. 2. *Pro socio*. 31 et 32. f. Ulp.; 38. § 1. f. Paul.; 43. f. Ulp. — et Dig. 10. 3. *Comm. divid.* 1. f. Paul.; 2. f. Gai., et 3. f. Ulp. — (2) Dig. 17. 2. *Pro socio*. 45 à 51. f. Ulp. et Paul. — (3) *Ibid.* 41 et 42. f. Ulp. — (4) Gai. Com. 3. §§ 155 et suiv. — Paul. Sent. 2. 15. *De mandatis*. — Dig. 17. 1; et Cod. 4. 35. *Mandati vel contra*. — Dig. 3. 3. *De procuratoribus et defensoribus*. — Dig. 46. 1; et Cod. 8. 41. *De fidejussoribus et mandatoribus*.

toujours obligé d'agir lui-même, nous savons qu'il fut admis que les autres actes, contrats ou opérations, surtout ceux du droit des gens, pourraient être faits par des tiers, pour le compte d'autrui. Non pas que ce tiers représente la personne pour le compte de laquelle il agit. c'est en son propre nom qu'il traite; c'est lui personnellement qui s'engage et envers qui les contractants s'engagent; c'est à lui que le droit, actif ou passif, est acquis. Mais à l'aide d'actions de compte réciproques, d'actions utiles et de divers autres moyens indirects, le résultat de l'opération doit être reporté, en définitive, à celui pour le compte de qui il a agi (voir t. II, n° 234). Il ne se passe pas autre chose en suite du mandat. Que deux personnes soient convenues que l'une d'elles agira ainsi en son propre nom, gratuitement, pour le compte de l'autre, dans une ou dans quelques affaires déterminées, ou même dans toutes les affaires en général: cette convention est ce que les Romains appellent *mandatum*; celui qui se charge d'agir pour le compte d'autrui se nomme *procurator* (de *curare pro*), et quelquefois *mandatarius*: en français, mandataire ou procureur; celui qui l'en charge, *mandans*, et quelquefois *mandator*: en français, mandant. Il résulte de tout ce qui précède que le mandataire n'est pas le représentant du mandant; mais bien un agent opérant en son propre nom pour le compte du mandant. C'est, à proprement parler, ce que notre droit commercial appelle un commissionnaire.

1552. Cependant, l'idée de faire représenter véritablement une personne par un tiers n'est pas restée entièrement étrangère au droit romain. — Ainsi le droit civil, sous le système de procédure formulaire, pour obvier aux embarras de la règle qui ne permettait pas de plaider par l'intermédiaire d'autrui, a imaginé le *cognitor*, véritable représentant, qui était constitué solennellement par les plaideurs devant le magistrat, et qui, dès lors, n'était plus censé faire, pour le procès, qu'une seule personne avec celui qui l'avait constitué (1). — Ainsi l'édit du préteur, en matière ordinairement commerciale ou maritime, et lorsqu'il s'agit d'une série d'opérations auxquelles une personne a été préposée par une autre, a considéré ce préposé (*institor*, ou *magister navis*, dans le cas spécial de la conduite d'un navire), comme représentant jusqu'à un certain point le préposant (*dominus*, le maître de l'opération; ou *exercitor*, l'armateur): en ce sens que le préposant est lié personnellement envers les tiers par les opérations de son préposé; et que ces tiers ont contre lui, sous une qualification prétorienne (*actio institoria*, ou *exercitoria*), les actions résultant des opérations du préposé, comme s'il les avait faites lui-même, sans, toutefois, qu'il ait, à son tour, contre les tiers, en règle générale, les actions correspondantes. Ainsi la représentation n'est

(1) GAL. COMM. 4. §§ 82 et suiv.; — et ci-dessous, liv. 4. tit. 10.

qu'imparfaite: ou mieux encore, il y a remède prétorien plutôt que représentation (1). — Enfin, nous avons vu que la jurisprudence, en considération de l'utilité (*tam ratione utilitatis quam jurisprudentia*), a admis qu'on pouvait être véritablement représenté par un tiers quant à la possession. Nous avons déjà traité ce dernier point (t. II, n° 632); nous traiterons plus loin et en détail ceux du préposé (*institor*) et du *cognitor* (ci-dessous, liv. 4, tit. 7 et 10). Nous n'avons à nous occuper ici que du mandat. Et même en ce cas, nous allons voir la jurisprudence appliquer encore, par extension, les modifications prétoriennes introduites par l'édit pour le cas de l'*institor*; et détruire ainsi, en quelque sorte, la réalité de l'ancien principe. (App. 9, liv. 3.)

1553. Le mandat puise son origine dans la religion et les bons offices de l'amitié: « *Originem ex officio atque amicitia trahit*, » dit le jurisconsulte Paul. — Dans sa main, recevant la main de l'ami à qui l'on se confiait, la foi était donnée; on lui remettait le soin de ses intérêts, et il acceptait cette charge.

TYND. « Hæc per dexteram tuam, te dextera retineas manu,
Obsecro, infidelior mihi ne fuas, quam ego sum tibi.
Tu hoc age, tu mihi herus nunc es, tu patronus, tu pater:
Tibi commendo spes opesque meas.

PH. Mandavisti satis.
Satin' habes, mandata quæ sunt, facta si refero?

TYND. Satis. »

Ainsi nous est représenté le mandat, accompagné d'une sorte de forme stipulatoire, dans le vieux poète comique des Romains (2); et son nom seul *man-datum* révèle ce symbole primitif, de la main donnée et reçue en signe de foi.

Passant de cette foi religieuse de l'amitié dans le droit civil, il y est reçu au nombre des conventions du droit des gens, qui emportent obligation, *ex æquo et bono*, par le seul effet du consentement, même tacite. Mais le cachet de son origine lui reste en trois points bien marqués: la nécessité essentielle qu'il soit gratuit (3); l'obligation pour le mandataire d'apporter en sa mission les soins du père de famille le plus diligent, plus de soin qu'il n'en apporte même à ses propres affaires (4);

(1) Voir ci-dessous, liv. 4. tit. 7. — (2) PLAUTE: *Captiv.*: acte 2, scène 3, vers 82 et suiv. — TERENCE aussi nous reproduit la même donnée (*Heautontimor.*, acte 3, scène 1, vers 84 et suiv.):

ME. « Cedo dextram: porro te oro idem ut facias, Chreme.
CHR. « Paratus sum. »

— (3) DIG. 17. 1. *Mand. v. cont.* 1. § 4. f. Paul.; — et ci-dessous, § 13, n° 1572. — (4) En conséquence, il est responsable de toute espèce de faute. COD. 4. 35. *Mand. v. cont.* 11 et 13. const. Dioclet. et Maxim. 21. const. Constantin. Cependant cette étendue de la responsabilité du mandataire est sujette à controverse. Voir ci-dessous, n° 1653. — L'obligation est réciproque de la part du mandant, et ici il n'y a pas de controverse: par exemple s'il a donné mandat d'acheter tel esclave déterminé qui a le vice du vol, et que cet esclave

enfin, l'infamie qui le note, s'il est condamné par l'action de mandat (1).

1554. Le contrat de mandat, dès le principe et par le seul effet de la convention, ne produit d'obligation que d'un seul côté : obligation pour le mandataire de remplir avec le soin le plus exact la mission dont il s'est chargé, de rendre compte, et de restituer au mandant tous les objets ou tous les droits acquis par suite de l'opération (2). — Mais par la survenance de certains faits postérieurs (*ex-post-facto*), le mandant peut, de son côté, se trouver obligé envers le mandataire; car il sera tenu de lui rembourser avec intérêts toutes les dépenses faites, de le libérer de toutes les obligations contractées pour l'exécution du mandat; et enfin de l'indemniser de tout préjudice qui aurait sa cause, non-seulement dans le dol, mais encore dans toute espèce de faute du mandant (3). Dès que quelques-uns de ces événements surviendront, l'obligation du mandant, qui a sa source dans le contrat, prendra naissance. Ainsi, le mandat est au nombre de ces contrats qu'on nomme, dans la doctrine moderne, synallagmatiques imparfaits.

1555. A l'égard des opérations faites avec les tiers, il faut, en droit strict, appliquer le principe que le mandataire contracte en son propre nom. C'est donc lui qui est obligé envers les tiers, et c'est envers lui que les tiers sont obligés. Seulement, dans leurs rapports réciproques, le mandataire pourra agir contre le mandant pour se faire libérer ou indemniser de ces obligations par lui contractées (4); le mandant pourra agir contre le mandataire pour se faire céder les actions contre les tiers ou remettre ce qu'elles auront rapporté (5). Mais la jurisprudence ne s'en est pas tenue à ce droit rigoureux. A mesure qu'elle est devenue moins matérielle et plus rationaliste, l'idée que le mandant doit être censé avoir agi par l'intermédiaire de son mandataire s'est fait jour. Étendant une disposition déjà introduite par l'édit, la jurisprudence, à l'exemple de l'action institoire (*ad exemplum institoria*), a accordé aux tiers, contre le mandant, les actions utiles résultant des opérations faites par eux avec le mandataire : par exemple la *condictio utilis*, s'il s'agit de *mutuum* ou de stipulation; l'*actio utilis empti* ou *venditi*, s'il s'agit d'achat ou de vente (6). — D'un autre côté, dépassant même les règles de

vole le mandataire, le mandant en sera responsable, bien qu'il ait ignoré ce vice, parce que s'il avait apporté les soins et la prudence du père de famille le plus diligent, il aurait connu ce vice à l'avance. (Dig. 47. 2. *De furtis*. 61. § 5. f. African.)

(1) Dig. 3. 2. *De his qui notant infam.* 1. f. Julian.; et 6. §§ 5 et 6. f. Ulp. — (2) Dig. 17. 1. *Mand. v. cont.* 5. pr. et § 1. f. Paul.; 27. § 2. f. Gai., et 8. § 3. f. Ulp. — 20. f. Paul. « Ex mandato, apud eum qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet. » — 10. §§ 3 et 8; et 12. § 10. f. Ulp. — (3) Dig. *Ibid.* 27. § 4. f. Gai.; 10. § 9, et 12. §§ 7 à 9. f. Ulp. — 45. §§ 1 à 5. f. Paul. — (4) *Ibid.* 45. pr., et §§ 1 à 5. f. Paul. — (5) *Ibid.* 10. § 6, et 43. f. Ulp. — 59. pr. f. Paul. — (6) Dig. 3. 5. *De negot. gest.* 31. pr. f. Papin. — 14. 3.

l'action institoire, elle a accordé au mandant lui-même, contre les tiers et sous la qualification d'*utiles*, les actions nées de ces opérations. Cela est indubitable pour le cas de mandat spécial (1); quant au mandat général, il semble que l'action utile ait été donnée plus difficilement au mandant, et seulement par secours extraordinaire, lorsque, sans cela, il serait en danger de perdre (2). — Enfin, nous voyons même que les tiers se trouvant ainsi placés entre deux actions : l'action directe du mandataire, et l'action utile du mandant, la jurisprudence donne la préférence à cette dernière; et qu'une exception repoussera le mandataire qui, contre l'intention du maître, intenterait lui-même l'action (3). — Ajoutez à tout cela que, par suite des principes admis en ce qui concerne la possession, la propriété est acquise ou aliénée pour le mandant lui-même, par l'effet de la tradition faite en son nom à son procureur (t. II, n° 632) ou par son procureur (4). C'est-à-dire qu'en somme, le droit romain, par les innovations de l'édit et de la jurisprudence, s'est de plus en plus rapproché du système en vigueur aujourd'hui sur la représentation du mandant par le mandataire, et que l'ancien droit n'a plus guère conservé qu'une existence purement nominale.

1556. Du reste, il faut bien distinguer d'un mandataire, le *nuntius*, qui n'est qu'un messenger, un porte-paroles, un instrument dont on se sert pour porter l'expression de son consentement. Dans tous les actes qui peuvent se faire par le seul consentement, par conséquent dans tous les contrats consensuels, rien n'empêche d'envoyer ce consentement, soit par lettre, soit par messenger, et c'est comme si on l'avait donné soi-même (tom. II, n° 99; ci-dess., p. 266, au texte; et Dig. 44. 7. *De oblig.* 2. § 2, fr. Gai.).

1557. Le mandat peut être distingué, par l'étendue des objets qu'il embrasse, en mandat général (*mandatum generale*), ou mandat spécial (*speciale mandatum*). « Procurator autem vel omnium rerum, vel unius rei esse potest, » dit Ulpien (5). Notre texte, d'après Gaius, nous donne une autre division, tirée de l'intérêt dans lequel le mandat est intervenu (6).

De instit. act. 16. f. Paul.; et 19. pr. f. Papin. — 17. 1. *Mand.* 10. § 5. fragment d'Ulpien, rapportant une réponse de Papinien. — Cov. 4. 25. *De instit. et exercit.* 5. const. Dioclet. et Maxim. — Tous ces textes disent toujours, en parlant de l'action qu'ils accordent : *utilis ad exemplum institoria*, ou même *utilis quasi-institoria*.

(1) Dig. 19. 1. *De action. empt. et vend.* 13. § 25. f. Ulp. — 3. 3. *De procurat.* 27. § 1, et 28. f. Ulp.; 68. f. Papin. — (2) Dig. 14. 1. *De exercit.* 1. § 18. f. Ulp. : « extra ordinem juvare. » — 14. 3. *De instit.* 1 et 2. f. Ulp. : « si modo aliter rem suam servare non potest. » — 46. 5. *De stipul. præt.* 5. f. Paul. : « si rem amissurus sit. » — (3) Dig. 3. 3. *De procurat.* 28. f. Ulp. — (4) Dig. 17. 1. *Mand.* 5. §§ 3 et 4. f. Paul. — (5) Dig. 3. 3. *De procuratoribus.* 1. § 1. f. Ulp.; 58 et 60. f. Paul.; 63. f. Modestin. — (6) Dig. 17. 1. *Mand.* 2. f. Gai.

Mandatum contrahitur quinque modis, sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua et tua, sive aliena tantum, sive sua et aliena, sive tua et aliena. At si tua tantum gratia mandatum sit, supervacuum est; et ob id nulla obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur.

1558. Le mandat dans l'intérêt unique du mandataire n'est qu'un conseil. Cette espèce reviendra sous le § 6.

I. Mandantis tantum gratia intervenit mandatum: veluti, si quis tibi mandet ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emereres, vel ut pro eo sponderes.

1559. Le mandat dans le seul intérêt du mandant est le cas ordinaire, le cas le plus fréquent. — Remarquez, dans le texte, la mention du *sponsor*, empruntée aux anciens et conservée ici, quoique le véritable *sponsor* n'existe plus sous Justinien.

II. Tua et mandantis: veluti, si mandet tibi, ut pecuniam sub usuris crederes ei qui in rem ipsius mutuaretur; aut si, *volente te agere cum eo ex fidejussoria causa*, tibi mandet ut cum reo agas periculo mandantis: vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo quem tibi deleget in id quod tibi debuerat.

1560. *Volente te agere cum eo ex fidejussoria causa*. Ceci, emprunté probablement encore aux textes de Gaius, ne peut avoir eu d'utilité que dans le droit antérieur à Justinien: à l'époque où le créancier était libre d'attaquer soit le débiteur principal, soit le fidéjusseur, mais où, par son action contre l'un, l'autre se trouvait libéré (voir ci-dess, n° 1406). Dans ces circonstances, on suppose qu'ayant fixé son choix sur le fidéjusseur, il se dispose à l'attaquer; mais celui-ci lui donne mandat de poursuivre, à ses risques et périls, le débiteur principal. Par l'effet de cette poursuite, le fidéjusseur se trouvera bien libéré en qualité de fidéjusseur; mais il sera tenu comme mandant. Depuis les innovations de Justinien, qui datent de 531, et qui sont par conséquent antérieures aux Instituts, ceci n'avait plus d'intérêt (ci-dess., *ib.*).

1561. *Ab eo quem tibi deleget*: Te devant cent sous d'or, je te délègue Titius qui m'en doit autant, en te donnant mandat de stipuler de lui cette somme. Cette stipulation faite par toi éteint à la fois, par novation, et la dette de Titius envers moi, et la mienne envers toi; mais je reste responsable comme mandant, et

Le mandat se contracte de cinq manières: selon que quelqu'un te donne mandat dans son intérêt seulement, ou dans le sien et dans le tien, ou dans l'intérêt d'autrui seulement, ou dans le sien et dans celui d'autrui, ou dans le tien et dans celui d'autrui. Le mandat dans ton seul intérêt est inutile, et ne produit par conséquent entre vous ni obligation ni action de mandat.

I. Il y a mandat dans le seul intérêt du mandant: par exemple, si quelqu'un te donne mandat de gérer ses affaires, de lui acheter un fonds, de te rendre *sponsor* pour lui.

2. Dans ton intérêt et dans celui du mandant: par exemple, s'il te donne mandat de prêter de l'argent à intérêt à quelqu'un qui l'emprunte pour les affaires du mandant; ou si, *lorsque tu veux l'actionner pour cause de fidejussion*, il te mande soit d'agir à ses risques et périls contre le débiteur principal; soit de stipuler, à ses risques et périls, ce qu'il te doit, d'une personne qu'il te délègue.

tu auras ainsi, pour te faire payer, l'action de la stipulation contre Titius, et l'action de mandat contre moi, si Titius ne te paye pas (1).

III. *Aliena autem causa intervenit mandatum, veluti, si tibi mandet ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emereres, vel ut pro Titio sponderes.*

3. Il y a mandat intervenu dans l'intérêt d'autrui: par exemple, si quelqu'un te mande de gérer les affaires de Titius, d'acheter un fonds ou de te rendre *sponsor* pour Titius.

1562. Ce genre de mandat peut se présenter, par exemple, si l'un de mes amis étant absent et ses affaires en souffrance, je m'adresse à toi qui es sur les lieux, et je prends sur moi de te charger de quelque gestion pour lui. Point d'obligation dès l'abord, parce que, l'affaire n'étant pas la mienne, je suis sans intérêt de droit (2). En conséquence, par le seul effet de la convention, je n'aurais aucune action contre toi pour te forcer à exécuter le mandat. Mais dès que tu as opéré, les actions naissent: tu as action de mandat contre moi, pour te faire indemniser des suites de l'affaire; et moi, j'ai action contre toi pour te faire rendre compte et exécuter tes obligations, parce que j'en suis responsable envers le tiers dans les affaires duquel je me suis immiscé (3).

IV. *Sua et aliena, veluti, si de communibus suis et Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut sibi et Titio fundum emereres, vel ut pro eo Titio sponderes.*

4. Dans l'intérêt du mandant et dans celui d'autrui: par exemple, s'il te mande de gérer des affaires communes entre lui et Titius, d'acheter un fonds ou de te rendre *sponsor* pour lui et Titius.

V. *Tua et aliena, veluti, si tibi mandet ut Titio sub usuris crederes. Quod si ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum.*

5. Dans ton intérêt et dans celui d'autrui: par exemple, s'il te mande de prêter à intérêts à Titius. Si c'est de prêter sans intérêts, le mandat n'intervient qu'en faveur d'autrui.

VI. *Tua gratia intervenit mandatum, veluti, si tibi mandet ut pecunias tuas in emptiones potius prædiorum colloces quam feneres; vel ex diverso, ut feneres potius quam in emptiones prædiorum colloces. Cujus generis mandatum est, magis consilium quam mandatum est, et ob id non est obligatorium: quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabitur, cum liberum cuique sit apud se explorare an expediat consilium. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emereres, vel eam crederes, quamvis non expediat tibi eam emisse vel credidisse, non ta-*

6. Il y a mandat dans ton seul intérêt: par exemple, s'il te mande de placer ton argent en achat de biens fonciers, plutôt que d'en prêter à intérêts, ou réciproquement. Ce mandat est plutôt un conseil qu'un mandat, et, par conséquent, il n'est pas obligatoire; car nul ne s'oblige par un conseil, fût-il préjudiciable, puisque chacun reste libre d'apprécier, à part soi, le mérite des conseils qui lui sont donnés. Si donc quelqu'un, sachant que tu as chez toi de l'argent sans emploi, t'a engagé à le prêter ou à acheter quelque chose, bien que tu n'aies trouvé aucun avantage dans le prêt ou dans l'achat, tu n'as

(1) Dig. 17. 1. *Mandat.* 22. § 2; 26. § 2; et 45. § 7. f. Paul. — (2) Un texte de Papinien se contient d'un intérêt d'affection (Dig. 17. 1. 54. pr.); mais c'est par faveur pour l'affranchissement. — (3) Dig. 17. 1. *Mandat.* 8. § 6. f. Ulp.; et 3. 5. *De negot. quest.* 28. f. Javolen.

men tibi mandati tenetur. Et adeo hæc ita sunt, ut quæsitum sit an mandati teneatur, qui mandavit tibi ut pecuniam Titio scenerares? Sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum; quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

pas contre lui l'action de mandat. A un tel point, qu'on a mis en question si celui-là serait tenu de l'action de mandat qui t'aurait donné mandat de prêter ton argent à Titius. Mais on a admis l'avis de Sabinus, savoir : que ce mandat est obligatoire, parce que tu n'aurais pas prêté à Titius sans mandat.

1563. Il faut remarquer, sous ces deux derniers paragraphes, que le mandat peut intervenir sous un aspect qui présente de grandes analogies avec la fidéjussion ; c'est-à-dire de telle sorte que le mandant (*mandator*) soit responsable, à peu près comme le fidéjusseur, de la dette d'autrui.—Tel est le cas du § 2, où, pour me libérer de ce que je vous dois, je vous donne mandat de stipuler la même somme de mon débiteur que je vous délègue (ci-dessus, n° 1558); tel est encore celui du § 5, où, m'intéressant à une personne qui a besoin d'argent, je vous prie et vous donne mandat de lui en prêter, soit à intérêts, soit sans intérêts : comme dans cet exemple donné par Marcellus : « *Si petierit a te frater meus, peto des ei nummos fide et periculo meo* (1); » tel est enfin celui du § 6, où, même sans avoir en vue l'intérêt de l'emprunteur, et seulement en me préoccupant du vôtre, en cherchant à y pourvoir, je vous mande de prêter votre argent à Titius. Ce dernier cas se confond presque avec celui d'un simple conseil : aussi voyons-nous, par le texte, qu'il avait soulevé des doutes parmi les jurisconsultes romains. Il est certain que si je vous ai mandé seulement de placer votre argent en prêts à intérêts, sans désignation de personne, il n'y a véritablement qu'un avis, qui ne m'engage à aucune responsabilité. Il en sera de même si, s'agissant même d'un emprunteur désigné, je n'ai fait que vous donner mes informations, mon avis sur sa solvabilité (2); mais si je me suis assez avancé dans mon conseil, dans mon exhortation, pour y donner le caractère de mandat, l'opinion professée par Sabinus a prévalu que je serais tenu à ce titre. — La même responsabilité se rencontrerait, si je vous avais prié, donné mandat d'accorder un délai à votre débiteur, prenant sur moi le péril de la dette : « *Si, ut expectares, nec urgeres debitorem ad solutionem, mandavero tibi, ut ei des intervallum* (3). » — Dans ces divers cas, qui doivent être appréciés, de bonne foi, d'après

(1) DIG. 46. 1. *De fidej. et mandat.* 24. f. Marcell. — DIG. 17. 1. *Mand.* 6. § 4. f. Ulp. « Si tibi mandavero, quod mea non intereat, veluti ut pro Seio intervenias, vel ut Titio credas : erit mihi tecum mandati actio... et ego tibi sum obligatus. » — (2) Ainsi le dit Ulpien du proxénète, ou courtier : « Qui monstrat magis nomen, quam mandat, tametsi laudet nomen. » (DIG. 50. 14. *De proxen.*, 2. f. Ulp.) — Ainsi le dit encore Ulpien, d'après Pomponius, de celui « Qui adfirmaverat idoueam esse eum cui mutua pecunia dabatur : » à moins qu'il ne l'eût fait évidemment par dol. (DIG. 4. 3. *De dolo.* 7. § 10. f. Ulp.) — (3) DIG. 17. 1. *Mand.* 12. § 14. f. Ulp.

l'intention probable, je suis, en ma qualité de mandant, et par l'action du contrat de mandat, tenu envers le créancier comme caution de la créance.

1564. Le mandat, lorsqu'il se produit ainsi, n'est qu'une espèce particulière d'intercession (voir ci-dessus, n° 1413); les commentateurs, surtout en Allemagne, lui donnent l'épithète non romaine de mandat *qualifié*. Les textes du droit appliquent au mandant, plus spécialement dans ce cas particulier, la dénomination de *mandator*. — Ce mandat peut intercéder, dit le jurisconsulte Julianus, pour tous les contrats auxquels peut accéder la fidéjussion : « Neque enim multum referre (puto) præsens quis interrogatus fidejubeat, an absens mandet (1). » Aussi trouvons-nous, au Digeste, dans le Code, et jusque dans les Nouvelles, ces deux intercessions toujours rapprochées et traitées ensemble, sous ce titre : *De fidejussoribus et mandatoribus* (2). (App. 5, liv. 3.)

1565. Le mandat qui constitue une intercession reçoit l'application des principales règles communes à ce genre de contrats accessoires. Ainsi, les prohibitions du S. C. VELLÉIEN, à l'égard des femmes (3), les bénéfices de discussion (4), de division, s'il y a plusieurs mandants (5), et de cession d'actions, s'appliquent aux *mandatores* comme aux *fidejussores*. Bien que quelques-uns de ces bénéfices aient été introduits par des lois ou des constitutions spéciales aux fidéjussions, l'équité les a fait étendre au cas de mandat.

1566. Toutefois, quelques particularités sont à remarquer, en ce qui concerne le *mandator*. Elles tiennent, d'une part, à ce que c'est son conseil, son impulsion, c'est la mission qu'il a donnée, qui a fait faire le contrat; de telle sorte que s'il veut user contre le créancier, son mandataire, des divers moyens de défense qui peuvent être ouverts par extraordinaire au débiteur dont il répond, le prêteur sera plus difficile à lui en accorder le bénéfice (6). D'autre part, il faut bien remarquer que l'engagement du *mandator* ne vient pas, comme celui du fidéjusseur, s'adjoindre en qualité de dépendance, de simple accessoire, à une obligation principale dont il ne serait que la caution. Cet engagement provient d'un contrat distinct et indépendant, qui a son existence à part : le contrat de mandat. De telle sorte qu'il y a deux classes d'obligations principales : d'un côté, celles produites par le

(1) DIG. 17. 1. *Mandat.* 32. f. Julian. — (2) DIG. 46. 1. — COD. 8. 41. — NOV. 4. cap. 1. — (3) DIG. 46. 1. *Ad S. C. Vellej.* 6. f. Ulp.; et 7. f. Papin. — (4) NOVEL. 4. c. 1. — (5) DIG. 27. 7. *De fidej. tutor.* 7. f. Papin. — COD. 4. 18. *De pecun. constit.* 3. const. Justinian. — (6) Ainsi nous le dit Ulpien, à l'égard de la restitution *in integrum*, pour cause de minorité du débiteur, accordée par le prêteur à l'extraordinaire et selon les circonstances (*causa cognita*). On sera beaucoup plus difficile pour étendre cette restitution au *mandator*, que pour en faire profiter le fidéjusseur : « Facilius in mandatore dicendum erit, non debere ei subvenire : hic enim velut affirmator fuit et suasor, ut cum minore contraheretur. »

mandat; et de l'autre, celles qui résultent de l'opération faite par le mandataire avec le tiers.

1567. De là trois conséquences, fondées toutes sur le même principe : — la première, c'est qu'à la différence de ce qui existait anciennement pour les *sponsores*, *fidepromissores* ou *fidejussores*, l'action intentée par le mandataire contre le *mandator* ne libérait pas le débiteur, ni réciproquement. Nous savons que Justinien a assimilé, sur ce point, aux *mandatores*, tant les fidéjusseurs que les *co-rei* eux-mêmes (1). — La seconde, c'est que le *mandator*, en payant lui-même, ne libère pas le débiteur dont il répond : « *Propter mandatum enim suum solvit, et suo nomine*, » dit Papinien (2). — Enfin, la troisième, c'est qu'il peut, en conséquence, même après avoir payé son mandataire, se faire céder les actions de ce dernier contre le débiteur, puisque ces actions continuent toujours de subsister, tandis qu'il ne serait plus possible au fidéjusseur, après le paiement, de se faire faire cette cession (3).

VII. Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est; veluti, si Titius de furto aut de damno faciendo, aut de injuria facienda tibi mandet. Licet enim pœnam istius facti nomine præstiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem.

7. Le mandat n'est pas non plus obligatoire lorsqu'il est contraire aux bons moeurs : par exemple, si Titius te mande de commettre un vol, un dommage, ou une injure. En effet, bien que tu aies subi la peine de ce fait, tu n'as aucune action en recours contre Titius.

1568. Il n'y a obligation ni d'une part ni de l'autre. Le mandant n'a aucun droit pour contraindre à l'exécution du mandat, cela va sans dire; ni même le mandataire pour se faire indemniser de ses conséquences, s'il l'a rempli.

VIII. Is qui exequitur mandatum, non debet excedere finem mandati. Ut ecce, si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi ut fundum emereres, vel ut pro Titio sponderes, neque pluris emere debes, neque in amplioem pecuniam fidejubere; alioquin non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem ut Sabino et Cassio placuerit, etiam si usque ad centum aureos cum eo agere volueris, inutiliter te acturum. Diversæ scholæ auctores recte usque ad centum aureos te acturum existimant; quæ sententia sane benignior est. Quod si minoris emeris, habebis scilicet cum eo actionem; quoniam qui mandat ut

8. Le mandataire ne doit point excéder les bornes du mandat : par exemple, si quelqu'un t'a mandé d'acheter un fonds ou de te rendre *sponsor* pour Titius jusqu'à concurrence de cent écus d'or, tu ne dois excéder cette somme ni dans l'achat ni dans la fidéjussion, sinon tu n'auras pas l'action de mandat; à tel point, que Sabinus et Cassius pensaient que, même si tu veux te borner à agir pour cent écus d'or, tu le feras inutilement. Mais les jurisconsultes de l'école opposée pensent que tu agiras valablement jusqu'à concurrence de cent écus d'or, opinion sans contredit plus favorable. Que si tu achètes à

(1) Dig. 46. 1. *De fidej. et mand.* 13. f. Julian.; et 71. f. Paul. — Cod. 8. 41. *De fidej. et mandat.* 28. const. Justinian. — Voir aussi ci-dessus, nos 1272 et 1406. — (2) Dig. 17. 1. *Mand.* 28. f. Papin. — (3) Dig. 46. 3. *De solut.* 76. f. Modestin. — Et ci-dessus, n° 1408.

sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur ut minoris, si possit, emeretur.

moindre prix, nul doute que tu n'aies contre le mandant l'action de mandat, car dans le mandat d'acheter un fonds pour cent écus d'or, il est bien entendu qu'on l'achètera à moins, s'il est possible.

1569. Il faut distinguer, dans ce paragraphe, la règle générale, de quelques espèces particulières d'application.

La règle générale est celle qui est exprimée en tête du paragraphe : le mandataire ne doit pas sortir des limites du mandat. Hors de ces limites, il n'a plus de pouvoir. « *Nam qui excessit, aliud quid facere videtur* (1). » En conséquence, il n'a aucune action contre le mandant pour se faire indemniser des suites de ses actes; mais celui-ci a contre lui l'action née immédiatement du contrat, jusqu'à concurrence de l'intérêt qu'il avait à ce que le mandat fût exécuté, s'il était possible : « *Quatenus mea interest, implesse eum mandatum, si modo implere potuerit* (2). »

1570. Le texte suppose que le mandataire, tout en s'en tenant à l'objet même de son mandat, a dépassé, pour obtenir le résultat désiré, la limite des obligations ou des sacrifices indiqués par le mandant. L'opinion de Sabinus, défavorable au mandataire, était fondée sur ce que le mandataire eût pu, en limitant sa perte, du moins dans les opérations à titre onéreux, spéculer aux dépens du mandant (3). Le mandataire, en effet, eût pu agir, dans les limites du mandat, contre le mandant, qui, lui, n'aurait eu aucune action contre l'autre partie. On peut cependant, suivant les circonstances, admettre l'opinion plus favorable (*benignior*) des Proculétiens, qui permet au mandataire d'éviter une perte plus considérable, et peut-être une condamnation infamante par l'action *mandati* (4). — Par suite de cette opinion qui a prévalu, si le mandataire ayant reçu mandat de s'obliger à terme s'oblige purement et simplement, et paye, il n'aura d'action de mandat qu'à l'expiration du terme (5). De même, s'il vend un fonds pour un prix inférieur à celui qui lui a été fixé, il devra indemniser le mandant. Sinon le mandant vendiquera son fonds sans pouvoir être repoussé par l'exception *rei venditæ* (6). (A. 9, l. 3.)

1571. Le texte, dans les trois paragraphes qui suivent, traite des causes qui peuvent faire évanouir le mandat ou y mettre fin. Les principales de ces causes, ici comme pour la société, sont non pas seulement le consentement des deux contractants, mais la volonté seule de l'un des deux : révocation (*revocatio*) de la part du mandant, renonciation (*renuntiatio*) de la part du mandataire; comme aussi la mort de l'un ou de l'autre

(1) Dig. 17. 1. *Mand.* 5. f. Paul. — (2) Gai. Com. 3. § 161. — Dig. 17. 1. *Mand.* 44. f. Gai. — (3) Gai. *Ib.* — (4) Dig. 17. 1. *Mand.* 3. f. Paul.; 4. f. Gai.; 5. f. Paul.; 33. f. Julian. — 45. 1. *Verb. oblig.* 1. § 4. f. Ulp. — (5) 17. 1. *Mand.* 22. pr. et § 1. f. Paul. — (6) *Ibid.* 5. §§ 3 et 4. f. Paul.