

Ceci est admis dans le *mutuum*, uniquement dans le *mutuum*, contrat unilatéral. Le prêteur n'est en aucun cas obligé.

3° A part l'exception que nous venons d'indiquer, les Romains ont persisté dans cette idée qu'un contrat négocié, délibéré, conclu par un mandataire, produit ses effets obligatoires dans la personne du mandataire contractant. Mais si, dans cette législation, on ne pouvait pas employer le ministère d'un *procurator* pour devenir, en vertu d'un contrat fait en notre nom, créancier ou débiteur, on pouvait beaucoup plus facilement cesser de l'être. La matière des actes libératoires nous offre une nouvelle limitation du principe de non-représentation.

Le paiement, acte libératoire non solennel, comporte l'intervention d'un mandataire pour le créancier, l'intervention même d'un gérant spontané d'affaires pour le débiteur. Il a été admis, dans l'intérêt du créancier, que l'opposition du débiteur ne saurait mettre obstacle à l'efficacité du paiement fait en son nom par un tiers (1). — Soit par paiement, soit par novation, soit par litis-contestation, un débiteur peut être libéré à son insu, contre son gré (2).

Le prêteur a suivi ce mouvement favorable à la libération. Il a, relativement au *pactum de non petendo*, dérogé à la règle que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties. Non seulement le *pactum de non petendo* profite aux coobligés que le débiteur pactisant a intérêt à affranchir de poursuite à cause d'un recours dont il serait lui-même menacé; mais encore un pacte de remise obtenu par un tiers, un *procurator* sans intérêt personnel, uniquement dans l'intérêt du débiteur, procure à ce dernier une exception de dol (3). — En d'autres termes, la libération *exceptionis ope* est favorisée, comme la libération *ipso jure* l'est elle-même quand l'absence de solennité le permet.

### § 5.

Nous avons circonscrit le champ d'application du principe de non-représentation. Éliminé des aliénations entre-vifs par tradi-

ment un mandataire. Le texte prouve, selon nous, que cette condition est nécessaire. *Si meam pecuniam tuo nomine, voluntate tua dedero — quotidie credituri... ab alio poscamus ut nostro nomine... numeret.* D'ailleurs, comment concevoir qu'une personne puisse, en prêtant son argent en notre nom, nous rendre, à notre insu, créancier peut-être d'un insolvable et nous obliger envers elle à une restitution du capital? Les Romains attachent une telle importance à l'accord des volontés entre celui qui emprunte et celui qui deviendra créancier, qu'une erreur sur l'identité, erreur rendue possible par l'intervention d'un tiers qui réalise matériellement le prêt, est un obstacle à la formation du contrat. GELIUS. f. 32. DIG. 12. 4. Voy. cependant M. ACCARIAS. *Précis*, t. II, n° 587.

(1) INST. JUST. lib. 3. tit. 29. pr. *Sive sciente debitore, sive ignorante vel invito.*  
— (2) POMONIUS. f. 25. DIG. *De solut.* 46. 3. — (3) PAULUS. f. 21. § 5. DIG. *De pactis.* 2. 14. ULPIANUS. f. 10. § 2. PAUL. f. 25. § 2. ULP. f. 26. DIG. *Eod. tit.* L'exception de dol laisse au juge plus de latitude que l'exception de pacte.

tion, du *mutuum*, des modes non solennels d'extinction des obligations, il reste en vigueur pour la formation des contrats autres que le *mutuum* et pour les conséquences des procès, qui sont aussi des contrats.

Les prêteurs, acceptant le principe ainsi restreint pour point de départ d'une prudente innovation, se sont efforcés d'en corriger les inconvénients pratiques.

Quand un fils, ou un esclave, est préposé par son chef de famille à une expédition maritime, ou à une entreprise terrestre, il est fâcheux que le père de famille, qui aura le gain total du négoce entrepris par ses ordres, ne soit pas tenu envers les tiers des obligations contractées à ce sujet. En donnant action aux tiers contre le père de famille préposant, plus solvable évidemment que son fils ou son esclave, on augmente le crédit du préposé, on imprime à l'entreprise un essor favorable à sa prospérité. Le prêteur a autorisé les tiers à exercer, *utilitatis causa*, les actions nées des contrats faits par le préposé, contre le préposant dont ils ont suivi la foi (*actio exercitoria, actio institoria*) (1).

Cette innovation rétablit dans les contrats synallagmatiques une harmonie logique, sinon nécessaire. Le préposé, fils de famille ou esclave de l'*exercitor*, forme un contrat de cette nature. Il fait naître des créances et des dettes corrélatives. D'après les principes du droit civil, les créances passaient au chef de famille; les dettes restaient à la charge du contractant *alieni juris*, peu susceptible de poursuite efficace, s'il s'agit d'un fils de famille; à l'abri de toute poursuite directe, s'il s'agit d'un esclave. Cette séparation des effets du contrat était incomplètement corrigée par des fidéjussions, très usitées d'ailleurs et que les tiers créanciers exigeaient.

Reconnaissons que le père de famille qui exerçait son action, était sans doute tenu de compenser avec sa créance la dette corrélative née du même contrat. Néanmoins, selon les règles du droit civil, le tiers, créancier et débiteur en vertu d'un contrat bilatéral, était à la discrétion du père de famille; il ne pouvait se prévaloir de sa créance, que s'il était attaqué comme débiteur. Le contrat s'exécutait ou ne s'exécutait pas au gré du chef de famille du contractant *alieni juris*. Inconvénient grave auquel l'innovation prétorienne a porté remède.

Lorsque le préposé est un homme libre, c'est-à-dire placé hors de la puissance du préposant, le prêteur a eu un double problème à résoudre. — Les tiers auront-ils action contre le préposant? Oui, ainsi que dans le cas précédent. — Le préposant aura-t-il action contre les tiers? Pour l'avoir, il faut qu'il reçoive du prêteur, sous forme d'action utile, l'action du contrat fait par le

(1) GAIUS. COM IV. § 71.

préposé étranger à sa puissance. Chose notable : le prêteur, qui accorde dans tous les cas aux tiers faculté d'agir contre le préposant, n'admet pas la réciproque sans condition. Il n'accorde au préposant action contre les tiers, en écartant la personne du préposé, que s'il est en danger de perdre; par exemple, si le préposé est insolvable (1).

Pourquoi? plusieurs motifs peuvent être donnés. — Le préposant a organisé l'entreprise, choisi le préposé, il a fait sa condition, beaucoup plus librement que les tiers. Il ne mérite pas autant que ceux-ci d'être secouru. — Le préposant n'a pas suivi la foi de tiers qu'il ne connaît pas, comme les tiers ont suivi la foi du préposant qui a publié son nom et son intérêt dans l'affaire. — Chaque tiers, en agissant, n'a à se préoccuper que du contrat qu'il négocie. Le préposant a un compte général à recevoir du préposé avec balance entre les déboursés et les recettes; il ne doit pas aisément être autorisé à détacher à son profit un élément actif de ce compte. Cela pourrait compromettre les intérêts du préposé qui a fait des avances.

Revenant aux contrats synallagmatiques, on peut s'étonner de voir le prêteur désassocier ainsi la créance et la dette qui en résultent, et reproduire cette situation, que nous avons critiquée, d'un contractant à la merci de l'autre; mais il convient d'observer que maintenant, quand le préposé est un homme libre, c'est le tiers qui tient à sa discrétion le mandant, tandis que, d'après le droit civil, au cas où le préposé était une personne en puissance, c'était le tiers qui était à la discrétion du chef de famille. D'après le droit prétorien, le tiers peut attaquer l'*exercitor* qui, défendeur, invoquera par voie de compensation les effets synallagmatiques du contrat; il n'a pas à redouter d'attaque de la part du préposant qui a choisi un préposé *sui juris* ou indépendant de sa puissance. Répétons-le : le préposant a fait son sort.

Les prudents ont donné à l'innovation prétorienne une notable extension. L'action *institoria*, introduite en vue des entreprises comportant une série d'opérations destinées à se fondre dans un gain total, a été étendue à tous actes accomplis par des mandataires, à des actes isolés. Papinien semble avoir eu l'initiative de ce développement logique de la théorie nouvelle; et ce nom en fixe l'époque (2).

Nous voyons dans un texte d'Ulpien, où l'autorité de Papinien est invoquée, l'action *quasi institoria* appliquée à une vente. Le mandataire a joué le rôle de vendeur; il a fourni la *cautio de*

(1) ULP. f. 1. *In fine*. GAIUS. f. 2. DIG. *De inst. act.* 14. 3. — ULP. f. 1. § 18. DIG. *De exerc. act.* 14. 1. — PAUL. f. 5. DIG. *De stip. præc.* 46. 5. — (2) PAPIN. f. 19. pr. DIG. *De inst. act.* 14. 3. — f. 10. § 5. DIG. *Mandati.* 17. 1. — f. 66. § 3. DIG. *De evict.* 21. 2.

*evictione*. Le tiers acheteur peut, en cas d'éviction, intenter, *utilitatis causa*, l'action *empti* ou la *condictio* contre le mandant, et le mandant peut intenter, par exemple pour le paiement du prix, contre le tiers acheteur, l'*actio venditi*, également sous forme d'*actio quasi institoria* (1).

Il paraît résulter de ce texte que l'*actio quasi institoria*, à la différence de l'*actio institoria* son prototype, est accordée aussi aisément au mandant contre le tiers qu'au tiers contre le mandant. — Cela est sans doute motivé par la considération suivante : Le préposé chargé d'une série d'opérations, dont les résultats heureux ou malheureux se compensent, a intérêt à ce que le mandant ne puisse pas, en agissant à l'occasion d'une affaire contre un tiers débiteur, lui enlever un article de recette. L'action d'un tiers créancier contre le préposant ne lui nuit pas; elle lui épargne seulement une occasion de déboursé. — Le mandataire chargé d'opérer un acte isolé, par exemple une vente, n'a pas le même intérêt à empêcher le mandant d'agir contre le tiers, de même que le tiers a faculté d'agir contre le mandant. — Ajoutons, mais avec beaucoup moins de force, que si le mandat est tout à fait spécial et désigne la personne à qui la vente sera consentie, le mandant suit la foi de ce tiers qu'il désigne, de même que le tiers suit la foi du mandant.

Nous avons attribué à l'influence de Papinien l'admission de l'action *quasi institoria*. On oppose un texte où le grand jurisconsulte semble méconnaître cette extension de la théorie prétorienne (2). — Un mandataire a acheté et a pris possession. La possession a été immédiatement acquise au mandant. La revendication d'un tiers prouve que le vendeur n'était pas propriétaire et consomme l'éviction. Le mandant du *procurator* acheteur peut-il agir en garantie contre le vendeur par action *empti* ou *ex stipulatu ad exemplum institoria actionis*? Non, nous dit le texte. Le mandant est réduit à agir en reddition de compte par action *mandati* et à se faire céder, par le mandataire, les actions nées en la personne de ce dernier par la vertu du contrat qu'il a fait; c'est-à-dire qu'on procédera conformément aux principes du droit civil, absolument comme si l'innovation prétorienne n'existait pas.

Voici, selon nous, l'explication la-plus probable de cette apparente opposition. En général, une action utile ne se délivre qu'après examen (3). Il en est ainsi de l'action accordée au mandant du fait de son *procurator*. Le prêteur, nous l'avons dit, ne renverse pas le principe du droit civil; il ne pose pas en règle que l'acte du mandataire est à ses yeux réputé l'acte du mandant. Il se borne à promettre de transporter s'il y a lieu, *utilitatis*

(1) ULP. f. 13. § 25. DIG. 19. 1. *De act. empti et venditi*. — (2) PAP. f. 49. § 2. DIG. *De acq. vel amit. poss.* 41. 2. — (3) *Frag. Vatic.* § 331. PAPIN.

*causa*, au mandant, l'action née dans la personne du mandataire. Mais avant d'opérer ce déplacement d'action au profit du mandant, il examine les circonstances, notamment l'intérêt du mandataire.

Arrivons à la conciliation des textes. Les lois mises en opposition se réfèrent à des hypothèses différentes. Dans l'une, le mandataire a vendu (1); dans l'autre, il a acheté (2). — Le mandataire qui a vendu et livré une chose mise à sa disposition par le mandant, n'a, en général, aucun intérêt avouable à empêcher le mandant de toucher le prix des mains de l'acheteur. L'*actio venditi* est accordée sans hésitation au mandant. — Le mandataire qui a acheté peut avoir payé le prix *de suo* (3). C'est sans doute pour cela que, comme le suppose le jurisconsulte, le *procurator*, après l'éviction, s'oppose à la délivrance de l'action en garantie que le mandant sollicitait contre le tiers vendeur. Quelle action le mandant voulait-il obtenir? l'*actio quasi institoria*. Après examen, le magistrat trouve fondée l'opposition du mandataire, et il dit au mandant : Réglez d'abord votre compte avec votre mandataire; désintéressez-le; et il sera tenu de vous céder les actions du contrat, qui sont entre ses mains comme un gage de ses déboursés.

S'il apparaissait que le mandant eût fourni l'argent employé au paiement du prix et ne dût aucune indemnité au mandataire, le magistrat n'hésiterait pas à délivrer au mandant la formule de l'*actio empti* sous forme d'action *adjectivæ qualitatis* (4).

Nous apercevons là le trait caractéristique de la théorie du prêteur en cette matière, la différence entre le dernier état de la jurisprudence romaine et notre règle moderne de la représentation. Le magistrat puise dans la combinaison de l'ancien principe, qui subsiste, et de la réforme, dont il gouverne équitablement les effets, le moyen de protéger le mandataire qui ne doit pas rendre service à ses dépens. — Notre législateur se porte tout d'abord à l'extrême opposé : le mandataire représente le mandant. Le mandataire devient étranger à l'acte qu'il a fait; cet acte est propre au mandant qui l'a ordonné ou qui le ratifie. Il applique le même principe à la commission dans les rapports du commissionnaire et du commettant. Puis il s'aperçoit que l'intérêt du commissionnaire peut être en souffrance à raison de ses déboursés. Il tâche de remédier aux inconvénients du principe qu'il a posé en accordant au commissionnaire chargé de vendre un privilège sur les marchandises qui lui sont expédiées; la jurisprudence étend ce privilège au commissionnaire chargé d'acheter, encore nanti des choses dont il a négocié l'achat, et

(1) ULP. f. 13. § 25. DIG. 19. 1. — (2) PAP. f. 49. § 2. DIG. 41. 2. — (3) PAP. f. 3. § 1. DIG. *Qui potiores*. 20. 4. — (4) PAPIN. fr. 68. DIG. *De proc.* 3. 3.

pour le cas où le commissionnaire ne possède plus, elle atteint le même but équitable en subrogeant le commissionnaire-acheteur au privilège du vendeur qu'il a payé (1). Il est curieux de voir le prêteur romain et notre législateur, préoccupés du même intérêt de justice, y donner satisfaction par des procédés différents.

Il est certain que lorsque l'action du contrat est délivrée, *utilitatis causa*, au préposant ou au mandant contre les tiers, l'action du préposé ou du mandataire est paralysée. Le choix entre l'une ou l'autre manière d'agir, directe ou utile, appartient au magistrat. En est-il de même des actions directes et utiles ouvertes au profit des tiers contre le préposé et le préposant?

Nous devons examiner séparément le système de l'*actio institoria* et le système de l'*actio quasi institoria*.

En vertu du droit classique, celui qui a traité avec un *institor* a deux actions, l'une contre l'*institor* selon le droit civil, l'autre contre le préposant selon le droit prétorien : il a le libre choix entre elles; mais la litiscontestation engagée sur l'une consomme l'autre (2). Sous Justinien, nous le croyons du moins, le tiers a la faculté d'agir successivement contre l'*institor* et le préposant jusqu'à parfait paiement de la dette. Il a, en quelque sorte, deux *correi promittendi* (3). — Cela est favorable au succès des négociations.

De l'*institor*, passons au *quasi-institor*, au mandataire pur. Le mandat est limité; il n'est pas adressé au public pour provoquer sa confiance au sujet d'une foule d'opérations. — Papien paraît avoir émis la pensée que, toutes les fois que le mandat était certain, et que le tiers était dans le cas d'obtenir action contre le mandant, le mandataire devait être dégagé, relevé de son obligation (4). Il est douteux que cette opinion raisonnable ait prévalu (5). — Seul, le protecteur d'un incapable, le tuteur par exemple, a pu certainement, au plus tard après la reddition de ses comptes, arrêter par une exception les actions que les tiers voudraient intenter contre lui, au lieu d'agir contre le pupille pour qui les actes ont été accomplis (6).

La théorie prétorienne a, au point de vue de la capacité, des conséquences à peu près semblables à celles du principe de la représentation.

(1) Art. 94. 95. C. com. — Lyon-Caen et Renault. *Précis de droit com.* nos 804 et suiv. DE COUDER. *Dict. de droit comm.* V<sup>o</sup> Commissionnaire, n<sup>o</sup> 159. — (2) ULP. fr. 1. § 17. § 24. DIG. *De ex. act.* 14. 1. — (3) ARG. JUST. 1. 28. C. *De fidej.* 8. 41. ARG. ULP. f. 32. pr. DIG. *De peculio*. 15. 1; texte sans doute interpolé. — (4) ARG. *e contrario*. *Fr.-Vatic.* § 328 et 332. PAPIN. — (5) PAP. f. 67. DIG. *De proc.* 3. 3; texte interpolé. MARC. f. 32. § 3. DIG. *De usuris*. 22. 1. Texte sans doute interpolé. LABBÉ. De quelques difficultés relatives à la perte de la chose due, p. 25. — (6) PAPIN. f. 5. pr.-f. 6.-SCÆVOLA. f. 7. DIG. *Quando ex facto tutoris*. 26. 9.

L'incapacité du préposé ou mandataire n'empêche pas le tiers d'avoir action utile contre l'*exercitor* ou mandant; cette action sera modelée sur celle qui, d'après la nature du contrat, serait donnée contre le mandataire, si celui-ci était capable (1). — La capacité du mandant est nécessaire pour qu'il soit obligé envers le tiers (2). — En résumé, en ce qui concerne l'action *institoria*, ou *quasi institoria*, c'est la capacité du mandant qui est à rechercher; l'incapacité du mandataire est indifférente.

Nous avons mis une restriction à la similitude indiquée entre le système prétorien et la représentation moderne. De nos jours le mandataire qui a donné connaissance de son mandat, n'est en aucun cas obligé. En droit romain, le mandataire capable est toujours au moins obligé en vertu du contrat qu'il a fait, quelle que soit l'incapacité du mandant (3).

Le principe romain, d'après lequel les actes produisent leurs effets dans la personne des parties qui y figurent, lors même qu'ils sont faits pour compte d'autrui, s'applique aux procès comme aux contrats. Au surplus, aux yeux des Romains, le procès est un contrat (4).

Le système formulaire comporte l'intervention d'une personne plaidant sur le droit d'autrui, pour le compte d'autrui. Mais cette personne, qu'elle soit un *cognitor*, ou un *procurator* est vraiment partie au procès; c'est elle qui devient créancière ou débitrice de l'obligation qu'engendre la litiscontestation; c'est à son profit ou contre elle que la condamnation sera prononcée.

On emploie souvent l'expression « représentants judiciaires » pour désigner les *cognitores* et les *procuratores*. L'expression serait une source d'erreurs si l'on en concluait que, dans les instances, une personne agissant *alieno nomine* représente la personne pour le compte de laquelle elle plaide, dans le sens absolu et moderne du mot. Cela n'est pas exact, pas même à l'égard des *cognitores*.

L'opinion contraire a été conçue et émise relativement aux *cognitores*. Il faut avouer que des textes prêtaient à illusion. Un paragraphe des fragments du Vatican nous enseigne que lorsqu'un *cognitor* est intervenu dans un procès, l'exécution forcée de la condamnation est dirigée par ou contre le mandant qui s'est substitué le *cognitor* (5). — Une étude plus attentive des textes a démontré que, même pour le *cognitor* solennellement institué, les Romains ne se sont pas écartés de leur principe exclusif de la représentation.

(1) ULP. f. 1. § 4. Dig. De exerc. act. 14. 1.-f. 7. § 1. § 2. Dig. De inst. act. 14. 3. Sibi imputare debet qui præposuit. Art. 1990. C. civ. — (2) ULP. f. 9. Dig. De inst. act. 14. 3.-f. 1. § 16. Dig. 14. 1. — (3) PAUL. f. 5. § 1. Dig. De exerc. act. 14. 1. Art. 1997. C. civ. — (4) ULP. f. 3. § 11. Dig. De peculio. 15. 1. Sicut stipulatione, ita iudicio contrahi. — (5) Fr.-Vatic. § 317.

En effet, Gaius, après avoir énuméré les personnes qui plaident *alieno nomine* et avoir compris indifféremment sous cette expression les *cognitores*, les *procuratores*, les tuteurs ou curateurs, nous indique comment, en pareille circonstance, la formule est rédigée. Dans l'*intentio* est nommé celui dont le droit, ou celui dont la dette est mise en question; dans la *condemnatio* est désigné celui qui plaide, qui figure au procès. Le même procédé est observé à l'égard de tous ceux qui agissent *alieno nomine*, qu'ils aient été institués avec ou sans solennité (1).

Le paragraphe même des Fragments du Vatican aurait pu prévenir la méprise à laquelle il a donné lieu. Il décide, en effet, que l'*actio iudicati* sera donnée au *dominus* ou contre le *dominus*, à moins que le *cognitor* n'ait été institué *in rem suam*. Il peut donc exister un *cognitor in rem suam* aussi bien qu'un *procurator in rem suam*. Dans ce cas, évidemment le *cognitor* est sujet actif ou passif de la condamnation prononcée. Or, est-ce que la formule était rédigée différemment selon que le *cognitor* était ou non personnellement intéressé dans l'affaire? Non; car il n'y avait pas deux espèces de *cognitores*, deux modes d'institution des *cognitores*. C'est la pratique ou la coutume qui avait imaginé après coup de faire servir la *cognitura*, sans changer ses conditions solennelles d'existence, au transport des droits ou des obligations. — En d'autres termes, la *cognitura in rem cognitoris*, de même que la *procuratio in rem procuratoris*, était un expédient et non pas une institution. L'expédient avait pu être inventé, utilisé, parce que, dans tous les cas, la *condemnatio* était rédigée au nom du *cognitor*, de même qu'au nom du *procurator*.

Cependant les textes, notamment le § 317 des Fr. du Vatic., établissent une différence tranchée, une sorte d'opposition, au point de vue de l'exécution forcée, entre les *cognitores* et les *procuratores*: *cognitore interveniente, actio iudicati domino vel in dominum datur... Interveniente procuratore, iudicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum competit*. Comment l'expliquer?

Les prêteurs ont accompli, dans la matière des procès, une réforme analogue à celle qui regarde les contrats. Ils prennent comme point de départ la règle du droit civil. L'effet du procès ou du contrat se produit dans la personne du mandataire ou du *procurator* qui y a figuré; mais le prêteur promet de transporter l'effet actif ou passif de la condamnation, *utilitatis causa*, après examen, suivant les circonstances, de la personne du mandataire dans la personne du mandant. — S'agit-il d'un *cognitor*? le mandat est certain, il est connu de l'adverse partie. Le prêteur n'hésite pas à faire profiter ou souffrir le *dominus* de l'exécution forcée de la condamnation. Encore se réserve-t-il d'examiner si

(1) GAIUS. Com. 4. § 82. § 86.

le *cognitor* a été institué *in rem suam*. — S'agit-il d'un *procurator*? Les rapports entre le *procurator* et le *dominus* peuvent être douteux et incertains, *in obscuro* (1). Le *procurator* a-t-il reçu mandat? Le maître a-t-il ratifié? Ce sera l'objet d'un examen devant le magistrat appelé à régler l'exécution forcée de la sentence. Si le *procurator* a été institué par le *dominus* présent, c'est-à-dire en face de l'adversaire, devant le magistrat qui en a fait dresser acte, ou si le *dominus* absent a envoyé une lettre missive à l'adversaire lui désignant le *procurator* qu'il se substitue, promettant de ratifier les actes de son *procurator*, et que la vérité de cette lettre soit reconnue, le magistrat procédera *commo* en matière de *cognitura*; il délivrera au *dominus*, ou contre lui, l'action utile *judicati* relative aux difficultés que l'exécution suscitera (2); sinon, il la délivrera au *procurator* ou contre lui.

Nous avons agité, à propos des contrats, la question de savoir si, lorsque le tiers a faculté d'agir contre le *dominus* dont il a suivi la foi, le *procurator* est fondé à repousser par une exception l'action que le tiers voudrait exercer contre lui. — Comment résoudre la même question à l'égard des procès?

Les textes nous présentent, en général, l'alternative entre la poursuite en exécution par ou contre le *dominus* et la poursuite par ou contre le *procurator*, comme étant résolue par le magistrat, selon les circonstances, et non par les parties, à leur gré.

Au point de vue actif, le *procurator* pourra s'opposer à ce que la poursuite en exécution soit dirigée par le *dominus*, s'il a été institué *in rem suam*, ou s'il a fait des avances non encore remboursées (3).

Au point de vue passif, nous trouvons la même décision. Le magistrat ne laisse pas à la partie bénéficiaire de la condamnation le choix entre le *procurator* ou le *dominus*. Le magistrat examine et décide; il accorde action *judicati* contre l'un, et refuse action contre l'autre.

Pourquoi cette différence entre les procès et les contrats où le choix paraît avoir été laissé au tiers entre ses débiteurs, celui avec lequel il a contracté, celui dont il a suivi la foi? Nous croyons que le motif est que, dans les procès, l'insolvabilité n'est pas à craindre, puisque, toutes les fois qu'un *cognitor* ou *procurator* intervient, une *satisfactio judicatum solvi* est fournie. Il en est autrement dans les contrats; en l'absence de fidéjusseurs, il est fort important pour le créancier, au cas où le *dominus* serait insolvable, de pouvoir attaquer le *procurator*, de choisir enfin le plus solvable de ses débiteurs.

(1) GAIUS. *Com. 4.* § 84. — (2) PAPIN. § 331. *Frag. Vatic. Modest.* f. 65. *Dig. De proc.* 3. 3. — (3) PAPIN. fr. 68. *Dig. De procur.* 3. 3. ULP. f. 28. *Dig. Eod.* PAUL. fr. 30. *Dig. Eod.*

Nous avons exposé le système de la législation romaine en combinant les règles du droit civil avec les tempéraments prétoriens. Il en résulte que, à part quelques hypothèses exceptionnelles (1), les Romains n'ont jamais admis le principe de la représentation parfaite d'une personne par une autre; que si le prêteur a corrigé les inconvénients de la règle contraire du droit civil, s'il a essayé de faire rejaillir sur le mandant les conséquences des actes du mandataire, il s'est bien gardé de rendre le mandataire étranger aux suites d'une opération qu'il a conduite parfois à ses dépens. Le mandataire peut, afin d'être indemne, retenir en sa personne les effets produits par son acte. D'un autre côté, le mandataire n'échappe aux obligations qu'il a contractées, que si le mandant est en état de satisfaire les tiers créanciers.

J. E. L.

#### APPENDICE X. (n° 1619.)

##### DES CONTRATS ET DES PACTES NUS.

Le législateur peut et doit prévoir, définir, limiter les démembrements dont la propriété est susceptible pour l'utilité de l'homme. L'intérêt de la société, qui prospère ou qui souffre selon l'état, la liberté d'exploitation et la circulation de la propriété, l'exige.

Le législateur, au contraire, ne saurait à l'avance prévoir et définir toutes les conventions obligatoires que les hommes peuvent former entre eux dans un intérêt sérieux et honnête. Il ne doit donc procéder en cette matière que par des règles générales; il doit se borner à tracer les limites de la liberté.

C'est ce qu'a compris et réalisé le Code civil par cette disposition: « Les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles sont obligatoires pourvu qu'elles aient un objet et une cause licites. » Art. 6. 1134. 1131. *Cod. civ.*

(1) Nous citerons quelques exemples des ces exceptions qui ont été en augmentant de nombre vers l'époque du Bas-Empire. — Nous l'avons déjà dit, quand un mandataire même général négocie, conclut, réalise avec des deniers dont il est propriétaire un *mutuum* au nom du mandant, la créance naît dans la personne du mandant, et les choses se passent comme dans le droit moderne. ULP. f. 9. § 8. *Dig. De rebus creditis.* 12. 1. PAUL. f. 126. § 2. *Dig. De verb. oblig.* 45. 1. Justinien a voulu que l'hypothèque consentie pour sûreté du prêt suivît le sort de l'obligation principale. Le mandant devient créancier; il profite directement de la constitution d'hypothèque. JUST. l. 2. *C. per quas pers.* 4. 27.

Les empereurs Théodose II et Valentinien III ont décidé que pour un pupille *infans* auquel une hérédité est échue, l'adition faite par son père de famille ou son tuteur rendrait le pupille héritier. THEOD. ET VALENT. l. 18. *C. 6.* 30. *De jure delib.*