

L'INTERPRÉTATION DE LA GRATUITÉ DU MANDAT
DANS LES SCHOLIES DES BASILIQUES
ET LA RÉDUCTIBILITÉ DU "SALAIRE" DU MANDATAIRE

1. Cette communication rassemble quelque peu, quant à la chronologie des textes cités, à la procession d'Echternach; néanmoins, il ne s'agit pas, comme on pourrait le supposer, d'une contribution préparée pour un autre colloque! Ce n'est donc pas par erreur que je vous invite à réfléchir quelque peu sur certains arrêts de la Cour de Cassation de Belgique.

En effet, ma contribution veut honorer l'activité pluriforme du Professeur Scheltema: tout d'abord, cette contribution aurait été impossible sans son édition des *Basilica cum scholiis*; mais ce qui m'a également inspiré, c'est sa manière particulière d'enseigner le droit romain, c'est à dire sa conviction que dans la formation des juristes le droit romain pouvait rendre service comme *tirocinium* de la pensée juridique, comme introduction à cette manière spécifique et caractéristique de penser qu'est le raisonnement juridique.

2. L'article 1986 du Code civil (français =) belge énonce: "Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire"; et l'article 1999 C.c. ajoute que le mandant doit payer au mandataire "ses salaires lorsqu'il en a été promis." Comme on le sait, les auteurs du Code se sont, en ce qui concerne les contrats ayant "une dénomination propre" (art. 1107 C.c.), inspirés du droit romain, par l'intermédiaire direct de Domat et surtout de Pothier. Le principe de la gratuité du mandat se lit chez Paul (Dig. 17,1,1,4): "Mandatum nisi gratuitum nullum est"; et Pothier affirme, citant d'ailleurs le texte de Paul: "Il est de l'essence du mandat qu'il soit gratuit."¹

Ce principe de la gratuité du mandat est à la base d'une jurisprudence singulière et étonnante de la Cour de Cassation de Belgique. Depuis plus d'un siècle², la Cour accepte un système de réductibilité du salaire convenu du mandataire. La motivation de ce système n'a pas été identique dans tous les arrêts, mais la référence à "la nature du mandat" et à "la tradition de l'ancien droit" est cependant une constante.³ Dans un arrêt récent du 6 mars 1980 la Cour a confirmé sa position plus que centenaire: elle se réfère de nouveau à la nature du mandat et à la tradition historique.⁴ Cet

¹ Pothier, *Traité du contrat de mandat*, n° 22, dans: Pothier, *Œuvres*, éd. Dupin, t. III, Bruxelles 1830, p. 119.

² Il y a trois arrêts de la Cour de Cassation; Cass. 17 janvier 1851, *Pasicrisie* [dans la suite: *Pas.*] I, p. 314; Cass. 28 novembre 1889, *Pas.* 1890, I, p. 27; Cass. 6 mars 1980, *Pas.* 1980, I, p. 832 (ce dernier arrêt a été rendu en néerlandais; le texte néerlandais se trouve dans: *Arr. Cass.* 1979-1980, p. 842). Voir appendice I.

³ Voir appendice I.

⁴ Voir appendice I.

arrêt n'a pas manqué de susciter la critique.⁵ La problématique continue donc à diviser la doctrine belge. Ce n'est d'ailleurs pas tellement le principe qu'un salaire exagéré d'un "mandataire" puisse être réduit par les tribunaux qui est contesté, mais surtout que cette possibilité se rattache (et se limite!) au concept du mandat (à sa "nature" et son "histoire"): il suffit donc de quitter le domaine du mandat pour échapper à la réductibilité (qui au fond est contraire à l'art. 1134 C.c., article posant le principe de la convention-loi).

Si donc la Cour se réfère à la tradition historique pour discerner cette "nature" du contrat de mandat, il convient d'examiner cette tradition. Or, le principe de la gratuité "essentielle" (Pothier: "Il est de l'essence du mandat ...") du mandat se révèle problématique dès le début: les textes de la codification justinienne ne sont en effet pas dépourvus d'ambiguïté sur ce point. Devant une telle divergence dans la législation justinienne, on peut essayer de résoudre les antinomies en retraçant l'évolution historique⁶: les contradictions s'expliquent par l'évolution. Pourtant on peut aussi choisir une autre voie: celle de l'harmonisation de la *lex lata*. C'est cette deuxième voie qui s'impose évidemment pour une Cour de Cassation qui se trouve devant des textes qui semblent se contredire. Puisque la Cour pour formuler son système d'harmonie (*pacta sunt servanda* de l'art. 1134 versus la réductibilité du salaire convenu!) du mandataire) renvoie à l'histoire, je voudrais me poser la question si pareille harmonisation, en vue d'une applicabilité pratique, n'a jamais été tentée avec des résultats semblables au système accepté par la Cour. Pour une telle recherche, il convient d'interroger des auteurs qui eux-mêmes acceptaient les textes divergents comme une *lex lata*, des "juristes" donc plutôt que des "historiens". J'examinerai d'abord des témoins de cette tradition occidentale (préPandectiste, Pandectiste; Pothier), puis les antécédents "byzantins", donc les scholies des Basiliques.

3. Les textes à harmoniser sont essentiellement les suivants.⁷ Dig. 17,1,1,4 (Paul): "Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit; contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit"; Dig. 17,1,6 pr. (Ulpian): "Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio".

⁵ Voir par ex.: E. Dirix, 'La réductibilité du salaire du mandataire: survivance d'une tradition' (= note sous Cass. 6 mars 1980), *Revue Critique de Jurisprudence Belge* 1982, p. 519-544; P.A. Foriers, 'Les contrats commerciaux: chronique de jurisprudence: 1970-1980,' *Revue de Droit Commercial Belge* 1983, p. 146-154; P. van Ommeslaghe, 'Examen de jurisprudence: 1974-1982: les obligations,' *Revue Critique de Jurisprudence Belge* 1986, p. 39-42; L. Simont e.a., 'Examen de jurisprudence: 1976-1980: les contrats spéciaux,' *Revue Critique de Jurisprudence Belge* 1986, p. 400-405.

⁶ Par ex.: J.H. Michel, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, p. 185-196.

⁷ D'autres textes se rattachent à un des deux textes cités; voir Michel, *op. cit.*, loc. cit.

L'antinomie résulte de ce que, d'une part, "l'intervention de l'argent" est hostile au mandat, et, d'autre part, des honoraires ne nous font pas nécessairement sortir du domaine du mandat. A quelles conditions donc un "salaire" n'entraîne-t-il pas la disqualification du mandat?

D'après Christian Friedrich Glück⁸, la qualification de mandat exclut une convention préalable sur une rémunération pécuniaire du mandataire; la seule chose compatible avec le mandat, c'est un *don* de la part du mandant, à l'initiative personnelle de celui-ci, sans convention préalable; car se mettre d'accord sur une somme d'argent, c'est en même temps quitter le domaine du mandat. Glück signale néanmoins que cette opinion n'est pas partagée par la majorité des auteurs; habituellement on proposait l'harmonisation qui acceptait une distinction entre *merces* et *honorarium*; mais pour Glück, le texte cité de Paul (comme le texte de Justinien: Inst. 3,26,13) exclut toute convention sur une rémunération pécuniaire.

Néanmoins, les pandectistes me semblent avoir préféré cette autre voie. Windscheid⁹ écrit que le mandat est, d'après sa nature, gratuit, "*doch verträgt er nicht bloss ein freiwillig gegebenes Honorar, sondern auch das Versprechen eines Honorars*;" cet honoraire est exigible: "*Das römische Recht gewährte auf das Honorar nur extraordinaria cognitio (Dig. 17,1,7; C. 4,35,1), was heutzutage keine Bedeutung mehr hat.*"¹⁰ Dernburg¹¹ est plus explicite: "*Das Mandat ist unentgeltlich (...); allerdings kann (dem Mandatar) Honorar zugesagt sein; Honorar ist aber etwas anderes als Lohn*; es wird gewährt als Bezeichnung der Dankbarkeit, als Anerkennung für die geleisteten Dienste, wie auch als eine Sustentation während der Zeit der Geschäftsbesorgung, nicht aber als Bezahlung; ob Honorar oder Lohn bedungen ist, lässt sich in der Regel nur aus den besonderen Umständen des Falls entnehmen."

Les pandectistes acceptent donc une convention sur les honoraires (et non seulement le don "spontané" d'une somme); pour eux, telle convention n'entraîne pas la disqualification du contrat de mandat, pourvu que des honoraires, et non un loyer de services, soient convenus. Ces honoraires sont exigibles en justice: *pacta sunt servanda*. Constatant que la différence entre la procédure *per formulam* et la *cognitio extraordinaria* a perdu toute relevance "actuelle", on n'a en principe pas de difficulté à sauvegarder la qualification de mandat. Remarquons enfin qu'une réductibilité quelconque des honoraires n'est pas discutée.

En France, la phase harmonisante "ultime," à la veille de la codification, se lit chez Pothier, le médiateur déclaré des auteurs du Code. Celui-ci, dans son *Traité du contrat de mandat*, note la coexistence du texte de Paul (Dig. 17,1,1,4) et de

⁸ C.F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, XV, 2, Erlangen 1814, p. 285-291.

⁹ B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, 8. Auflage, Frankfurt 1900, p. 745.

¹⁰ B. Windscheid, *op. cit.*, p. 751, note 19.

¹¹ H. Dernburg, *Pandekten*, III, 3. Auflage, Berlin 1892, p. 312.

celui d'Ulpien (Dig. 17,1,6 pr).¹² Pour les harmoniser, Pothier utilise la distinction entre "un loyer d'un service appréciable" et un "honoraire".¹³ Cette solution est donc semblable à celle des pandectistes. D'autre part, Pothier ne se passe pas de la distinction *actio mandati* et *cognitio extraordinaria*, de sorte que, pour lui, la casuistique des honoraires *convenus* se situe, comme telle, hors du mandat: "C'est pour cette raison que, par le droit romain, l'honorare, qui a été promis au mandataire, ne peut être par lui demandé que *per persecutionem extraordinariam*: il ne peut pas le demander par l'action *mandati*, parce que la promesse, qui lui en a été faite, n'est pas censée faire partie du contrat de mandat."¹⁴

La tradition harmonisante finissait donc en Occident par accepter une fixation préalable des honoraires; une telle convention était compatible avec la nature du mandat. La qualification de mandat restait possible, selon l'opinion qui a prévalu, puisqu'on élaborait une notion précise d'honorare qui, comme telle, n'entraînait pas la disqualification d'un mandat. Cette tradition, pour autant qu'elle se considérait comme romaine, et pourtant qu'elle concernait le mandat, ne discutait pas la réduction éventuelle par les tribunaux d'honoraires exagérés: ni les pandectistes ni Pothier n'ont discuté ce problème dans le cadre du mandat.

4. Examinons maintenant la tradition justinienne grecque, telle qu'elle se manifeste chez les antécresseurs. Il y a en effet une scholie de Stéphane,¹⁵ commentant le texte de principe de Paul ("mandatum nisi gratuitum nullum est") en le rapprochant de deux textes d'Ulpien: Dig. 17,1,6 pr. et Dig. 17,1,7; ce dernier fragment est, selon l'édition latine (du Digeste), un texte de Papinien; les Basiliques et la scholie en question de Stéphane l'attribuent à Ulpien. Voici une traduction de cette scholie: "Remarquez que le mandat doit être gratuit. Le fait de stipuler un salaire change la nature du mandat et fait entrer ensuite le contrat dans le domaine de la *locatio conductio*. Tout autre est le cas dans lequel le mandant se charge des frais ou donne une rémunération. Dans ces cas, la nature du mandat reste intacte et ne se voit pas changée par le salaire donné, comme le dit Ulpien dans le fragment six du titre sous rubrique. Tout à fait comme la nature du mandat ne se change pas par le salaire donné, elle ne se change non plus par un salaire convenu, comme le dit Ulpien dans le fragment sept du titre sous rubrique; dans ce cas, on peut exiger en justice le salaire convenu, si celui-ci est symétrique."

Le système esquissé par Stéphane est donc le suivant. La règle générale, le principe, est posé par Paul: le mandat est gratuit par nature: l'intervention de l'argent

¹² Pothier, *ed. cit.*, p. 119-120.

¹³ Pothier, *ed. cit.*, p. 120.

¹⁴ Pothier, *ed. cit.*, p. 120.

¹⁵ *Basilica cum scholiis*. Ed. Scheltema-Holwerda-Van der Wal, tome B II, p. 700 (Bas. 14,1,1; scholie du Cod. Ms. Coisl.).

change la nature du mandat, entraîne donc sa disqualification. Il y a néanmoins des nuances, qui se répartissent en deux hypothèses: la casuistique du *fragment six*, et celle du *fragment sept* (deux fragments d'Ulpien, selon Stéphane). La casuistique du fragment six suppose un salaire donné spontanément, sans convention à ce propos: il n'y a aucun problème en ce cas, la qualification de mandat reste inébranlable, la nature du mandat est respectée. Ce respect de la nature du mandat se conserve en outre aussi dans l'hypothèse d'un salaire convenu; il ne s'agit plus du *διδόμενον σαλάριον* (fragment 6), mais du *ὀρισθὲν σαλάριον*, et cette casuistique se lit, selon Stéphane, dans le fragment 7. Seulement, dans l'hypothèse du salaire convenu (*σαλάριον ὀρισθὲν*), il y a une condition à remplir pour sauvegarder la nature du mandat: ce salaire convenu doit être *σύμμετρον* (symétrique, proportionné); et le salaire proportionné est exigible (bien que ce soit *per cognitionem extraordinarium*).

Ce système harmonisant de Stéphane est en quelque sorte unique. Il supposait sans doute une interprétation forcée des textes rassemblés, surtout en rapprochant (ce qui dans ce système est l'élément innovateur) les fragments 6 et 7. Le fait que, dans la tradition grecque, les deux fragments soient attribuées au même auteur (Ulpien) a pu faciliter ce rapprochement. L'essentiel du système se trouve dans la distinction, suggérée dans le texte grec des Basiliques (Bas. 14,1,6 et 7), entre *ἀντίδωρον* (§6) et *ὀρισθὲν ὀφώνιον* (§7), mots qui ont permis à Stéphane de distinguer un *διδόμενον σαλάριον* d'un *σαλάριον ὀρισθὲν*. En outre, Stéphane donne au fragment 7 une portée générale: il l'applique à chaque mandat, tandis que, littéralement, le fragment ne vise que le cas plus restreint d'un *procurator litis* et la problématique du pacte *de quota litis*.

Le système de Stéphane que nous venons d'esquisser n'est discernable qu'à travers l'édition critique de Scheltema. Il résulte d'une lecture plus précise du manuscrit et d'une conjecture fort heureuse: dans l'édition de Heimbach (II, 68), le rapprochement explicite des deux fragments manque (le texte ne parle pas du fragment 7) et la distinction *διδόμενον-ὀρισθὲν* (suite de la conjecture de Scheltema) ne s'y trouve pas (Heimbach n'avait pas lu la phrase indiquant le fragment 7).

5. Reste le problème de la réductibilité (par les tribunaux) du salaire convenu du mandataire. Supposons que mandant et mandataire aient convenus un salaire précis et que celui-ci s'avère exagéré: les tribunaux peuvent-ils en ce cas réduire ce salaire convenu?

La question se pose surtout dans le domaine du commerce immobilier. Quand quelqu'un veut vendre sa maison, il chargera souvent un professionnel du secteur immobilier de cette vente; ce "mandataire" du propriétaire stipule un salaire pour ses services exprimé en pourcentage du prix à réaliser. Parfois une seule petite annonce suffit pour vendre la maison, de sorte que le prix encaissé par le "mandataire" soit hors de proportion avec les services rendus. C'est dans de pareils cas que les

tribunaux se permettent de réduire "le salaire du mandataire". Il est néanmoins évident qu'une telle réduction se heurte aux dispositions des art. 1123 et 1999 C.c. (voir *supra*).

Nonobstant ces dispositions, la Cour de Cassation de Belgique a approuvé cette jurisprudence. La Cour donne la motivation suivante: "Attendu que, dans le système du Code civil, le mandat est par nature gratuit, mais peut cependant, en vertu d'une convention contraire, comporter un salaire; que celui-ci, ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires du Code civil, doit constituer la rémunération équitable des services rendus; attendu que les auteurs du Code civil n'ont pas entendu, par les dispositions relatives au mandat, déroger à la règle traditionnelle de l'ancien droit suivant laquelle les juges pouvaient contrôler les honoraires des mandataires, mais au contraire la consacrer."¹⁶

La motivation est donc puisée dans la nature du mandat (ce qui suppose donc que l'acte juridique doit être un mandat; il suffit donc de quitter le terrain du mandat pour échapper à la réductibilité du salaire convenu!); pour cette "nature", référence est faite à la tradition issue de l'ancien droit. Néanmoins, l'on ne peut que constater que les travaux préparatoires concernant la gratuité du mandat ne parlent pas de ce pouvoir attribué aux juges de réduire le salaire convenu du mandataire.¹⁷

D'autre part, la notion de réductibilité d'un salaire convenu n'était pas totalement inconnue dans l'ancien droit. Ainsi, on connaissait un régime spécial de contrôle des honoraires applicable aux "hommes de loi" et aux "entremetteurs". Dans les deux cas on ne se trouvait pas sur le terrain du mandat romain: la réduction des honoraires des avocats et des personnes semblables, bien que la casuistique fût mentionnée par le texte déjà signalé (Dig. 17,1,7), avait lieu d'après les usages du Parlement ou en vertu de décrets du Prince.¹⁸ Quant aux entremetteurs, le fondement signalé se trouvait dans le droit romain: il s'agit des *proxénètes*, dont parle Dig. 50,14 et qui, comme l'observe Domat¹⁹, ne sont pas des mandataires (ce qui correspond d'ailleurs avec Dig. 50,14,2). Pour ce type de contrat, Domat accepta expressément l'idée d'un "*salaire proportionné*".²⁰

Il convient néanmoins de signaler que ces cas, dans lesquels l'ancien droit acceptait la réductibilité, se plaçaient hors du domaine du mandat. C'est aussi le cas pour le droit contemporain: en effet, celui-ci exige comme objet du mandat un acte

¹⁶ Cass. 6 mars 1980, *Pas.* 1980, I, p. 838.

¹⁷ Voir appendice II.

¹⁸ E. van Dievoet — G. van Dievoet, 'Le pouvoir du juge de réduire le salaire contractuellement fixé de l'agent d'affaires: histoire d'une jurisprudence,' *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, II, Bruxelles 1963, p. 913-918.

¹⁹ Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Nouvelle édition, tome I, Paris 1777. Domat consacre un titre séparé aux "Proxénètes ou Entremetteurs": Domat, *Loix civiles*, première partie, livre premier, titre XVII (= *ed. cit.*, p. 163).

²⁰ Domat, *Loix civiles*, première partie, livre premier, titre XVII (= *ed. cit.*, p. 163).

juridique.²¹ Ainsi les “hommes de loi” ne sont que rarement des mandataires; les entremetteurs ne le sont presque jamais. Chaque fois que l’objet de leur tâche est un acte matériel, et non un acte juridique, ils ne sont pas des mandataires!

Dans la tradition occidentale, l’idée de salaire réductible n’est donc pas du tout liée à “la nature du mandat,” comme c’est le cas dans la jurisprudence de la Cour de Cassation, bien que la Cour se réfère précisément à la tradition historique!

Quant à la scholie de Stéphane, je n’oserais pas affirmer que la phrase «ἐν ᾧ σύμμετρον ἔστιν» introduit d’une manière explicite l’idée de proportionnalité. D’autre part, le vocable «σύμμετρον» en est au moins proche et de nature à permettre d’exiger une proportionnalité et donc à ouvrir la voie à une réductibilité éventuelle. Si l’on accepte cette virtualité, l’on doit constater qu’elle est liée à une réflexion sur la nature du mandat. Cette combinaison est, semble-t-il, unique; du moins, elle ne se trouve pas dans la tradition occidentale. Ainsi la construction à laquelle la Cour de Cassation fait allusion s’avère absente de la tradition occidentale, mais elle se présente (d’une manière implicite, il faut l’avouer) dans une scholie d’un antécédent qui, du reste, n’appartient pas, comme l’on sait (*Graeca non leguntur*!), à la conscience historique occidentale. En outre, cette présence implicite n’a jamais été remarquée, pour la bonne raison que l’édition du texte concerné manqua de précision. Il nous fallait en effet attendre l’édition critique de Scheltema *cum suis* pour indiquer une tradition historique “construite” par la Cour de Cassation de Belgique!

²¹ “Il est constant aujourd’hui que le mandat (...) implique que le mandataire soit chargé de l’accomplissement d’actes juridiques,” Simont e.a., *art. cit.*, p. 392.

Appendice I

Extraits de la jurisprudence de la Cour de Cassation de Belgique concernant la réductibilité du salaire du mandataire

A. Cass. 17 janvier 1851, *Pas.* 1851, I, p. 323

Attendu que le mandat est de sa nature un acte de bienfaisance; que le droit romain le définissait un office d'amitié et considérait la gratuité comme tellement de son essence que toute rétribution le faisait dégénérer en location d'ouvrage (Dig. 17,1,1); que si le Code civil n'a pas adopté ces principes rigoureux, principes dont on s'était d'ailleurs déjà écarté sous le droit romain (Dig. 17,1,6,1), il a pourtant maintenu au mandat son caractère de désintéressement et générosité en proclamant par l'article 1986 qu'il *est gratuit*; qu'en ajoutant immédiatement s'il n'y a *convention contraire*, la loi n'a pu entendre autoriser les parties à fixer arbitrairement le prix du mandat et détruire ainsi le principe qu'elle venait de poser; qu'elle n'a voulu les autoriser qu'à convenir d'une rémunération équitable, c'est-à-dire, d'un salaire comme le qualifie l'article 1999, salaire qui doit être *moins un lucre qu'une indemnité*, ainsi que l'énonce formellement l'exposé des motifs de la loi et que le répètent, en d'autres termes, le rapport au tribunal et le discours de l'orateur du tribunal au corps législatif;

Attendu que l'arrêt attaqué, en réduisant, dans l'espèce, le salaire promis après avoir constaté en fait qu'il était hors de proportion avec les services rendus, a donc fait une saine application des articles 1986 et 1999 du Code civil; ...

B. Cass. 28 novembre 1889, *Pas.* 1890, I, p. 28

Attendu qu'en droit romain le mandat était considéré comme un acte de bienfaisance, comme un office d'amitié;

Attendu que le Code civil a entendu lui conserver ce caractère de désintéressement; que l'article 1986 proclame en principe la gratuité du mandat;

Attendu que si un salaire peut être convenu, aux termes de ce même article, il résulte des travaux préparatoires que la récompense promise ne doit être qu'une indemnité et ne peut jamais constituer un bénéfice; que ces principes ont été affirmés par Berlier dans l'Exposé des motifs, et par Tarrible dans son rapport au Tribunal;

Attendu qu'il suit de là que le salaire stipulé n'a de cause juridique que s'il est proportionné au service rendu; que le juge du fond a donc conservé au contrat le caractère qui lui est propre, lorsqu'il a réduit le salaire du demandeur, par le motif qu'il était exagéré; ...

C. Cass. 6 mars 1980, *Pas.* 1980, I, p. 838.

Attendu que, dans le système du Code civil, le mandat est par nature gratuit, mais peut cependant, en vertu d'une convention contraire, comporter un salaire; que

celui-ci, ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires du Code civil, doit constituer la rémunération équitable des services rendus;

Attendu que les auteurs du code civil n'ont pas entendu, par les dispositions relatives au mandat, déroger à la règle traditionnelle de l'ancien droit suivant laquelle les juges pouvaient contrôler les honoraires des mandataires, mais au contraire la consacrer;

Attendu que le fait que, dans la pratique actuelle, le mandat serait généralement rémunéré ne suffit pas à justifier une modification du régime propre à ce contrat, établi par le Code civil, et cela même si, comme la demanderesse soutient que c'est le cas en l'espèce, le mandat constitue une acte de commerce dans le chef du mandataire;

Attendu qu'il entre, dès lors, dans le pouvoir du juge de réduire le salaire convenu pour l'exécution d'un mandat, s'il constate que ce salaire est hors de proportion avec l'importance des services rendus; ...

Appendice II

Extraits des travaux préparatoires du code civil concernant la gratuité du mandat
Source: Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des Codes français*, tome VII, Bruxelles, 1836.

A. *Exposé de motifs, fait par M. Berlier* [Locré, VII, p. 373]

De sa nature le mandat est gratuit, c'est un office de l'amitié; ainsi le définit le droit romain (Dig. 17,1,1), et notre projet lui conserve ce noble caractère.

Cependant cette règle tournerait souvent au détriment de la société, si elle était tellement absolue qu'on ne put y déroger par une stipulation expresse.

Cette stipulation sera donc permise, car elle n'a rien contraire aux bonnes mœurs; et même elle sera d'une exacte justice toutes les fois que le mandataire n'aura point assez de fortune pour faire à son ami le sacrifice de son temps et de ses soins, circonstance qui peut arriver souvent, et dans laquelle la rétribution sera moins un lucre qu'une indemnité.

B. *Rapport fait au Tribunal par M. Tarrible* [Locré, VII, p. 378]

Le projet proclame que le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire. Il imprime 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 des sentimens officioux qui les portent à se rendre mutuellement des services gratuits, et les ennoblir en traçant les règles qui doivent les diriger.

Les Romains avaient aussi consacré le même principe, et ils l'observaient avec tant de scrupule que la plus légère rétribution, regardée chez eux comme incompatible avec le mandat, le faisait dégénérer en un contrat de louage.

C'est avec raison que ce rigorisme a paru excessif aux auteurs du projet. Pourquoi le commettant ne pourrait-il donner ou promettre une récompense? Pourquoi ne pourrait-il obéir au sentiment d'une juste délicatesse, qui le porterait à indemniser le mandataire du sacrifice d'un temps et de soins qu'il aurait pu employer utilement pour lui-même? Ces signes de gratitude, loin de dénaturer le service, ne font qu'en rendre le caractère plus sensible. Une récompense donnée ou promise n'est jamais réputée, dans ce contrat, qu'une indemnité; elle n'est pas un bénéfice; elle ne change donc point la nature du mandat, et n'empêche pas que les devoirs réciproques du commettant et du mandataire ne demeurent soumis aux règles particulières à ce contrat.

C. Discours prononcé par M. Bertrand de Greuille [Locré, VII, p. 385]

Le mandat est un échange de confiance et de bienfaisance qui a lieu entre les deux contractans: il est donc gratuit par sa nature. Le projet reconnaît formellement ce principe, et vous ne trouverez pas sans doute qu'il en altère l'essence en permettant de stipuler au profit du mandataire quelques témoignages de bienveillance. Certaines affaires n'exigent-elles pas en effet des soins si prolongés et si assidus, 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 mercenaires 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 les dettes de la reconnaissance.

Appendice III

La scholie de Stéphane selon l'édition Scheltema et selon l'édition Heimbach

A. Bas. 14,1,1; scholie 3 du cod. ms. Coisl. 152; éd. Scheltema, B II, p. 700

Στεφάνου. Σημείωσαι, ὅτι κατὰ χάριν εἶναι δεῖ τὸ μανδάτον· μισθὸς γὰρ ὀρισθεὶς ἀμείβει τοῦ μανδάτου τὴν φύσιν καὶ ποιεῖ λοιπὸν λοκάτον καὶ κονδοῦχτον τὸ συνάλλαγμα. Ἔτερον δέ ἐστιν, εἰ σαλάριον ἐχωρήγησεν ὁ ἐντειλόμενος ἢ ἀντίδωρον δέδωκεν· ἐπὶ τούτοις γὰρ μένει ἡ τοῦ μανδάτου φύσις ἐπὶ σχήματος σωζομένη καὶ οὐκ ἀμείβεται διὰ τοῦ διδομένου σαλαρίου, ὥς ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ ζ'. κεφ. τοῦ παρόντος τίτλου φησὶν. Ὡς περ οὖν οὐ διὰ τοῦ διδομένου σαλαρίου, <οὐδὲ διὰ τοῦ ὀρισθέντος >, ὥς ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ ζ' διγ. τοῦ παρόντος τίτ. φησὶν· τότε

ἀπαίτησιν ἔχει τὸ ὀρισθὲν σαλάριον, ἐν ᾧ σύμμετρόν ἐστιν. Ὑἕτρα ὁρδινεμ δὲ αὐτὸ ἀπαιτεῖσθαί φησιν.

B. *La même scholie dans l'édition Heimbach (tome II, p. 68)*

Στεφαν. Σημεῖωσαι, ὅτι κατὰ χάριν εἶναι δεῖ τὸ μανδάτον· μισθὸς γὰρ ἐντεθεὶς ἀμείβει τοῦ μανδάτου τὴν φύσιν καὶ ποιεῖ λοκάτον καὶ κονδοῦκτον τὸ συνάλλαγμα. ἕτερον δὲ ἐστίν, εἰ σαλάριον ἐχορήγησεν ὁ ἐντειλάμενος ἢ ἀντίδωρον δέδωκεν· ἐπὶ τούτοις γὰρ μένει ἡ τοῦ μανδάτου φύσις ἐπὶ σχήματος σωζομένη, καὶ οὐκ ἀμείβεται διὰ τοῦ διδομένου σαλαρίου, ὡς ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ ς'. κεφ. τοῦ παρόντος τίτ. φησὶν, ἔνθα καὶ τοῦτο προστίθῃσιν, τό· τὴν ἀπαίτησιν ἔχει τοῦ ὀρισθέντος σαλαρίου, ἐν ᾧ σύμμετρόν ἐστιν. Ἑἕτρα ὁρδινεμ δὲ αὐτὸ ἀπαιτεῖσθαί φησιν.

Stephani. Nota, mandatum gratuitum esse debere: nam merces interveniens mandati naturam mutat et efficit, ut contractus locatio et conductio fiat. Aliud autem est, si salarium mandans praebuit, aut remunerationem dedit: his enim datis mandati natura in suo statu manet, et per salarium datum non mutatur, ut Ulpianus cap. 6 huius tit. ait, ubi et hoc adiicit, salarium definitum peti posse, si modicum sit. Extra ordinem autem peti illud ait.

C. MATHEEUSSEN

