

vousne. Berti, leur commis, fut chargé de prendre les expéditions à la douane et de consigner le chargement à Orsi. Mais comme ce dernier ne pouvait partir avec toute la célérité désirable, à cause du manque de bateaux, il se substitua François Nicolai, autre batelier, exerçant sur la rivière d'Arno.

Nicolai partit pour Livourne, muni de papiers en règle qui lui furent délivrés par Berti, commis de Lancelotti et Ambrosi. Après avoir dépassé Pise, Nicolai, ayant trouvé des mauvais temps et des glaces, changea la route que l'on tient ordinairement pour aller à Livourne, et il périt corps et biens.

Les propriétaires des marchandises intentèrent un recours contre tous ceux qui avaient pris part à cette expédition; il s'ensuivit un procès, à l'occasion duquel un avocat, nommé Brandi, fut appelé à donner une consultation. On la trouve dans les œuvres de Casaregis (1).

Pour Lancelotti et Ambrosi, le consultant disait qu'il fallait évidemment les mettre hors de cause. Commissionnaires de transport, ils n'avaient pu faire ce transport par eux-mêmes, et leur mandat portait implicitement le pouvoir de se substituer des voituriers ou des bateliers (2). Du reste, aucun reproche ne pouvait leur être fait dans le choix du batelier; ils avaient agi avec discernement (3) et avaient fait choix d'un homme diligent, *virum probum*

(1) *Disc.* 225.

(2) *Id.*, nos 5 et 6.

(3) *Disc.* 225, n° 7.

et in arte propria expertum elegisse (4). Peu importe la faute qu'il a commise après coup (2). Peu importe aussi que le malheureux Nicolai ait été substitué à Orsi. Orsi n'avait pas été désigné dans la commission donnée à Lancelotti et Ambrosi, et ceux-ci étaient libres de confier le chargement à celui qu'ils ont choisi en définitive, parce qu'il était probe et expert (3). C'est aux mandants à s'imputer de n'avoir pas désigné eux-mêmes le nautonier qu'ils voulaient charger du transport. Ils ont laissé à cet égard une latitude dont les commissionnaires florentins ont dû user; il suffit qu'ils l'aient fait en hommes prudents (4). Ils ne sont nullement tenus, du reste, des négligences ultérieures d'Orsi ou de Nicolai.

Ces raisons parurent suffisantes à la rote de Florence pour faire repousser l'action dirigée contre les commissionnaires de transports. Sa décision est ponctuelle (5).

460. Néanmoins, la jurisprudence française nous montre une suite de décisions plus sévères, et c'est sur elles que l'art. 99 du Code de commerce s'est basé. Toubeau cite un arrêt du parlement de Paris,

(1) N° 8.

(2) Nos 8, 9, 10, 11, 12; il renvoie au *disc.* 36, n° 25, de Casaregis, et cite Menochius, *De arbit.*, lib. 1, q. 12, n° 12 et autres.

(3) N° 13, arg. de ce que dit Straccha, *Mandati*, n° 36, et Scaccia, § 2, gl. 5, nos 400 à 407.

(4) *Disc.* 225, n° 13.

(5) *Disc.* 226, n° 2.

du 28 février 1654, qui rend le commissionnaire expéditeur garant des fautes du commissionnaire intermédiaire et du voiturier (1), et plusieurs autres arrêts rendus dans le même sens sont rapportés dans le Répertoire de M. Merlin (2).

Mais, nous le répétons, c'est là une exception au droit commun; il ne faut pas l'étendre hors de son domaine.

461. Dans tous les cas où le mandataire est autorisé à se faire remplacer, son autorisation peut être expresse ou tacite (3). Quand on donne à un mandataire des ordres qu'on sait qu'il ne peut accomplir par lui-même, ou qui comportent nécessairement l'adjonction d'auxiliaires, de substitués, le droit de se faire remplacer est inhérent au mandat; il existe virtuellement et n'a pas besoin d'être écrit.

Par exemple, Pierre écrit à son ami, de Nancy, de lui acheter pour le mariage de sa nièce, qui a lieu dans huit jours, des broderies de cette ville; il est sous-entendu que cet ami les expédiera à Pierre par la diligence et qu'il ne sera pas obligé de les apporter lui-même à Paris.

Ou bien encore :

François, habitant la campagne, a prêté de l'argenterie à Jacques, son ami de la ville. Comme Jérôme a une terre dans le voisinage et qu'il y fait

(1) P. 119.

(2) V° *Commissionnaire*, § 6.

(3) *Le disc.* 225, n° 56, dans les œuvres de Casaregis. *Infrà*, n° 467.

de fréquents envois, non pas par lui-même, car il est goutteux et ne quitte pas la ville, mais par ses gens, François lui écrit : « Recevez mon argenterie » des mains de Jacques, j'en ai besoin le plus tôt » possible. » Il est bien entendu que Jérôme ne sera pas tenu de venir lui-même rapporter l'argenterie, et qu'il a implicitement le droit de faire l'envoi par procureur.

462. Lorsque la substitution a lieu avec l'autorisation du mandant, elle ne dispense pas toujours le substituant de continuer à donner à l'affaire ses soins et sa surveillance. Tout dépend de la nature du fait et des circonstances (1).

Si je vous écris : « Envoyez-moi par votre domestique Paul le plat d'argent que je vous ai prêté; » aussitôt que vous aurez remis ce plat à Paul, vous serez déchargé de toute obligation envers moi. Vous n'êtes pas tenu de suivre Paul et de l'accompagner (2).

463. Mais si je vous dis : « J'ai des fonds dans » telle ville où vous avez un agent; profitez de cette » circonstance pour me les faire recouvrer; » il n'en est plus de même. Sans doute, je vous ai donné l'autorisation de vous substituer votre agent; vous avez pu le charger du recouvrement; mais, après le recouvrement, il y a eu des diligences à faire pour retirer les fonds de ses mains et me les faire parvenir. Mon mandat ne se traduit pas en

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, nos 64 et suiv.

(2) Arg. de ce que je dis dans mon com. du *Prêt*, n° 111.

un fait pur; il est complexe. L'opération a une suite dont l'accomplissement exige de l'attention, de la surveillance. Êtes-vous déchargé parce que, vous ayant dit de donner des ordres à votre agent, vous lui avez donné ces ordres? Non! Il ne vous suffisait pas, en effet, de vous substituer votre agent; tout en vous le substituant, vous restiez chargé d'exercer sur lui la surveillance et l'autorité à laquelle sa qualité le soumettait à votre égard; et si vous avez négligé ces actes essentiels de surveillance et de concours, vous devez en répondre.

464. C'est ce qu'a jugé la rote de Gènes (1).

Jérôme de Marini, de Gènes, avait donné commission à Antoine Palavicini, de Saragosse, de retirer des mains de l'évêque de Pampelune une somme considérable dont ce dernier lui était redevable; et pour cela il avait remis l'obligation de l'évêque audit Palavicini pour qu'il la fit recouvrer par l'agent qu'il avait à Pampelune. L'agent reçut le montant du billet et le garda assez longtemps avant d'en faire passer le montant à Palavicini: il mourut insolvable (2).

Pour mettre cette perte au compte de Marini, on disait devant la rote: L'agent de Pampelune a été substitué à Palavicini du consentement et avec la désignation de Marini. C'est donc sur Marini, mandant, et non pas sur Palavicini, substituant, que doit retomber l'événement de force majeure

(1) *Decis. rot. gen.*, 160.

(2) N° 5. *Cùm mortuus sit et factus de non solvendo.*

qui rend les fonds irrecouvrables entre les mains du substitué (1).

Mais on répondait: Dans la procuration donnée à Palavicini, l'agent n'a pas été désigné par son nom propre; Marini ne l'a eu en vue que comme agent de Palavicini, comme institeur de ce dernier; comme ayant des qualités qui l'attachaient à Palavicini, et qui ne permettaient pas de penser que Palavicini deviendrait étranger à l'affaire.

Et, par exemple, Palavicini devait faire les diligences nécessaires pour se faire envoyer par son agent ce que ce dernier avait reçu; il en a eu le temps; dix mois se sont écoulés entre l'acceptation du mandat et la mort du substitué; il devait le solliciter, le presser (2). Conçoit-on qu'il ne se soit pas mis en mesure de retirer les fonds de ses mains (3)!!

Dans ces circonstances, la rote de Gènes déclara Palavicini responsable, et cette décision est excellente.

465. Nous venons de voir la règle de l'art. 1994 fléchir dans le cas où le mandataire est autorisé à se substituer un individu désigné. Nous l'avons vue aussi, non pas fléchir entièrement, mais s'atténuer dans les conséquences de la responsabilité du mandataire, lorsque celui-ci est autorisé à faire choix d'un remplaçant non désigné par le mandant et laissé par ce dernier à l'arbitrage du mandataire. Mais ces exceptions sont-elles les seules que com-

(1) N° 6.

(2) *Curare et sollicitare.*

(3) *Ab agente illo recuperare* (n° 2).

porte le principe que le mandataire doit agir par lui-même? Ne faut-il pas en admettre une lorsque le mandataire se trouve atteint d'un empêchement personnel, imprévu, qui ne lui permet pas de faire, par sa propre intervention, ce qu'exige le mandat? N'est-il pas alors autorisé à se choisir un remplaçant et à faire faire par autrui ce qu'il ne peut faire lui-même?

Cette question est très grave. Nous ne pouvons l'aborder qu'avec quelques distinctions.

466. Si l'empêchement survient dans des circonstances telles que l'affaire n'éprouve pas de préjudice par suite d'un retard, le mandataire s'arrêtera et s'abstiendra. Il suffira qu'il donne avis au mandant de ce qui se passe. Ce sera à ce dernier à prendre, en connaissance de cause, le parti le mieux approprié aux circonstances. Il décidera s'il lui convient d'abandonner l'affaire, ou de la confier à un autre mandataire doué des mêmes qualités que le premier.

467. Mais lorsque l'empêchement du mandataire se trouve accompagné de l'urgence de la terminer sans retard, lorsque les délais nécessaires pour donner avis au mandant peuvent tout compromettre, alors le mandat reçoit de la nécessité une interprétation large. On suppose qu'il renferme implicitement la condition qu'en cas de péril en la demeure, le mandataire est autorisé à se donner un remplaçant; que le mandant l'a ainsi entendu *ab initio*; que puisqu'il n'a pas inséré dans la procuration une clause prohibitive, il est censé (comme dans le n° 2 de l'art. 1994), avoir donné un pou-

voir virtuel de substitution, sans remplaçant désigné. Assurément nul ne contestera que la permission de se donner un remplaçant ne puisse être expresse ou tacite : *sive tacita, sive expressa permissio, licentia, aut voluntas principalis* (1). Or, cette permission tacite ne se tire-t-elle pas nécessairement, d'une part, de l'absence de toute clause prohibitive, de l'autre, de la nécessité de pourvoir aux intérêts du mandant conformément aux fins du mandat!

468. La jurisprudence italienne, si instructive et si féconde, nous donne plusieurs exemples décisifs de ce point de droit.

Paul-Baptiste Spinola (2) était associé avec Jules Spinola; mais l'un et l'autre habitaient des sièges de commerce différents. Paul-Baptiste Spinola, sentant sa mort approcher et sachant que les correspondants de la société avaient à faire des versements considérables entre ses mains, tant pour lui que pour Jules, fit son testament et désigna trois exécuteurs testamentaires, fort honorables d'ailleurs, pour toucher les sommes en question (3). Il mourut; les versements eurent lieu de la manière indiquée; mais des pertes furent épouvées ultérieurement par le fait des exécuteurs testamentaires.

Alors, Jules Spinola voulut soutenir que ces pertes

(1) *Disc.* 225, n° 46, dans Casaregis.

Suprà, n° 461.

(2) Casaregis, *disc.* 36.

(3) Notez cet exemple d'un mandat donné pour être exécuté après la mort.

devaient retomber à la charge des héritiers de Paul-Baptiste Spinola. Vous êtes responsables, disait-il, d'une substitution que Paul-Baptiste a faite sans permission de ma part; n'ayant pas le droit de se donner de remplaçants, il répond de la conduite de ces remplaçants.

Mais il faut voir, dans le 36^e discours de Casaregis, la réfutation de ce système. Paul-Baptiste, empêché par sa maladie et se trouvant en présence de la mort, a obéi à une nécessité fatale. Cette nécessité lui a donné le pouvoir de faire ce qu'il n'aurait pas fait en temps ordinaire : « *Hujusmodi* » *necessitas, dilationis impatiens, facit licitum quod* » *aliàs fecisset illicitum; quia acta, necessitatis cau-* » *sâ, sub nullâ lege prohibitivâ, numerantur.* — Et pro » *regulâ admittitur quòd in casu necessitatis, non* » *exigitur consensus, ubi aliàs omninò requirere-* » *tur. Necessità legge non have (1).* »

Il pouvait donc aviser aux besoins de la circonstance et agir par un substitué. Une seule chose le rendrait responsable : ce serait s'il avait fait choix d'hommes sans idoneité; mais il n'y a pas *mala electio* : le choix a été d'hommes honnêtes, suffisants, de bonne réputation (2). Peu important, dès lors, les fautes ultérieures du substitué; ses manquements tiennent de l'imprévu et de la force majeure; il n'y a rien à imputer pour cela à Paul-Baptiste Spinola.

(1) N^o 25.

(2) N^{os} 6, 7, 8.

469. Voici un autre exemple qui n'a pas moins d'autorité. C'est encore à Cararegis que je l'emprunte (1).

Cardi confie à J.-B. Concino un navire destiné à aller en course contre les Turcs; le navire quitte le port de Livourne en 1666. Neuf mois après, Concino meurt courageusement dans un combat avec les Turcs, après avoir choisi, du consentement de l'équipage, pour son successeur, Barberi, son lieutenant. Ce dernier s'empare injustement de plusieurs vaisseaux appartenant à des chrétiens. Michel-Ange Vaccari, Génois, propriétaire d'un de ces navires, actionne Cardi en restitution et en dommages et intérêts.

Nous décidâmes, dit Casaregis, que ce dernier n'était pas tenu.

Sans doute, le maître est responsable du fait de ses subordonnés, lorsqu'ils ont commis des fautes dans l'office qui leur est délégué (2). Mais cette disposition rigoureuse n'a été introduite que parce qu'on a voulu punir le maître de la faute qu'il a commise en faisant un mauvais choix, *ob culpam in eligendo malos, seu minus idoneos homines* (3). Or, si le maître a choisi les préposés les plus capables au jugement général, il n'est pas tenu des fautes qu'ils ont commises par un changement imprévu d'habitudes. *Receptum quòd quotiescunquè hujusmodi abfuerit culpa, ex eo quòd dominus elegerit viros communi*

(1) *Disc.* 115.

(2) Bartole, l. 1, § *Familiæ, D., De public.*

(3) Casaregis, n^o 2.

existimatione probos et idoneos, toties dominus non tenetur de delicto præpositi qui morès mutaverit (1).

Eh bien ! Cardi a choisi Concino, homme irréprochable, vaillant, intègre, de bonne réputation ; à son tour, Concino, voisin de la mort, délègue ses pouvoirs à Barberi, son lieutenant, qui jusque-là avait joui d'une bonne réputation. Mais voilà que, changeant d'habitudes, il commet un délit que nul ne pouvait raisonnablement prévoir. De quoi se plaint-on ? De ce que Cardi l'a pris pour lieutenant à bord ? Mais comment y serait-on fondé ? Comme lieutenant, il était subordonné à Concino, et on n'avait rien à craindre de lui à raison de cette subordination et de cette dépendance. Est-ce de l'élection par laquelle Concino, à l'article de la mort, lui avait délégué le commandement du bâtiment ? C'est ici le point délicat de l'affaire. Mais il est évident que tout concourt à établir la justice et la bonté de ce choix au moment où il a été fait. Barberi a eu pour lui le suffrage de l'équipage ; il est constant qu'il était le plus digne de commander aux autres (2). De plus, et ceci est décisif, ce choix était nécessaire, imposé, au milieu des mers (*in medio maris*), par une nécessité extrême. Or, dans un cas pareil, Concino avait le droit de déléguer son mandat ; l'urgence lui en faisait une loi, et, en y obéissant, il n'était tenu que de faire un bon choix. Or, ce choix était bon, il était le

(1) N° 3.

(2) N° 4, 5, 6.

meilleur au moment où il a été fait, et cela suffit (1). Casaregis rattache cette décision à celle du discours 36, dont nous venons de donner l'analyse au numéro 468.

470. Rien n'est donc mieux avéré que cette jurisprudence. Elle se lie à la doctrine que nous avons enseignée au numéro 365 ci-dessus, ainsi qu'on le verra tout à l'heure plus clairement (2).

471. Nous allons plus loin, et nous pensons même que, lorsque le mandataire est empêché alors qu'il reste à prendre des mesures conservatoires (3), non-seulement il peut, mais il doit se faire remplacer, s'il le peut, dans les choses où l'action d'autrui est praticable.

472. Maintenant, reste une question à examiner.

Les exemples que nous avons donnés sont empruntés à la jurisprudence commerciale, et les principes sur lesquels ils reposent ne sont pas contestés dans la pratique des tribunaux consulaires de tous les pays.

Mais ces mêmes principes sont-ils aussi la règle du droit civil, ou bien le droit commercial se les serait-il donnés par exception au droit civil ?

473. MM. Delamarre et Lepoitevin ont traité cette question avec beaucoup de diligence et de savoir (4) ; mais leur tendance à faire du droit com-

(1) N° 6, 7, 8, 9, 10.

(2) N° 479.

(3) *Suprà*, n° 361, 366.

(4) T. 2, n° 56 à 62.

mercial un droit à part, indépendant du droit civil, les a égarés dans leurs conclusions.

Voici leur théorie :

D'après l'art. 1994, éclairé par la discussion du conseil d'État, le mandataire, empêché dans sa gestion, répond du tiers qu'il s'est substitué, et il en répond comme tout autre mandataire qui n'a pas reçu le pouvoir de se donner un remplaçant, comme le mandataire dont il est question dans le n° 1 de l'art. 1994 (1). En principe, rien de plus logique. Quand le mandataire est personnellement empêché, le mandat prend fin, le mandataire étant délié de son obligation. Que fait-il donc lorsque, malgré cette extinction de son obligation, il se donne un remplaçant? Il agit comme *negotiorum gestor*, et non plus comme mandataire. Or, s'il est quelque chose de certain, c'est que le *negotiorum gestor* répond de son remplaçant, de sa négligence, de ses fautes (2), etc. Donc, le mandataire qui fait faire par autrui la chose qu'il n'était plus obligé de faire, est garant de son représentant; il n'y a pas de différence entre le cas d'impossibilité d'agir, et celui où le mandataire, pouvant agir, aime mieux se faire remplacer. L'art. 1994 traite ces

(1) *Suprà*, n° 450.

(2) Paul, l. 21, § 3, D., *Negot. gest.*

L. 4, C., *De negot. gest.*

L'auteur de la consult. 225, nos 26 et 27, dans Casaregis, prétend qu'il n'est tenu que de *malæ electionis*; mais c'est une erreur.

Junge M. Toullier, t. 11, n° 47.

deux situations de la même manière; une logique rigoureuse lui en faisait un devoir.

Tel est donc le droit civil.

Mais, en matière commerciale, il en est autrement, et l'art. 1994 doit être écarté. L'intérêt du commerce le repousse; car dans les affaires commerciales, où tant d'événements de force majeure viennent s'interposer, où il est si dangereux de laisser les affaires interrompues, on détournerait les négociants de s'entr'aider, si l'on faisait peser la responsabilité du droit civil sur le mandataire qui, pour empêcher une opération d'avorter, se donne un remplaçant capable d'agir. L'équité veut d'ailleurs que le mandataire qui a fait, dans un cas de nécessité, ce que son mandant aurait fait à sa place, soit absous (1). Or, ne doit-on pas présumer que si le mandant eût prévu la nécessité d'une substitution, il aurait investi le mandataire du droit de se choisir un remplaçant? Dans tous les cas, et mettant à part les conjectures sur l'intention probable du mandant, il y a quelque chose de plus certain, de plus frappant, de plus décisif: c'est que le mandataire a fait pour autrui ce qu'il aurait voulu qu'on fit pour lui-même. Dès lors, il est clair que le mandataire est censé agir, non plus comme *negotiorum gestor*, ainsi qu'il agit dans l'espèce de l'art. 1994, mais en vertu de son mandat même, en vertu du pouvoir de substituer, implicitement et

(1) Arg. de ce que dit Casaregis, *disc.* 36, n° 25; *disc.* 33, n° 16; *disc.* 119, n° 55.

C. portugais, art. 816.