

abondant. C'est sous l'influence de la connaissance du danger de la chose que le contrat s'est fait : l'emprunteur est présumé avoir accepté l'emprunt avec les risques qui y sont attachés, et sauf à prendre les moyens de s'en garantir.

---



---

## CHAPITRE II.

### DU PRÊT DE CONSOMMATION OU SIMPLE PRÊT.

#### SECTION I.

##### DE LA NATURE DU PRÊT DE CONSOMMATION.

#### ARTICLE 1892.

Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité.

#### ARTICLE 1893.

Par l'effet de ce prêt, l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée ; et c'est pour lui qu'elle périt, de quelque manière que cette perte arrive.

#### ARTICLE 1894.

On ne peut pas donner à titre de prêt de consommation des choses qui, quoique de même espèce, diffèrent dans l'individu, comme les animaux : alors c'est un prêt à usage.

## SOMMAIRE.

169. Du simple prêt ou prêt de consommation. En quoi il diffère du prêt à usage.
170. Des choses susceptibles de prêt de consommation.
171. De quelle consommation s'agit-il ici?
172. Les choses qui se consomment par cet usage s'appellent *fongibles*.
173. Combinaison de l'art. 1892 avec l'art. 1851 C. c.
174. Comment la consommation doit s'accomplir. De la consommation naturelle et de la consommation civile.
175. Suite.
176. Suite. Il y a des choses qui n'étant pas fongibles peuvent le devenir par la destination.
177. Exemple de ceci.
178. Conclusion. Sens de l'art. 1894.
179. Suite.
180. Exemples de prêt de choses fongibles.
181. Définition du *mutuum*. Origine de ce mot.
182. Suite.
183. Il n'y a pas de *mutuum* sans tradition.
184. Il n'y a qu'une simple promesse, et alors la chose périt pour le propriétaire qui n'a pas encore livré.
185. Quand y a-t-il tradition? Renvoi et exemples. Du prêt appelé *civil*.
186. Le prêt de consommation transfère la propriété.
187. Conséquences de ce principe dans l'ancien droit français en ce qui concerne le prêt de la chose d'autrui; conséquences nouvelles d'après le Code civil et la maxime : *En fait de meubles la possession vaut titre*.
188. Ceux qui n'ont pas la pleine et libre disposition de leur chose ne peuvent faire un *mutuum* valable.
189. L'obligation de rendre est essentielle dans le *mutuum*. La restitution doit se faire en choses de même espèce et qualité. Distinction de l'espèce et du genre. Sens divers de ces mots chez les jurisconsultes et les dialecticiens.
190. Il faut rendre autant que ce qu'on a reçu.
191. Dans l'ancien droit français, la gratuité était de l'essence du *mutuum*.

192. Aujourd'hui la gratuité n'est que de la nature du prêt.
193. Du consentement.
194. Suite.
195. *Quid* du cas où l'un donne 1,000, et où l'autre croit ne recevoir qu'à titre de prêt? Opposition des lois romaines sur ce cas, et impossibilité de les concilier. Avis de Julianus préféré à celui d'Ulpian.
196. Résumé sur les traits principaux du *mutuum*.
197. Il est du droit des gens.
198. Il est unilatéral.
199. Il était *stricti juris* en droit romain.
200. Il est contrat de bienfaisance.
201. De la capacité des contractants. Capacité du prêteur.
202. Quand le prêteur est mineur, l'engagement n'est nul que d'une nullité relative. Application de ce principe. Rejet d'une opinion de Doneau.
203. S'il est vrai que le prêt soit validé par la consommation de la chose.
204. Du mineur émancipé.
205. De la femme séparée.
206. Du prêt fait à *non domino*.
207. Le pouvoir de prêter est toujours corrélatif au pouvoir d'aliéner. Preuve tirée du tuteur.
208. Du prêt fait par l'associé.
209. Capacité de l'emprunteur. Des mineurs, des prodigues, des émancipés.
210. Du tuteur.
211. Des communes.
212. Des fils de famille et du sénatusconsulte macédonien.
213. Des emprunts faits par une société.
214. De la femme séparée ou commune.
215. La capacité d'emprunter est de droit commun.
216. Des formes du prêt.
217. *Quid* quand il y a stipulation d'hypothèque?
218. Différence du prêt et d'autres contrats analogues. Du crédit.
219. De l'usufruit de choses fongibles.
220. Suite.
221. Liaison avec les articles suivants.

## COMMENTAIRE.

169. Nous sommes arrivés au prêt de consommation ou simple prêt, qui est la seconde des deux espèces de prêt dont nous avons parlé aux nos 8, 9, 10 et 11. Quelques aperçus rapides ont déjà montré en quoi cette sorte de prêt se distingue du prêt à usage, qui nous a occupé jusqu'à présent. La différence se résume en un point capital : dans le prêt à usage, c'est la chose même qui doit être rendue par l'emprunteur; dans le prêt de consommation, au contraire, le prêteur ne rend et ne peut rendre que des choses de même espèce, de même qualité et quantité, mais jamais les choses mêmes qui lui ont été prêtées; elles ne lui ont été livrées que pour qu'il les consommât par l'usage.

170. Nous avons déjà émis quelques idées sur les choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait (1); reprenons-les en sous-œuvre pour les compléter, car c'est ici le point saillant et caractéristique. Fixons le sens des mots, et suivons le fonds des idées dans les distinctions et les nuances qui peuvent les rendre palpables.

171. Et d'abord, quelle est l'espèce de consommation qui fait qu'une chose est fongible, et qui range par conséquent le contrat hors de la classe du prêt à usage? C'est sous le point de vue de la durée que la consommation doit être envisagée en premier lieu; le temps a ici une grande importance, et il faut en

(1) Nos 9 et 10, *suprà*.

tenir compte pour arriver à des notions justes sur le prêt qui fait la matière de ce chapitre.

Une chose peut se consommer de deux manières: peu à peu et par un usage long et successif (1), comme le linge, les habits; ou bien tout de suite, comme les denrées, les liquides, les aliments (2). Toutes ces choses appartiennent à la classe de celles qui se consomment par l'usage, *quæ usu consumuntur* (3).

Quelquefois, cependant, cette dénomination de choses qui se consomment par l'usage est réservée aux dernières; les autres s'appellent alors choses qui se détériorent par l'usage (4).

172. Ce sont les choses qui se consomment tout d'un coup par l'usage qu'on en fait, qui s'appellent *choses fongibles* (5): expression énergique et commode, qui évite les circonlocutions et a un sens précis et clair (6). On leur a donné ce nom parce que n'existant pas comme corps, mais comme choses qui ne consistent qu'en quantités (« *quæ numero, pondere, mensurave consistunt* ») (7), elles tiennent la place les unes des autres; de telle sorte que quand il s'agit de payer, on ne rend pas le même corps certain, mais la même quantité, qualité et

(1) Art. 589.

(2) Art. 587 et 539.

(3) Just. (Inst., *De usuf.*, § 2).

(4) Art. 1851 C. c.

Voyez sur cet article mon com. de la *Société*.

(5) *Suprà*, n° 9.

(6) *Secùs*, M. Duvergier, n° 19.

(7) Paul, l. 2, § 1, D., *De reb. credit.*

valeur, et l'on remplace par-là la quantité, qualité et valeur reçues.

Ainsi, les choses fongibles ne sont pas toutes celles qui se consomment par l'usage : ce sont uniquement celles qui se consomment tout de suite et par le premier usage qu'on en fait (1).

173. Sous ce rapport, il y aurait peut-être quelque inexactitude à reprocher à notre article, si nous ne savions déjà par l'art. 1851 qu'ordinairement le législateur réserve la dénomination de *choses qui se consomment par l'usage* aux choses fongibles, et que celles qui ne se consomment pas par le premier usage qu'on en fait sont appelées *choses qui se détériorent par l'usage*. Notre article doit être combiné avec l'art. 1851; c'est seulement alors qu'il est irréprochable.

174. Il y a deux sortes de consommation (2) : la consommation naturelle, qui a lieu quand, par exemple, on emploie à la nourriture, au chauffage, etc., etc., des choses destinées à être mangées ou brûlées; la consommation civile, qui a lieu quand on aliène des choses qui sont destinées à être dépensées ou mises en circulation. Ainsi l'argent ne périt pas par une destruction naturelle entre les mains de celui qui le dépense; mais, en passant de ses mains dans les mains de celui à qui il le livre, il est consommé pour lui; et cette consommation civile équivaut à la consommation naturelle.

(1) M. Proudhon, *Usufruit*, t. 1, nos 120 et 121.

Cancerius, *Variar. resolut.*, part. 3, c. 20, nos 212 et suiv.

(2) Pothier, *Prêt de consom.*, n° 22.

Il en est de même des marchandises : leur destination est d'être livrées à un mouvement continu de circulation, et d'être consommées par les ventes commerciales. Si je prête vingt-cinq pièces de toile à un marchand de la rue Saint-Fiacre, ce contrat suppose nécessairement une consommation civile de ces vingt-cinq pièces. Je sais que leur destination est d'être vendues, d'être consommées civilement par l'usage qu'en fera l'emprunteur.

175. Dans un autre sens, il y a consommation civile lorsque la chose est destinée à un usage qui, sans la détruire naturellement, la rend incapable de servir à d'autres. On peut citer pour exemple la consommation qui s'opère par l'usage qu'on fait du papier à écrire; quand celui à qui il a été prêté a écrit dessus, le papier est, non pas détruit naturellement, mais dénaturé et réduit à un état qui en empêche la restitution comme corps certain : il y a consommation civile.

176. On voit, par ces distinctions et ces rapprochements, que certaines choses, qui, dans la plupart des cas, ne sont pas fongibles, peuvent le devenir par la destination et par l'intention des parties. La volonté a, ici, une toute-puissance qui égale le fait civil au fait naturel.

Insistons là-dessus par quelques exemples.

177. Je vous prête un livre de ma bibliothèque : il est entendu que c'est le même livre que vous devez me rendre identiquement. Il y a commodat.

Mais si je prête à mon libraire vingt-cinq exemplaires d'un de mes ouvrages dont il a besoin actuellement pour les vendre, sauf à lui à m'en rendre un même nombre d'exemplaires, ce n'est plus un

commodat; c'est un prêt de consommation (1). La chose est devenue fongible par la destination que la volonté des parties lui a donnée.

De même, un boucher peut donner en *mutuum* à un autre boucher dix moutons, de tel poids, de telle qualité et valeur, à condition qu'il lui en sera rendu un même nombre de même poids, de même qualité et valeur (2). Dans ce cas, ces animaux ne sont pas considérés *ut individui*. Il s'agit ici de choses qui sont destinées à être livrées à la consommation; dès lors les différences qui pourraient exister mathématiquement dans les individus ne sont d'aucune importance; on ne s'arrête qu'à l'identité résultant du poids, de la qualité, de la valeur. Ce n'est pas comme lorsqu'on prête un animal auquel on tient précisément, à cause de telles ou telles qualités particulières, qui le différencient d'un autre individu, et qui font qu'il ne peut être remplacé par tel autre. Dans ce cas, on ne peut concevoir entre les contractants qu'un prêt à usage; il n'y a pas place pour le prêt de consommation. Mais lorsque la partie qui prête la chose a des motifs pour ne pas tenir compte de ces qualités spéciales qui distinguent les individus, lorsqu'elle ne voit dans cette chose qu'une quantité, alors il n'y a pas de raison suffisante pour décider que le prêt de consommation n'est pas possible (3).

(1) M. Ducaurroy, *Inst. expliq.*, t. 3, n° 965.

(2) Cujas sur la loi 2 D., *De reb. creditis* (lib. 38 *Pauli ad edict.*).

M. Ducaurroy, *loc. cit.*

(3) Saumaise a bien traité ce point, *De usuris*, ch. 5, p. 89 et

178. C'est en ce sens, ce me semble, qu'il faut entendre l'article 1894 du Code civil; on le conduirait à des conséquences erronées si on le prenait dans un sens trop absolu. Pour rester dans le vrai, on doit absolument le limiter, ainsi que nous le faisons ici. Cujas a très bien dit : « Si autem nummi » nonnunquam accipiuntur, quasi corpora, non » quasi res quæ numero continentur, cur non etiam » similiter corpora poterunt tanquam quantitatem accipi (1) ? »

179. Au surplus, il faut bien se pénétrer d'une remarque : c'est que quelle que soit la consommation qui doit être opérée par l'usage, qu'elle soit naturelle ou civile et artificielle, la chose devient nécessairement fongible; elle se réduit en quantités à peser, à compter, à mesurer, pour les compenser avec des quantités semblables; et c'est le propre des choses fongibles d'aboutir à ce résultat (2). Les livres que j'ai prêtés à mon libraire seront remplacés par un égal nombre de volumes du même ouvrage : on comptera. Les moutons que le boucher aura prêtés à son confrère seront remplacés par des moutons de même poids, de même nombre, de même qualité : on pèsera, on comptera, on appréciera. Dans tous ces cas et autres semblables, il ne saurait en être autrement; car la chose

90. Il fait un jeu de mots expressif quand, parlant d'un animal qu'on prête à consommation, et voulant distinguer ce prêt du commodat, il dit que l'animal a été donné *non ad usum, sed ad esum*.

(1) Sur la loi 2 D., *De reb. cred.* (lib. 38 *Pauli ad edict.*).

(2) Paul, l. 2, § 1, *De reb. credit.*

n'est fongible que parce qu'elle a été réduite en quantité : *tanquam quantitatem accipiuntur*, comme l'a dit Cujas; et puisqu'elle est réduite en quantité, on ne peut s'empêcher de recourir au nombre, au poids, à la mesure (1).

180. On voit maintenant d'un coup d'œil le nombre considérable de choses sur lesquelles peut porter le prêt de consommation.

Par exemple, on prête du pain, de la viande (2), du grain et autres choses que l'on pèse.

Pline raconte que C. Hirsius, celui-là qui, le premier, imagina des réservoirs particuliers pour les murènes, prêta à César, à l'occasion des festins donnés par ce dernier pour sa dictature, six mille murènes au poids (3). Mais à quoi bon plus de détails? Une énumération serait infinie. La description que nous avons donnée des choses fongibles y suppléera.

181. Voyons maintenant de plus près la définition du prêt de consommation ou *mutuum*.

Nous avons parlé ci-dessus de l'origine du mot *mutuum* donnée par les stoïciens, et de la critique dont elle a été l'objet de la part des savants (4). Cujas aime mieux faire dériver *mutuum* de *mutatio* (5),

(1) V. *suprà*, n° 9.

(2) Cujas sur la loi 2, § 1, D., *De reb. credit* (lib. 38 *Pauli ad edict.*).

(3) *Sex millia numero murænarum mutuo appendit* (lib. 9, c. LXXXI, 55).

(4) *Suprà*, nos 9, 10, 11, (t. l. 2, § 2, D., *De reb. credit*).

(5) XI, observ. 37.

*Junge Vinnius* (Inst., lib. 3, t. 15, § 14).

et Saumaise vient au secours de cette étymologie; il nous apprend que les Arabes donnent au prêt de consommation un nom qui répond à *commutatio*; ce qui, suivant lui, est tout-à-fait logique, car il n'y a point de *mutuum* sans *commutatio*, ou, comme dit Paul, sans *suffectio* (1). Quant à l'étymologie sicilienne que nous avons rappelée précédemment (2), je ne déciderai pas si les Romains ont fait cet emprunt aux Siciliens, ou si ce sont plutôt les Siciliens qui ont pris leur mot *μοίρον* aux Romains. Qu'il me suffise de dire que, quelle que soit l'opinion qu'on préfère, il reste toujours, au fond, que *mutuum* a pour racine *mutatio*; car, même dans le système de l'étymologie sicilienne, *μοίρον* se lie au verbe *μαεtare*, *mutare*.

Mais laissons la question étymologique, et voyons le sens juridique qu'il faut attacher au *mutuum*.

Cujas le définit ainsi : *Mutuum est creditum quantitatis datæ eâ lege, ut eadem ipsa quantitas reddatur in genere, non in specie eâdem* (3). C'est à peu près le même langage que l'article 1892; seulement celui de Cujas est plus concis; il supprime ces mots que le Code a crus nécessaires : *qui se consomment par l'usage*; parce que, suivant lui, toutes les fois qu'une chose est considérée comme quantité, et non comme corps, elle devient fongible. Rien n'est plus vrai;

(1) Ch. 5, *De usuris*, p. 87.

(2) *Suprà*, n° 9.

(3) XI, observ. 37.

Dumoulin a donné une autre distinction que Saumaise critique dans son traité *De usuris*, ch. 5, p. 94.

toutefois, comme cette idée est savante et que le Code s'adresse au vulgaire aussi bien qu'aux érudits, l'addition de l'article 1892 lui donne un plus haut degré de clarté.

182. Cujas ajoute : *quantitatis datæ* ; car, dans l'énergie de la langue du droit romain, *dare* n'est pas seulement faire tradition, c'est encore rendre propriétaire celui qui reçoit. En français nous n'avons pas de mot qui rende à lui seul cette pensée ; aussi l'art. 1892, après avoir exigé la livraison, la tradition (1), condition indispensable dans ce contrat qui est parfait par la chose, est-il obligé de la faire suivre de l'explication renfermée dans l'article 1893, lequel déclare que l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée.

Ainsi, deux choses sont exigées : délivrance (2), et translation de la propriété (3).

183. Paul se sert d'une expression pittoresque pour énoncer cette condition : « *Mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia* (4). » Si la chose n'est pas livrée, le prêt n'existe pas : il n'y a qu'une simple promesse de prêter (5). Il est évident que l'obligation de rendre que contracte l'emprunteur, et qui est le *vinculum juris* de ce contrat, ne prend naissance qu'autant qu'il y a tradition : « *Ei qui voluit pecuniam credere, disit Senèque, sed non credidit, nihil*

(1) Par lequel l'une des parties LIVRE à l'autre, etc.

(2) Pothier, *Prêt de consommation*, n° 3.

(3) *Id.*, n° 4.

(4) L. 2, § 3, D., *De reb. credit.*

(5) *Suprà*, n° 6.

» *debeo* (1). » La tradition est donc de l'essence de notre contrat (2).

184. Lorsque, m'étant obligé à vous prêter une chose fongible, je ne vous l'ai pas livrée, et que nous sommes encore dans les termes d'une simple promesse, et non d'un prêt consommé, si la chose vient à périr, il est certain qu'elle périr pour moi (3). Pour parvenir à ébranler une vérité si claire, il ne servirait de rien de citer l'article 1138 du Code civil. Cet article ne concerne que l'obligation résultant d'un de ces contrats qui transfèrent la propriété par la seule énergie du consentement, sans que la tradition soit nécessaire. Mais comment serait-il possible de l'étendre à une convention qui n'a pas de vertu translatrice actuelle, qui ne déplace pas pour le moment la propriété, qui n'entend la faire passer sur la tête de l'emprunteur que lorsque ce dernier aura reçu effectivement la chose à titre de prêt, *ut accipientis fiant* (4) ?

Notre proposition serait vraie quand même la chose serait certaine et déterminée ; comme, par exemple, si j'avais promis de prêter les dix sacs de blé que j'ai sur mon grenier. Tant que les parties restent dans les termes d'une promesse, on demeure sous l'influence de la règle : *Res perit domino*.

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

(2) Pothier, n° 3 ; Voet, *De reb. creditis*, n° 3.

(3) M. Duranton, t. 17, n° 556.

*Contrà* M. Duvergier, n° 146.

Arg. de ce que je dis des *promesses de vente*. (*Vente*, t. 1, n° 130.)

(4) Caius, III, 90. *Suprà*, n° 9.

185. Mais ce sera au juge à voir si, d'après les circonstances, la convention n'est qu'une promesse, ou bien si elle s'est traduite en un prêt caractérisé. On consultera les règles du droit sur la tradition, pour voir si le prêteur n'a pas mis la chose à la disposition de l'emprunteur et ne lui en a pas fait une livraison équivalente à une livraison matérielle. Si, par exemple, dans ma propre maison, en présence des dix sacs de blé qui sont sur mon grenier, mesurés et comptés, vous me dites : Prêtez-les moi ; et que je vous réponde : Je vous les prête, vous laissant le soin de les faire enlever ; qui hésitera à penser qu'il y a là, non pas une promesse inexécutée, mais un prêt accompagné de toutes les circonstances qui le rendent parfait ? Qui hésitera à décider que c'est pour vous, et non pour moi, que périra la chose ou qu'elle se détériorera ?

Tenons donc pour constant que la tradition est de l'essence du prêt. Le Code civil, loin de changer la théorie du droit romain et de l'ancien droit français sur cette condition, l'a au contraire confirmée de la manière la plus positive par la définition contenue dans l'article 1892. Seulement, on n'exigera pas toujours une tradition manuelle (1) ; on tiendra compte des faits moraux qui sont de nature à remplacer le fait matériel (2). Ainsi, il y aura tradition effectuée si le déposant dit au depositaire : Je vous prête l'argent que j'ai déposé entre vos mains (3) ;

(1) *Diocl.*, l. 6 C., *Si cert. petat.*

(2) *Mon com. de la Vente*, t. 1, nos 265 et suiv., surtout n° 272.

(3) *Ulp.*, l. 9, § dernier, et l. 10 D., *De reb. credit.*

Ou bien si je dis à quelqu'un : Je vous prête 1,000 fr. que me doit Jacques : et que Jacques vous les paie (1) ;

Ou bien encore si Pierre vient m'emprunter de l'argent, et que, n'en ayant pas, je lui donne un vase d'argent qu'il vend suivant mon ordre et dont il reçoit le prix pour l'appliquer à ses besoins (2). C'est ce que les docteurs ont appelé le prêt civil (3).

Ces différents modes de livrer la chose ont été examinés avec beaucoup de soin par les jurisconsultes romains, à cause de la rigueur du droit qu'ils avaient à interpréter en matière de tradition (4). En comparant la loi 34 D., *Mandati*, qui est du jurisconsulte Africain, avec les lois 9, § *ult.*, 11 et 15, D., *De reb. credit.*, qui sont d'Ulpie, on aperçoit même des contradictions qui seraient de nature à étonner, si l'on ne réfléchissait qu'Africain a été l'organe d'une jurisprudence plus ancienne, plus formaliste, plus exigeante, et qu'Ulpie s'est montré plus facile parce qu'il était l'interprète d'un droit plus équitable. Cette observation a été faite par Cujas (5), et louée, avec raison, par Noodt (6). Mais nos idées sont plus simples, et notre raison est plus à son aise au milieu de ces faits de tradition.

186. Après la tradition, vient la translation de la

(1) *Ulp.*, l. 15 D., *De reb. credit.*

Et l. 34 D., *Mandati.*

(2) *Ulp.*, l. 11 D., *De reb. credit.*

(3) Boiceau et Danty d'après Bartole, p. 520.

(4) Voet, *De reb. credit.*, nos 4 et 5.

(5) *Traité 8, Ad Afric.*

(6) Sur le Dig., *De reb. creditis.*