

les art. 1102 et suiv. lui paraît avoir été déterminée par l'inutilité d'une distinction qui n'a plus aucun intérêt pratique depuis que toutes les conventions formées entre les parties, quels que soient leurs noms et leurs causes, tiennent lieu de loi (1).

Je ne me rends pas à ces objections. D'abord, si le Code civil, dans le lieu allégué par M. Toullier, n'a pas reproduit une idée qui est dans la nature juridique de certaines conventions; si dans sa classification des contrats il a passé sous silence les contrats réels (2), c'est que cette distinction, beaucoup moins essentielle chez nous que chez les Romains, appartient plus à la doctrine qu'à la législation. On la trouve d'ailleurs en toutes lettres dans une autre partie du Code, dans l'art. 1919, et ceci répond à l'argument que M. Toullier entend tirer du prétendu silence du législateur. Et puis, de ce que notre droit, généralisant la puissance de la volonté, la dégage des nombreuses entraves dont la jurisprudence romaine l'avait embarrassée, il ne s'ensuit pas qu'il soit inutile de rechercher par quelles voies elle procède pour se préciser dans les conventions (3). Tout ce qui sert à distinguer les matières du droit est bon à étudier et à garder. L'esprit voit avec plus de justesse et de clarté les objets qu'il a scrutés sous toutes leurs faces. De là ces divisions des contrats en synallagmatiques et unilatéraux, en intéressés de part et d'autre, en contrats de bienfaisance et à titre onéreux. Pourquoi serait-il dé-

(1) T. 6, n° 17.

(2) Art. 1102 et suiv.

(3) *Infrà*, comment. du dépôt, n° 20.

fendu dès lors de parler des contrats réels? Pourquoi ne ferait-on pas acception de la circonstance qui leur donne la perfection? Pourquoi les contrats qui ne sont devenus tels que par la délivrance de la chose ne recevraient-ils pas de ce fait une dénomination caractéristique?

Dira-t-on que c'est surcharger la mémoire d'une classification sans profit? Je le nie. Quand elle ne servirait qu'à montrer avec promptitude la différence qui existe entre la promesse de prêt et le prêt, celle-là parfaite par le seul consentement, celui-ci requérant nécessairement la délivrance de la chose, est-ce que la distinction n'aurait pas déjà une utilité marquée? Ne sont-ce pas en effet deux ordres de conventions fort différents que le prêt et la promesse de prêt? Est-il permis d'assimiler le prêt, dans lequel l'obligation principale pèse sur l'emprunteur, avec la promesse de prêter, dans laquelle l'obligation principale pèse sur le prêteur!!!

Je sais qu'à Rome la différence était encore plus tranchée. Car, je le répète, la simple promesse de prêter, non accompagnée de stipulation, n'était pas obligatoire (1). Chez nous, au contraire, elle vaut sans le secours de la solennité des paroles et par la seule énergie de la volonté. Mais qu'importe tout cela? que la promesse de prêter soit obligatoire, ou non obligatoire, n'est-elle pas autre chose que le prêt? Et pourquoi est-elle autre chose que le prêt, si ce n'est parce que la délivrance n'a pas eu lieu tant que les parties restent à l'état de simple promesse? Il est donc lo-

(1) M. Toullier, *loc. cit.*, tire de cela une objection, et M. Duvergier (*Prêt*, n° 25) le suit dans cette voie.

gique d'insister (comme l'a fait du reste l'art 1919 que nous voulons imiter) sur la délivrance qui met en relief les différences des deux conventions. Il est donc nécessaire de faire ressortir ce fait important par lequel l'une des deux conventions se distingue de l'autre. Ne craignons pas, d'ailleurs, de restaurer par-là les idées romaines sur les pactes nus, les stipulations et autres conceptions anéanties par la simplicité de notre droit moderne. Nullement!! Si, parce que nous disons que le prêt est parfait par la délivrance de la chose, on en concluait que la convention de prêter n'a d'effet que lorsque là délivrance l'a suivie, on ferait un raisonnement insoutenable et absurde. Il n'y a pas à argumenter à pari du contrat à la promesse; au contraire! La circonstance de la remise de la chose n'est relevée par nous que pour mieux montrer que, tandis que la promesse n'exige rien de plus que le consentement, le prêt, bien différent, requiert, outre le consentement, la délivrance.

7. Le contrat de prêt a été rangé par Pothier dans la classe des contrats synallagmatiques imparfaits (1), et par M. Toullier dans celle des contrats bilatéraux proprement dits (2). Mais ce dernier auteur va beaucoup trop loin; j'aime mieux la réserve de Pothier; elle se rapproche bien davantage du point véritable signalé par Voët (3), lequel ne voit dans le prêt qu'un contrat unilatéral. Le prêt, en effet, à quelque analyse qu'on le soumette dans ses diverses

(1) Pothier, n° 7; *junge* Favre sur la loi 7, § 3, D., *Com.*

(2) T. VI, n° 19.

(3) *De reb. creditis*, n° 2.

ramifications, ne renferme qu'une obligation principale : c'est celle que contracte l'emprunteur de rendre la chose (art. 1892 C. c.). Il est vrai que le prêteur est soumis à l'obligation tacite de ne pas redemander la chose prêtée avant que l'emprunteur ne s'en soit servi, et qu'il est même responsable des défauts de cette chose lorsqu'il les connaissait et qu'ils ont causé du dommage à l'emprunteur (1). Mais, malgré ces circonstances, je crois que le prêt n'est pas un vrai contrat synallagmatique; car ces obligations ne sont ni principales, ni même incidentes au contrat (2). Ce sont des obligations accessoires qui ne tiennent qu'à l'équité, et qui dérivent de certaines règles de droit naturel communes à tous les hommes, innées dans tous les rapports civils, et indépendantes du consentement (3): « *Adjuvari nos, non decipi beneficio oportet* (4). » — « Les conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les SUITES que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature (5). »

C'est pour cette raison que dans le droit romain l'obligation du commodataire était seule principale et directe (6). Celle du prêteur n'était qu'indirecte (7); elle ne naissait pas, à proprement parler, du contrat; elle naissait, sans convention, d'un quasi contrat que le jurisconsulte Paul met

(1) Art. 1888 et 1891.

(2) V. *infra*, n° 257.

(3) V. le com. de l'art. 1888, n° 141, *infra*.

(4) L. 17, § 3, D., *Commod.* (Paul).

(5) Art. 1135 C. c.

(6) *Obligatio commodati DIRECTA.*

(7) *Obligatio commodati CONTRARIA.*

sur la même ligne que la *negotiorum gestio* (1).

A la vérité, Paul emploie quelques expressions qu'on pourrait tourner en objections contre notre opinion, si l'on s'arrêtait à la surface des paroles : *Geritur negotium invicem; convertit in mutuas præstationes*. Justinien aussi, en parlant du *mutuum* fait par le mineur, dit de ce dernier : *Obligationem non contrahit* (2), ce qui me semble faire supposer que le majeur qui prête contracte une obligation. Au fond, cependant, il n'y a rien dans ce langage qui puisse nous faire balancer. Nous ne nions pas qu'il n'y ait un engagement du prêteur, qui se pose en regard de l'engagement de l'emprunteur; mais nous disons que cet engagement n'est pas principal comme dans la vente, le louage; nous disons qu'il n'est que secondaire, et qu'à ce titre, il ne suffit pas pour rendre le contrat bilatéral. Voilà pourquoi, prenant dans un sens restreint les définitions des articles 1102 et 1103 du C. c., et les combinant avec l'article 1325, nous disons que l'engagement du prêteur provenant d'un quasi-contrat, comme Paul nous l'a si bien dit, et se formant sans convention, on ne saurait ranger le contrat de prêt dans la classe des contrats synallagmatiques.

Cette discussion n'est pas sans utilité; elle explique pourquoi la formalité du fait double (3) n'est pas applicable au prêt; c'est, au surplus, ce que la suite confirmera.

8. Il y a deux espèces de prêt : le prêt à usage

(1) L. 17, § 3, D., *Com. Infrà*, n° 143, sur l'art. 1888.

(2) Inst., *Quibus alien. non licet*, § 1. *Infrà*, nos 188 et 198.

(3) Art. 1325 C. c.

ou commodat, et le prêt de consommation (1).

9. Le prêt à usage est celui des choses dont on peut user sans les détruire; le prêt de consommation est celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait (2).

Il y a en effet des choses dont l'usage naturel et légitime détruit la substance (3) : tels sont le vin, l'huile, le froment, l'argent monnayé (4). On ne peut s'en servir sans les absorber, et par conséquent sans faire sur eux acte de propriétaire; aussi Ulpien disait-il que ces choses consistent *in abusu* (5). Livrer ces choses pour s'en servir, c'est donc en transférer nécessairement la propriété (6) : « *Quæ res in hoc damus, ut accipientium fiant.* » C'est en partant de là que les jurisconsultes romains croyaient que le nom de *mutuum*, que l'on donnait au prêt de ces choses, venait : *ex eo quod ita tibi à me datum est, ex meo tuum fit* (7); mais cette étymologie n'a pas été admise par les savants. Cujas la trouvait plus conforme à une certaine affectation scientifique, recherchée par les stoïciens, qu'à la vérité (8); et Sau-maise, aussi intrépide qu'aucun stoïcien pour aller

(1) Art. 1874.

(2) *Infrà*, n° 169.

(3) *Quæ ipso usu consumuntur.* (Inst., § 2, *De usuf.*)

(4) Caius, III, *com.* 90. Just., Inst., *Quib. mod. re cont., præm.*

(5) L. 5, §§ 1 et 2, D., *De usu ear. rer.*

In abusu consistunt; in absumptione sunt; in abusu sunt.

(6) Caius, III, *com.* 90. Paul, l. 2, § 2, D., *De reb. cred.*

(7) Caius, III, *com.* 90. Paul, l. 2, § 2, D., *De reb. creditis.*

(8) Sur la loi 2, § 2, D., *De reb. creditis.* (*Ad libr. 28, Pauli*

au devant des *tortures* de l'étymologie, a consacré le premier chapitre de son curieux livre *De usuris*, à démontrer que *mutuum* n'est que le mot sicilien *μοῦτον* (*gratia*), latinisé (1). D'après ce littérateur érudit, *mutuum* et *μοῦτον* (2) expriment ce que quelqu'un rend à un autre pour un bienfait reçu (3). C'est le mot *gratia* employé dans le sens que lui donne Cicéron, dans ce passage *De amicitia*: « *Non ut exigemus gratiam, neque enim beneficium feneramus, sed naturā propensi ad liberalitatem sumus* (4). »

Quoi qu'il en soit de ces recherches grammaticales dont nous n'oserions pas nous constituer jugesouverain (5), nous dirons que la conjecture des jurisconsultes romains, bien que hasardée au fond, prouve cependant une idée fondamentale en cette matière, à savoir, que la tradition des choses, pour s'en servir à titre de prêt de consommation, trans-

(1) « Vocem esse siculam *mutuum*, quæ ad Romanos, cum aliis multis manavit, asserit VARRO; cui in hac re eò magis credendum est quòd, non nisi invitus, solet romanarum dictionum origines à Græco arcessere. » (*De usuris*, p. 3.)

(2) C'est de *μοῦτον*, dit encore Saumaise, que les Romains ont fait le mot *mutare*, qui, dans l'origine, était *mœtare* (*loc. cit.*, p. 4).

(3) Ut sit quod reddit quis et rependit pro beneficio accepto (p. 4).

(4) N° 9.

(5) Cujas n'adopte pas plus cette étymologie de Varron que celle des stoiciens. Il ne voit pas pourquoi on ne pourrait pas dire que ce sont les Siciliens qui ont tiré du *mutuum* des Latins leur *μοῦτον*. (XI, *Observ.* 37.) Il se borne à enseigner, sans tant de détours, que *mutuum* vient de *mutatione*, « quod mutatur hoc genere pecunia cum pecuniâ, dum par quantitas accipitur et redditur (*loc. cit.*). V. *infra*, n° 181.

fère la propriété. Si l'*ex meo fit tuum* n'est pas vrai sous le rapport étymologique, il est de la plus parfaite exactitude comme expression d'un fait juridique.

Les choses qui se consomment par l'usage s'appellent vulgairement choses fongibles, parce qu'elles se remplacent les unes par les autres, et que celles que l'on rend tiennent lieu de celles que l'on a reçues; *Quia*, dit Paul, *in suo genere functionem recipiunt* (1). Quand je vous prête un champ, un cheval, vous ne devez pas me rendre un autre champ ou un autre cheval; car ce que vous me rendriez à la place ne serait pas la même chose que ce que vous auriez reçu (2). Mais quand vous me prêtez du vin, de l'huile, du blé, des fourrages, des fumiers, il suffit que je vous rende une égale quantité de ces choses; comment, en effet, pourrais-je vous les rendre en nature, puisque je ne les ai reçues que pour les soumettre à un emploi qui les détruit? Tout ce que vous pouvez exiger de moi, c'est une quantité égale et une qualité pareille (3).

Pour arriver à une restitution qui soit parfaite, on pèse, on compte, on mesure les choses à rendre, et l'on prend pour base le poids, le compte, la mesure des choses livrées (4). Par-là l'identité est aussi entière qu'elle l'est lorsqu'ayant reçu de vous un cheval, je vous rends cet animal même. « *Nihil est tam simile quantitati, quam quantitas par*, dit Cu-

(1) L. 2, § 1, D., *De reb. credit.*

(2) Cujas dit: « *Nam si solvatur alius fundus, aliud genus solvitur, non idem.* » (Sur la loi précitée.)

(3) Cujas sur la loi précitée.

(4) Paul, l. 2, § 1, D., *De reb. creditis.*



» jas (1); *nihil tam simile solido, quàm solidus; nec vi-*
» detur aliud per alio solvere, qui pro decem aureis quos
» acceperit, totidem alios reddit. »

10. Ces notions rapides, sur lesquelles nous glissons ici pour y revenir plus tard, suffiront pour montrer que les créateurs du droit ne pouvaient passer devant des objets aussi différents que les choses fongibles et les choses non fongibles, sans entrer dans des distinctions fécondes sur les diverses espèces de prêt dont elles sont susceptibles. Prêter une chose pour qu'on en use sans la détruire, c'est donner à commodat. Ce contrat n'est mélangé d'aucune translation de la propriété (2). Mais prêter une chose pour qu'on la détruise en s'en servant, c'est faire un prêt de consommation, c'est transférer la propriété de la chose prêtée. C'est un rapport qui, malgré ses analogies avec le commodat, s'en sépare cependant par des nuances dignes d'observation et tirées de la diversité de nature des objets sur lesquels interviennent les deux contrats; diversité de nature qui conduit à de remarquables diversités dans le droit (3).

11. De là deux chapitres : l'un consacré au *prêt à usage ou commodat* (4), que certains jurisconsultes appellent aussi quelquefois : *prêt de courtoisie* (5); l'autre au *prêt de consommation ou simple prêt* (6).

(1) *Loc. cit.*

(2) *Infrà*, n° 35.

(3) Conan a très bien dit : « *Diversitas NATURÆ rerum in quibus versatur uterque contractus, DIVERSUM JUS in ipsis consistit.* » (De commodato, lib. 7, c. 3, n° 1.)

(4) Art. 1875 à 1891 inclusivement.

(5) Charondas, Résol., p. 3, t. 6. Danty sur Boiceau, p. 527.

(6) Art. 1892 à 1904 inclusivement.

Puis viendra un troisième chapitre qui traite du *prêt à intérêt* : ce prêt est une variété du prêt de consommation; son importance méritait un chapitre particulier et des développements spéciaux (1).

Tel est le cadre que nous allons chercher à remplir de la manière la plus complète qu'il nous sera possible.

CHAPITRE I.

DU PRÊT A USAGE OU COMMODAT.

SECTION I.

DE LA NATURE DU PRÊT A USAGE.

ARTICLE 1875.

Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi.

ARTICLE 1876.

Ce prêt est essentiellement gratuit.

ARTICLE 1877.

Le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée.

SOMMAIRE.

12. Transition.

13. Définition du commodat. Origine du mot *commodat*.

14. Pour qu'il y ait commodat, il faut qu'il y ait une chose livrée. Différence du prêt et de la promesse du prêt.

15. De la chose prêtée. — Renvoi à l'art. 1878.

16. La livraison de la chose ne transfère ni la propriété ni la possession.

(1) Art. 1905 à 1914 inclusivement.