

- Opinion de Danty pour l'admission de la preuve testimoniale, quelle que fût la valeur de la chose prêtée.
59. Examen de la question. Raison pour laquelle le titre du commodat ne renferme pas un article pareil à l'art. 1923 placé au titre du dépôt.
 60. Si c'est un immeuble qui a été prêté à commodat, la preuve testimoniale est admissible.
 61. Mais on tombe sous les prohibitions de la preuve testimoniale édictée par le droit commun, si le commodat porte sur des meubles.
 62. Différence entre la revendication d'un meuble et la revendication d'un immeuble.
 63. Exemple remarquable tiré d'un cas jugé au parlement de Paris.
 64. Explication de l'arrêt rendu sur ce cas. Cet arrêt ne serait pas reçu aujourd'hui d'après les principes du C. c. Mais il se soutient au point de vue de certains principes anciens.
 65. Résumé du point de droit.
 66. Application aux héritiers de l'emprunteur.
 67. Application à d'autres combinaisons. Arrêt de la Cour royale de Colmar.
 68. Critiques dont cet arrêt a été l'objet. Il s'explique facilement cependant quand on se pénètre des faits déclarés constants.
 69. Engagements de l'emprunteur ; il est tenu de veiller à la chose en bon père de famille, de la conserver et de la rendre.
 70. Du dol de l'emprunteur.
 71. De la faute.
 72. Théorie des interprètes du droit romain sur le degré de responsabilité résultant de la faute.
 73. Suite.
 74. Résumé.
 75. Suite.
 76. Suite.
 77. D'après le Code civil, la faute très légère est bannie.
 78. La faute légère seule est recherchée et punie.
 79. Objection tirée de l'art. 1882. Renvoi.
 80. Conclusion.
 81. Si le prêt est fait pour l'intérêt du prêteur, il ne faut s'enquérir que de la faute lourde.

82. Du cas où la convention a diminué la responsabilité.
Cette diminution peut avoir lieu implicitement. Exemple.
83. C'est au commodataire à prouver que la chose a péri entre ses mains par force majeure.
84. Cette preuve n'est complète en cas de vol, incendie, qu'autant que le commodataire prouve qu'il n'y a pas eu de sa part défaut de soins.
85. Du cas où le vol serait commis par le fils mineur ou le serviteur du prêteur. Lacune dans Pothier à cet égard.
86. Corollaire du n° 84.
87. L'emprunteur doit prouver qu'il a été vigilant.
88. Distinctions proposées par Puffendorff et rejetées.
89. Suite.
90. Le commodataire ne peut détourner la chose prêtée, ou la vendre, ou en disposer.
91. Mais le détournement n'est pas puni par la loi pénale. État de la jurisprudence criminelle à cet égard. Conflits désormais résolus.
92. Des tiers à qui la chose prêtée a été vendue.
93. Non-seulement l'emprunteur qui a détourné la chose n'est pas passible des peines portées par l'art. 408 du C. p., mais il n'est pas non plus atteint par les peines du vol. Différence à cet égard entre le droit romain et le droit moderne.
94. Des dommages et intérêts dus par l'emprunteur pour défaut de soins et perte. Du cas où la chose se retrouve après avoir été perdue et après que des dommages et intérêts ont été payés.
95. De l'action *commodati* et de la prescription de cette action.
Son origine à Rome.

COMMENTAIRE.

48. La section dans laquelle nous entrons s'occupe des engagements de l'emprunteur. Mais, avant de suivre le législateur dans l'exposé du système qui organise ce point capital du prêt à usage, nous devons rechercher quand il y a engagement légal de l'emprunteur, c'est-à-dire quand la capacité de la personne et la forme de l'acte ont produit une con-

vention revêtue des caractères qui en assurent la validité. Le titre du prêt a laissé ces points à l'écart; il les a considérés comme résolus d'avance par les règles générales déduites dans le titre *Des contrats et obligations*. Mais notre devoir, à nous, est de revenir sur ces principes et de les préciser en les ramenant aux spécialités du sujet que nous traitons.

49. Le mineur n'emprunte pas valablement sans l'autorisation de son tuteur (1); il en est de même de l'insensé (2), de la femme mariée et de toutes les personnes incapables : toutes sont de mauvais emprunteurs. On leur rend service en leur prêtant, et néanmoins la loi les dégage des obligations que ce service imposerait à des personnes capables. Ce n'est pas, du reste, que le prêteur puisse se prévaloir de la non-idonéité de ces personnes pour prendre l'initiative de la nullité de la convention. Les incapables dont nous venons de parler sont seuls admis à argumenter du vice de la convention (3).

Néanmoins, et malgré cette inégalité de position, il arrive tous les jours que des prêts à usage se font à des mineurs, à des femmes mariées, etc., etc. La société est un échange de services dans lequel on suit plus souvent les mouvements du cœur que les sûretés du droit. Si ma voisine de campagne a besoin de ma voiture, pendant l'absence de son mari, pour aller faire un voyage à la ville, je la lui prête en m'en rapportant à sa bonne foi et sans trop me préoccuper de son incapacité juridique. Si un ca-

(1) Ulp., l. 1, § 2, D., *Commod.*

(2) Paul, l. 2 D., *Commod.* (ad ediet., lib. 29).

(3) Art 1125 C. c.

marade d'études de mon fils vient passer chez moi ses vacances, je lui prêterai mes chevaux, mes chiens, mes armes, pour qu'il se livre à ses plaisirs de jeune homme pendant un temps qui s'écoule trop vite! Sa qualité de mineur ne retiendra pas ma bienveillance et mon amitié.

50. Mais quels seront les résultats de la nullité du prêt? Le mineur, l'insensé seront-ils dispensés de rendre la chose prêtée?

Il est certain que si la chose existe dans les mains de l'emprunteur, il est tenu (1) d'en faire la restitution. Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui; la bonne foi naturelle est ici la source de l'action, à défaut du commodat qu'on ne peut opposer à l'incapable (2).

51. Il en est de même si l'incapable, ayant vendu la chose prêtée, en a retiré un prix qui a augmenté son patrimoine et tourné à son utilité (3); dans ce cas, comme dans le précédent, le prêteur a contre l'incapable une action qui, si elle ne dérive pas rigoureusement du contrat de commodat, découle du droit naturel (4): Ulpien l'appelle *utilem commodati actionem*.

52. Mais si la chose n'existe plus dans les mains

(1) Arg. de l'art. 1926 C. c. *Infra*, *Dépôt*, nos 55 et suiv.

(2) Paul, l. 2 D., *Commod.* Sur quoi Favre dit: « *Commodati actione teneri non possunt; tenentur tamen actione ad exhibendum, scilicet cum possident.* »

(3) Ulpien, l. 3 D., *Commod.*, et Favre sur cette loi: « Non aliter videri pupillum locupletiore factum esse, quam si, distracta fortè re commodata et pretio in utilitatem suam converso, etc., etc. »

(4) Arg. de l'art. 1926 C. c., *infra* n° 56, *Dépôt*.

de l'incapable, parce qu'il l'a laissée périr par sa faute, on décide que le prêteur qui en réclamerait la restitution serait repoussé par l'exception de nullité de la convention (1).

53. Toutefois, il ne faudrait pas étendre cette solution au cas où la personne incapable, étant *doli capax*, aurait fait périr la chose par fraude et méchamment. On sait que le mineur *doli capax* est réputé majeur quand il a commis un délit ou un quasi délit (2). Et quant à la femme mariée, comment ne serait-elle pas responsable de son méfait ?

Ainsi, si je prête à mon jeune voisin mon cheval pour une promenade et qu'il tue cet animal par malice, il sera tenu de m'indemniser. Sa minorité n'est pas ici un cas de sauvegarde ; car la loi veut protéger la faiblesse, mais non encourager la méchanceté et la fraude. Au surplus, ce cas a été prévu par la loi 9, § 2, D., *De minoribus*. Ulpien se demande si le mineur qui a commis un délit sur la chose prêtée à usage est tenu de son dol, quand même il ne se serait pas enrichi ; et il décide qu'il est tenu : « *Dolo aliquid fecit minor in re deposita vel commodata... an ei subveniatur, si nihil ad eum pervenit; et placet in delictis minoribus non subveniri* (3). » Noodt (4) et

(1) M. Duranton, t. 17, n° 507.

M. Duvergier, n° 39. *Infrà*, *Dépôt*, n° 53.

(2) Art. 1310 C. c.

(3) *Junge* M. Toullier, t. 7, n° 587 ;

M. Duranton, t. 17, n° 508 ;

M. Duvergier, n° 41.

(4) Sur le titre *Commodati*.

Voet (1) ont très bien expliqué ce point, et montré la liaison et la conciliation des textes (2).

54. Si, du reste, le mineur devenu majeur conservait la chose par devers lui, et qu'elle vint alors à périr par sa faute, il serait jugé au point de vue des commodataires majeurs et d'après les règles strictes du prêt à usage. Il ne faudrait pas argumenter contre cette décision de la loi 1, § 2, D., *Commod.*, dans laquelle Ulpien semble professer une opinion contraire. M. Delvincourt (3) a très bien remarqué qu'Ulpien, en refusant l'action *commodati* sous prétexte qu'originellement il n'y a pas eu de commodat valable (*quia ab initio non constitit*), ne dit pas qu'il n'y a pas une autre action plus efficace, tirée de l'équité naturelle. Dans notre droit, où la rigueur des formules d'action est heureusement inconnue, l'action proviendrait d'un véritable prêt, investi de toutes ses conditions et ratifié par la majorité.

55. Quand le mineur a reçu par l'émancipation le droit de faire des actes d'administration (4), il est capable d'emprunter à usage. L'article 483 du C. c., qui lui défend de faire des emprunts, sous aucun prétexte, sans une délibération du conseil de famille homologuée, n'a en vue que les emprunts dont il est question dans le chapitre II, *infrà*, *Du simple*

(1) *Ad Pandect.*, t. *Com.*, n° 3.

(2) On pourrait en effet argumenter de la loi 1, § 2, D., *Com.*, qui est d'Ulpien ; mais cette loi, prise dans son véritable sens, n'a rien de contraire. Elle refuse, contre les mineurs, l'action *commodati*, mais non pas *de dolo*. V. l. 1, § 15, D., *Depositum*, et *infrà*, *Dépôt*, n° 58.

(3) T. 3, notes, p. 404.

(4) Art. 481 et 484 C. c.

prêt. Ce sont là les emprunts qui trompent l'inexpérience des mineurs et consomment leur ruine. Le prêt à usage n'a pas ces dangers, et d'ailleurs, dans la langue du droit, on ne le confond jamais avec le simple prêt (1).

Le prêt à usage est un service passager qui est gratuitement rendu; et sans l'obligance du prêteur on serait obligé de recourir au louage, ou peut-être même à l'achat, pour se procurer la chose. Or, puisque le mineur émancipé, et par conséquent apte à se livrer à des actes d'administration, pourrait louer la chose à prix d'argent (2), à plus forte raison peut-il la recevoir gratuitement, à titre de prêt.

56. On doit en dire autant, et à plus forte raison, de la femme séparée; car, outre qu'elle reprend l'administration de sa dot, elle peut aliéner son mobilier (3).

57. Celui qui est pourvu d'un conseil judiciaire ne peut emprunter, d'après l'art 513 du C. c.; mais nous répéterons ici ce que nous disions au numéro 55 : l'emprunt défendu par l'article 513 n'est pas l'emprunt d'une chose prise simplement à usage. Le pourvu d'un conseil judiciaire pourrait prendre la chose à bail (4), c'est-à-dire en payant; et l'on voudrait qu'il ne pût la recevoir gratuitement!!!

58. Venons à la preuve du prêt à usage. Ce con-

(1) Art. 1874.

(2) Mon com. du *Louage*, t. 1, nos 145 et 147; art. 481 C. c.

(3) Art. 1449 C. c.; mon com. du *Louage*, t. 1, n° 149.

(4) Mon com. du *Louage*, t. 1, n° 148.

trat est-il assujéti à la règle de l'article 1341, qui repousse la preuve par témoins toutes les fois que la chose prêtée excède 150 francs?

Sous l'empire des ordonnances de Moulins et de 1667, dont les dispositions ont été reproduites par le Code civil, Danty soutenait que la preuve testimoniale était recevable, quelle que fût la valeur de la chose prêtée.

Voici quelles étaient ses raisons : « Il est de notoriété que le prêt à usage ne se rédige jamais par écrit; il se fait de bonne foi, entre amis, entre voisins. On n'appelle pas de notaires en cette occasion... c'est un commerce fondé sur l'humanité... Que s'il arrive que quelqu'un abuse de cette facilité qu'a eue son ami, ou son voisin, de lui prêter quelque chose, et qu'il ose dénier le commodat, il serait injuste de refuser la preuve par témoins à celui qui a prêté, sous prétexte que le prêt à usage, étant un contrat, doit être compris dans la prohibition de l'ordonnance; car 1° ce contrat ne s'accomplit pas par le seul consentement: la tradition en est encore requise, et cette tradition est un fait qui y est joint indispensablement. Or, il est certain que la tradition, regardée en elle-même et détachée de la convention, étant un fait, se peut prouver par témoins. On peut dire que celui qui a prêté peut articuler que celui auquel il a prêté est en possession d'une chose qui lui appartient, et qu'il la retient sans cause, et, ainsi, il peut être admis à la preuve par témoins de cette possession. »

A l'appui de cette argumentation, Danty cite deux arrêts du parlement de Paris des 11 avril 1574 et mars 1624, ce dernier rendu sous la présidence de

M. Séguier, et dans une espèce où une femme demandait à prouver par témoins que sa voisine détenait un collier de perles de la valeur de 500 écus, qu'elle lui avait prêté sur sa bonne foi et sans en tirer de reconnaissance, comme il est d'usage. Bien que la défenderesse se retranchât dans les prohibitions de l'ordonnance et alléguât que l'admission de la preuve serait un moyen de ruiner les familles, rien n'étant plus facile que de supposer des prêts de grande valeur, l'arrêt autorisa la preuve testimoniale (1).

Pothier, sans discuter la question et sans citer les arrêts, croit, au contraire, qu'il faut s'en tenir aux principes généraux sur la preuve des obligations (2), et c'est l'opinion que Boiceau avait émise avant lui (3). Elle a été suivie, sous le Code civil, par MM. Toullier (4), Duranton (5) et Duvergier (6). Mais on trouve dans un arrêt de la Cour de Colmar, du 18 avril 1806, un écho de la doctrine de Danty et des arrêts du parlement (7).

Tout cela n'est pas sans difficulté. Quelques explications sont nécessaires pour éclaircir ce point de droit.

(1) Danty sur Boiceau, 2^e partie, *addit.* sur le ch. 7, n^o 5, p. 527.

Junge Despeisses, *Du commodat*, § 3, n^o 7.

2) N^o 8.

(3) *De la preuve*, ch. 3, n^o 4.

(4) T. 9, n^o 30.

(5) T. 17, n^o 498.

(6) N^o 51 ; ce dernier a traité la question avec soin.

(7) Dalloz, *Prêt*, p. 342,

Et Devilleneuve, t. 2, part. 2, p. 134.

59. Et d'abord, pourquoi la section du prêt à usage ne contient-elle pas une disposition pareille à l'art. 1923 qui gouverne le dépôt? Pourquoi ce silence d'une part, et cette expression prohibitive de l'autre?

A mon avis, en voici la raison. Dans le titre du dépôt, le législateur avait devant les yeux un contrat qui ne s'exerce que sur les meubles; et dès lors il pouvait et, devait tenir un langage absolu. Nous insisterons tout à l'heure avec détail sur cette idée.

Mais le commodat embrasse les meubles et les immeubles, et, par-là, plus de réserve était imposée au législateur; car les principes relatifs à la revendication des immeubles et à la preuve du droit de propriété immobilière apportent des modifications forcées au système édicté par l'art. 1923 du C. c.

Le législateur a donc été sage et prévoyant en évitant ici les formules trop absolues. Il a justement senti qu'il y avait des cas de commodat où la preuve testimoniale ne pouvait être rigoureusement prohibée sans porter atteinte à des garanties tutélaires et à des droits inviolables.

60. Mais voyons de plus près cette distinction que nous établissons entre les immeubles et les meubles. Essayons de la faire tomber sous l'œil d'une saine logique.

Supposons d'abord un commodat d'immeuble. Je prête ma maison de campagne à mon ami pour y remettre sa santé. Qu'ai-je besoin d'un acte écrit pour établir notre position respective (1)? Si, par

(1) *Infrà*, nos 67 et 68, je reviens là-dessus à propos d'un arrêt de Colmar qu'il faut consulter.

une insigne mauvaise foi, cette personne osait se constituer propriétaire de la chose, n'aurais-je pas une action en revendication à mon service? Ne pourrais-je pas établir mon droit, tant par titres que par témoins? Et quand j'aurai justifié de ma propriété, l'ingrat qui aurait retourné le bienfait contre moi, et qui se verrait menacé des dommages et intérêts encourus par l'usurpateur, ne serait-il pas heureux de pouvoir mitiger l'étendue des indemnités à me payer, en excipant d'un prêt qui, au moins pendant un certain temps, a légitimé sa possession? Jusque-là donc pas de difficulté possible (1). Le droit commun sur la preuve des obligations n'est pas applicable. Tout aboutit à la preuve d'un droit de propriété, à des faits de possession *sine animo domini* et à titre précaire. Or (rien n'est plus vulgaire en droit), la possession et ses caractères, la propriété et ses titres à la revendication, s'établissent aussi bien par la preuve testimoniale que par la preuve littérale.

61. Mais, en ce qui concerne le commodat de meubles, autres sont les situations et les principes.

Il est en effet en cette matière une grande règle, que la propriété immobilière ne connaît pas, et qui fait la sûreté de la propriété mobilière; c'est la règle posée par l'art. 2279 du C. c.: « *En fait de meubles la possession vaut titre.* » J'ai essayé d'en montrer le vrai sens dans mon commentaire de la *Prescription* (2). J'ai prouvé qu'elle érige une présomption *juris et de jure* au profit de la personne à laquelle le

(1) V. l'arrêt de Colmar rapporté n° 67, *infra*.

(2) T. 2, nos 1043 et suiv.

demandeur ne prouve pas qu'elle est personnellement engagée envers lui par les liens d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, ou d'un quasi-délit; que ce n'est qu'à la condition de cette preuve que l'art. 2279 cesse d'être applicable; mais que si elle manque, la loi donne à la possession du meuble une supériorité invincible sur le droit du véritable propriétaire: *Mobilia non habent sequelam*.

Or, qu'arrive-t-il dans l'espèce d'un prêt à usage non prouvé par écrit? Le prêteur exerçant son action en revendication se trouvera sur-le-champ entravé par le principe tutélaire qui donne à la possession du meuble les prérogatives de la propriété. La possession est le titre du défendeur. Pour le lui enlever, il faut que le demandeur lui prouve qu'il n'est pas, par rapport à lui, ce tiers que la loi protège; qu'il s'est engagé envers lui par les liens d'un prêt. Et précisément, la loi défend la preuve testimoniale de cette convention, par l'art. 1341 du C. c., qui est général et aussi absolu que possible. Ainsi donc, faute de ce titre écrit qui seul ici pourrait placer le demandeur dans l'exception de l'art. 2279 du C. c., le défendeur ne peut être envisagé que comme un tiers, dont on ne saurait troubler le droit par des investigations inquisitoriales. Il possède: donc il est propriétaire!!

62. C'est là qu'est la grande différence entre la revendication d'un immeuble et la revendication d'un meuble.

Dans le premier cas, le droit de propriété peut poursuivre les tiers les plus reculés, toujours sûr de ne rencontrer dans leur possession qu'un simple indice qui cédera à la preuve contraire. Et comme

la propriété se manifeste par des faits qui sont du domaine de la preuve testimoniale, c'est une vérité certaine, palpable et respectée, que ce droit s'établit, même à l'égard des tiers, tant par titres que par témoins. Mais, en fait de meubles, il en est autrement; les tiers sont à l'abri de toute poursuite. Contre eux, point d'action réelle. On ne peut revendiquer un meuble que contre la personne qui est personnellement engagée envers le demandeur. Si cet engagement personnel est de ceux qui s'établissent par la preuve testimoniale, comme le quasi-contrat, le délit, le quasi-délit (1), tant mieux pour le demandeur. Mais si cet engagement prend sa base dans un contrat dont la loi défend la preuve testimoniale, c'est comme s'il n'existait pas, et le défendeur n'est aux yeux de la loi qu'un tiers, justiciable de Dieu et de sa conscience, mais légalement protégé par des raisons d'ordre public.

63. Par exemple, dans le procès jugé au parlement de Paris, supposons que la demanderesse eût établi, en fait, qu'elle avait acheté le collier de perles chez tel joailler; qu'elle l'avait payé 500 écus; qu'on lui avait toujours vu porter cet ornement dans les réunions publiques et les jours de fête; qu'elle l'avait montré à des amies comme une parure à laquelle elle attachait un prix d'affection ou de valeur; qu'elle l'avait fait réparer, nettoyer, ou remettre à neuf, etc., etc. Tout cela aurait eu de la gravité sans doute pour faire planer sur la défenderesse des soupçons de mauvaise foi. Mais ce n'eût pas été suffisant: il aurait fallu prouver en outre

(1) Art. 1348, n° 1, C. c.

que celle-ci n'était pas un tiers; et la demanderesse ne pouvait le prouver que par la représentation de l'engagement écrit qui plaçait la défenderesse dans la classe des obligés personnels.

Vainement la demanderesse aurait-elle parlé de dol, de mauvaise foi, de surprise, de tous ces méfaits, en un mot, sur lesquels la preuve testimoniale a une prise habituelle. Pour prouver le dol, il aurait fallu prouver le prêt; et la loi ne le permet pas.

Vainement encore aurait-elle mis en jeu le droit de propriété méconnu et scandaleusement violé. Les meubles sont d'une circulation facile et rapide. La propriété, qu'on en a un jour, passe le lendemain dans les mains d'autrui sans laisser de traces. Ne faut-il pas aussi protéger la propriété des tiers, qui à chaque instant pourraient être troublés dans leur fortune et leur sécurité par des actions dolosives, trop aisément appuyées d'une preuve testimoniale achetée? Que le demandeur prouve que le défendeur n'est pas un tiers, et alors justice lui sera faite. Mais, s'il échoue dans cette preuve, de quoi peut-il se plaindre, si ce n'est de sa trop grande confiance et de son imprudence!!

64. Telles sont les raisons qui certainement auraient triomphé devant le parlement de Paris, si on y eût tenu, comme le fait notre droit moderne, au principe qu'en fait de meubles la possession vaut titre. Mais ce principe, contrarié par les coutumes et par le droit romain, ne s'était pas encore dégagé (1); et le parlement de Paris, sans qu'on puisse

(1) Voyez mon com. de la *Prescription*, t. 2, *loc. cit.*, sur l'art. 2279, et mon comment. du *Louage*, t. 3, nos 1145 et suiv.