

« esclaves volé ces objets et prend la fuite. J'aurai  
» contre eux l'action *commodati* (1). »

Mais (remarquons-le) Africain ne s'en tient pas là, et je m'étonne que l'exact Pothier ne l'ait pas suivi jusqu'au bout. Africain (2) ne manque pas de faire remarquer que les emprunteurs auront contre moi l'action noxale par laquelle ils pourront demander ou l'estimation du dommage, ou le délaissement de l'esclave.

Ainsi, dans le droit romain, les deux actions marchaient l'une contre l'autre sans se détruire. Et pourquoi? Parce que l'action du commodant pour se faire indemniser pouvait contenir plus que l'action noxale, dont l'un des caractères était de se dénouer, à la volonté du défendeur, par l'abandon de l'esclave. Or il est évident que si la chose prêtée avait plus de valeur que l'esclave, la première action n'était pas absorbée par l'action contraire (3).

Dans notre droit français, qui ne connaît qu'une action en responsabilité du dommage causé par le serviteur, l'enfant, etc., etc., on ne pourrait pas faire le même raisonnement, et je ne vois guère comment l'on soutiendrait que l'action du prêteur ne serait pas arrêtée par l'exception de responsabilité dont l'emprunteur est armé.

86. Dans toutes ces hypothèses, du reste, nous avons supposé, comme les lois romaines, que le vol avait eu lieu par suite du défaut de vigilance de

(1) L. 21, § 1, D., *Com.* Voyez le commentaire de cette loi par Cujas, *Tractat. 8 ad Africanum.*

(2) Même loi.

(3) Favre, *Ration. ad Pand.* sur la loi 21, § 1, D., *Commod.*

l'emprunteur; c'est, en effet, le cas le plus ordinaire.

Mais si le vol vient le dépouiller par l'effet d'une force à laquelle il n'a pu résister par sa diligence et ses soins, il est exempt de reproches; le vol, alors, n'est pas imputable au commodataire (1).

Ces distinctions s'appliquent aussi à l'incendie.

87. Mais à qui appartient-il de prouver le défaut de soins? à l'emprunteur, ou au prêteur? Suffit-il que l'emprunteur prouve le vol et l'incendie, et est-ce ensuite au prêteur à détruire l'influence de cette preuve en établissant que la faute a amené ces événements?

En aucune manière. Je le répète: comme le vol a souvent lieu par l'effet de l'incurie (2) (j'en dis autant de l'incendie), il ne prend le caractère de la force majeure qu'autant que l'emprunteur prouve que ses précautions ont été sages et prudentes, et que malgré tous ses soins elles ont été déçues (3). Sans cette preuve, il n'y a pas démonstration de l'existence de la force majeure: il ne reste qu'un fait qui, loin d'exclure la faute, la fait presque toujours supposer.

Ainsi pour se faire exonérer, l'emprunteur devra prouver que la chose lui a été volée, soit à force ouverte, soit avec de fausses clés, soit avec effraction:

(1) Julien, l. 20, *Commod.*

(2) Favre sur la loi 21, § 1, D., *Com.*

Pothier, n° 53.

(3) Mon com. de la *Vente*, n° 402;

Du *Louage*, nos 221, 222, 223, 342, 364, 366, 910, 916, 959, 987, 1088, 1092;

De la *Société*, n° 584.

je donne ceci comme exemple (1); je ne veux pas dire que la force majeure n'ait lieu que dans ces seuls cas.

88. Nous disions tout à l'heure, et nous avons supposé dans l'argumentation qu'on vient de lire, que la force majeure, prouvée catégoriquement, décharge l'emprunteur. Telle est l'incontestable doctrine des jurisconsultes (2); telle est la pensée formelle du Code civil (3). Toutefois Puffendorff propose une distinction qu'il convient d'examiner; car il prétend l'appuyer sur des idées empruntées au droit naturel, à ce droit fondamental qui mérite tous nos respects.

S'il y a lieu de croire, dit-il, que la chose aurait également péri entre les mains du propriétaire qui ne l'aurait pas prêtée, l'emprunteur ne doit pas être tenu de la force majeure; dans le cas contraire, il est incontestablement obligé à la restitution. Le service coûterait trop cher si, outre la privation que s'impose le prêteur en donnant l'usage de sa chose, il fallait encore qu'il supportât une perte totale qui ne serait pas arrivée entre ses mains. Que l'emprunteur souffre donc la perte, puisqu'il a été l'occasion du malheur arrivé!

Cette opinion est défendue par Barbeyrac contre Titius et Wolff.

Mais, comme Pothier l'a démontré après ces deux derniers jurisconsultes, elle n'est pas soutenable, et l'on fait parler ici une fausse équité.

(1) Pothier, n° 53.

(2) Caius, l. 1, § 4, D., *De oblig. et act.*

Ulpian, cité *suprà*, n° 83, et autres textes inutiles à rappeler.

(3) Art. 1881, 1882, 1883, 1890.

Le prêt ne faisant pas changer de place la propriété de la chose prêtée, le prêteur a certainement entendu assumer la responsabilité des faits de force majeure qui pendant la durée du prêt peuvent atteindre cette chose. S'il avait voulu reporter sur l'emprunteur une responsabilité que le droit met à la charge du propriétaire, il l'aurait dit: son silence s'interprète donc d'après la règle: *Res perit domino*.

Et puis, quelle personne voudrait emprunter, si l'emprunt soumettait à une condition si onéreuse? Le prêt dégènererait en une spéculation du prêteur, qui par-là trouverait un moyen de se défaire avec profit d'une chose qui peut-être l'embarrasse ou qu'il n'affectionne pas; il cesserait d'être un service rendu.

89. Il faut donc rejeter l'opinion erronée de Puffendorff et de Barbeyrac, et s'en tenir à la raison écrite, qui est encore ici la raison naturelle et l'équité.

Du reste, nous verrons dans l'art. 1881 et 1882 dans quels cas d'exception la force majeure retombe sur l'emprunteur.

90. Puisque l'emprunteur doit veiller en bon père de famille à la garde et à la conservation de la chose prêtée, il suit qu'il doit à plus forte raison s'interdire tout acte qui aurait pour résultat d'enlever au prêteur la propriété de sa chose. Ainsi, par exemple, il ne pourrait la détourner et la vendre sans se rendre coupable d'un abus de confiance odieux (1). Car, comme je l'ai dit *suprà* (2), le prêt ne transfère à l'emprunteur aucun démembrement

(1) Paul, l. 34, § 1, D., *De oblig. et act.*

(2) N° 16.

de la propriété. S'il a droit de s'en servir, il n'a pas le droit d'en disposer.

91. Mais quand je me sers de ces expressions, *abus de confiance*, je ne les prends pas dans le sens rigoureux qu'y attache le droit pénal. En effet, le détournement de la chose prêtée, quelque répréhensible qu'il soit, n'est pas compris dans les dispositions répressives de l'art. 408 du C. p.

Ce point cependant a été l'objet de controverses sérieuses, et l'on n'est pas arrivé tout d'un coup à l'unanimité d'opinions à cet égard. Ainsi, la Cour de cassation, par arrêt du 22 juin 1839, a décidé que le détournement de la chose prêtée constituait le délit prévu par l'art. 408 (1). Pour arriver à cette solution, il a fallu faire un effort d'interprétation contraire à la grande maxime de droit d'après laquelle les lois pénales ne sauraient être étendues sous prétexte d'analogie. Comme l'art. 408 du C. p. ne sévit que contre le détournement frauduleux de l'objet confié à titre de *louage*, *dépôt*, *mandat*, l'arrêt de la chambre criminelle s'est vu réduit à la nécessité de mettre le prêt à usage dans la classe de cette sorte de dépôt dont parle l'art. 1928, et qui est fait uniquement pour l'intérêt du dépositaire (2)!!!

Cet arrêt excita à bon droit une vive résistance (3). La Cour ayant persisté dans sa jurisprudence par

(1) Devill., 39, 1, 629.

Dalloz, 39, 1, 352.

(2) *Infra*, titre du *Dépôt*, sur l'art. 1923.

(3) Voyez ce qu'en disent MM. Faustin Hélie et Adolphe Chauveau (*Théorie du Code pénal*, t. 5, p. 429).

un autre arrêt du 24 juillet 1840 (1) portant cassation d'un jugement du tribunal de Guingamp, le tribunal de renvoi refusa de se soumettre à sa doctrine, et la cause fut portée à l'audience solennelle des chambres réunies. M. Dupin, procureur général, s'appliqua à démontrer que le jugement attaqué contenait une violation de l'art. 408. Mais la majorité de la Cour, dont je faisais partie, repoussa un système d'interprétation extensive, dont les dangers ont été signalés par tous les criminalistes, et qui répugnait ici aux termes et à l'esprit de la loi. — L'arrêt du 17 mars 1841, rendu après un délibéré prolongé et approfondi, fixe désormais la jurisprudence (2).

Comment, en effet, pourrait-on trouver une place pour le prêt à usage dans l'art. 408 qui ne parle que du *dépôt*, du *mandat*, du *louage* ou de la *remise pour un travail salarié ou non salarié*? Quand un texte est si énergiquement limitatif (surtout en matière pénale), peut-on admettre des interprétations qui troublent l'ordre des contrats, leur enlèvent leurs caractères propres, et confondent des rapports que le droit civil prend tant de soin à séparer? Et d'ailleurs comment ne voit-on pas que le législateur a eu de très bonnes raisons pour exclure le prêt des peines de l'art. 408? La société ne peut se passer de contrats de dépôt, de mandat, de louage extrêmement fréquents. Quel moyen, en effet, de gérer ses affaires les plus importantes comme les plus usuelles, si l'on n'avait pas recours à des dépositaires, à des mandataires? Com-

(1) Dall., 40, 1, 430.

Devill., 40, 1, 724.

(2) Devill., 42, 1, 941.

ment utiliserait-on une foule de meubles qui ont besoin de réparation, ou qui sont des matières premières de fabrication, etc., etc., sans le secours du louage d'industrie? Dans ce mouvement continu et indispensable auquel les contrats dont il vient d'être question servent de pivot, il fallait donc protéger par des garanties pénales efficaces ceux qui sont forcés de se livrer à des dépositaires, à des mandataires, à des ouvriers. Mais en est-il de même du prêt à usage? Y a-t-il une égale nécessité de prêter? Le prêt n'est-il pas un effet de l'affection, et non pas de la nécessité (1)? Et, dès lors, le prêteur qui n'a fait que suivre l'impulsion toute libre et spontanée de son cœur, a-t-il droit aux mêmes garanties que le déposant, le mandant, le locateur qui obéissent à une irrésistible nécessité? Ne fallait-il pas craindre d'excéder les limites d'une sévérité raisonnable en traitant avec tant de rigueur un rapport auquel la bienveillance seule a donné lieu, et qu'elle ne doit pas abandonner alors même que l'une des parties ne s'en rend plus digne?

92. Quant aux tiers entre les mains desquels la chose est passée (2), c'est l'art. 2279 qui fait loi; et l'on n'assimilera pas la chose ainsi détournée à la chose volée dont la revendication est autorisée pendant trois ans. J'ai dit dans mon commentaire de la *Prescription* pourquoi cette comparaison serait fautive (3).

93. Si l'emprunteur n'est pas passible des peines

(1) Paul, l. 17, § 3, D., *Com.*: « *Voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare.* »

(2) Hilliger sur Doneau, XIV, 11, note (5).

(3) T. 2, n° 1070.

portées par l'article 408 du Code pénal, à plus forte raison ne peut-il être poursuivi comme voleur proprement dit.

Il en était autrement dans le droit romain (1), qui allait jusqu'à voir un vol dans le mauvais usage que l'emprunteur faisait de la chose prêtée (2). Mais son système de rigueur a été abrogé par le droit pénal moderne (3).

94. Notre article se termine en accordant au prêteur des dommages et intérêts pour le cas où la faute de l'emprunteur lui a porté préjudice.

A ce propos, on peut se demander ce qui arriverait si le prêteur, après avoir été indemnisé de la perte de la chose prêtée, venait à la recouvrer. Paul répond qu'il devrait restituer à l'emprunteur, ou la chose, ou le prix (4).

*Quid*, si c'est l'emprunteur qui la retrouve ensuite peut-il obliger le prêteur à la reprendre et à lui rendre son argent? Non! il n'est pas recevable à changer un état de choses consommé par sa faute. Le prêteur a pu d'ailleurs s'être pourvu d'un autre objet destiné à remplacer celui qui s'était perdu (5).

95. Les articles qui suivent l'article 1880 ne sont que des corollaires des deux grandes obligations im-

(1) Paul, l. 40 D., *De furtis*.

Ulpien, l. 5, § 8, D., *Commod.*

Justinien, *Inst.*, *De obligat. quæ ex delicto*, § 6.

(2) *Infrà*, n° 100.

(3) M. Merlin, *Répert.*, v° *Vol.*, sect. 1, p. 704.

(4) L. 17, § 5, D., *Com.*

Cujas, lib. 29, *Pauli ad edict.*

Pothier, n° 85.

(5) Pothier, n° 68.

posées à l'emprunteur, à savoir, de garder et conserver la chose en bon père de famille, et de la rendre au prêteur en bon état et avec ses accessoires (1). L'interprétation de ces articles paraîtra plus simple en se pénétrant des principes dont nous venons de donner ici l'exposition. Nous allons passer au commentaire de ces dispositions importantes, qui complètent la théorie des engagements de l'emprunteur. Mais, auparavant, nous ferons remarquer que, pour donner une sanction à ces mêmes engagements, la loi accorde au prêteur une action que les Romains appelaient *commodati*, et qui correspond à chacun des droits comme à chacun des devoirs du prêteur et de l'emprunteur.

Cette action, en tant qu'elle a pour objet la restitution de la chose prêtée, est imprescriptible, en ce sens que l'emprunteur qui possède la chose ne peut se prévaloir du délai de trente ans pour se dispenser de la rendre (2) ; car il ne la détient qu'à un titre précaire qui milite perpétuellement contre lui (3).

Mais si la chose prêtée n'est plus dans les mains de l'emprunteur ou de ses héritiers, l'action du prêteur est sujette à la prescription ordinaire de trente ans, qui fait supposer que la restitution a eu lieu.

Il en est de même dans le cas où l'action a pour objet la réparation d'une faute par des dommages et intérêts (4).

(1) L. 38, § 10, D., *De usuris*. *Infrà*, n° 105.

(2) Pothier, n° 47.

(3) Mon com. des art. 2236 et 2237 C. c. au titre de la *Prescription*.

(4) Dunod., part. 1, ch. 12, p. 101.

Historiquement, on peut se demander si à Rome cette action était du droit civil ou bien du droit prétorien.

Les interprètes n'avaient pas manqué d'agiter cette question, qui, à leur point de vue, n'était pas sans gravité.

Accurse enseignait qu'elle était de droit civil, d'après la loi 17, § 3, D., *Commod.* (1), et malgré le texte de la loi 1 D. du même titre (2).

Le président Favre, au contraire, soutenait qu'elle procédait du droit honoraire (3). Il insistait avec force sur ces solennelles paroles de l'édit du prêteur : *Quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo* (4) ; et, partant de là, il soutenait qu'avant l'édit du prêteur, il pouvait bien y avoir l'action *in factum* (5), mais non pas l'action *commodati*.

Je crois que cet illustre magistrat est tombé ici dans une erreur grave d'interprétation. En thèse générale, l'action *præscriptis verbis* et l'action *in factum* ne découlaient que des contrats innomés. C'est ce qu'enseignent avec raison Bartole et Cujas, que Favre cherche vainement à réfuter ; et il eût été singulier que le commodat, contrat portant un nom spécifique, n'engendrât pas une action nommée, une action civile. La vérité est, à mon avis, que l'action *commodati* prenait son origine dans les entailles du droit civil ; mais que le prêteur l'ayant

(1) Pala.

(2) Ulpien.

(3) Sur la loi 1 D., *Com.*

(4) Ulpien, loi précitée.

(5) L. 17 D., *Præscript. verbis*.

L. 7 D., *De pactis*.

trouvée trop étroite, trop asservie à la rigueur des mots, la prit sous sa protection pour l'élargir et la rendre plus accessible à l'équité. C'est ce qui a fait dire à la plupart des interprètes, que Favre combat à tort : « *Actionem commodati approbatione tantum esse prætoriam, sed origine civilem.* »

## ARTICLE 1881.

Si l'emprunteur emploie la chose à un autre usage, ou pour un temps plus long qu'il ne le devait, il sera tenu de la perte arrivée même par cas fortuit.

## SOMMAIRE.

96. L'art. 1881 est un corollaire de l'art. 1880.
97. L'emprunteur ne doit pas employer la chose à un autre usage.
98. A moins qu'il ne résulte des circonstances que le prêteur aurait autorisé cet autre usage.
99. L'usage frauduleux de la chose prêtée était considéré comme un vol chez les Romains. — Exemples célèbres.
100. Mais ce droit a été abrogé chez les nations modernes. L'emprunteur n'est passible que de dommages et intérêts. — Il est aussi responsable de la force majeure qui a fait périr la chose pendant cet emploi excessif.
101. Exception à ceci dans le cas de l'art. 1302 C. c.
102. L'emprunteur ne doit pas garder la chose plus longtemps que l'époque convenue. — S'il le fait, il est passible de dommages et intérêts.
103. A moins que le prêteur ne soit censé avoir autorisé un délai plus long.
104. Suite.
105. Mais quand la prorogation implicite n'existe pas, l'art. 1881 opère de plein droit. Exception à l'art. 1139.
106. A qui doit se faire la restitution? *Quid* quand le prêteur n'était pas propriétaire de la chose prêtée?

Du cas où le propriétaire fait redemander la chose, et de la remise faite à son commissionnaire.

107. Du cas où le prêteur est un mineur.
108. Du lieu où doit se faire la restitution.
109. Suite.
110. De la personne chargée par l'emprunteur de la restitution. L'emprunteur en répond.
111. Suite. Examen d'un cas délicat posé par les civilistes et les canonistes.
112. Le messenger n'est pas responsable de la force majeure.

## COMMENTAIRE.

96. Cet article roule sur deux des devoirs de l'emprunteur. Il lui défend : 1° d'employer la chose à un autre usage; 2° de la garder un temps plus long qu'il ne doit. S'il contrevient à cette défense, il est responsable de la force majeure qui fait périr la chose, sans préjudice d'une action en dommages et intérêts s'il y a lieu. Telle est la pensée de notre article : hâtons-nous de la développer.

97. Et d'abord l'emprunteur ne doit pas employer la chose à un autre usage que celui auquel la chose est destinée par sa nature ou par la convention; autrement, il irait contre la volonté du prêteur et contre la loi du contrat, qui sont censés avoir prohibé tout ce qui détournerait cette chose de sa destination. Il commettrait une faute grave (1).

Ainsi, j'ai un cheval de selle que vous m'empruntez pour faire une promenade, et vous vous permettez de l'atteler à votre voiture ou de le faire labourer: il y a là un manquement à la foi promise (2). Ou bien, je vous ai prêté mon cheval pour

(1) Noodt, *Commod.*

(2) Ulp., l. 5, § 8, D., *Com.*

aller à Saint-Cloud et vous le conduisez jusqu'à Versailles : vous transgressez la convention et vous constituez en état de faute (1).

98. Quand cependant il résulte des circonstances que le prêteur aurait autorisé cet autre usage s'il en eût été informé, la faute cesse et il faut déposer toute rigueur. Ainsi le décide Pomponius (2) avec un sentiment d'équité et une finesse de raison remarquables : « *Commodati an teneatur? in culpa aestimatio erit, id est, an non debuerit existimare id minus permissurum* (3). »

En reproduisant cette décision dans son ouvrage, Pothier n'a pas indiqué la source où il l'a puisée (4) ; c'est probablement parce qu'il l'a présentée ainsi dépouillée d'autorités qu'on en a contesté le mérite (5). On a dit que, sous le Code civil, on se trouve en présence de l'article 1881, qui est général et ne rappelle pas la limitation de Pothier. Comme si le Code civil avait voulu et pu entrer dans le détail de tous les faits particuliers qui peuvent rendre un principe inapplicable à telle ou telle espèce!!

(1) Valère Maxime, liv. 8, c. 2, § 4.

Aulu-Gelle, liv. 7, c. 15.

(2) Pomponius, l. 76 D., *De furtis*. Dans les deux textes qui suivent il ne s'agit plus de l'action *commodati*, il s'agit de l'action de *vol*, ce qui est fort différent.

Caius, 3, *com.* 197.

Justin., *Inst.*, t. *De oblig. quæ ex delict.*, § 7. Ces décisions remontent au principe de la loi 46, § 7, D., *De furtis*, qui est d'Ulpian.

(3) Favre sur la loi 5, § 8, D., *Com.*

(4) N° 21.

(5) M. Duranton, t. 17, n° 518.

comme si ce même Code, siège de l'équité, avait voulu se montrer plus ami du droit strict que le droit romain!! Comme si enfin, quand l'article 1881 parle d'un autre usage que l'usage *convenu*, il n'autorisait pas à tenir compte d'une appréciation d'intention nécessaire pour connaître la portée de la convention.

99. Dans le droit romain, on regardait d'un œil sévère celui qui excédait l'usage assigné à la chose prêtée. Valère Maxime raconte qu'un particulier ayant emprunté un cheval pour aller à Aricie, et s'en étant servi pour passer la colline située au delà de cette ville, fut condamné comme voleur : *furti damnatus est* (1). Et voici, à ce sujet, ce que nous apprend Aulu-Gelle, dans un passage curieux (2) : « Labéon, dans le deuxième livre de son traité sur la loi des douze Tables, nous fait connaître plusieurs décisions extrêmement sévères des anciens Romains sur le vol. Au rapport de cet auteur, Brutus avait coutume de dire qu'on encourait les peines du vol (*furti damnatum esse*) lorsqu'on avait fait faire à un cheval une autre route que celle dont on était convenu en le recevant, ou lorsqu'on l'avait fait marcher au delà du terme fixé d'avance : *Item qui longius produxerat, quam quem in locum petierat*. C'est pourquoi Scævola, dans le seizième livre de son ouvrage sur le droit civil (*De jure civili*), décide : Il y a peine de vol pour l'homme qui use d'un dépôt qu'on lui a donné en garde, ou qui emploie une chose à un usage différent de celui pour lequel il l'a reçue. »

(1) Lib. 8, 2, n° 4.

(2) Lib. 7, c. 15.