

En effet, les textes du droit romain qualifient de vol l'usage frauduleux de la chose prêtée (1). Le vol ne tombait pas, à la vérité, sur la chose même, mais il tombait sur l'usage qu'on en faisait : « *Contractatio fraudulosavelrei, vel etiam usûs ejus, vel possessionis* (2). »

100. Pothier a essayé de transporter ces idées dans notre droit français (3). Je ne reconnais pas ici son discernement ordinaire. Toute cette théorie du droit romain a été abrogée par le droit des nations modernes (4). Nous nous contentons de déclarer l'emprunteur en faute ; ce qui conduit à deux conséquences :

La première, que l'emprunteur qui a transgressé la loi du contrat est passible, s'il y a lieu, de dommages et intérêts ;

La seconde, qu'il est responsable de la perte arrivée par force majeure pendant l'exercice de cet usage illégitime (5) : c'est ce que décide notre article, d'accord avec l'art. 1302 du Code civil.

101. Toutefois, si la force majeure eût aussi bien frappé la chose alors qu'elle n'aurait pas été détournée de son usage légitime, la perte ne devrait

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

Ulpien, l. 5, § 8, D., *Com*.

Caius, III, *com*. 197.

Justinien, *Inst.*, *De oblig. quæ ex delicto*, § 7.

(2) L. 1, § *fin.*, D., *De furtis*.

(3) *Prêt*, n° 22.

(4) Vinnius, *Inst.*, lib. 4, t. 1, § 6.

Voet *ad Pand.*, t. *De furtis*, n° 15.

Groeneweghen, *De legibus abrogatis*.

Voyez encore d'autres auteurs cités par M. Merlin, *Répert.*, v° *Vol*, p. 704, s. 1.

(5) Pothier, n° 58.

pas être imputée à l'emprunteur (1). Il est vrai que l'art. 1881 ne s'en explique pas. Mais l'art. 1302, qui organise avec détail les principes relatifs à la perte de la chose, le décide expressément, et il est la règle générale à laquelle il faut en revenir. Ainsi, je vous prête un cheval pour aller à Villejuif, et vous allez à Saint-Denis ; en chemin, le cheval est atteint d'une tranchée rouge, dont il meurt : vous ne devez pas en payer la valeur, et la perte retombe sur moi (2).

102. Non-seulement l'emprunteur ne doit se servir de la chose que pour l'usage convenu, il ne doit pas non plus la garder plus longtemps que l'époque fixée ou sous-entendue par le contrat. S'il la retient au delà de ce terme, on lui appliquera tout ce que nous venons de dire et de la peine encourue pour un usage détourné, et des circonstances d'excuse qui la rendent inapplicable (3).

103. C'est pourquoi, s'il était constant que le prêteur n'aurait fait aucune difficulté d'autoriser un usage plus long, on aura la même indulgence que dans le cas exposé au n° 98.

104. A cela revient cette opinion exprimée par Pothier sur le cas suivant : « Quoique régulièrement l'emprunteur ne puisse retenir la chose au delà du temps pour lequel elle lui a été prêtée, néanmoins, s'il en avait besoin encore quelques jours

(1) Arg. de ce que dit Pothier, n° 60.

(2) M. Delvincourt, t. 3, notes, p. 406.

M. Duranton, t. 17, n° 52.

M. Duvergier, n° 64, a relevé, avec raison quelques propositions inexactes de M. Duranton.

(3) Nos 97, 98, 99, 100 et 101.

» pour l'usage convenu et que le prêteur ne souffrît  
 » aucun préjudice du retard, le prêteur devrait lui  
 » laisser la chose encore pendant ce temps (1). »

On doit supposer en effet que l'amitié qui a déterminé le prêteur à faire le prêt doit le déterminer à le prolonger dans un cas de nécessité donnée.

105. A part ces circonstances, la restitution doit se faire avec tous les accessoires de la chose (2), soit au terme convenu (3), soit, à défaut de convention, après que la chose a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée (4). L'expiration du terme met l'emprunteur en demeure de plein droit. L'art. 1139 du Code civil reçoit ici une notable exception.

106. La restitution doit se faire au prêteur, ou à son représentant légitime (5).

Je dis au prêteur. D'où il suit que l'emprunteur n'élèvera pas de difficultés sous prétexte que celui qui lui a prêté la chose n'en était pas propriétaire (6). Il devra la rendre à ce dernier, qui, étant tenu lui-même à la restitution envers le véritable propriétaire, doit être mis à même de remplir son obligation.

Toutefois, si l'emprunteur a découvert que la chose a été volée, il doit donner avis du prêt au véritable propriétaire et le sommer de réclamer la chose dans un délai donné. — S'il néglige de don-

(1) N° 28.

(2) L. 38, § 10, D., *De usuris*.  
 Pothier, n° 73.

(3) Ulpien, l. 5 D., *Com*.

(4) Texte de l'art. 1882 et de l'art. 1888.

(5) Pothier, nos 29 et suiv.

(6) *Suprà*, n° 38.

ner cet avertissement, il sera responsable de la restitution qu'il aura faite à l'auteur du vol. — Mais si le propriétaire dûment averti ne réclame pas dans le délai indiqué, la restitution faite à l'auteur du vol ne sera pas susceptible de critique (1).

J'ai dit que la restitution doit se faire au prêteur ou à son représentant légitime. Ainsi l'emprunteur ne confondra pas celui qui est envoyé par le prêteur pour donner avis de rendre la chose, avec celui qui a pouvoir de la recevoir (2). La restitution imprudemment faite au premier laisserait la chose aux risques de l'emprunteur. Celui-ci ne doit rendre la chose qu'à celui qui a un mandat pour la recevoir. On considère facilement comme mandataire la personne qui se présente au nom du prêteur et qui a l'habitude de faire pour lui de semblables commissions (3).

Si, depuis le prêt, le prêteur a été interdit, c'est à son tuteur que la restitution doit être faite.

107. Si la chose prêtée appartient à un mineur, on use d'une distinction : ou la chose est de celles que les personnes ayant autorité sur lui ont laissées à son usage, ou elle ne l'est pas. Dans le premier cas, la restitution de la chose qu'il a prêtée peut être faite entre ses mains, sans qu'on objecte la maxime ; *Pupillo sine tutoris auctoritate solvi non potest* (4). Car le

(1) Arg. de l'art. 1938.

Pothier, *Prêt*, n° 46.

(2) Ulpien, l. 12 D., *Com*.  
 Pothier, n° 41.

(3) Despeisses, *Commodat*, § 4.

(4) L. 15 D., *De solut*.

tuteur, en lui en laissant l'usage, a virtuellement consenti à ce qu'il la prêtât, et par conséquent à ce que la restitution ne suivît pas les formes ordinaires. Dans le second cas, on se conforme au droit commun, et la restitution doit être faite au tuteur (1).

108. La chose prêtée doit être rendue au lieu convenu (2), sinon au domicile du prêteur (3), ou au lieu où la chose est habituellement placée (4). La règle est que le prêteur a rendu un service, et que l'emprunteur doit s'arranger de manière à ne pas lui rendre la restitution onéreuse et gênante.

109. Il ne faudrait pas cependant pousser cette idée trop loin; car il y a de part et d'autre des tempéraments recommandés par l'équité.

Si, par exemple, le prêteur avait transféré son domicile dans un lieu fort éloigné de celui où la chose a été prêtée, et où l'emprunteur a eu juste sujet de croire que la restitution devait se faire, le prêteur aurait mauvaise grâce à exiger que la chose vînt le trouver dans ce nouveau domicile. De ce qu'il a rendu un service à l'emprunteur, il ne s'ensuit pas qu'il puisse, par son fait, aggraver sa position et lui imposer des charges imprévues (5).

110. L'emprunteur est responsable de la personne qu'il a choisie pour faire la restitution. Cette personne, par son incapacité ou son infidélité, a-t-elle rendu la restitution impossible ou non satisfac-

(1) Pothier, n° 35.

(2) Ulpien, l. 5 D., *Com.*

(3) Pothier, n° 36.

(4) *Id.*

(5) Pothier, n° 37.

toire, l'emprunteur est tenu de son fait par l'action *commodati* (1). Il doit s'imputer de n'avoir pas choisi une personne *satis idoneam* (2); et, comme disent les interprètes, il est *in culpâ malæ electionis* (3).

111. Mais si la personne chargée de la restitution est une personne tellement renommée pour sa prudence et sa diligence que l'emprunteur a eu juste sujet de se confier à elle, faudra-t-il qu'il soit responsable de la perte arrivée par une surprise à laquelle cette personne s'est laissé aller?

Écoutons Julianus (4) :

« Vous m'avez prêté de l'argenterie et je vous la renvoie par un de mes esclaves, si avisé et si prudent que je n'ai pas à craindre qu'il se laisse surprendre en route par les filous : *ut à quibusdam malis hominibus deciperetur*. Si cependant il tombe dans leurs embûches, la perte sera pour vous et non pour moi (5). »

Les interprètes, civilistes ou canonistes, disent (6) : Peu importe que cet esclave se soit laissé tromper par sa facilité ou son imprudence (7). L'em-

(1) Ulpien, l. 10, § 2, D., *Com.*

Paul, l. 11 D., *Com.*

(2) Favre, *Ration.* sur ces lois.

(3) *Id.*, Bartole sur la loi 14 et D., *De fidejuss.*

(4) L. 20 D., *Commod.*

(5) Pothier, n° 53.

(6) Cujas sur cette loi (dans son com. sur le livre 3 de Julianus *Ad Urseium Ferocem*).

Favre, *Ration.* ad leg. 20 D., *Com.*

Conan, *Commod.*, lib. 7, c. 3, n° 10.

(7) Favre : « *Quod per hujusmodi servi sive facilitatem sive imprudentiam contigit.* »

prunteur, qui ne pouvait rapporter l'argenterie lui-même, a fait le choix d'un serviteur réputé capable, diligent, exact, et cela, pour faire une commission qui était dans l'intérêt du prêteur; de telle sorte qu'on peut dire que si ce dernier n'a pas été la cause directe du vol, il en a été le principe et l'occasion (1)!! Quelle faute donc reprocherait-on à l'emprunteur? Dira-t-on qu'il est tombé *in culpa malæ electionis*? Nullement, puisque son choix s'est porté sur un commissionnaire dont la diligence habituelle lui offrait toute garantie. S'il s'est trompé, c'est un malheur, une sorte de force majeure qui doit retomber sur le prêteur. Quant à lui, il a fait tout ce qu'il devait faire; il est sauvé par l'opinion qu'il a eu juste sujet d'avoir de l'expérience de son messager : *Plus est in opinione quàm in veritate* (2).

Assurément, c'est là raisonner avec habileté, et l'on ne saurait donner à une opinion une couleur plus séduisante. Mais, d'abord, peut-on dire, avec Conan, que le prêteur a donné occasion au vol, puisque la commission se faisait dans son intérêt? Est-ce que la chose prêtée n'est pas sous la responsabilité de l'emprunteur tant qu'elle n'est pas rendue au lieu convenu ou convenable? Si l'emprunteur était venu lui-même faire la restitution, n'est-il pas vrai que son imprudence à se laisser surprendre serait retombée sur lui? A cela, point de

(1) Conan : « Nec ea argenti prælatio suâ ipsius gratiâ fieret, sed domini ad quem id remittebat; ut videatur dominus, furti non causam quidem, sed principium et occasionem dedisse. »

(2) L. 21 D., *De rei vindic.*  
L. 15 D., *De acq. hæred.*

doute, et Conan en convient franchement. Eh bien! son serviteur, qui fait la commission pour lui et non pour le prêteur, qui le remplace en un mot, commettra-t-il des fautes dont la responsabilité tombera sur le prêteur? Comment concilier une telle idée avec le principe que la chose reste sous la garde et la responsabilité de l'emprunteur tant que la restitution n'est pas faite? Comment la concilier, surtout, avec l'article 1384 du Code civil? Le texte de cet article est clair, formel, absolu. Et quant à l'équité, est-elle bien du côté de l'emprunteur? Voilà une perte arrivée, et il faut de toute nécessité une victime. Est-il juste de la faire retomber sur celui qui est étranger au choix du mandataire par la faute duquel la perte est arrivée, et d'en affranchir la personne à laquelle remonte ce choix (1).

Toutefois, je reconnais qu'il faudrait décider autrement si le prêteur avait dit ou écrit à l'emprunteur : « Renvoyez-moi mon argenterie par votre domestique, ou par un de vos domestiques. » Dans ce cas, le choix de l'homme serait en quelque sorte le fait du prêteur, je ne serais pas étonné que la solution de Julianus n'appartînt à cette espèce.

112. Mais toute controverse cesserait si le messager avait été victime d'un vol à force ouverte et d'une force majeure bien constante.

(1) *Junge M. Duvergier, n° 85.*

## ARTICLE 1882.

Si la chose prêtée périt par un cas fortuit dont l'emprunteur aurait pu la garantir en employant la sienne propre, ou si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré la sienne, il est tenu de la perte de l'autre.

## SOMMAIRE.

113. La chose prêtée doit être tenue par l'emprunteur comme la plus précieuse de son patrimoine.  
 114. De là deux obligations spécifiées par l'art. 1882 :  
 Employer sa propre chose pour sauver la chose prêtée. La sacrifier même si cela est nécessaire.  
 115. Ces deux obligations ne découlent pas de l'obligation de l'emprunteur d'apporter à la garde de la chose prêtée une diligence très exacte et superlative.  
 116. Critique adressée par Barbeyrac à la disposition du droit qui demande à l'emprunteur le sacrifice de son propre intérêt. Défense du principe consacré par l'art. 1882.  
 117. Suite.  
 118. Suite.

## COMMENTAIRE.

113. L'emprunteur est astreint à la diligence du bon père de famille; il doit tenir la chose prêtée comme la plus précieuse qu'un bon père de famille ait dans son patrimoine. C'est pourquoi, dans un cas de force majeure, c'est la dernière qu'il puisse sacrifier. S'il aime mieux sauver la sienne propre, il manque à la reconnaissance; il y manque encore si, dans un péril dont il aurait pu garantir la chose prêtée en employant la sienne propre, il ne le fait pas dans la crainte égoïste d'exposer ce qui lui appartient.

114. Ainsi, deux obligations dans l'article 1882 : Employer exprès sa chose, s'il le faut, pour sauver la chose prêtée.

La sacrifier même, si cela est nécessaire, pour arriver à ce résultat (1).

Et ces deux obligations sont le corollaire de cette pensée, savoir, que l'emprunteur doit considérer la chose prêtée comme la plus précieuse de son patrimoine.

115. Beaucoup de jurisconsultes ont rattaché cette obligation de l'emprunteur à la diligence très exacte dont ils le croient tenu (2). C'est, à mon sens, un faux aperçu. La preuve en est que le texte du droit romain dans lequel cette obligation est proclamée est emprunté aux écrits d'Ulpien (3), lequel n'a jamais exigé du commodataire le superlatif de la vigilance (4). Qu'est-il besoin, d'ailleurs, de recourir à la théorie de la faute très légère pour expliquer un devoir que l'on trouve si naturellement

(1) Ulp., l. 5, § 4, D., Com.

Paul, Sent., lib. 2, t. 4, n° 2.

Paul dit : « *Si facto incendio, ruinâ, naufragio, aut quo alio simili casu res commodata amissa sit, non tenebitur eo nomine is cui commodata est; nisi fortè cum posset rem commodatam salvam facere, suam prætulit* (1). »

Voici le langage d'Ulpien : « ... *Si incendio, vel ruinâ aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur. Nisi fortè cum possit res commodatas salvas facere, suas prætulit.* »

(2) Mon comm. de la vente, t. 1, n° 386, où je combats M. Proudhon.

Pothier, n° 56.

Le tribun Albisson (Fenet, t. 14, p. 468).

(3) L. 5, § 4, D., Com.

(4) *Suprà*, n° 72.

dans ce sentiment de reconnaissance qui place la chose prêtée au rang de la plus précieuse de toutes celles que l'on possède? Aussi, loin de rien trouver ici qui mène à la faute très légère, je suis presque tenté de dire, avec le président Favre, que l'emprunteur qui sauve sa chose de préférence à la chose prêtée est coupable de mauvaise foi : « *Ergo* » *si commodatarius, cum posset res commodatas salvas facere, suas prætulit, teneri eo nomine actione commodati debet, non quasi ex culpâ, sed quasi ex dolo* (1).

116. Au surplus, si cette accusation de mauvaise foi était par hasard exagérée, du moins aurait-elle son excuse dans une louable pensée d'aversion pour tout ce qui mêlerait un calcul d'égoïsme à des rapports où l'affection et la reconnaissance doivent dominer.

Mais voici un autre écart d'un genre différent, et celui-ci ne mérite pas la même indulgence; c'est à Barbeyrac que je le reproche, et je ne puis le lui pardonner. Cet annotateur de Puffendorff pense, en effet, que la jurisprudence s'est écartée des règles de la raison naturelle quand elle a demandé à l'emprunteur le sacrifice de son propre intérêt : « Quand » le soin de notre propre bien, dit-il, ou de nos affaires se trouve en concurrence avec le soin du bien ou des affaires d'autrui, en sorte que l'on ne puisse pas vaquer en même temps à l'un et à l'autre, il est naturel que le premier l'emporte; » chacun pouvant, toutes choses d'ailleurs égales, » penser à soi plutôt qu'aux autres (2). » Puis, Barbeyrac conclut (3) qu'il y a véritablement force ma-

(1) Sur la loi 5, § 4, D., *Com.*

(2) Liv. 5, chap. 4, note 2.

(3) Note 8.

jeure dans l'impossibilité de sauver la chose empruntée sans sacrifier son propre bien; que, dès lors, la responsabilité imposée à l'emprunteur n'est pas conforme au droit naturel, et qu'elle ne peut s'expliquer que par une volonté arbitraire des jurisconsultes romains.

Ces raisonnements sont faux : ils mettent l'égoïsme là où la reconnaissance doit l'emporter; ils donnent à la morale de l'intérêt une extension mauvaise.

Sans doute, dans les cas ordinaires, rien n'oblige à oublier le salut de son propre intérêt, pour venir au secours de l'intérêt d'autrui qui court les mêmes dangers. Ni la morale, ni la religion, ne commandent un sacrifice trop pénible pour la nature humaine. Mais nous sommes ici dans une position particulière et exceptionnelle. Vous êtes venu me demander de vous prêter ma chose; je m'en suis privé pour vous obliger, et peut-être que si je l'avais gardée près de moi, elle n'aurait pas été exposée aux périls qu'elle a trouvés chez vous. Eh bien! dans ce danger qui menace et votre chose et celle que vous tenez de moi, il arrive que vous ne pouvez sauver que l'une des deux, et que c'est précisément la mienne que vous sacrifiez !! Est-ce qu'un sentiment invincible de justice ne vous disait pas que c'est elle, au contraire, que vous deviez sauver; elle qui n'encourt le péril qu'à cause de vous; elle auprès de qui vous étiez mon représentant; elle que par reconnaissance et par devoir vous deviez mettre au rang de ce que vous avez de plus précieux? N'est-il pas vrai que vous avez dans votre patrimoine des choses dont vous faites plus ou moins de cas, et dont la perte vous importe plus ou moins? Eh bien!

la chose prêtée est celle dont vous devez faire le plus de cas et dont la perte doit vous importer le plus ! Pourquoi ? Précisément parce qu'elle n'est pas à vous ! parce que vous la tenez d'un sentiment de bonté auquel vous devez répondre par la reconnaissance ; parce que la gratitude doit vous attacher à elle plus que l'intérêt ne vous attache aux vôtres ! Voilà la morale naturelle ; le reste est du sophisme !

117. D'autres ont dit : Eh bien ! soit. Mais du moins ne faut-il pas faire une exception pour le cas où l'emprunteur, placé entre sa chose qui avait une grande valeur, et la chose empruntée qui n'en avait qu'une médiocre, a donné la préférence à la première ?

Cette distinction est condamnée par Pothier (1), Voet (2), et plusieurs autres cités par ce dernier. Je la repousse également sous le C. c., non pas parce que l'emprunteur est tenu de la faute très légère, comme le dit Pothier, mais par d'autres raisons : d'abord parce que notre article se refuse, par la précision de son texte, à des distinctions de cette nature ; en second lieu, parce que l'emprunteur ne peut réellement pas articuler le fait de force majeure, *vis major cui resisti non potest*, puisqu'il aurait pu sauver la chose s'il l'avait voulu ; en troisième lieu, parce qu'en préférant sa chose à la chose prêtée, il a manqué à la convention sous-entendue dans le prêt et d'après laquelle il s'est engagé à tenir l'objet prêté pour le plus précieux de son patrimoine (3).

(1) N° 56.

(2) Ad Pand., *Commod.*, n° 4.

(3) *Contr.*, MM. Duranton, t. 17, n° 527, et Duvergier, nos 67 et 68.

Je sais qu'il aurait pu paraître dur à l'emprunteur de laisser périr ses papiers de famille, sa correspondance, le portrait d'une personne chérie qui n'est plus, plutôt qu'une paire de flambeaux prêtés, ou autres objets de cette nature faciles à remplacer. Qui n'en aurait fait autant que lui ? Mais n'oublions pas cependant que la convention est là ; qu'elle oblige l'emprunteur par les liens les plus étroits, et qu'il ne peut s'en dégager qu'en indemnisant celui qui lui a rendu service.

118. Au surplus, si dans le tumulte il n'avait pas été possible de faire un choix, et qu'on n'eût pu sauver les effets qu'au hasard et comme ils se présentaient sous la main, l'emprunteur serait à l'abri du reproche de préférence injuste. Le prêteur ne pourrait se plaindre si les objets prêtés avaient péri tandis que d'autres auraient échappé. La loi a voulu punir l'égoïsme, et non pas rendre l'emprunteur responsable d'un hasard (1).

#### ARTICLE 1883.

Si la chose a été estimée en la prêtant, la perte qui arrive, même par cas fortuit, est pour l'emprunteur, s'il n'y a convention contraire.

#### SOMMAIRE.

119. Opinion du tribun Albisson sur l'art. 1883 comparée à la loi romaine.  
120. Examen de la loi romaine. Son obscurité prétendue. Sens que lui donne le président Favre.

(1) Pothier, n° 56.