

C'est ce qui arrive lorsqu'il ne se fait pas but à but et qu'on stipule le paiement d'une soulte en argent. Dans ce cas, il y a vente jusqu'à concurrence de la soulte (1). Par exemple, j'ai échangé un héritage de la valeur de 12,000 fr. contre un héritage du prix de 4,000 fr. et une soulte de 8,000 fr. La soulte étant ici des deux tiers de la valeur de l'échange, c'est comme si j'avais vendu les deux tiers de mon immeuble et échangé le surplus.

Mais dans le concours des deux éléments divers dont se compose le contrat, quel est celui qui lui donne son nom?

Bruneman proposait les distinctions suivantes, qu'il appuyait sur l'opinion de graves auteurs (2).

Si la soulte excède la valeur de la chose, comme dans l'espèce posée tout à l'heure, ce sera une vente plutôt qu'un échange. L'échange ne sera qu'un accessoire. On aperçoit au premier coup d'œil la justesse de cette solution.

Si la soulte est égale à la chose, ce sera encore une vente, parce que, dans le doute, on doit faire triompher le contrat le plus noble. *Venditio dignior est quæ in dubio proferenda*. Mais j'avoue que j'aimerais mieux dire qu'il est préférable de consulter les circonstances de l'acte ainsi que l'intention des parties et le nom qu'elles ont donné au contrat; car je ne vois pas que la vente soit fondée à réclamer, chez nous, le privilège de la dignité et de la supériorité sur les autres conventions.

Si le prix est inférieur à la chose, le contrat d'échange prévaudra; la soulte ne sera qu'un accessoire. Il est clair que cette décision ne saurait être controversée, et il me semble qu'on trouvera dans ces distinctions, fondées sur la raison et sur la nature des choses, des règles beaucoup plus certaines que dans l'opinion de M. Championnière, qui veut aller chercher la première et la plus sûre

(1) Mon Comm. de la *Vente*, t. 1, n° 40. Pothier, *Retraits*, n° 92. — V. encore là-dessus, MM. Paul Pont, *Comment. des Priv. et hyp.* n° 187; Zachariæ, *loc. cit.*; Marcadé, art. 1702, n° 2; Duranton, t. 16, n° 547; Duvergier, n° 406.

(2) Sur le tit. *De rer. permut.*, au D. l. 1, n° 2 et 3.

des directions dans la dénomination que les parties ont donnée à leur convention (1). Sans doute, je ne m'oppose pas à ce que cette dénomination soit prise en grande considération (et je l'ai moi-même conseillé tout à l'heure), lorsque les éléments des deux contrats se balancent tellement que le juge est jeté dans un doute sérieux. Mais lorsque l'élément de la vente a assez de prépondérance pour réduire l'élément de l'échange à un simple accessoire, et réciproquement, le nom donné à la convention ne saurait faire fléchir la puissance de cet indice décisif.

Pothier a aussi examiné la question au point de vue des coutumes; il passe en revue leurs dispositions, afin d'arriver à la solution d'un point de droit alors très-intéressant, savoir: l'application du retrait lignager à l'échange avec soulte (2). Il était certain que l'échange fait but à but ne donnait pas lieu au retrait lignager; mais que devait-on décider quand une soulte venait s'y ajouter? le droit commun coutumier (3) était que lorsque la soulte excédait l'importance de l'héritage donné avec elle en contre-échange, le retrait avait lieu; c'était la confirmation du premier et du troisième membre de la distinction de Bruneman.

Mais comment s'effectuait le retrait? devait-il avoir lieu pour le tout, ou seulement pour le prorata de la soulte? Les coutumes variaient. A Paris, le retrait ne pouvait porter que sur une partie de l'immeuble proportionnelle à la soulte (4). A Orléans (5), et dans un plus grand nombre de coutumes, le retrait entraînait à lui la totalité de l'héritage, et l'on réglait la nature du contrat par l'élément prédominant. Après avoir pesé la valeur de ces deux systèmes. Pothier voulait que dans le doute le retrait s'exerçât pour le tout et non à proportion de la soulte; son motif était que la prépondé-

(1) *Traité des droits d'enregistr.*, t. 1, n° 86.

(2) *Retraits*, n° 91 et 92.

(3) Je dis *commun* et non pas *universel*; car il y avait dans les coutumes des nuances diverses. (V. Pothier, *loc. cit.*)

(4) Art. 145.

(5) Art. 384.

rance du prix imprimait au contrat le caractère de vente, par argument de la décision de Pomponius dans la loi 6, § 1, D. *De actionibus empti* (1); que l'héritage donné avec la somme d'argent n'arrivait qu'en supplément de prix et à titre d'accessoire; qu'ainsi son contact n'était pas suffisant pour changer la nature de la vente.

6. J'ai dû retracer ces opinions parce qu'elles ne sont pas inutiles lorsqu'il s'agit de savoir si un acte d'échange avec soulte est susceptible de rescision pour lésion. Si cette question se présentait, je pense qu'il faudrait la résoudre avec les distinctions qu'on vient de voir, et les idées de Pothier (2). Lorsque la soulte excède la valeur de l'immeuble qui marche avec elle, le caractère de vente est tellement marqué, qu'on ne pourrait sans violence l'enlever à l'acte. Le contrat entaché de lésion sera donc sujet à rescision, non-seulement jusqu'à concurrence de la soulte, mais encore pour le total.

On voit que je me prononce ici pour l'unité du contrat, tandis que dans mon Commentaire de la *Vente* (3), j'ai pensé qu'une donation rémunératoire dans laquelle la chose donnée excède la valeur des services dus, doit être scindée de telle sorte que le donataire ait l'action de garantie contre le donateur pour la partie de l'immeuble représentant la valeur des services dont il viendrait à être évincé. Ces deux opinions ne sont nullement inconciliables. Je les ai empruntées l'une et l'autre à Pothier, qui n'a pas cru tomber en contradiction avec lui-même en les professant. On sent que, dans le cas de donation, il y a des tempéraments à garder pour que la libéralité ne devienne pas onéreuse à un donataire si favorable. Il ne faut pas que les louables intentions du donateur pour le récompenser tournent à son détriment et le privent d'un droit qu'il aurait eu sans la donation. Or on tomberait dans cet excès si on s'en

(1) Si vendidi tibi insulam certâ pecuniâ, et ut aliam insulam meam resciferes, agam EX VENDITO, ut rescias. V. le présid. Favre, sur cette loi (*Rationalia ad Pand.*).

(2) *Infrâ*, n° 28.

(3) N° 8.

tenait avec une rigueur malheureuse à l'unité de l'acte.

Mais lorsque des raisons de cette importance ne se présentent pas, l'unité de l'acte est en général préférable. Elle évite de nombreux inconvénients et, par exemple, dans le cas de rescision pour lésion, comme dans le cas de retrait, elle prévient des discussions et des embarras fâcheux, conséquences de la division de l'immeuble.

Je ne sais si M. Championnière avait fait assez d'attention à ces nuances délicates, lorsqu'il a critiqué l'opinion que j'ai enseignée dans mon Commentaire de la *Vente* (1). Mais elles ont à mes yeux tout le poids nécessaire pour me faire persister dans ce que j'ai avancé.

7. Lorsqu'il y a lieu de percevoir les droits d'enregistrement d'un acte qualifié échange, la règle si flexible de l'unité du contrat reçoit une modification.

Quelle que soit la valeur de la soulte, on la considère comme opérant une vente à proportion de son étendue; mais le droit de vente n'est pas perçu sur la totalité du contrat; il n'est perçu que jusqu'à concurrence de la soulte; le surplus paye comme contrat d'échange (2). C'est aussi ce qui avait lieu dans l'ancien droit. Les lods n'étaient perçus que sur le montant du retour (3).

8. Un acte ne cesserait pas d'être un échange parce qu'on aurait estimé en argent l'une des choses qui sert à l'autre d'équivalent (4). Il y aurait violation de la loi des parties, si celui qui s'est obligé à livrer cette chose voulait la remplacer par la somme d'argent qui lui sert d'évaluation. *Aliud pro alio, invito creditore, solvi non potest* (5).

(1) V. son Traité si remarquable d'ailleurs, t. 4, n° 89, p. 84, note 1.

(2) Cassat., 28 avril 1830 (J. Palais, t. 23, p. 421. Dall., 30, 1, 231). Id. 13 décembre 1809 (J. Palais, t. 7, p. 920. Sirey, 10, 1, 143). Art. 69, § 5. loi du 22 frimaire an 7. M. Championnière, t. 3, n° 2175, et t. 4, n° 3453.

(3) Fommaur, n° 323.

(4) Id., n° 338.

(5) L. 2, § 1. D. *De reb. creditis*. Arrêt de la cour de cassation, du 25 thermidor an 13 (J. Palais, t. 4, p. 711. Dall., *Prescript.*, p. 937).

9. Pour que le contrat d'échange conserve toute sa pureté, il faut que la chose donnée en contre-échange arrive entre les mains de celui qui doit la recevoir, sans aucun fait intermédiaire.

Pour faire comprendre cette idée, supposons que nous convenions ensemble que je vous livrerai l'immeuble A pour le prix de 50,000 fr. ; et que, par une addition postérieure à cette convention, je consente à recevoir en paiement de cette somme l'immeuble B. Un tel contrat ne sera pas un échange ; ce sera une vente et un contrat de dation en paiement. L'immeuble B ne m'étant arrivé que par la substitution convenue de ce domaine à la somme de 50,000 fr., il y a là un fait intermédiaire qui fait de notre convention autre chose qu'un échange.

De même, si je vous cède le Pré-Neuf pour 20,000 fr., et que le jour même j'emploie cette somme à l'achat d'un bois de même valeur, on ne pourra pas dire que j'ai acquis ce bois par le moyen d'un échange. Je me suis défait du Pré-Neuf par une vente, et c'est une autre vente qui m'a fait acquérir le bois (1).

Mais supposons que je vous aie cédé le pré dont il s'agit pour 20,000 fr., en paiement desquels il a été convenu, incontinent et sans désemparer, que vous donneriez le bois Beguin ; je pense que, malgré l'obscurité tortueuse d'un pareil acte, on devrait y voir un contrat d'échange. Il est vrai que Pothier ne partage pas ce sentiment (2) ; mais en approfondissant le fait qui s'est passé entre les parties, on voit clairement que c'est un échange qu'elles ont entendu faire, et qu'elles ont seulement voulu estimer en argent la chose échangée. La réalité doit l'emporter sur des paroles obscures. *Nec enim ordo scripturae spectatur, sed potius ex jure sumitur in quod agi videtur* (3).

Du reste, on rencontre quelquefois dans le contrat

(1) Agen, 10 juillet 1833 (J. Palais, t. 25, p. 663. D., 34, 2, 206).

(2) Vente, n° 618. — V. aussi dans le même sens M. Marcade, art. 1702, n° 2 in fine.

(3) L. 6, D. De solutionibus.

d'échange des stipulations qui en altèrent la simplicité.

Par exemple, la clause qu'une partie pourra reprendre dans dix ans son héritage en donnant une somme, ajoute à l'échange un pacte distinct, indépendant, qui renferme une obligation de vendre (1).

De même, la clause qu'on pourra substituer un héritage au premier qui a été livré, n'opère pas la résolution du premier contrat ; c'est un second échange, différent du premier. « *Non enim, dit Dumoulin, est resolutio prioris contractus, sed est novus contractus per se nihil habens commune cum priore* (2). »

S'il a été convenu dans l'échange de la numération d'une somme en cas d'éviction d'un des immeubles échangés, et que ce cas arrive, l'acte sera réputé vente par rapport à l'immeuble non évincé, qui est réellement vendu. C'est le cas d'une vente soumise à une condition suspensive, dont l'événement a un effet rétroactif au jour du contrat (3).

10. L'échange joue un rôle important dans le régime dotal. Il est le seul moyen de tirer le fonds inaliénable de la femme de cet état de séquestration qui paralyse le mouvement de la propriété d'une manière si fâcheuse dans les pays soumis à ce régime. Mais, quelque faible que soit ce moyen, il est encore aggravé dans la pratique par des formes gênantes qui le font presque toujours négliger. Au reste, cette matière se lie au commentaire de l'art. 1559, dont nous n'avons pas à nous occuper ici.

11. Un effet très-remarquable de l'échange, c'est que la chose reçue à la place de celle qu'on a donnée, lui est subrogée de plein droit et se revêt de toutes ses qualités extrinsèques. *Subrogatum capit naturam subrogati* (4).

Ainsi, si le fonds dotal est échangé, l'immeuble reçu

(1) Fonmaur, n° 338. Dumoulin § 78, n° 97.

(2) Fonmaur, n° 339. Dumoulin, § 78, n° 97.

(3) Fonmaur, n° 340.

(4) Pothier, Vente, n° 630.

en contre-échange est dotal (1). De même, si pendant la communauté les époux échangent un immeuble propre de la femme, celui qui prendra sa place n'entrera pas en communauté; il sera propre, tout aussi bien que celui qui a été aliéné, et auquel il a été subrogé (2).

12. Cependant cette règle n'est pas tellement inébranlable qu'on ne puisse y déroger par une convention formelle. Ainsi il a été jugé par arrêt de la Cour de cassation du 31 juillet 1832 (3), que la femme peut renoncer au bénéfice de l'art. 1407 introduit en sa faveur.

13. Au surplus, faisons bien attention que la chose reçue ne prend, par l'effet de la subrogation, que les qualités extrinsèques, c'est-à-dire celles que l'aliénation fait perdre à la chose échangée; mais qu'elle n'est pas affectée par les charges réelles ou intrinsèques qui accompagnent celle-ci dans son mouvement de circulation. Pourquoi avons-nous dit que les qualités de propre, d'acquêt de communauté, de chose dotale viennent s'appesantir sur l'immeuble reçu? C'est que ces qualités, n'étant qu'extrinsèques, ont cessé de régir la chose aliénée, par le seul fait du déplacement de la propriété. Quant aux hypothèques, comme elles continuent à subsister entre les mains du nouvel acquéreur, ce serait faire double emploi que de les reporter sur l'immeuble qui est substitué à la chose hypothéquée (4). L'hypothèque est une charge intrinsèque; elle pénètre dans la chose par une énergie puissante; elle ne l'abandonne jamais, et chevauche avec elle partout où elle va. Elle n'a pas besoin, pour ne pas périr, du secours de la subrogation.

On peut en dire autant de toutes les charges de même nature, telles que substitution, droit de retour, clause résolutoire, etc. Il faut se garder de les con-

(1) Art. 1559 C. c. *Suprà*, n° 4.

(2) Art. 1407 C. c.

(3) J. Palais, t. 24, p. 1347. *Dall.*, 32, 1, 335.

(4) Pothier, *Vente*, n° 630.

fondre avec les qualités extrinsèques, qui ne survivent pas à l'aliénation, et qui périraient sans le secours de la subrogation.

ARTICLE 1703.

L'échange s'opère par le seul consentement, de la même manière que la vente.

SOMMAIRE.

14. L'échange est un contrat consensuel. *Quid* par le droit romain?
15. Et le consentement a sous le Code Napoléon plus d'énergie que dans l'ancien droit français.
16. Manière d'exprimer le consentement.
17. Des conditions et modes opposés au consentement.
18. De la capacité pour consentir en matière d'échange. — Renvoi.

COMMENTAIRE.

14. J'ai montré ci-dessus par quelle dérogation au droit romain l'échange est, dans la jurisprudence française, un contrat consensuel (1). Notre article confirme le principe et cimente par sa disposition expresse l'affinité de ce contrat avec la vente.

15. Le consentement a, même sous le Code Napoléon, une énergie qu'il n'avait pas dans notre ancien droit français; c'est qu'il suffit pour transférer la propriété dès qu'il y a accord entre les parties, et que le fait matériel de tradition n'est plus nécessaire pour les rendre respectivement propriétaires de ce qu'elles doivent recevoir (2).

16. Ce consentement peut s'exprimer verbalement, ou par lettre missive, ou par acte sous seing privé, ou par acte authentique. Il faut recourir sur tout ceci aux

(1) *Suprà*, n° 2 et 3.

(2) Mon comm. de la *Vente*, t. 1, n° 37, 38 et suivants. Art. 711 C. c.

détails que j'ai donnés dans mon Commentaire de la *Vente*, t. 1, n^o 18 à 35 (1).

17. Le consentement peut aussi être pur et simple ou conditionnel, ainsi qu'on en a vu des exemples au n^o 9 ci-dessus. Je renvoie encore à mon Commentaire de l'art. 1584 (2).

18. Il ne peut émaner que de personnes capables. Les incapacités des mineurs, des interdits, des femmes mariées, des prodigues, des établissements publics, et de l'Etat comme propriétaire des biens domaniaux, se retrouvent ici (3).

ARTICLE 1704.

Si l'un des copermutants a déjà reçu la chose à lui donnée en échange, et qu'il prouve ensuite que l'autre contractant n'est pas propriétaire de cette chose, il ne peut pas être forcé à livrer celle qu'il a promise en contre-échange, mais seulement à rendre celle qu'il a reçue.

ARTICLE 1705.

Le copermutant qui est évincé de la chose qu'il a reçue en échange a le choix de conclure à des dommages et intérêts, ou de répéter sa chose.

(1) Néanmoins, de ce que le contrat se forme sans qu'il soit besoin d'un écrit il ne s'ensuit pas que l'écrit ne soit pas nécessaire pour la preuve : ici s'appliquent les art. 1347 et 1353 C. Nap. V. cass. 27 juin 1833 (Devill. 53 1. 717) — V. cependant Rej. 21 janv. 1834 (Devill. 34 1. 297)

(2) V. mon Comm. de la *Vente*, t. 1, n^os 50 et suiv. — V. Orléans, 13 juin 1813.

(3) Id., t. 1, n^os 165 et suiv., et l'ordonnance du 12 décembre 1827, sur les formes à suivre pour l'échange des biens domaniaux (Dall., 27, 3. 21).

SOMMAIRE.

19. De la délivrance dans l'échange et des caractères qu'elle doit avoir pour être complète et satisfaisante.
20. Si l'un des copermutants prouve que la chose à lui livrée appartient à autrui, il ne peut être forcé de livrer celle qu'il a promise.
21. Mais, pour cela, il ne suffirait pas qu'il y eût un simple trouble de la part d'un tiers dont le droit ne serait pas certain.
22. *Quid* s'il y a preuve que la chose livrée était grevée d'une hypothèque qui menace d'éviction ?
23. Du cas où les deux copermutants se sont respectivement dessaisis. Si la chose appartient à autrui, ce sera un cas de résolution du contrat d'échange. Explication d'un arrêt de la cour de cassation mal compris par les arrétistes.
24. De l'éviction de l'un des copermutants en vertu d'une cause antérieure au contrat. Action qui lui compétent.
25. S'il veut reprendre sa chose, aura-t-il l'action contre les tiers, à qui son copermutant l'avait vendue avant la demande en résolution ? Réponse affirmative et réfutation des objections.
26. Il reprendra même sa chose exempte des charges dont son copermutant l'avait grevée.

COMMENTAIRE.

19. Lorsque l'échange est consommé par la volonté des parties, il doit s'exécuter par la délivrance réciproque des deux choses promises ; mais la délivrance, pour être complète, n'est pas celle dont les lois romaines et Pothier donnaient une définition plus subtile qu'exacte dans le contrat de vente (1). Elle consiste dans le transport de la chose en la puissance et possession de l'échangiste ; c'est-à-dire qu'il faut qu'elle transfère précisément la propriété pleine, exclusive (2). Si la chose appartenait à autrui, le cédant ne remplirait pas son obligation en promettant à celui qui l'a reçue avec l'espérance d'en devenir propriétaire incommutable qu'il le défendra de tout trouble ; et si ce dernier n'avait pas encore été inquiété, son cédant ne pourrait

(1) V. mon Comm., t. 1, n^o 263.

(2) Id.

étouffer ses justes plaintes sur le danger d'éviction dont il est menacé, en lui disant que le vœu de la loi est rempli, puisque sa possession n'a été jusqu'à présent l'objet d'aucune attaque. Chaque partie, je le répète, contracte l'obligation précise de rendre l'autre propriétaire; elle viole sa promesse si elle ne fait que transférer la chose d'autrui (1).

C'est, du reste, ce que les lois romaines décidaient elles-mêmes pour le cas d'échange, différent en cela, à leurs yeux, du contrat de vente (2); mais nous avons dit que ces différences ont disparu sous le Code Napoléon.

20. Il suit de là que si l'un des copermutants prouve que la chose qu'il a reçue n'appartenait pas à l'autre contractant (3), il ne peut être forcé à livrer celle qu'il avait promise; il a droit de demander la résolution du contrat, sauf à lui à rendre l'objet qui lui avait été donné (4); c'est ainsi que l'acheteur qui a la certitude que la chose vendue appartient à autrui, est fondé à faire résoudre le contrat et à refuser de payer le prix. Les jurisconsultes qui ont décidé le contraire sur une fausse intelligence de l'art. 1653 (5) ont méconnu les vrais principes; et peut-être que s'ils eussent pris la peine de s'éclairer par l'art. 1704, ils seraient arrivés au véritable résultat, qui est le droit pour l'acheteur de demander la résolution quand il est menacé d'une éviction imminente (6).

21. Mais, remarquons-le bien, dans le cas de vente

(1) *Suprà*, nos 2 et 3.

(2) L. 1, § 3, D. *De rer. permut.*

(3) Sur l'échange de la chose d'autrui. V. de plus *Infra*, n° 35.

(4) Art. 1704; mon *Comm. de la Vente*, t. 1, n° 263, et surtout t. 2, nos 613 et 617. *Infra*, n° 35. V. Cujas, sur le titre du Code *De rer. permut.*, p. 421, lettres D. E.

(5) Bourges, 21 décembre 1825 (J. du Palais, t. 19, p. 1066. *Dall.*, 27, 2, 122) Mon *Comm. de la Vente*, t. 2, n° 613.

(6) Si l'éviction n'est que partielle, la résolution ne peut être demandée qu'autant que la partie dont le copermutant est évincé est de telle importance qu'il n'eût pas consenti à l'échange sans la partie dont il est évincé. Req. 15 mars 1852 (*Deville.*, 52, 1, 324).

comme dans le cas d'échange, l'action en résolution est subordonnée à la preuve que la chose est à autrui. Si cette preuve n'était pas faite et qu'il n'y eût qu'un simple trouble émané d'un tiers dont le droit ne serait pas certain, le copermutant devrait se borner à suspendre la délivrance qu'il doit faire, jusqu'à ce que l'autre contractant eût fait cesser le trouble. L'art. 1653 est le supplément naturel de l'art. 1704, lequel ne prévoit qu'un cas unique, celui où il y a preuve que la chose est à autrui.

22. Que devrait-on décider si le copermutant prouvait, non que la chose qu'il a reçue est à autrui et que l'autre contractant n'en est pas propriétaire, mais qu'elle est grevée entre ses mains d'une hypothèque qui était restée ignorée lors du contrat?

Je pense que, la résolution étant un remède extrême qui affecte souvent d'une manière fâcheuse le droit de propriété, il ne faut l'autoriser qu'autant qu'il est impérieusement requis par une nécessité légitime. Or il est impossible, dans le cas posé, que le cédant fasse disparaître l'hypothèque en payant ce qu'il doit, ou, si c'est une hypothèque légale, en obtenant une restriction autorisée par les art. 2143 et suivants du Code Napoléon (1). L'hypothèque n'est pas une cause certaine d'éviction; elle est plutôt un danger, une menace, dont la propriété peut être sauvée. Il semble donc qu'elle ne doit pas suffire, à elle seule, pour faire résoudre le contrat et pour appliquer l'art. 1704. Le copermutant sera assez garanti en suspendant la délivrance jusqu'à ce que son cédant ait fait disparaître le trouble dans un certain délai; ce n'est qu'autant que ce délai viendrait à expirer sans avoir procuré le dégrèvement de l'immeuble que l'action en résolution devrait être accueillie (2). Je pense aussi que le cédant pourrait exiger la délivrance en donnant bonne et suf-

(1) V. mon *Comm. des Hypothèques*, t. 2, sur ces articles.

(2) V. art. 1184 C. c., qui fournit un argument au soutien de cette opinion équitable.

fisante caution; j'aime mieux me rattacher à l'article 1704, dont la sévérité, juste dans le cas qu'il prévoit, ne doit pas être étendue à des espèces qui ne sont pas les mêmes.

23. Nous venons de parcourir les hypothèses qui se rattachent au cas, assez rare dans la pratique, où l'une des parties a fait une délivrance incomplète, tandis que l'autre n'a encore rien livré.

Supposons maintenant que les parties soient respectivement dessaisies, et que l'une d'elles vienne à prouver que la chose qu'elle a reçue appartient à autrui; il est de toute évidence qu'elle aura une action pour obtenir la résolution du contrat, et se faire remettre en possession de ce qu'elle a livré. L'échange de la chose d'autrui est nul: de plus, la clause résolutoire est toujours sous-entendue lorsque l'un des contractants ne satisfait pas à ses engagements. En voilà beaucoup plus qu'il n'en faut pour mettre le droit de résolution hors de toute atteinte; mais on peut le fortifier encore par l'autorité de ce texte emprunté au jurisconsulte Paul: *Si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datam re non secuta* (1).

A en croire cependant les rubriques données par les arrétistes, il semblerait que cette vérité aurait été méconnue par un arrêt de la cour de cassation du 11 décembre 1815 (2): elles disent en effet que, lorsque le marché est consommé, l'échangiste à qui son copermutant a livré une chose qui ne lui appartenait pas, ne peut rompre le contrat tant qu'il n'est pas troublé dans sa possession!!! Mais est-ce là la pensée de cet arrêt? Je n'en crois rien; elle ne serait qu'une prodigieuse erreur qu'il est impossible de prêter, sans preuve, à un corps aussi éclairé que la cour suprême (3).

Maysonnial avait acquis par voix d'échange un immeuble dotal appartenant à l'épouse du sieur Fressenon.

(1) L. 5, § 1, D. *De præscript. verbis*. *Supr.*, n° 2; *infr.*, n° 35.

(2) J. Palais, t. 13, p. 165. Dalloz, *Vente*, p. 538. Sirey, 10, 1, 161.

(3) V. d'ailleurs *infr.*, n° 33, un arrêt qui prouve mieux que telle n'est pas la jurisprudence de la cour.

Quoiqu'il n'ignorât pas la qualité de cet immeuble, il n'avait pas observé les formalités prescrites par l'article 1559 du Code Napoléon; c'est dans ces circonstances que Maysonnial crut pouvoir demander la nullité de l'échange, mais il succomba tour à tour devant la cour de Limoges et devant la cour de cassation. Devait-il légalement échouer? Voici ce qui me fait embrasser l'affirmative: les art. 1560 et 1125 combinés du Code Napoléon n'ouvrent l'action en nullité qu'à la femme; il ne s'agit pas ici de la vente de la chose d'autrui; c'est l'échange d'un bien appartenant à la femme et aliéné avec son consentement. Seulement il manque une formalité établie dans son intérêt. Mais dès lors la demande en nullité n'est-elle pas irrecevable, lorsqu'elle vient de l'acquéreur qui a connu le défaut de forme, qui s'y est associé, et qui vient, sous prétexte de dangers ultérieurs qui peut-être n'éclateront jamais, troubler un état de choses qu'il a contribué à créer par son propre fait? C'est sous ce point de vue que l'affaire fut envisagée par la cour de cassation; elle aperçut très-bien qu'une nullité d'acte n'est pas une cause de garantie (1), et que l'acquéreur qui s'en est rendu complice n'a pas à s'en plaindre. L'arrêt du 11 décembre 1815 est donc tout à fait juridique, et c'est par inadvertance que les arrétistes lui ont donné un sens qu'il est loin de contenir (2).

24. Si l'un des copermutants vient à être évincé en vertu d'une cause antérieure au contrat (3), il a le choix de conclure à des dommages et intérêts représentant la valeur de la chose qui lui est arrachée, ou bien de répéter celle qu'il a livrée (art. 1705).

Il pourra même, tout en préférant ce second parti,

(1) Mon Comm. de la *Vente*, t. 1, n° 467, *in fine*.

(2) *Junge* MM. Duranton, 2, 15, n° 544; Duvergier, n° 413; Marcadé, art. 1705, n° 1.

(3) V. mon Comm. de la *Vente*, t. 1, nos 416 et suiv., quand le vendeur doit garantir. Les principes sont ici les mêmes. On peut consulter à cet égard le plaidoyer de M. Dupin aîné, procureur général près la cour de cassation, dans la cause du domaine contre le duc de Grammont (1834).